

ELECCIÓN DE MAGISTRADO DE CORTE CONSTITUCIONAL / AUDIENCIA INICIAL – Objeto / AUDIENCIA INICIAL – La ausencia de alguna de las partes no impide su realización / EXCEPCIONES MIXTAS – En materia electoral son aplicables las disposiciones del proceso ordinario

La Consejera Ponente insistió en que la ausencia de alguno de los intervinientes que deba concurrir no impide la realización de la presente audiencia, de conformidad con lo señalado de forma expresa por el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (...) El título VIII de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 contempla las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral Dentro de esta regulación no se previó de manera expresa la resolución de excepciones, motivo por el cual son aplicables las disposiciones del proceso ordinario o común (...) En consecuencia, debe decidirse en esta audiencia inicial las excepciones previas o mixtas, en razón de la compatibilidad del trámite de nulidad electoral con las normas que prevén esta institución para el proceso ordinario, toda vez, que la figura jurídica de las excepciones en nada se contrapone con el procedimiento especial de nulidad electoral ni con sus principios esenciales de eficiencia y agilidad, dado que buscan desde el inicio del mismo proceso, determinar si éstas tienen o no la vocación de terminar anticipadamente el proceso

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 180 NUMERAL 6 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 283 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 296

EXCEPCIONES – Previas y mixtas / EXCEPCIONES DE MÉRITO – Finalidad / EXCEPCIONES DE MERITO – Diferencia entre las excepciones previas y mixtas / CONCORDANCIA DEL ACTO DEMANDADO CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO - Inexistencia / VIOLENCIA SOBRE LOS ELECTORES – Inexistencia / IRREGULARIDADES EN EL ACTO DE ELECCIÓN - Inexistencia por supuesta injerencia del ejecutivo / EXCEPCIONES – No es procedente pronunciamiento sobre excepciones perentorias que buscan atacar el fondo del asunto

Con la resolución de las excepciones previas y mixtas en la audiencia inicial se produce el saneamiento del proceso, dado que dichas figuras jurídicas tienen como finalidad controvertir la procedencia del medio de control en su etapa inicial teniendo como fundamento las irregularidades o vicios que pueda presentar la demanda, es decir, su razón de ser, es depurar el procedimiento y en último caso terminarlo de manera anticipada como ocurre por ejemplo, en el caso que se compruebe la ocurrencia de la caducidad del medio de control. Distinta es la finalidad de las excepciones de mérito, cuyo objetivo es discutir el fondo del asunto o el derecho controvertido para así extinguir totalmente las pretensiones del demandante, institución procesal que se sustenta en las pruebas aportadas por quien la alega y la cual debe ser decidida en la sentencia. Teniendo clara la diferencia existente entre las excepciones previas, mixtas y las de mérito, la Magistrada Ponente decide que en esta etapa procesal no es procedente hacer pronunciamiento alguno sobre las excepciones propuestas correspondientes a la concordancia del acto demandado con el ordenamiento jurídico, la inexistencia de violencia sobre los electores y la inexistencia de irregularidades en el acto de elección por la supuesta injerencia del ejecutivo en dicho acto, debido a que éstas tienen la connotación de ser excepciones perentorias que buscan atacar el fondo del asunto, esto es la pretensión principal del presente medio de control, lo que conlleva a que sea la Sala de decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado, al momento de proferir sentencia, la llamada a evaluar junto con el material probatorio obrante en el proceso la prosperidad de las mismas.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Caducidad de 30 días desde el día siguiente a la publicación del acto / EXCEPCION MIXTA – Caducidad / CADUCIDAD – No se puede contar desde la sesión al no ser un acto realizado en audiencia

La caducidad se constituye como un fenómeno jurídico de carácter procesal que ocurre cuando quien se encuentra legitimado para presentar un medio de control deja vencer el término legalmente establecido por la ley, para acudir ante el juez competente y así lograr la definición de la controversia o litigio (...) Teniendo clara la noción de la caducidad, emana como necesario establecer el término legal que fuera establecido por el legislador para el ejercicio del medio de control de nulidad electoral (...) Dicha preceptiva consagró para el medio de control de nulidad electoral un término de caducidad de 30 días, el cual debe computarse desde el día siguiente a la publicación del acto acusado cuando éste no sea declarado en audiencia pública. (...) la elección de los magistrados de la Corte Constitucional no se realiza en audiencia pública (...) De cara a lo anterior, se tiene que la sesión plenaria en la que resultó electa la Magistrada de la Corte Constitucional no es calificada por la ley como una audiencia pública, ni tampoco se puede inferir que la sesión de elección tuvo dichas características y por ende no se puede contar la caducidad desde la celebración de la sesión.

FUENTE FORMAL: LEY 5 DE 1992 – ARTÍCULO 136 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 164 NUMERAL 2

CONSTANCIA DE PUBLICACIÓN DEL ACTO DEMANDADO / CADUCIDAD – Cuando no existe publicación se entiende que no ha iniciado a contarse su término

¿Cómo se cuenta la caducidad del medio de control de nulidad electoral cuando el acto no se publica conforme lo señala el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 y el término de caducidad se encuentra excedido, si se conjura desde la expedición del acto enjuiciado? (...) al ser la publicación del acto un requisito sine qua non para empezar a contabilizar el término de caducidad, siempre que éste haya sido publicado en la forma prevista en el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, se erige claro que el medio de control con radicado 2017-00029-00 fue presentado en término. Ello es así dado que cuando no existe publicación o ésta se presenta en forma diferente a la ordenada por la ley, se entiende que no ha iniciado a contarse el término de caducidad y por ende el acto electoral puede ser enjuiciado en cualquier tiempo a causa de no cumplirse la condición establecida en el artículo 164.2 literal a de la Ley 1437 de 2011, esto es, el acto de publicidad en las condiciones allí previstas (...) frente al argumento de excepción mediante el cual se debe entender que el acto fue suficientemente publicitado y por ende acaeció el fenómeno de caducidad al haberse fijado en la página web del Senado de la República, se debe recordar que fue el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el que reguló de manera íntegra la forma de publicación de los actos de nombramiento y elección, por ende no pueden las partes pretender modificar dicho régimen contabilizando el inicio del mismo a partir de supuestos distintos a los establecidos en la ley. Lo anterior cobra importancia si se tiene en cuenta que el término de caducidad de un medio de control debe ser claro y unívoco, es decir, tanto la ciudadanía en general como el juez de la causa deben tener certeza de cuando empieza a contarse y si éste se encuentra vencido para accionar. Siendo así las cosas, si el plazo se deja sometido a cualquier acto de publicación distinto al legalmente establecido, se contraría la voluntad del legislador de dotar de certeza la contabilización de dicho lapso, el cual se

encuentra unificado y por ende distante de cualquier consideración subjetiva de las partes y del mismo operador judicial. (...)En conclusión, sólo con la publicación del acto conforme lo consagra el artículo 164.2 literal a de la Ley 1437 de 2011, es que los ciudadanos pueden conocer el término para accionar y por ende así materializar su derecho de participación activa en las decisiones que los afectan – artículo 40.6 de la Constitución Política-, a través de los medios de control previstos en las normas procedimentales, actuaciones que no pueden verse coartadas con la operancia de la caducidad cuando se incumple el deber legal de publicar los actos sujetos a dicha formalidad.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 65 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 166 NUMERAL 1

PRUEBA TESTIMONIAL – Requisitos / PRUEBA TESTIMONIAL – En la petición debe expresarse el nombre y limitar los testimonios

Teniendo en cuenta que la prueba testimonial no cumple con uno de los requisitos establecidos en el artículo 212 de la Ley 1564 de 2012, esto es, la expresión del nombre de los senadores asistentes a la sesión plenaria del 1º de junio de 2017 que participaron de la elección de la magistrada de la Corte Constitucional, no es viable su decreto, dado que el artículo 213 ídem, establece que si la petición probatoria cumple con los requisitos previamente señalados se decretará su práctica, situación que no ocurrió en el caso concreto. De igual manera, no sobra resaltar que dentro del presente proceso se decretan el testimonio de varios senadores asistentes a la sala plena en comento que, sin necesidad de que se convoque a toda la plenaria, atienden en todo caso el objeto de la prueba que fue solicitada de forma indebida por la parte actora. Así las cosas, la denegación de la prueba se dispone sin perjuicio de las demás pruebas testimoniales que de oficio requiera decretar este despacho con el fin de esclarecer la verdad –artículo 213 de la Ley 1437 de 2011-.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 212

DESCONOCIMIENTO DE PRUEBA – Requisitos / DESCONOCIMIENTO DE PRUEBA – No es procedente respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aduce ni de los documentos suscritos o manuscritos

Para la procedencia del desconocimiento de una prueba se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) Oportunidad: Esto es, en la misma oportunidad para formular la tacha de falsedad, lo cual tiene lugar en la contestación de la demanda cuando el documento a desconocer se aporte con la demanda, o, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba. ii) Legitimación: La puede solicitar la parte a quien se le atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella o ésta frente a documentos emanados de terceros con carácter dispositivos o representativos. iii) Motivación: Quien desconozca el documento debe motivar y sustentar su petición. iv) Procedencia: cuando se cumplan los requisitos del artículo 272 del Código General del Proceso. Se debe tener en cuenta que esta figura no es procedente respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aduce, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte. Para el caso en concreto se tiene que se cumplen los requisitos normativos establecidos en el artículo 272 ídem (...) su fundamento para el desconocimiento es que no se sabe si el mismo fue editado o manipulado y, iv) el documento desconocido no contiene reproducciones de la voz ni la imagen de la parte demandada, así como tampoco se trata de un documento

manuscrito o suscrito por ésta. Conforme con lo anteriormente expuesto, se colige que se cumplen los requisitos normativos establecidos en el artículo 272 de la Ley 1564 de 2012 para el desconocimiento del documento (...) Por ende se procederá en esta audiencia a correr traslado a la parte demandante de tal petición conforme lo ordena el inciso 3 del mencionado precepto; ello con el fin que aporte o solicite la prueba que considere pertinentes para establecer la autenticidad del documento desconocido (...) La consejera manifestó que revisado el expediente y la demanda de la señora Valencia, no había solicitud de prueba pericial, pero a folio 169 a 186 cuando descorre traslado de las excepciones, en el folio 185 solicita la práctica de una prueba pericial y procedió a leerlo. A continuación precisó que esa prueba, la que se menciona en el mencionado escrito, no tiene que ver con el video, sino con el fondo del asunto. Entonces en lo que se relaciona con la falta de veracidad frente a la autenticidad del documento que se desconoce, está claro, que la prueba pericial, sería impertinente, en la medida en que si no se logra demostrar la autenticidad, con esa prueba no es posible determinar autenticidad que es lo principal, por ello, el despacho, lo que ha procurado es que con la prueba de oficio, se pueda suplir la autenticidad de la grabación en cuestión.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 272

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D. C., catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001 - 03 - 28 - 000 - 2017 - 00024 - 00

Actor: MARIA FERNANDA CABAL, PALOMA VALENCIA LASERNA

**Demandado: DIANA CONSTANZA FAJARDO MAGISTRADA CORTE
CONSTITUCIONAL**

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL

Artículo 283 en concordancia con el 180 de la Ley 1437 de 2011

Expediente: 11001-03-28-000-2017-00024-00 acumulado

En Bogotá, D. C., a los catorce (14) días del mes de febrero de dos mil dieciocho (2018), a las 9:00 de la mañana (09:00 a.m.), día y hora señalados para celebrar la audiencia inicial que establece el artículo 283 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la Sala de Audiencias No. 01 del Palacio de Justicia, la Magistrada Ponente Doctora **Rocío Araújo Oñate** y la Secretaria de la Sección Doctora **Ethel Sariah Mariño Mesa**, se constituyeron en audiencia pública dentro del proceso electoral con radicado No. 1001-03-28-000-

2017-00024-00 (acumulado), promovido por los señores **María Fernanda Cabal Molina, Paloma Susana Valencia Laserna y Álvaro Hernán Prada Artunduaga**, contra el acto de elección de **Diana Constanza Fajardo Rivera**, como Magistrada de la Corte Constitucional, realizada en sesión plenaria del Senado de la República el 1º de junio de 2017.

Presidió la audiencia la Magistrada Ponente doctora **Rocío Araújo Oñate**, quien manifestó que el objeto de la presente conforme al artículo 283 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 es: i) verificar la asistencia, ii) hacer el reconocimiento de las personerías jurídicas, iii) decidir las excepciones previas y/o mixtas en caso que sean propuestas, iv) realizar el saneamiento del proceso, v) fijar el objeto del litigio, vi) decretar las pruebas necesarias y, vii) fijar la fecha para la audiencia de pruebas.

La Consejera Ponente insistió en que la ausencia de alguno de los intervinientes que deba concurrir no impide la realización de la presente audiencia, de conformidad con lo señalado de forma expresa por el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

I. ASISTENTES

Se dejó constancia por parte de la Secretaria de la Sección Quinta que a la diligencia se hicieron presentes:

1. Parte demandante:

- **Juan Pablo Coy Navarro** con cédula de ciudadanía 86.056.656 y tarjeta profesional 105.423 quien presentó poder otorgado por la senadora **Paloma Susana Valencia Laserna**.

No se hicieron presentes María Fernanda Cabal Molina, Paloma Susana Valencia Laserna y Álvaro Hernán Prada Artunduaga.

2. Parte demandada:

- **Carlos Eduardo Medellín Becerra** identificado con la cédula de ciudadanía 19.460.352 y tarjeta profesional 96.623, como apoderado de la doctora **Diana Constanza Fajardo Rivera**.

3. Ministerio Público

- **Laura Patricia Ospina Mejía**, Procuradora Séptima Delegada encargada del Ministerio Público ante el Consejo de Estado.

4. Corte Suprema de Justicia

- **José Luis Barceló Camacho** en su condición de presidente de la Corte Suprema de Justicia.

5. Rama Legislativa- Senado de la República-

No hubo concurrencia de ninguna parte ni de ningún representante.

II. RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍAS JURÍDICAS

Previa exhibición del poder presentado en esta audiencia, respecto del que las partes y la agente del ministerio público manifestaron no tener comentario alguno.

A continuación, la Magistrada Ponente reconoce personería al abogado Juan Pablo Coy Navarro con cédula de ciudadanía 86.056.656 y tarjeta profesional 105.423 como apoderado de la senadora Paloma Susana Valencia Laserna.

De la decisión anterior, la Magistrada Ponente corrió traslado a las partes indicando que la misma quedó notificada en estrados y que contra ella procede el recurso de reposición.

Los asistentes guardaron silencio. No existiendo recurso sobre el cual debiera pronunciarse, se continuó con la decisión de las excepciones.

III. DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS O MIXTAS

El título VIII de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 contempla las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral¹. Dentro de esta regulación no se previó de manera expresa la resolución de excepciones, motivo por el cual son aplicables las disposiciones del proceso ordinario o común.

Ello es así, por cuanto el artículo 296 de la Ley 1437 de 2011 señala que pueden ser aplicables las disposiciones del proceso ordinario cuando éstas resulten compatibles con la naturaleza del proceso electoral. Además, de acuerdo con el artículo 180.6 ídem, en la audiencia inicial el Juez o Magistrado, según sea el caso, resolverá de oficio o a petición de parte las excepciones previas o mixtas que se hubieran propuesto, institución jurídica que también se puede presentar en el proceso de nulidad electoral.

En consecuencia, debe decidirse en esta audiencia inicial las excepciones previas o mixtas, en razón de la compatibilidad del trámite de nulidad electoral con las normas que prevén esta institución para el proceso ordinario, toda vez, que la figura jurídica de las excepciones en nada se contrapone con el procedimiento especial de nulidad electoral ni con sus principios esenciales de eficiencia y agilidad, dado que buscan desde el inicio del mismo proceso, determinar si éstas tienen o no la vocación de terminar anticipadamente el proceso.

3.1 Caso en concreto

¹ Artículos 275 a 296 de la Ley 1437 de 2011.

La magistrada ponente pone de presente a las partes e intervinientes las excepciones propuestas, así:

3.1.1 Radicado No. 2017-00024-00

Por medio de escrito radicado el 10 de octubre de 2017², a través de apoderado judicial, la demandada propuso las excepciones que denominó:

- i) Concordancia del acto demandado con el ordenamiento jurídico y las normas en que debía fundarse –inexistencia de violación de los artículos 123.3 y 131 de la Ley 5 de 1992-.
- ii) Inexistencia de violencia sobre los electores.

De las excepciones propuestas por la parte demandada, la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado corrió traslado a los demás sujetos procesales mediante aviso fijado entre el 17 y 19 de octubre de 2017³.

3.1.2 Radicado No. 2017-00029-00

En escrito radicado el 15 de noviembre de 2017⁴, a través de apoderado judicial, la demandada propuso las excepciones que denominó:

- i) Excepción mixta de caducidad de la acción.
- ii) Concordancia del acto demandado con el ordenamiento jurídico y las normas en que debía fundarse –inexistencia de violación de los artículos 123.3 y 131 de la Ley 5 de 1992-.
- iii) Inexistencia de irregularidades en el acto de elección de Diana Constanza Fajardo como Magistrada de la Corte Constitucional por supuesta injerencia del ejecutivo en dicha elección.

De las excepciones propuestas por la parte demandada, la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado corrió traslado a los demás sujetos procesales, mediante aviso fijado entre el 22 y 24 de noviembre de 2017⁵.

En el término de traslado la parte demandante descorrió traslado de las excepciones propuestas oponiéndose a la prosperidad de las mismas⁶.

3.2 Pronunciamiento respecto de las excepciones

Para efectos metodológicos se propone el estudio de las excepciones presentadas por la parte demandada en el siguiente orden: i) concordancia del acto demandado con el ordenamiento jurídico y las normas en que debía fundarse –inexistencia de violación de los artículos 123.3 y 131 de la Ley 5 de 1992-, ii) inexistencia de violencia sobre los electores, iii) excepción mixta de caducidad de

² Folios 147 a 168 del cuaderno No. 1.

³ Folios 169 y 170 del cuaderno No. 1.

⁴ Folios 111 a 141 del cuaderno No. 1.

⁵ Folios 167 y 168 del cuaderno No. 1.

⁶ Folios 169 a 186 del cuaderno No. 1.

la acción y por último, iv) inexistencia de irregularidades en el acto de elección demandado por supuesta injerencia del ejecutivo.

En ese orden, corresponde señalar que la parte accionada propuso en su escrito de contestación de la demanda, excepciones que revisten el carácter de mixtas como lo es la caducidad del medio de control y de mérito como son la concordancia del acto demandado con el ordenamiento jurídico y las normas en que debía fundarse, la inexistencia de violencia sobre los electores y la inexistencia de irregularidades en el acto de elección por la supuesta injerencia del ejecutivo.

3.2.1 Excepciones de mérito

Como se estableció anteriormente, el artículo 180.6 de la Ley 1437 de 2011 prevé que en la audiencia inicial se deberán resolver “...de oficio o a petición de parte, (...) las excepciones previas y [mixtas como son] las de cosa juzgada, **caducidad**, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.”

Ello es así por cuanto con la resolución de las excepciones previas y mixtas⁷ en la audiencia inicial se produce el saneamiento del proceso, dado que dichas figuras jurídicas tienen como finalidad controvertir la procedencia del medio de control en su etapa inicial⁸ teniendo como fundamento las irregularidades o vicios que pueda presentar la demanda, es decir, su razón de ser, es depurar el procedimiento y en último caso terminarlo de manera anticipada como ocurre por ejemplo, en el caso que se compruebe la ocurrencia de la caducidad del medio de control⁹.

Distinta es la finalidad de las excepciones de mérito, cuyo objetivo es discutir el fondo del asunto o el derecho controvertido para así extinguir totalmente las pretensiones del demandante, institución procesal que se sustenta en las pruebas aportadas por quien la alega y la cual debe ser decidida en la sentencia.

Teniendo clara la diferencia existente entre las excepciones previas, mixtas y las de mérito, la Magistrada Ponente decide que en esta etapa procesal no es procedente hacer pronunciamiento alguno sobre las excepciones propuestas correspondientes a la concordancia del acto demandado con el ordenamiento

⁷ Tomado de <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/18-19/9-%20EXCEPCIONES%20DE%20MERITO%20QUE%20SE%20PUEDEN%20PROPONER%20COMO%20PREVIAS.pdf> León José Jaramillo Zuleta, excepciones de mérito que se pueden proponer como previas, Por su parte el Doctor Hernán Fabio López, quien trae un exhaustivo resumen y agudos interrogantes sobre el tema en su obra, precisa que se denominan excepciones "mixtas", apoyado en Couture, pero sin desconocerles su carácter de excepciones perentorias: "Así se denominan ciertas excepciones que, siendo por su naturaleza estrictamente perentorias, se les dará el trámite de las excepciones previas: de ahí su nombre de mixtas.

⁸ El artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, señala que la etapa inicial del proceso contencioso administrativo es desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.

⁹ Corte Constitucional, sentencia de C-832 del 8 de agosto de 2001, M.P: Rodrigo Escobar Gil, radicado No. D-3388: “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. **La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia**”. Negrillas propias.

jurídico, la inexistencia de violencia sobre los electores y la inexistencia de irregularidades en el acto de elección por la supuesta injerencia del ejecutivo en dicho acto, debido a que éstas tienen la connotación de ser excepciones perentorias que buscan atacar el fondo del asunto, esto es la pretensión principal del presente medio de control, lo que conlleva a que sea la Sala de decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado, al momento de proferir sentencia, la llamada a evaluar junto con el material probatorio obrante en el proceso la prosperidad de las mismas.

3.2.2 Excepción mixta –caducidad del medio de control-

En escrito de contestación de la demanda dentro del radicado 2017-00029-00, la parte demandada señaló que se presentó el fenómeno jurídico de la caducidad, toda vez que de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 el acto electoral enjuiciado sólo puede ser controvertido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, si el medio de control se ejerce dentro de los 30 días, siguientes a su publicación.

Adujo el apoderado judicial de la demandada que si bien es cierto dicho plazo se encuentra sujeto a la publicación del acto electoral, también es cierto que los términos de caducidad son de orden público, irrenunciables e inmodificables, por ende las partes no pueden pactar su modificación y mucho menos dicho lapso puede estar sujeto a la decisión de un órgano ajeno al debate procesal.

Sostuvo que no tendría sentido que si la publicación de un acto se produce uno o dos años después de expedido, sea a partir de allí que se cuente la caducidad, pues con ello se contraría la seguridad y la estabilidad jurídica, máxime en un caso como en el presente que resultó notoria la elección de la demandada, dado que se publicó no solo en la página web del Senado de la República, sino también fue un acontecimiento que fue publicitado en los diferentes medios de comunicación.

En razón de lo anterior, manifestó que la publicación en el diario oficial o en la respectiva gaceta del acto administrativo no puede alterar los términos de caducidad dado que ello sería dar al traste con la ley por la sola voluntad de un órgano que define el momento de su publicación.

3.2.3 Decisión en el caso en concreto

La caducidad se constituye como un fenómeno jurídico de carácter procesal que ocurre cuando quien se encuentra legitimado para presentar un medio de control deja vencer el término legalmente establecido por la ley, para acudir ante el juez competente y así lograr la definición de la controversia o litigio.

En este sentido, la Corte Constitucional la definió como: “[...] *el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho,*

que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico.”¹⁰

Teniendo clara la noción de la caducidad, emana como necesario establecer el término legal que fuera establecido por el legislador para el ejercicio del medio de control de nulidad electoral. Al respecto, el literal a) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 preceptuó:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

/.../

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación;...”

Dicha preceptiva consagró para el medio de control de nulidad electoral un término de caducidad de 30 días, el cual debe computarse desde el día siguiente a la **publicación del acto acusado** cuando éste no sea declarado en audiencia pública.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 136 de la Ley 5 de 1992 que trata sobre el procedimiento en casos de elección, en concordancia con el artículo 85 de la misma ley, se tiene que la elección de los magistrados de la Corte Constitucional no se realiza en audiencia pública. En el caso en concreto se tiene a folio 150 del expediente con radicado 2017-00029-00, -gaceta 764 del 6 de septiembre de 2017-, en la cual consta la interpelación del senador Daniel Alberto Cabrales Castillo, en la que señala: *“Señor Presidente, aplaudo la decisión suya de sacar a todo el que no sea senador de esta sesión para elegir al magistrado...”*.

De cara a lo anterior, se tiene que la sesión plenaria en la que resultó electa la Magistrada de la Corte Constitucional no es calificada por la ley como una audiencia pública, ni tampoco se puede inferir que la sesión de elección tuvo dichas características y por ende no se puede contar la caducidad desde la celebración de la sesión.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-437 del 10 de julio de 2013, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente No. D-9369

Ahora bien, como en este caso se requiere la constancia de publicación del acto demandado, el artículo 166.1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, determinó que uno de los anexos que debe acompañar la demanda, es la constancia de publicación del acto acusado.

La anterior exigencia tiene una finalidad y es la de dotar de seguridad al operador judicial frente al acaecimiento o no del fenómeno jurídico de la caducidad; esto debe ser entendido así, dado que si se tiene en cuenta el principio de efecto útil del derecho, según el cual, *“el juez está llamado a leer la norma jurídica en el sentido en que produzca efectos, no en el que la haga inane¹¹,...”*, no puede concebirse que tal requisito –constancia de publicación- se constituya en un mero formalismo carente de fundamento, por cuanto tal interpretación vaciaría de contenido el precepto legal que consagra dicha exigencia. Por lo anterior, del análisis sistemático de las normas que rigen el medio de control de nulidad electoral¹², se entiende que la razón de ser de tal requerimiento, se dirige a proporcionar la certeza en el juez competente que a la fecha en que deba admitir la demanda no haya operado la caducidad de la acción.

Es por ello que esta Sección ha decidido que cuando con la demanda no se aporte constancia de publicación del acto acusado, resulta viable el acceso a la jurisdicción, contabilizando el término de caducidad desde la fecha de expedición del acto demandado¹³, dado que se entiende que el medio de control fue presentado oportunamente pudiendo contar la caducidad desde la fecha de dicha expedición, ello teniendo en cuenta que en todo caso la publicación se entiende posterior a su expedición.

Pero, ¿Cómo se cuenta la caducidad del medio de control de nulidad electoral cuando el acto no se publica conforme lo señala el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 y el término de caducidad se encuentra excedido, si se conjura desde la expedición del acto enjuiciado?

Para resolver el interrogante, se debe señalar que la publicación de los actos conforme lo ordena el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 debe surtir de la siguiente manera¹⁴:

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-1017 del 28 de noviembre de 2012. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹² De conformidad con el artículo 296 de la Ley 1437 de 2011 que consagra el principio de integración normativa entre el proceso de nulidad electoral con las reglas de procedimiento general.

¹³ Consejo de Estado. Sección Quinta, auto del 15 de diciembre de 2015, radicado No. 11001-03-28-000-2015-00046-00. C.P: Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 21 de julio de 2016, C.P: Rocío Araújo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2015-00019-00, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 3 de agosto de 2017, C.P: Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado No. 11001-03-28-000-2017-00018-00.

¹⁴ Artículo 65 de la Ley 1437 de 2011: Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz.

En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

- **Cuando se trate de actos administrativos de carácter general**, se debe tener en cuenta que no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el diario oficial o en las gacetas territoriales, según el caso. En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el diario oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar el acto administrativo de carácter general a través de: i) la fijación de avisos, ii) distribución de volantes, iii) inserción en otros medios, iv) publicación en la página electrónica o v) por bando. El medio escogido debe ser el más eficaz para garantizar su amplia divulgación.

- **Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa** iniciada con una petición de interés general, se comunicará por cualquier medio eficaz.
- **Actos de nombramiento y elección** distinto a los de voto popular deberán publicarse conforme a las reglas establecidas para los actos administrativos de carácter general¹⁵.

Teniendo en cuenta que en el presente proceso, el acto demandado es del 1º de junio de 2017¹⁶, publicado el 6 de septiembre de 2017¹⁷ y, la demanda de la cual se predica la caducidad [2017-00029-00] fue radicada el 30 de agosto de 2017¹⁸, emana claro que conforme al contenido normativo del artículo 164.2 literal a) de la Ley 1437 de 2011 se tiene que la misma fue presentada en término, dado que el lapso sólo empezó a correr a partir del día siguiente al de su publicación, lo anterior teniendo en cuenta que: “[...] *la elección [que] se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos **se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación** efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código.*”

Por manera que, al ser la publicación del acto un requisito *sine qua non* para empezar a contabilizar el término de caducidad, siempre que éste haya sido publicado en la forma prevista en el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, se erige claro que el medio de control con radicado 2017-00029-00 fue presentado en término. Ello es así dado que cuando no existe publicación o ésta se presenta en

Parágrafo. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular.

¹⁵ La Corte Constitucional, en sentencia C-646 de 31 de mayo de 2000, M.P: Fabio Morón Díaz, concluyó que “(...) *los actos administrativos de carácter subjetivo de las autoridades del orden nacional, y especialmente aquellos a los que se refiere el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, cuya acción de nulidad tiene caducidad, se publicarán debidamente en el Diario Oficial o en otro medio oficial destinado para el efecto (...)*”.

¹⁶ Folio 40 del cuaderno No. 1.

¹⁷ CD anexo en el folio 41 del cuaderno No. 1.

¹⁸ Tal y como consta en el anverso del folio 12 del cuaderno No. 1.

forma diferente a la ordenada por la ley, se entiende que no ha iniciado a contarse el término de caducidad y por ende el acto electoral puede ser enjuiciado en cualquier tiempo a causa de no cumplirse la condición establecida en el artículo 164.2 literal a) de la Ley 1437 de 2011, esto es, el acto de publicidad en las condiciones allí previstas.

Lo anterior debe ser entendido así, por cuanto¹⁹:

“El Estado de derecho se funda, entre otros principios, en el de la publicidad, el cual supone el conocimiento de los actos de los órganos y autoridades estatales, en consecuencia, implica para ellos desplegar una actividad efectiva para alcanzar dicho propósito; dado que, la certeza y seguridad jurídicas exigen que las personas puedan conocer, no sólo de la existencia y vigencia de los mandatos dictados por dichos órganos y autoridades estatales, sino, en especial, del contenido de las decisiones por ellos adoptadas, para lo cual, la publicación se instituye en presupuesto básico de su vigencia y oponibilidad, mediante los instrumentos creados con tal fin.

Es más, el referido principio [publicidad] constituye un fin esencial del Estado social de derecho, por cuanto permite enterar a la comunidad y mantenerla informada sobre los hechos que ocurren a su alrededor, así como de los fundamentos que motivan las decisiones adoptadas por las autoridades.

Esta situación, contribuye a facilitar la participación ciudadana de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y cultural de la nación (C.P., art. 2o.), para efectos de formar “un ciudadano activo, deliberante, autónomo y crítico”²⁰ que pueda ejercer un debido control de la actividad del Estado.

En este orden de ideas, la Carta Política establece la publicidad como principio rector de las actuaciones administrativas, para lo cual, de conformidad con lo preceptuado en su artículo 209, obliga a la administración a poner en conocimiento de sus destinatarios los actos administrativos, con el fin, no sólo de que éstos se enteren de su contenido y los observen, sino que, además, permita impugnarlos a través de los correspondientes recursos y acciones²¹.

Para finalizar, frente al argumento de excepción mediante el cual se debe entender que el acto fue suficientemente publicitado y por ende acaeció el fenómeno de caducidad al haberse fijado en la página web del Senado de la República, se debe recordar que fue el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el que reguló de manera íntegra la forma de

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-957 del 1 de diciembre de 1999, M.P: Álvaro Tafur Galvis, Expediente D-2413.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-053 de 1995, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-420 de 1998, MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

publicación de los actos de nombramiento y elección, por ende no pueden las partes pretender modificar dicho régimen contabilizando el inicio del mismo a partir de supuestos distintos a los establecidos en la ley.

Lo anterior cobra importancia si se tiene en cuenta que el término de caducidad de un medio de control debe ser claro y unívoco, es decir, tanto la ciudadanía en general como el juez de la causa deben tener certeza de cuando empieza a contarse y si éste se encuentra vencido para accionar. Siendo así las cosas, si el plazo se deja sometido a cualquier acto de publicación distinto al legalmente establecido, se contraría la voluntad del legislador de dotar de certeza la contabilización de dicho lapso, el cual se encuentra unificado y por ende distante de cualquier consideración subjetiva de las partes y del mismo operador judicial.

En conclusión, sólo con la publicación del acto conforme lo consagra el artículo 164.2 literal a) de la Ley 1437 de 2011, es que los ciudadanos pueden conocer el término para accionar y por ende así materializar su derecho de participación activa en las decisiones que los afectan –artículo 40.6 de la Constitución Política-, a través de los medios de control previstos en las normas procedimentales, actuaciones que no pueden verse coartadas con la operancia de la caducidad cuando se incumple el deber legal de publicar los actos sujetos a dicha formalidad.

En razón de lo anterior, se niega la procedencia de la excepción mixta de caducidad propuesta por la parte demandada.

De la decisión adoptada se corre traslado a las partes, a los intervinientes y a la agente del Ministerio Público, indicándoles que la misma queda notificada en estrados y que contra ella procede el recurso de súplica de conformidad con los artículos 180.6 y 246 de la Ley 1437 de 2011.

Manifestó el apoderado de la senadora Valencia que está conforme. El apoderado de la doctora Fajardo Rivera indicó que la decisión es muy clara, no interpone recurso, pero manifiesta su preocupación respecto del procedimiento que dio el Senado al nombramiento de la doctora Diana Constanza. El presidente de la Corte Suprema de Justicia y la agente del Ministerio Público manifestaron que están de acuerdo con la decisión.

De acuerdo con lo anterior, la decisión quedó en firme.

IV. SANEAMIENTO

La Consejera Ponente encontró que al proceso de la referencia se le imprimió el trámite que correspondía, de la misma manera, puso de presente que la Sección Quinta del Consejo de Estado, es competente para conocer y fallar el asunto de la referencia **en única instancia**, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13 del Acuerdo 058 de 1999 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Finalmente, se adelantaron todas las diligencias de notificación de los autos admisorios de las demandas, exigidas por el artículo 277 ídem. Para sustentar esta afirmación, se procedió a realizar un recuento de las notificaciones surtidas y se concluyó que los procesos fueron notificados en debida forma a la parte demandante²², demandada²³, a la Nación -Senado de la República-²⁴, al Presidente de la Corte Suprema de Justicia²⁵, al Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado²⁶, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado²⁷ y de la existencia de este proceso judicial se informó a la comunidad a través de la página web del Consejo de Estado²⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior y al no haberse configurado causal alguna de nulidad que fuera propuesta por las partes o que hubiese requerido su declaración de oficio, se entiende saneado el presente proceso.

De la decisión relacionada con el saneamiento, se corrió traslado a las partes y a la señora agente del Ministerio Público.

|

Se hizo la advertencia que esta decisión quedó notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición. Los mencionados sujetos procesales manifestaron que están de acuerdo con la decisión.

La magistrada ponente indicó que la secretaría de la sección, conforme lo indicado en el artículo 228 de la Ley 1437, no recibió ninguna solicitud de intervención en el presente litigio.

V. FIJACIÓN DEL LITIGIO

La Magistrada directora del proceso acumulado señaló que tras la revisión de las demandas, es claro que los hechos y cargos de las mismas se concretan en que:

5.1 Expediente 2017-00024-00

Los señores María Fernanda Cabal Molina y Álvaro Hernán Prada Artunduaga obrando en nombre propio, interpusieron demanda de nulidad electoral el 17 de julio de 2017²⁹ contra el acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera

²² Folios 121 y 122 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00024-00 y folio 96 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00029-00.

²³ Folio 125 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00024-00 y folio 97 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00029.

²⁴ Folios 126 y 127 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00024-00 y folio 98 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00029-00.

²⁵ Folios 128 a 129 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00024-00 y folio 99 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00029-00.

²⁶ Folios 130 a 131 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00024-00 y folio 100 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00029-00.

²⁷ Folios 134 a 135 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00024-00 y folio 103 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00029-00.

²⁸ Folio 133 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00024-00 y folio 102 del cuaderno No. 1 del expediente 2017-00029-00.

²⁹ Folios 1 a 19 del cuaderno No. 1.

como Magistrada de la Corte Constitucional, realizada por el Senado de la República el 1 de junio de 2017³⁰, en la que formularon la siguiente pretensión:

*“Se declare la nulidad del **acto de elección** de la Doctora **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA** {...}, como Magistrada de la Corte Constitucional realizada en sesión plenaria del Senado de la República del día 1º de junio de 2017,...”*

5.1.1 Hechos expuestos

Señalaron que en la sesión plenaria del 1º de junio de 2017, el Senado de la República sometió a votación la terna compuesta por los doctores Diana Constanza Fajardo Rivera, Álvaro Andrés Motta Navas y Alejandro Ramelli Arteaga, resultando elegida la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera con 48 votos.

Manifestaron que el 2 de junio de 2017, la emisora La WRadio, en la sección *¿Qué se estará preguntando María Isabel?*, que inició sobre las 8:19 de la mañana y que duró cerca de 6 minutos, se dedicó a comentar la elección de la doctora Fajardo Rivera como magistrada de la Corte Constitucional. El periodista Lucas Pombo a partir del minuto 33:42 y hasta el minuto 33:55 informó a la audiencia que: **“el Senador Roy Barreras a quien se le vio marcando los tarjetones de sus copartidarios, para no (sic) evitar disidencias frente a esta decisión del partido de la U concertada con el Presidente Santos, pues de votar por la candidata Diana Fajardo”** (Audio disponible en el link: http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/como-votaron-los-parlamentarios-para-elegir-a-diana-fajardo/20170602/oir/3481303.aspx).

Aunado a lo anterior, adujeron que el 30 de mayo de 2017 previo a la elección, sobre las 5:12 p. m., desde la cuenta de twitter @AABenedetti, de propiedad del senador del Partido de la U, Armando Benedetti, fue publicado un video acompañado del mensaje *“¿Qué está en juego en @SenadoGovCo en elección de nuevo magistrado de Corte Constitucional? Sin Diana Fajardo está en riesgo latente la paz”*. El contenido del video es una declaración del senador Benedetti que contiene: **“Mire para nadie es un secreto que el Presidente se equivocó al haber ternado al que hoy es Magistrado Bernal y lo ternó porque Juan Carlos Henao, Rector de la Universidad Externado, lo sugirió. Pero eso fue un error y ya a lo hecho pecho. Lo que no puede suceder eso es el próximo jueves, porque el próximo jueves está en vilo la democracia, en vilo la paz, en vilo el proceso de paz, Por qué? Porque si no se elige a la Doctora Diana Fajardo las FARC se van a tener que parar de la mesa porque el Estado le incumplió, y lo que va a**

³⁰ En el escrito de demanda, los actores manifestaron que el 14 de junio de 2017, solicitaron al Secretario General del Senado de la República copia de la gaceta en la que se publicó la sesión del 1 de junio de 2017, donde se declaró la elección cuestionada. (folio 21 del cuaderno No. 1). En virtud de tal manifestación, la Magistrada Ponente en auto del 24 de julio de 2017, solicitó al mencionado secretario la remisión del acto demandado con la correspondiente publicación, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso final del artículo 166.1 de la Ley 1437 de 2011 (folio 37 y 37 anverso del cuaderno No. 1). El 27 de julio de 2017, el Secretario General del Senado de la República remitió certificación de la sesión del 1 de junio de 2017 e informó que a la fecha se encontraba en proceso de elaboración y publicación el acta de la plenaria. Sin embargo, a folio 36 del cuaderno No. 1 obra CD que contiene la sesión plenaria del Senado de la República del 1 de junio de 2017, en la que consta la declaratoria de la elección de la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

suceder es que todos se van a tener que parar de la mesa porque el Gobierno también incumplió. Entonces es preponderante, muy pero muy importante que elijamos a Diana Fajardo que tiene filosofía liberal, que ha trabajado con los temas de proceso de paz, que le gusta el proceso de paz y no otras personas que significan otra cosa, con todo el respeto del mundo”.

5.1.2 Normas violadas y concepto de la violación

Invocaron como normas violadas los artículos 40 y 258 de la Constitución Política, el inciso segundo del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (infracción de las normas en que debía fundarse), en concordancia con los artículos 123.3 y 131.1 de la Ley 5 de 1992 y el artículo 275.1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Expusieron frente al cargo de infracción de las normas en que debería fundarse, que la elección de la demandada fue realizada con desconocimiento de lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 123 de la Ley 5 de 1992³¹, al no tenerse en cuenta que el voto de los senadores es personal, intransferible e indelegable dado que el senador Roy Barreras se tomó la libertad de marcarle los votos a algunos de sus colegas, con lo que se materializó la contravención a la norma señalada.

Manifestaron que la elección cuestionada no se realizó de conformidad con el régimen de bancadas, esto es, a través de una directriz de cada agrupación política, por el contrario, dicha elección se fundamentó en lo normado en el artículo 131 de la Ley 5 de 1992³², o sea, mediante voto secreto por tratarse de una elección de las que señala el numeral 1º de la misma ley.

En lo concerniente al cargo de violencia psicológica contra los electores, establecieron que la misma se materializó con el mensaje transmitido el 30 de mayo de 2017 por el senador Armando Benedetti, miembro de la dirección nacional del Partido de la U y copresidente del mismo, en el que sostuvo que el proceso de paz se encontraba en riesgo de no escogerse a la doctora Diana Fajardo como magistrada de la Corte Constitucional, al respecto señaló: “(...) *si no se elige a la Doctora Diana Fajardo las FARC se va a tener que parar de la mesa porque el Estado le incumplió, y lo que va a suceder es que todos se van a tener que parar de la mesa porque el Gobierno también incumplió*”.

Mencionaron que dicho mensaje produjo la reacción del Presidente del Senado, Mauricio Lizcano, quien mediante tweet del 31 de mayo de 2017 manifestó: “@AABenedetti debe respetar institucionalidad y candidatos @cconstitucional Senado tiene libertad de elegir y no actuará bajo presión FARC”.

³¹ Artículo 123. Reglas. En las votaciones cada Congresista debe tener en cuenta que: /.../

3. El voto es personal, intransferible e indelegable.

³² Artículo 131. Votación Secreta. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1431 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: No permite identificar la forma como vota el Congresista. Las rectificaciones solo serán procedentes cuando el número de votos recogidos no sean igual al de los votantes.

Esta votación solo se presentará en los siguientes eventos:

a) Cuando se deba hacer elección;

Puntualizaron que desde dichas cuentas de twitter se intercambiaron una serie de mensajes que no hicieron cosa diferente a revelar la intención de afectar la libertad de elegir de los Senadores de la República, por parte del congresista Armando Benedetti. De ello da muestra también, la declaración rendida en WRadio el 31 de mayo de 2017 [minuto 06:24] en la que el senador Benedetti Villaneda justifica su postura basado en las posibles tentaciones de alguno de sus copartidarios de votar de manera diferente a la suya, situación que refleja abierto irrespeto por el derecho fundamental de elegir –artículo 40 de la Constitución Política.
[http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/como-votaron-los-palamentarios-para-elegir-a-diana-fajardo/20170602/oir/3481303.aspx]

Finalizaron su argumento sustentando que tales irregularidades tienen la capacidad de incidir en el resultado dado que la votación fue:

Diana Fajardo: 48 votos.

Álvaro Motta: 43 votos.

Alejandro Ramelli: 3 votos.

Nulos: 0 votos.

Válidos: 94 votos.

No votaron: 7 Senadores.

Un senador suspendido.

Total: 102 integrantes del Honorable Senado de la República.

5.2 Expediente 2017-00029-00

A través de demanda presentada el 30 de agosto de 2017³³, la señora Paloma Susana Valencia Laserna, en nombre propio, solicitó que se declare la nulidad del acto de elección de la señora Diana Constanza Fajardo Rivera, como Magistrada de la Corte Constitucional realizada en sesión plenaria del Senado de la República el 1º de junio de 2017, en la cual formuló las siguientes pretensiones:

*“1. Que se reconozca que el procedimiento de elección al cargo de magistrado de la Corte Constitucional, de la terna conformada por **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA, ÁLVARO ANDRÉS MOTTA NAVAS y ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA**, se realizó violando lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 123 y el artículo 131 de la Ley 5ª de 1992.*

*2. Como consecuencia de lo anterior, que se declare la nulidad de la elección de **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA**, como magistrada de la Corte Constitucional, efectuada por el Senado de la República, en la sesión plenaria del día primero (1º) de junio de 2017”.*

5.2.1 Hechos expuestos

³³ Ver folios 1 a 15.

La elección de la demandada estuvo permeada de innumerables irregularidades que afectaron de manera directa el voto secreto de varios senadores lo que, a su juicio, produjo un resultado ilegítimo en dicha elección.

Basada en transcripciones de la sentencia C-1017 de 2012, en la cual, la Corte Constitucional estableció la estrecha relación que existe entre la votación secreta en el ejercicio de la función electoral por parte de los congresistas y la teoría de la representación, puesto que se busca que la elección se realice con plena autonomía y de manera libre y voluntaria, para alcanzar el bien común.

Con fundamento en la sentencia de 25 de junio de 2014 dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de Alberto Rojas Ríos como magistrado de la Corte Constitucional, según la cual la violación del principio del voto secreto es causal de nulidad del acto de elección siempre que su observancia sea obligatoria y su desconocimiento sea determinante en el resultado.

En consecuencia, aseguró que el acto de elección de Diana Fajardo es nulo, *“toda vez que se violó la regla de sigilo electoral y su inobservancia es de tal entidad que alteró el resultado y condujo a su nombramiento, toda vez (sic) se exigió a senadores mostrar su voto, como puede apreciarse en el video publicado en YouTube, denominado “fraude en elección de la magistrada Diana Fajardo” que se anexa como prueba, con lo cual se aseguró la elección de la doctora **DIANA FAJARDO**. La cual es magistrada porque se vulneró el voto secreto”*.

Adujo que se realizó campaña a través de diversos medios de comunicación previa a la elección en la que se dijo que la principal política del Gobierno fracasaría si Fajardo Rivera no era elegida, sino que se indujo a su elección, con lo cual se constituyó un nombramiento sesgado porque el voto no cumplió con el único requisito establecido en la ley: la reserva.

Aseguró que *“tal como lo argumentó el senador Fernando Nicolás Araujo en su constancia... los senadores Armando Benedetti y Roy Barreras incidieron notoriamente en el voto de al menos 5 senadores, situación que claramente configura una violación directa al voto secreto”*.

Mencionó que hasta el último momento previo a la elección, hubo representantes del gobierno circundando el recinto de la plenaria del senado, situación resuelta por el Presidente del Senado, quien ordenó su retiro, así como el de todos aquellos que no fueran senadores. Dicha presencia no era casual, sino que obedecía al mandato gubernamental orientado a garantizar la elección de su candidata predilecta.

Indicó que en el presente caso, existió una indudable violación al principio del voto secreto cuya única consecuencia es la declaratoria de nulidad del acto de elección de Diana Fajardo, ya que era obligatorio que se garantizara su plena observancia y su desconocimiento afectó de manera directa el resultado de la votación, con lo cual se configuran los requisitos exigidos por el Consejo de Estado.

Para finalizar señaló que en este caso, se presenta una nueva modalidad de “yo te elijo tú me elijas” denominada “yo te elijo, tu proteges la “paz”, dado que el Gobierno una vez conoció el resultado del plebiscito de 2 de octubre de 2016, procuró asegurar las mayorías en la Corte Constitucional para garantizar el éxito del *fast track* y las reformas constitucionales que implica el acuerdo.

En su criterio *“lo anterior se concreta en un daño, consistente en erradicar la imparcialidad de la justicia, la autonomía en las decisiones judiciales y la ausencia de una garantía fundamental, que es la guarda y la integridad de la Constitución. Toda vez que en razón del tráfico de influencias se entra un puesto de tal (sic) alta dignidad, como el ser magistrado de la H. Corte Constitucional, a cambio de asegurar una posición parcializada e inequívoca en las decisiones que atañen a el (sic) denominado “proceso de paz””*.

5.2.2 Normas violadas y concepto de la violación

Adujo que con el acto enjuiciado se desconoció el precepto constitucional contenido en el artículo 173.6, según el cual, es atribución del Senado elegir a los magistrados de la Corte Constitucional dado que: *“el Presidente hizo la terna y a través de presiones sobre los congresistas también eligió... hubo presiones por parte de los congresistas más representativos de las políticas del gobierno en el congreso para imponer la decisión de que fuera elegida la candidata Fajardo. De manera que el Gobierno no sólo ternó a la candidata Fajardo, sino que además utilizó a los congresistas para presionar y elegirla. Así que el Senado no eligió la Magistrada, sino que lo hizo el Gobierno a través de presiones en el Senado”*.

Manifestó que se violó el artículo 113 y 6 de la Constitución Política que contempla la separación de poderes como un valor fundamental del Estado de Derecho y está consagrada en el artículo 6º constitucional según el cual, ningún servidor público puede hacer algo que no esté expresamente permitido.

En cuanto al desconocimiento del artículo 258 de la Constitución Política y del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indicó que el ejercicio del voto supone y exige la libre expresión de las preferencias del elector, por tanto, no son admisibles las presiones de ninguna índole.

En este caso, la presión del Gobierno Nacional para elegir a Diana Fajardo destruyó la libertad de los congresistas, pues las presiones de unos de ellos sobre otros impuso una elección que no fue libre, y expresó la voluntad del Gobierno y no de los senadores.

Explicó que se vulneró el literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, dado que según la Corte Constitucional, la función del congreso de elegir tiene como requisito esencial el voto secreto en tratándose de integrar otros órganos del Estado, puesto que solo así se garantiza la independencia del voto, ello por cuanto estriba en impedir que haya presiones por parte del Ejecutivo, pues de lo contrario el Gobierno puede exigir lealtad a sus bancadas e interferir en la elección.

Además, protege a los congresistas de la indebida injerencia del Ejecutivo, lo que sería un grave rompimiento del principio de separación de poderes.

Aseveró que el material probatorio da cuenta de una violación formal de la ley dado que el voto de los congresistas no fue secreto, lo cual se evidenció por las presiones por parte de otros congresistas adeptos al gobierno, a favor de la candidata Fajardo Rivera como lo fue el caso del senador Armando Benedetti, quien no solo hizo público su voto, sino que además afirmó que, si la demandada no ganaba, *“las FARC se paraban de la mesa”*.

Por otra parte, durante la elección, el senador Benedetti en la tarjeta electoral indicó a otros senadores por quién debían votar. El video muestra además notorias discusiones entre aquél y el senador Name sobre el sentido del voto. Además, por presiones del mismo senador Benedetti, el senador Musa Besaile se vio obligado a romper el voto que tenía ya marcado y a marcar uno nuevo proporcionado por Roy Barreras.

Así también, el senador José David Name exhibió su voto marcado al senador Roy Barreras para demostrar que había cumplido con lo requerido. El voto introducido por el senador Manuel Mora a consecuencia de la presión ejercida por el senador Barreras, quien no solo le pasó el tarjetón, sino que además, le indicó por quién votar.

En cuanto a la violación material de la ley señaló que hubo indebidas presiones sobre la libertad que protege al voto secreto pues la presencia de representantes del Gobierno momentos previos a la votación, que si bien no hay norma que prohíba dicha actuación, es de vital importancia poner de presente que el Presidente del Senado el doctor Mauricio Lizcano quien al solicitar que los asistentes que no fueran senadores se retiraran, recordó que ese había sido el acuerdo con el Gobierno.

No obstante, el viceministro de defensa desconoció dicho acuerdo, razón por la que el Presidente del Senado solicitó su retiro, con el fin de garantizar una elección transparente y libre de presiones por parte de los representantes del Gobierno.

En cuanto a la violación de los artículos 126 y 209 de la Constitución Política; 23 literal c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 25 literal b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, alegó que el acto acusado desconoció disposiciones de orden constitucional y supraconstitucional en que debía fundarse: principios de igualdad, buena fe, debido proceso, legalidad, imparcialidad, transparencia y moralidad, así como también la prohibición constitucional de favorecimiento electoral y la garantía de libre expresión de los electores, por cuanto el acto electoral se configuró en una evidente injerencia del Ejecutivo en las decisiones del Legislativo y su función electoral.

Respecto del desconocimiento de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, hizo referencia nuevamente al favorecimiento electoral y al efecto

trascribió apartes de la sentencia de 15 de julio de 2015 dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que resolvió la demanda de nulidad electoral de Francisco Javier Ricaurte Gómez.

Precisó que con la elección de la doctora Diana Fajardo hubo una mutación del favorecimiento electoral, ahora diseñado para hacer a los magistrados guardianes del proyecto político del Gobierno.

Insistió en que la elección rompió el equilibrio de los poderes y propició prácticas prohibidas, como el favorecimiento electoral y comportamientos contrarios al artículo 209 de la Constitución, especialmente tratándose de la moralidad, la cual excede la simple legalidad e implica el deber de las autoridades de tomar decisiones que se sometan a la ley y persigan el interés general.

Para finalizar en cuanto a la violación del artículo 275.2 de la Ley 1437 de 2011, trajo a colación la destrucción de la tarjeta electoral del senador Musa Besaile gracias a la influencia del senador Benedetti, quien procedió a realizar una nueva votación con el documento que le dio el senador Barreras. Dicha actuación denota no solo la coacción ejercida y la subsecuente vulneración al voto secreto sino también constituye una causal de anulación del acto de elección.

Teniendo en cuenta los hechos y el concepto de violación expuestos en precedencia, el litigio se centrará en determinar si el acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera como magistrada de la Corte Constitucional, llevado a cabo en la sesión plenaria No. 80 del 1º de junio de 2017 en el Senado de la República, es nulo al haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, esto es, artículos 6, 40, 113, 126, 173.6, 209, 228, 230 y 258 de la Constitución Política, 23 de la Convención Interamericana de Derechos, 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 123.3 y 131.1 de la Ley 5 de 1992 y con desconocimiento del artículo 275 numerales 1 y 2 de la Ley 1437 de 2011.

En razón de lo anterior, la sala de decisión de la Sección Quinta deberá determinar al momento de dictar sentencia si el acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera como magistrada de la Corte Constitucional se profirió o no con desconocimiento de las disposiciones en que debía fundarse, aunado a los actos de violencia física y psicológica contra los electores alegados por los demandantes.

De la fijación del litigio realizada se corrió traslado a las partes y a la señora agente del Ministerio Público. La misma quedó notificada en estrados y se advirtió que contra ella procedía el recurso de reposición.

En primer lugar, se le da el uso de la palabra a la parte actora y manifiesta estar de acuerdo con la fijación del litigio y hace dos precisiones. Una es una equivocación de la demandante Paloma Valencia y es que la terna fue realizada por la sala plena de la Corte Suprema de Justicia y no el gobierno nacional. En segundo término, es que exposición y las normas vulneradas están perfectas, pero

es indispensable el aspecto del voto secreto y por las normas relacionadas, se entendería que ahí está incluido la violación del voto secreto y las consecuencias respecto de la independencia y la voluntad del elector. Si ello es así, no presenta recurso, porque la fijación del litigio es adecuada.

El apoderado de la designada está conforma con la fijación del litigio, simplemente agregó que las expresiones en la demanda de la supuesta violencia, se presentan en forma general sobre los senadores, pero no se especifica el tipo de violencia, es una violencia genérica y no se ha dicho nada, respecto de la violencia física.

El presidente de la Corte Suprema de Justicia indicó que el representante del demandante en el sentido de que la terna no fue elaborada por el gobierno sino por la corte que preside. En el tema de la violencia, también es un asunto materia de prueba en el presente proceso. Está conforme con la decisión.

La Agente del Ministerio Público sugiere eliminar de la fijación del litigio la violencia física, por cuanto de los textos de la demanda no se hace relación a ese tipo de violencia, sino la de carácter psicológica.

La consejera se refiere a las manifestaciones del apoderado de la doctora Paloma Valencia, indicando que está bastante claro con las pruebas del proceso, la terna fue elaborada por la Corte Suprema de Justicia, como se observa a folio 62 del expediente con radicado 2017-00024-00 y por eso, no existe elemento que ofrezca duda.

En cuanto al tema de la violencia, en algunos aspectos de la demanda radicada con número 2017-00024-00 se habla de simples actos de violencia y en la otra, se desconoce si por un *lapsus*, se habla de violencia física. Por ello, la violencia que se expone es psicológica, por cuanto del recaudo probatorio se observa que se trata es de ese tipo de violencia. En este orden, le solicita al doctor Coy Navarro para que presente su posición frente a ese aspecto, quien indicó que está de acuerdo con lo indicado por la señora consejera, pero precisa que solo representa a la senadora Paloma Valencia y por eso no tiene problema con que se elimine la palabra “física” cuando hace relación a la violencia.

La consejera llama la atención, de donde surge el tema de la violencia física, que se observa en documento suscrito por la senadora Paloma Laserna en la demanda 2017-00029-00 que en un inicio correspondió al consejero Yepes Barreiro se menciona el numeral 2 del artículo 275 de la Ley 1437. Sin embargo, es claro que toda la argumentación, se encamina a la violencia psicológica y no física.

El apoderado de Paloma Valencia manifiesta, que es física sobre las cosas y no sobre las personas, en la medida en que se destruyó material de votación.

La consejera procedió a leer los numerales 1 y 2 del artículo 275 de la Ley 1437 y determinó la **fijación del litigio** en el siguiente sentido: la sala de decisión de la Sección Quinta deberá determinar al momento de dictar sentencia si el acto de

elección de Diana Constanza Fajardo Rivera se profirió o no con desconocimiento de las disposiciones en que debió fundarse, en actos de violencia, sin precisar si son los numerales 1 y 2, de que se trata de violencia en términos genéricos, que bien puede comprender cualquier de los dos numerales, contra los electores, alegados con los demandantes.

La parte demandada y el presidente de la Corte Suprema de Justicia y la agente del Ministerio Público están de acuerdo con la decisión.

VI. DECRETO DE PRUEBAS

La Consejera Ponente decidió que tendría como pruebas los documentos y demás medios probatorios allegados con la demanda y la contestación dándoles el valor que les asigna la ley.

En cuanto al decreto de pruebas solicitas por las partes decidió:

6.1 Radicado 2017-00024-00

6.1.1 Pruebas que se decretan solicitadas por la parte actora

A. Testimoniales.

- **Lucas Pombo Santos:** periodista de la Wradio, previo a determinar si estuvo presente en el auditorio, su testimonio se decreta con el fin de que informe lo correspondiente al desarrollo de la sesión plenaria del 1º de junio de 2017, en lo que concierne al proceso de elección de la magistrada de la Corte Constitucional, doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al periodista se le puede ubicar en las instalaciones de Wradio en la calle 67 No. 7-37 Piso 7, Bogotá D.C.

Si bien en el escrito de traslado de la medida cautelar y en la contestación de la demanda, la parte demandada aseveró que el testimonio decretado no constituye prueba de la veracidad de las afirmaciones hechas por el periodista, lo cierto es que este despacho considera que la prueba cumple con los requisitos establecidos por el artículo 212 de la Ley 1564 de 2012, razón suficiente para ser decretada.

Ahora bien, respecto de no ser un testigo directo, tal circunstancia no se puede extraer del audio allegado al expediente como prueba, por ende su testimonio será evaluado en conjunto en la sentencia, con los demás elementos probatorios y dándole el mérito que le corresponda.

- **Roy Leonardo Barreras Montealegre:** para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Armando Alberto Benedetti Villaneda:** para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Gregorio Eljach Pacheco:** para que informe lo correspondiente al desarrollo de la sesión plenaria del 1º de junio de 2017, en lo que concierne al proceso de elección de la magistrada de la Corte Constitucional, doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al secretario general se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

B. Documentales.

En atención a los documentos cuya incorporación al expediente se requiere mediante oficio el Despacho dispone acceder al decreto de dichas pruebas, en los siguientes términos:

- Asistencia de los senadores a la sesión plenaria del 1º de junio de 2017, en lo que atañe al acto de elección de la magistrada de la Corte Constitucional, lo cual se encuentra a cargo del señor Gregorio Eljach Pacheco, quien labora en la Secretaría General del Senado de la República, en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso. Por Secretaría ofíciase.
- Copia de la videograbación realizada por el Senado de la República de la sesión de elección de la magistrada de la Corte Constitucional realizada el 1º de junio de 2017, original que reposa en la Secretaría General del Senado de la República a cargo del señor Gregorio Eljach Pacheco, ubicada en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso. Por Secretaría ofíciase.
- Registros audiovisuales con panorámica completa obtenida por noticias CM& de CM& televisión de la sesión plenaria del Senado de la República del 1º de junio de 2017.
- Registros audiovisuales con panorámica completa obtenida por noticias RCN de la sesión plenaria del Senado de la República del 1º de junio de 2017.

- Registros audiovisuales con panorámica completa obtenida por Noticias UNO de la sesión plenaria del Senado de la República del 1º de junio de 2017.
- Registros audiovisuales con panorámica completa obtenida por noticias Caracol –Caracol televisión- de la sesión plenaria del Senado de la República del 1º de junio de 2017.

6.1.2 Pruebas que se niegan y que fueran solicitadas por la parte actora

A. Testimoniales.

- El testimonio de los senadores asistentes a la plenaria del senado del 1º de junio de 2017 para que expongan sobre las circunstancias que rodearon la elección

Respecto de esta prueba, el despacho negará su decreto, toda vez que la petición no cumple con lo preceptuado en el artículo 212 del Código General del Proceso³⁴ que a la letra reza:

“ARTÍCULO 212. PETICIÓN DE LA PRUEBA Y LIMITACIÓN DE TESTIMONIOS. Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba.

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos.”

Teniendo en cuenta que la prueba testimonial no cumple con uno de los requisitos establecidos en el artículo 212 de la Ley 1564 de 2012, esto es, la expresión del nombre de los senadores asistentes a la sesión plenaria del 1º de junio de 2017 que participaron de la elección de la magistrada de la Corte Constitucional, no es viable su decreto, dado que el artículo 213 ídem³⁵, establece que si la petición probatoria cumple con los requisitos previamente señalados se decretará su práctica, situación que no ocurrió en el caso concreto.

De igual manera, no sobra resaltar que dentro del presente proceso se decretan el testimonio de varios senadores asistentes a la sala plena en comentario que, sin necesidad de que se convoque a toda la plenaria, atienden en todo caso el objeto de la prueba que fue solicitada de forma indebida por la parte actora.

Así las cosas, la denegación de la prueba se dispone sin perjuicio de las demás pruebas testimoniales que de oficio requiera decretar este despacho con el fin de esclarecer la verdad –artículo 213 de la Ley 1437 de 2011-.

³⁴ De conformidad con el artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.

³⁵ Artículo 213. Decreto de la prueba. Si la petición reúne los requisitos indicados en el artículo precedente, el juez ordenará que se practique el testimonio en la audiencia correspondiente.”

B. Documentales

- Acta de la sesión de elección de la magistrada de la Corte Constitucional realizada el 1º de junio de 2017.

Se niega su práctica toda vez que la misma reposa a en CD, en el folio 107 del cuaderno No. 1 del expediente con radicado 2017-00024-00.

- Constancia de publicación del acto enjuiciado en la gaceta del Congreso de la República.

Se niega su práctica toda vez que la misma reposa a en CD, en el folio 107 del cuaderno No. 1 del expediente con radicado 2017-00024-00.

6.1.3 Pruebas solicitadas por el apoderado judicial de la magistrada Diana Fajardo Rivera

Al respecto se debe señalar que en escrito de contestación de la demanda, la parte demandada solicitó se decretara el testimonio de:

i) **Senador Roy Leonardo Barreras Montealegre** para que rinda testimonio de su conducta y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se adelantó la votación de la sesión plenaria del 1º de junio de 2017 en la que se eligió a la doctora Fajardo Rivera.

ii) **Senador Armando Benedetti Villaneda** para que declare respecto de las manifestaciones que hizo respecto de la demandada antes de su elección.

Teniendo en cuenta que el testimonio de los senadores Barreras Montealegre y Benedetti Villaneda fue decretado en el numeral 6.1.1 literal A de la presente audiencia, este despacho se atiene a lo allí resuelto.

6.2 Pruebas radicado 2017-00029-00

6.2.1 Pruebas que se decretan solicitadas por la parte actora

A. Documentales

- Oficiar a la Secretaría del Senado de la República para que remita copia de los videos de las distintas cámaras de seguridad que cubrieron la sesión plenaria del 1º de junio de 2017, en la que se eligió a la magistrada Diana Constanza Fajardo Rivera.

B. Testimoniales

- **Fernando Nicolás Araujo Rumie:** para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó

electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

6.3 Pruebas de oficio

La conductora del proceso reitera que de conformidad con los artículos 180.10 y 213 de la Ley 1437 de 2011, el juez tiene la potestad de decretar las pruebas de oficio que “*considerare indispensables para el esclarecimiento de la verdad*”, con base en lo anterior, se decretarán las siguientes pruebas de oficio:

6.3.1 Testimoniales

- **Claudia Nayibe López:** En su condición de miembro de la comisión escrutadora para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

A la senadora se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Honorio Miguel Henríquez Pinedo:** En su condición de miembro de la comisión escrutadora para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Juan Manuel Corzo:** En su condición de miembro de la comisión escrutadora para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Teresita García Romero:** En su condición de miembro de la comisión escrutadora para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

A la senadora se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Horacio Serpa Uribe:** En su condición de miembro de la comisión escrutadora para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **José David Name:** En su condición de miembro de la comisión escrutadora para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Oscar Mauricio Lizcano:** En su condición de Presidente del Senado de la República de la época, para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Ángel Custodio Cabrera:** para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Sandra Villadiego:** para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

A la senadora se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Musa Besaile:** para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Para ello se deberá coordinar con el INPEC y el Director de la cárcel La Picota para la realización de la diligencia en la fecha y hora que se establezca en el capítulo correspondiente.

- **Elías Vidal:** En su condición de miembro de la comisión escrutadora para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

- **Manuel Mora:** En su condición de miembro de la comisión escrutadora para que informe lo pertinente al proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

Al senador se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

6.4 Desconocimiento de documento

Dentro de la oportunidad prevista para desconocer un documento³⁶, la parte demandada manifestó que: *“Descno[ce] el documento en video denominado “Fraude en la elección de la Magistrada Diana Fajardo” [que reposa a folio 15 del expediente] pues no conoce la autoría del mismo, ni la veracidad de su contenido, pues se desconoce si la grabación que él contiene fue editada o modificada de*

³⁶ Artículo 272 del CGP: En la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.

No se tendrá en cuenta el desconocimiento que se presente fuera de la oportunidad prevista en el inciso anterior, ni el que omita los requisitos indicados en el inciso anterior.

De la manifestación de desconocimiento se correrá traslado a la otra parte, quien podrá solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha.

La verificación de autenticidad también procederá de oficio, cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión.

Si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria.

El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega.

alguna, no se conocen tampoco los medios a través de los cuales se obtuvo el video.”

Frente al desconocimiento de documentos, el artículo 272 de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso- aplicable al presente medio de control en virtud de lo establecido en los artículos 296 y 306 de la Ley 1437 de 2011, estableció:

“En la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.

No se tendrá en cuenta el desconocimiento que se presente fuera de la oportunidad prevista en el inciso anterior, ni el que omita los requisitos indicados en el inciso anterior.

De la manifestación de desconocimiento se correrá traslado a la otra parte, quien podrá solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha.

La verificación de autenticidad también procederá de oficio, cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión.

Si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria.

El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega.”.

De la lectura sistemática del artículo antes descrito, se tiene que para la procedencia del desconocimiento de una prueba se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- i) **Oportunidad:** Esto es, en la misma oportunidad para formular la tacha de falsedad, lo cual tiene lugar en la contestación de la demanda cuando el documento a desconocer se aporte con la demanda, o, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba³⁷.
- ii) **Legitimación:** La puede solicitar la parte a quien se le atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella o ésta frente a documentos emanados de terceros³⁸ con carácter dispositivos³⁹ o representativos.

³⁷ Artículo 269 del Código General del Proceso.

³⁸ Artículo 244 de la Ley 1564 de 2012. **Documento Auténtico.** Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

iii) Motivación: Quien desconozca el documento debe motivar y sustentar su petición.

iv) Procedencia: cuando se cumplan los requisitos del artículo 272 del Código General del Proceso. Se debe tener en cuenta que esta figura no es procedente respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aduce, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte.

Para el caso en concreto se tiene que se cumplen los requisitos normativos establecidos en el artículo 272 ídem, esto es, i) oportunidad, dado que la parte demandada en su escrito de contestación de la demanda hizo la manifestación de desconocimiento del documento cuya dirección electrónica es www.youtube.com/watch?v=eCoPRzdr4bl y que obra a folio 15 del expediente, ii) la parte demandada desconoce el documento emanado de un tercero, cuyo contenido dice ser representativo de lo ocurrido en la sesión del 1º de junio de 2017 en la plenaria del Senado de la República, iii) su fundamento para el desconocimiento es que no se sabe si el mismo fue editado o manipulado y, iv) el documento desconocido no contiene reproducciones de la voz ni la imagen de la parte demandada, así como tampoco se trata de un documento manuscrito o suscrito por ésta.

Conforme con lo anteriormente expuesto, se colige que se cumplen los requisitos normativos establecidos en el artículo 272 de la Ley 1564 de 2012 para el desconocimiento del documento que se encuentra en la dirección electrónica www.youtube.com/watch?v=eCoPRzdr4bl. Por ende se procederá en esta audiencia a correr traslado a la parte demandante de tal petición conforme lo ordena el inciso 3 del mencionado precepto; ello con el fin que aporte o solicite las prueba que considere pertinentes para establecer la autenticidad del documento desconocido.

De cara a lo anterior, se corre traslado al apoderado de la senadora Paloma Susana Valencia en su condición de accionante, de la manifestación de desconocimiento del video que obra a folio 15 del expediente con radicado 2017-00029-00, lo anterior con el fin que aporte o solicite las pruebas necesarias para determinar la autenticidad del documento.

La consejera suspende la audiencia por 10 minutos con el fin de que pronunciarse respecto de la manifestación que se acaba de realizar.

Transcurrido ese término, manifestó la consejera que revisado nuevamente el expediente ha podido constatar que ni el doctor Coy Navarro ni la senadora Paloma Valencia solicitaron alguna prueba pericial con respecto al documento que

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, **mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.**

se desconoce por la parte demandante. Sin embargo, como se está en el traslado de ese desconocimiento del reconocimiento, en este momento se pide una prueba pericial; al respecto, el despacho considera que la prueba solicitada resulta impertinente porque no se logra revisar la veracidad del video, el mismo abogado Coy Navarro así lo ha aceptado y lo que se busca es determinar si el video fue o no editado, pero acá se trata de determinar su autenticidad.

Llama la atención la magistrada, a cada una de las partes y a la agente del Ministerio Público que acaba de decretar la siguiente prueba que aparece en el 6.2. del expediente 2017-00029-00, en 6.2.1. de oficiar a la secretaría del Senado de la República para que remita copia de los videos de la sesión del 1 de junio de 2017 en la que se eligió a la señora magistrada Fajardo Rivera. Entonces, se tiene una prueba que se decretó la razón de lo que se quería demostrar con este video, que se desconoce. Sin embargo, para concretar más el tema, en el desconocimiento, se decretan las siguientes pruebas de oficio:

6.4.1 Pruebas de oficio

Por otra parte teniendo en cuenta que el documento desconocido puede ser necesario para la adopción de la decisión definitiva por parte de la Sala Electoral, este despacho en uso de las facultades otorgadas por el inciso 4 del artículo 272 del CGP, decretará de oficio las siguientes pruebas con relación al desconocimiento del video que reposa a folio 15 del expediente con radicado 2017-00029-00 a saber:

- **Solicitar** al Secretario General del Senado de la República, **Gregorio Eljach Pacheco** que informe si el video que obra a folio 15 del cuaderno No. 1 del proceso con radicado 2017-00029-00 y que reposa en la dirección electrónica www.youtube.com/watch?v=eCoPRzdr4bl corresponde:
 - A)** A la sesión plenaria que se llevó a cabo el 1º de junio de 2017, donde resultó electa Diana Constanza fajardo Rivera como Magistrada de la Corte Constitucional.
 - B)** De ser afirmativa la respuesta anterior, informe si dicha grabación corresponde a alguna hecha por las cámaras que oficialmente se encuentran en el recinto donde se adelantó la sesión plenaria del 1º de junio de 2017, en lo que concierne al proceso de elección de la magistrada de la Corte Constitucional, doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.
 - C)** De ser afirmativa la respuesta anterior, informe si dicha grabación ha sido editada, modificada o alterada en su contenido y señale en qué consistió dicha acción.

Al secretario general se le puede ubicar en las instalaciones del Senado de la República en la carrera 7 No. 8-68, Bogotá D.C. Edificio Nuevo del Congreso.

De las decisiones adoptadas se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, indicándoseles que las mismas quedaron notificadas en estrados y que contra ellas procede el recurso de súplica en cuanto a las pruebas denegadas de conformidad con el artículo 246 del CPACA y de acuerdo con el inciso segundo del artículo 169 del Código General del Proceso contra la decisión de decretar pruebas de oficio no procede recurso alguno.

Se concede el uso de la palabra al apoderado de la señora Valencia, quien indicó que no presenta recurso alguno, pero precisa que su intención no es decir algo que no es cierto, porque la señora Valencia descurre traslado de las excepciones y procede a leer un documento, del que le dijeron que fue radicado y obra en el expediente, en el que se solicita una prueba pericial.

A continuación se concede el uso de la palabra al apoderado de la doctora Fajardo Rivera y al presidente de la Corte Suprema de Justicia quienes manifestaron que están conforme con la decisión.

La agente del Ministerio Público manifiesta que a folio 17 aparece escrito de la señora Paloma Valencia y en el numeral 3 solicita una prueba técnica del video que aparece en un enlace, para determinar si el mismo fue adulterado o no.

La consejera manifestó que revisado el expediente y la demanda de la señora Valencia, no había solicitud de prueba pericial, pero a folio 169 a 186 cuando descurre traslado de las excepciones, en el folio 185 solicita la práctica de una prueba pericial y procedió a leerlo. A continuación precisó que esa prueba, la que se menciona en el mencionado escrito, no tiene que ver con el video, sino con el fondo del asunto. Entonces en lo que se relaciona con la falta de veracidad frente a la autenticidad del documento que se desconoce, está claro, que la prueba pericial, sería impertinente, en la medida en que si no se logra demostrar la autenticidad, con esa prueba no es posible determinar autenticidad que es lo principal, por ello, el despacho, lo que ha procurado es que con la prueba de oficio, se pueda suplir la autenticidad de la grabación en cuestión.

La agente del ministerio público precisó que tenía la intención de destacar que sí se había solicitado una prueba pericial. Respecto de la negativa de la prueba, está totalmente de acuerdo.

Teniendo en cuenta que el decreto de pruebas se encuentra en firme, se ordena que todas las pruebas documentales deben ser allegadas a la Secretaría de la Sección Quinta en un término de 5 días hábiles, instándose a las partes y demás intervinientes a colaborar en que sean allegadas en forma oportuna y en la misma forma en que fueron decretadas. Respecto de las pruebas testimoniales se ordena a la Secretaría de la Sección remitir las comunicaciones de rigor

VII. CITACIÓN A AUDIENCIA DE PRUEBAS

Cumplido lo anterior, la Magistrada conductora del proceso indicó que de conformidad con el inciso final del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, se fijaría el

día catorce (14) de marzo de dos mil dieciocho (2018), a las 10 de la mañana como día y hora para llevar a cabo la audiencia de pruebas, en la cual se practicarán las decretadas anteriormente.

El apoderado de la doctora Fajardo Rivera llamó la atención sobre la inasistencia de los actores María Fernanda Cabal y Álvaro Artunduaga quienes han presentado una demanda en su doble condición de ciudadanos y Representantes a la Cámara y por ello, debieron hacer presencia a esta audiencia y solo con justificación por fuerza mayor o caso fortuito serían eximidos de las sanciones previstas en la ley, sujetos a la legalidad.

El apoderado de la doctora Valencia propuso que se señale el día indicado ya por el despacho para recaudar la prueba testimonial y el siguiente, para tener certeza de que los testimonios sean evacuados de forma concentrada. De otra parte, también indicó que entiende la manifestación del doctor Medellín y es que la audiencia por la ausencia de los inasistentes sigue siendo válida.

La agente del Ministerio Público indicó que en relación con la ausencia de dos de los demandantes, señala que una cosa es que la ausencia de ellos no invalide el desarrollo de la audiencia y otra, son las consecuencias de las partes procesales de cara a la inasistencia a la misma.

La consejera agradece las intervenciones y en relación con la ausencia de algunos de los demandantes, llama la atención que frente al artículo 180 de la Ley 1437 es deseable que hubieren intervenido todos los demandantes, pero esa norma indica que todos los apoderados deberán concurrir obligatoriamente y es potestativo de las partes asistir, pero salvo en el caso de la doctora Valencia, los demás demandantes no tienen apoderados y por ello, no le es posible al despacho, imponer las consecuencias del artículo 180.4, por lo que le asiste toda la razón al Ministerio Público en el sentido de que la consecuencia que se deriva de los demás demandantes, es lo que tiene que ver con las cargar procesales y por tanto la conformidad de las decisiones que han quedado en firme en esta audiencia.

En cuanto hace referencia al decreto de pruebas, en el numeral 10 el artículo 180 de la Ley 1437 se establece una advertencia de que se llevará a cabo la audiencia de pruebas para el que se tiene un término de 40 días y conforme el principio de concentración, se hará todo lo posible para hacerlo en el día señalado, pero de no poderlo hacer, se aplicará el mencionado principio, en consonancia con el artículo 181.

Por no ser otro el objeto de la audiencia se dio por terminada siendo las once y cincuenta y cinco de la mañana (11:55 a. m.) del día catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (2018) y se firmó por los que en ella intervinieron.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrada Ponente

LA PARTE DEMANDANTE

Juan Pablo Coy Navarro

Apoderado de la senadora **Paloma Susana Valencia Laserna.**

LA PARTE DEMANDADA

Carlos Eduardo Medellín Becerra

Apoderado de la doctora **Diana Constanza Fajardo Rivera**

José Luis Barceló Camacho

Presidente de la **Corte Suprema de Justicia**

EL MINISTERIO PÚBLICO

Laura Patricia Ospina Mejía

Procuradora Séptima Delegada Encargada ante el Consejo de Estado

LA SECRETARIA

Ethel Sariah Mariño Mesa

