

**MAGISTRADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - El Gobierno Nacional no le podrá conferir empleo durante el periodo de ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro / MAGISTRADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Elementos de la prohibición de conferir empleo**

Para que se configure la prohibición prevista en el artículo 245 de la Constitución Política se requiere: i) sujeto calificado: Magistrado de la Corte Constitucional; ii) factor temporal: durante el período de ejercicio de sus funciones o dentro del año siguiente a su retiro; iii) hecho: designación de empleo público por parte del Gobierno. Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos la prohibición no se configura.

**DIRECTORA DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL AGENCIA DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO - Desempeño como magistrada de la Corte Constitucional por designación de la Corporación / MAGISTRADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Puede ser designado o elegido / MAGISTRADO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Es sujeto de la prohibición de que se le confiera empleo por parte del Gobierno Nacional el elegido por el Senado de la República, no el designado por la Corte Constitucional**

En el sub examine, la controversia jurídica por resolver se centra en determinar si el nombramiento de la demandada en el cargo de Directora General de la Unidad Administrativa Especial - Agencia de Defensa Jurídica del Estado, realizado el 20 de septiembre de 2012, se encuentra viciado en razón a que se desempeñó como Magistrada de la Corte Constitucional hasta el 3 de septiembre de 2012, por designación que realizara la propia Corte Constitucional. Las pretensiones del actor se formulan con fundamento en la posible transgresión del artículo 245 de la Constitución Política que prevé: "El Gobierno no podrá conferir empleo a los Magistrados de la Corte Constitucional durante el período de ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro." Para el actor la prohibición en estudio es aplicable a todas las personas que ejercen las funciones de Magistrado de la Corte Constitucional, sin hacer distinción si se accede al cargo por elección del Senado de la República o si se es designado transitoriamente en encargo por la Corte Constitucional. Por su parte, para la demandada, la prohibición sólo se configura a condición de que se trate de Magistrado de la Corte Constitucional elegido por el Senado de la República, de manera que la restricción no fue prevista para los magistrados designados para llenar las vacantes de manera transitoria por la propia Corte Constitucional. De acuerdo con los artículos 233 y 239 de la Constitución Política los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República, "para periodos individuales de ocho años"; no obstante, es posible ejercer transitoriamente las funciones del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional sin ser elegido por el Senado de la República, pues según el artículo 44 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de Administración de Justicia- "Mientras se provee el cargo por falta absoluta o por falta temporal de uno de sus miembros la Corte Constitucional llenará directamente la vacante"; es decir, por el término que dure la vacante en razón de falta absoluta o temporal de uno de sus miembros ejerce el cargo quien designe directamente la Corporación. En ese sentido, huelga reiterar que la única manera para proveer el cargo de magistrado de la Corte Constitucional era el señalado por la propia Constitución Política, y años más tarde, precisamente con la Ley 270 de 1996, en razón del reducido número de sus integrantes, el Legislador Estatutario autorizó a la propia Corte para que, ante faltas absolutas o temporales, de manera transitoria provea las vacantes. Para la Sala, la prohibición dirigida a los Magistrados de la Corte Constitucional, elegidos de conformidad con el procedimiento previsto por la Carta, no se puede extender a quienes por

habilitación legal posterior desempeñan las funciones de manera transitoria. Recuérdese que por regla general, todas las personas en desarrollo del derecho fundamental de participación política y ciudadana pueden ser elegidas o nombradas libremente, salvo las expresas restricciones o limitaciones, cuya interpretación es taxativa y restrictiva, de manera que no es posible ampliar el margen de configuración de la prohibición prevista para los magistrados de la Corte Constitucional para cumplir con un período individual de ocho (8) años según las previsiones de la propia carta, a otra categoría diferente creada con posterioridad como lo son quienes desempeñan la función de manera meramente transitoria. Equiparar a quienes son elegidos por el Senado de la República para el cargo de magistrado de la Corte Constitucional, destinados a cumplir con un período de ocho (8) años, a los que son designados transitoriamente por la propia Corte Constitucional, para restringir el derecho fundamental de éstos últimos, vulnera el principio de derecho internacional pro hominem, respecto del cual la Corte Constitucional ha dicho: "(...) entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona". De manera que como en el caso en estudio no se cumple el primero de los supuestos para la configuración de la prohibición [referido al sujeto calificado], en razón a que la demandada desempeñó su labor de magistrada de la Corte Constitucional por designación que realizó la propia Corte y no por elección que realizara el Senado de la República para cumplir con un período de ocho (8) años. Así las cosas, el cargo imputado por el actor no tiene vocación de prosperidad y; por consiguiente, se denegarán las pretensiones de la demanda.

NOTA DE RELATORIA: Con auto de 18 de julio de 2013 con ponencia del Dr. Alberto Yepes Barreiro (E), se negó la solicitud de aclaración de la sentencia.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 245

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 1956 DE SEPTIEMBRE 20 DE 2012  
EXPEDIDO POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

#### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION QUINTA**

**Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO**

**Bogotá, diez (10) de mayo de dos mil trece (2013)**

**Radicación numero: 11001-03-28-000-2012-00065-00**

**Actor: JULIETH LORENA GARCIA CORREDOR**

**Demandado: DIRECTORA GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA  
ESPECIAL - AGENCIA DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO**

Procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. La demanda

La demandante en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó:

*“1ª. Que declaren la nulidad del Decreto No. 1956 de septiembre 20 de 2012, mediante el cual el Presidente de la República nombró Directora General de la Unidad Administrativa Especial - Agencia de Defensa Jurídica del Estado a la señora ADRIANA MARIA GUILLEN ARANGO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51'949.584 de Bogotá.*

*2ª. Que, como consecuencia de la anterior, decreten la nulidad de la posesión de la funcionaria designada Directora General de la Agencia...*

*3ª. Que ordenen el cumplimiento de la sentencia dentro del término de ley.”*

Para sustentar las pretensiones afirmó, en síntesis, lo siguiente:

- Que de acuerdo con lo previsto por el artículo 1º del Decreto 4085 de 2011, la Agencia de Defensa Jurídica del Estado es una entidad descentralizada del orden nacional, que forma parte de la Rama Ejecutiva, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Que según el artículo 7º del Decreto 4085 de 2011 la Dirección de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado está a cargo del Director General de la Agencia, empleo que es de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.
- Que la demandada se desempeñó como Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional desde el 2 de marzo de 2009 hasta el 29 de abril de 2012 y como Magistrada de la Corte Constitucional desde el 30 de abril hasta el 3 de septiembre de 2012.
- Que mediante Decreto No. 1956 de 20 septiembre de 2012 el Presidente de la República nombró a la demandada Directora General de la Unidad Administrativa Especial - Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

La actora consideró que con la expedición del acto demandado se vulneraron los artículos 245 de la Constitución Política en concordancia con el inciso final del artículo 44 de la Ley 270 de 1996 - Estatutaria de la Administración de Justicia-

Para explicar el concepto de violación de las normas, sostuvo que el artículo 245 de la Constitución Política prevé una incompatibilidad a los magistrados en ejercicio y una inhabilidad para quienes se retiran del cargo.

Consideró que la norma constitucional busca *“garantizar la independencia de la Corte Constitucional frente al Gobierno, lo cual resulta de vital importancia para el ejercicio autónomo de las facultades de control de la Corte Constitucional y para el equilibrio de poderes dentro de un estado democrático.”*

Resaltó que el artículo 245 de la Constitución Política no distingue entre magistrados titulares, encargados o interinos en razón a que todos ellos ejercen las mismas funciones *“participa en los debates con voz y voto, forma quórum decisorio, suscribe las sentencias”*.

Adujo que la expresión *“periodo en ejercicio”* debe interpretarse como el tiempo durante el cual se ejerce la función de magistrado de la Corte Constitucional *“sin importar que esto haya sido en calidad de titular o en calidad de encargado, pues la norma constitucional no distingue.”*

Señaló que la diferencia entre el magistrado titular y el encargado radica en la forma de acceso al empleo público, pues los primeros son elegidos por el Senado de la República y los encargados son elegidos por la propia Corte Constitucional. (fls. 30 a 37)

## **1.2. Contestación de la demanda**

**1.2.1.** La demandada, por conducto de apoderado, contestó y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Aseveró que cuando se presentan faltas de alguno de los magistrados de la Corte Constitucional y mientras se provee en forma definitiva el empleo, la propia Corte debe llenar la vacante de manera transitoria o temporal según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 270 de 1996.

Arguyó que las previsiones del artículo 245 de la Constitución Política solamente fueron previstas para los magistrados elegidos en propiedad y no para quienes son designados transitoriamente por la propia Corte Constitucional. (fls. 51 a 56)

**1.2.2.** El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por intermedio de su apoderado, adujo que la interpretación lógica del artículo 245 superior solamente refiere a los magistrados de la Corte Constitucional elegidos por el Senado de la República porque son éstos los que *“están sujetos a un período constitucional de 8 años de ejercicio”*, y no a quienes ocupan el empleo por situaciones administrativas transitorias o accidentales como es el caso de la demandada.

Adujo que la interpretación de las inhabilidades es de carácter restrictivo<sup>1</sup>, y que si bien en este caso está prevista en la propia Constitución, *“su alcance no puede desbordar el espíritu del Constituyente, ni los demás derechos y garantías consagrados en la misma Carta Política”*.

Propuso la excepción de indebida integración del litisconsorcio pasivo necesario, porque, en su criterio, en este proceso no se debió vincular al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en razón a que el acto demandado fue suscrito por el Presidente de la República y la Ministra de Justicia y del Derecho, y que en el proceso de formación del acto dicho Departamento Administrativo únicamente intervino para revisar su legalidad antes de que fuera suscrito por el Presidente de la República. (fls. 60 a 65)

## **1.3. Alegatos de conclusión**

---

<sup>1</sup> Para el efecto transcribió fragmentos de la sentencia C-147 de 1998 de la Corte Constitucional, así como del Concepto 1097 de 29 de abril de 1998 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

**1.3.1.** El apoderado de la demandada explicó que algunos servidores públicos son nombrados o elegidos para ocupar el cargo por un período establecido; otros, como los inscritos en carrera administrativa o los de libre nombramiento y remoción no cumplen con un período determinado.

Dicho lo anterior, indicó que los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República para un período de ocho años, y en caso de faltas absolutas o temporales de alguno de sus miembros, la Corte, en aras de facilitar su labor, puede elegir directamente a quien transitoriamente cubra la vacante.

Sostuvo que, en el caso en estudio, la demandada fue elegida transitoriamente Magistrada de la Corte Constitucional, mientras que el Senado de la República elegía al reemplazo del doctor Juan Carlos Henao Pérez; por tanto, su prohijada *“no fue servidora de período”*.

Recalcó que la prohibición prevista en el artículo 245 de la Constitución Política, en cuanto refiere al *“período de ejercicio de sus funciones”* solamente está dirigida a los magistrados de la Corte Constitucional elegidos en propiedad para períodos de ocho años.

Adujo que las normas que restringen el ejercicio de derechos son de excepción y estricta aplicación, así la prohibición del artículo 245 de la Carta es una excepción a la norma general del artículo 40-7 *ibídem* que permite a todo ciudadano acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, pero insiste en que está referida *“solo a los magistrados de la Corte Constitucional elegidos en propiedad para períodos determinados”*. (fls. 139 a 143)

**1.3.2.** El apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República reprodujo las razones que expuso en la contestación de la demanda. (fls. 145 a 149)

#### **1.4. Concepto del Ministerio Público**

El señor Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se deniegue la pretensión de nulidad respecto del acto acusado.

En primer lugar, se ocupó de la excepción propuesta por el apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - indebida integración del litisconsorcio pasivo necesario- para referir que el CPACA impone la obligación de notificar la demanda a las autoridades que expiden el acto administrativo para que, si a bien lo tienen, concurren al proceso a defender su legalidad.

Adujo que el acto acusado fue proferido por el Presidente de la República en nombre de la Nación, y por ello, según el artículo 159 del CPACA, la defensa está a cargo del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República como en efecto aconteció; por consiguiente, concluyó que la excepción debe ser despachada de manera desfavorable.

En segundo lugar, respecto del fondo del asunto, sostuvo que los artículos 239 de la Constitución Política y 44 de la Ley 270 de 1996 deben interpretarse de manera armónica con el artículo 245 de la Constitución Política para entender que solamente a los magistrados de la Corte Constitucional que son elegidos por el Senado de la República se les aplica la prohibición en estudio, pues esa es la

única forma mediante la cual se designa a un magistrado de dicha Corporación a efecto de cumplir con el período constitucional.

Indicó que la Corte Constitucional designa sus magistrados con carácter temporal y transitorio para *“evitar traumatismos internos”*, de allí que éstos no cumplan con el período constitucional y por ello no le es aplicable la restricción en estudio.

Adicionalmente, señaló que la prohibición del artículo 245 de la Constitución Política está dirigida únicamente a los magistrados de la Corte Constitucional elegidos por el Senado de la República en razón a que el artículo 239 de la Carta se ocupa de esta designación, mientras que la designación temporal por encargo *“solamente viene a ser consagrada mediante la Ley 270 de 1996”*.

En apoyo de sus argumentos se refirió a la taxatividad e interpretación restrictiva de las normas que prevén prohibiciones, así como al principio *pro hominen*. (fls. 150 a 156)

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia.

Según lo dispuesto en los artículos 128 numeral 3° del C.C.A. -modificado por el 36 de la Ley 446 de 1998- y 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003-, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del proceso electoral de la referencia, por cuanto corresponde a esta Corporación conocer privativamente y en única instancia de los procesos de nulidad de elecciones o nombramientos hechos por cualquier autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada, del orden nacional.

En este caso, se demanda la nulidad del Decreto No. 1956 de 20 de septiembre de 2012, mediante el cual el Presidente de la República nombró a la demandada Directora General de la Unidad Administrativa Especial - Agencia de Defensa Jurídica del Estado a la señora ADRIANA MARIA GUILLEN ARANGO; por tanto, es competente la Sala para conocer en única instancia de esta controversia.

### 2.2. De la excepción propuesta

El apoderado del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, propuso la excepción de indebida integración del litisconsorcio pasivo necesario, por considerar que en este proceso no se debió vincular al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en razón a que dicho Departamento Administrativo solamente revisó la legalidad del acto acusado antes de que fuera suscrito por el Presidente de la República.

Al respecto, la Sala advierte que por expresa disposición del artículo 277-2 del CPACA, en el medio de control de nulidad electoral, debe notificarse la demanda de manera personal *“a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción”*. A su vez, el artículo 159 *ibídem* dispone que *“Cuando el contrato o acto haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación [judicial] de esta se ejercerá por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.”*

Como lo refirió el Agente del Ministerio Público, en el caso en estudio, el acto acusado -Decreto No. 1956 de 20 de septiembre 20 de 2012- fue suscrito por el Presidente de la República en nombre de la Nación, y a efectos de representación judicial, las demandas en que se cuestione la legalidad de los actos administrativos expedidos por él deben notificarse al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como en efecto se hizo; por consiguiente, la excepción no prospera.

## **2.3. Generalidades previas**

### **2.3.1. Del derecho a la participación política y ciudadana**

Este derecho está previsto desde el propio preámbulo de nuestra carta política; es pilar indiscutible de nuestro Estado Social de Derecho y materializa el modelo de democracia participativa que irradia el ordenamiento jurídico y el propio Estado.

El artículo 40 de nuestra Constitución Política prevé que para hacer efectivo el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político todo ciudadano puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Con relación a este derecho, en reciente pronunciamiento, dijo esta Sala: *“Se trata de un derecho cuya ubicación bien puede hacerse dentro de los denominados derechos de primera generación, reconocidos a raíz de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la que se puso de manifiesto la necesidad imperiosa de poner por encima del propio Estado la dignidad humana. Como corresponden a derechos personalísimos, inherentes a la condición humana de la persona, el papel del Estado frente a ellos es el de no interferencia o el de hacerlo lo menos posible, para que se logre su mayor realización”*.<sup>2</sup>

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, respecto de este derecho prevén:

---

<sup>2</sup> Sentencia de 29 de octubre de 2012, Rad. 2011-00755.

El artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas establece:

*“1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.*

*2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

*3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto. “*

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>3</sup> en su capítulo I referido a los derechos prevé:

*“Artículo XX. Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.”*

- El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>4</sup>, dispone:

*“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:*

*a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*

*b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;*

*c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”*

- El artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”<sup>5</sup> establece:

*“Derechos Políticos*

---

<sup>3</sup> Aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948.

<sup>4</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

<sup>5</sup> Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, de conformidad con el artículo 74.2 de la Convención.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

El Tratadista Karl Loewenstein consideró que con la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas se “elevó el derecho de participar en el gobierno (artículo 21) a la categoría de derecho fundamental clave y decisivo en un orden social libre.”, señala que el reconocimiento y observancia de las libertades públicas separan la democracia constitucional de la autocracia, hasta el punto de que son las libertades individuales el único criterio seguro e infalible para distinguir los dos sistemas políticos.<sup>6</sup>

Por su parte el doctrinante Vladimiro Naranjo Mesa en su obra “Teoría Constitucional e Instituciones Políticas” enfatiza que esta clase de derechos provienen de los denominados por la doctrina “de primera generación”, que en su decir “está conformada por el catálogo de derechos individuales de inspiración liberal, que fueron consagrados a lo largo de las constituciones del siglo XIX y parte del siglo XX. Su fuente directa de inspiración fue, ante todo, la declaración francesa de 1.789, así como las declaraciones de derechos norteamericanos y aun el Bill of Rights inglés de 1689. Su objetivo esencial fue el reconocimiento de aquellos derechos inherentes a la persona humana frente a los posibles abusos del poder público.”.

Los derechos políticos son considerados de manera reiterada por la jurisprudencia constitucional como fundamentales en nuestra democracia participativa; en tal condición, “poseen un plus”<sup>7</sup>, son de aplicación inmediata (C.P. art 85), se regulan mediante leyes estatutarias (C.P. art 152) y las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso que los afecten, deberán ser sometidas a Referendo (C.P. art 377).

La jurisprudencia del Consejo de Estado también ha reconocido los derechos políticos como fundamentales, para lo cual ha dicho:

*“En primer lugar, el ordenamiento constitucional consagra dentro de sus fines “facilitar la participación de todos en las decisiones que los*

<sup>6</sup> Loewenstein Karl. Teoría de la Constitución. Editorial Ariel. Barcelona, Páginas 391 y 392.

<sup>7</sup> Ver entre otras: Corte Constitucional, sentencia T - 469 de 1992.

afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (Art. 2), lo que bien puede calificarse de democracia participativa en tanto propugna porque las personas, individualmente consideradas o a través de asociaciones, tomen partido en las decisiones que de alguna manera puedan afectarlos, lo que además asegura, de cierto modo, que esas decisiones consulten en mayor medida el interés general y el bien común., a **El mismo postulado se constituye en la esencia del derecho fundamental consagrado en el artículo 40 Constitucional que reconoce a “Todo ciudadano [el] derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” a través de acciones como “Elegir y ser elegido” (1), “Tomar parte en elecciones” (2) y “Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos” (7), en fin todas aquellas actuaciones connaturales al ejercicio de la democracia, cuya manifestación más importante es al momento de escoger por voto popular los dignatarios que accederán al poder político...**<sup>8</sup> (Resalta la Sala)

Respecto del carácter fundamental de los derechos políticos la Corte Constitucional anotó:

*“Por otra parte, el derecho político es un derecho fundamental en una democracia representativa; se encuentra ubicado en el Capítulo 1 -De los derechos fundamentales- del Título II -De los derechos, las garantías y los deberes-, por lo que de conformidad con el artículo 377 de la Constitución estos derechos poseen un plus, pues deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso cuando se refieran éstas a los derechos reconocidos en el capítulo 1, Título II y sus garantías, si así lo solicitan dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto legislativo un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral.”<sup>9</sup>*

En sentencia C-952 de 2001 la Corte Constitucional manifestó:

*“La Carta Política de 1991 establece en el artículo 40 el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Dentro de las varias manifestaciones que adopta este derecho se encuentra la posibilidad de elegir y ser elegido (num.1o.) así como de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (num. 7o.) (...)*

*(...)*

*El derecho político en mención ha sido reconocido como fundamental y de aplicación inmediata en el texto constitucional (CP, arts. 40 y 85), dado el desarrollo que permite alcanzar, no sólo en el patrimonio jurídico-político de los ciudadanos, sino también en la estructura filosófico-política del Estado, al hacer efectivo el principio constitucional de la participación ciudadana (C.P., art. 1o.)”*

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 17 de julio de 2008, Exp.:2008-00009.

<sup>9</sup> Sentencia T-469 de 1992.

Así las cosas, para la Sala no hay duda de que el derecho a la participación política y ciudadana es fundamental y de aplicación inmediata<sup>10</sup>; de manera que cualquier restricción del constituyente o del Legislador debe adecuarse a un estricto criterio de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, no se pueden limitar injustificada ni excesivamente.<sup>11</sup>

Es importante resaltar que, al estudiar los alcances y límites de este derecho, la Sala explicó<sup>12</sup>:

*“...es preciso identificar que el ordenamiento constitucional está edificado sobre la idea de libertad y participación. Así lo señalan diferentes disposiciones de la Constitución Política de 1991. Para comenzar, en el preámbulo se estipuló que la promulgación de la Constitución se inspiró, entre otras cosas, en la necesidad de “...asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, **la libertad** y la paz, **dentro de un marco jurídico, democrático y participativo** que garantice un orden político, económico y social justo,...” (Negrillas de la Sala). Es decir, que desde allí se envió el mensaje claro de que la Carta Fundamental se inspira en la salvaguarda de la libertad y la participación, en sus diferentes manifestaciones.*

(...)

*El derecho a la libertad, en lo que respecta a las manifestaciones políticas de la persona humana, se materializa en el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, con asiento en el artículo 40 Constitucional. Una de sus expresiones más importantes es aquella que permite a las personas, mediante el ejercicio del derecho al voto, participar en la elección de los dignatarios, y que a su vez los faculta para intervenir en las contiendas electorales, por voto popular o no, como una más de las opciones políticas.*

*El derecho fundamental previsto en el artículo 40 Constitucional es el derecho político por excelencia, pues a través de él los ciudadanos pueden participar en la vida política nacional, bajo cualquiera de las manifestaciones consagradas en sus siete numerales.*

(...)

*Ello se aprecia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, al prescribir en el artículo 4º que la libertad es la facultad de hacer todo lo que no perjudique a los demás, y que su limitación únicamente puede provenir de la Ley, como expresión de la soberanía popular contenida en los órganos de representación democrática. **Igualmente se nota en el artículo 5º al disponer que “Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido...”, con lo que se quiere significar que en materia de derechos políticos la persona está habilitada para hacer todo cuanto quiera, siempre y cuando***

<sup>10</sup> A esta misma conclusión arribó la Sala en sentencia de 25 de abril de 2012, Rad. 2011-0043

<sup>11</sup> Ver: Sentencia de la Corte Constitucional C 1212 de 2001.

<sup>12</sup> Sentencia de 29 de octubre de 2012, Rad. 2011-00755.

**no se encuentre con una restricción establecida por el ordenamiento jurídico.**<sup>13</sup>

*Por lo anterior, el derecho fundamental sub examine, según lo dispuesto en el artículo 85 Constitucional, es de aplicación inmediata. No se requiere de autorización previa por parte del legislador o de la Administración para que las personas puedan exigir su goce efectivo o realización, o para que cese su vulneración o amenaza. Y, aunque el legislador le imponga ciertos requisitos, calidades, inhabilidades, etc., para su ejercicio, ello no le quita su carácter fundamental, ni la exigibilidad inmediata, tanto frente al propio Estado como respecto de particulares.*

*(...)La limitación o restricción a ese derecho no es algo que pueda suponerse o inferirse, pues existen claras disposiciones jurídicas que así lo confirman.*

*(....)*

*Lo dicho apunta a sostener que la libertad en materia política o respecto al derecho fundamental a ser elegido previsto en el artículo 40 Superior, es la regla general. Esto significa que, en principio, todos los ciudadanos tienen derecho a incorporarse al ejercicio de la función pública o a desempeñar cargos unipersonales o en corporaciones públicas por voto popular, y que la limitación de ese derecho solamente puede provenir del constituyente o del legislador, porque al respecto existe reserva legal, de modo que únicamente el Congreso de la República puede, en ejercicio de la soberanía parlamentaria, establecer condiciones, requisitos o inhabilidades que desde luego se erigen en restricciones para el pleno goce del derecho.*

*No queda duda, entonces, en cuanto a que la regla general en torno al derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y en particular a la capacidad de elegir y ser elegido, es que se puede ejercer libremente. Y, que cualquier restricción que se imponga al mismo, debe provenir de una norma jurídica, que en principio debe emanar del constituyente o del legislador.”*

En ese mismo sentido, es importante destacar que las normas que restringen el derecho fundamental en estudio mediante requisitos negativos para acceder a la función pública, al ejercicio de cargos o funciones públicas, deben interpretarse siempre de la manera que garantice su más amplio ejercicio, pues las prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades deben estar consagradas expresamente en Constitución Política o en la ley; la limitación o restricción debe ser taxativa y está vedada cualquier Interpretación extensiva o análoga <sup>14</sup>. Es el principio *pro libertatis*<sup>15</sup> al que la Corte Constitucional se refirió en la sentencia C-147 de 1998, en los siguientes términos:

<sup>13</sup> Negrillas y subrayas fuera del texto.

<sup>14</sup> Al respecto pueden consultarse, entre otras, sentencias de la Sección Quinta, las de 14 de noviembre de 2008, Rad. 73001-23-31-000-2007-00710-01; de 26 de febrero de 2009, Rad. 50001-23-31-000-2007-01107-01; de 13 de diciembre de 2010, Rad. 17001-23-31-000-2009-00077-01; de 21 de febrero de 2013, Rad. 130012331000201200002501.

<sup>15</sup> Este tema puede consultarse en las sentencias de la Sección Quinta 16 de julio de 1998, expediente 175; de 17 de agosto de 2000, expediente 2342; de 19 de mayo de 2005, expediente 3688; de 15 de junio de

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

Por lo expuesto se concluye que, por regla general, todas las personas en desarrollo del derecho fundamental de participación política y ciudadana pueden ser elegidas o nombradas libremente, salvo las limitaciones o restricciones que devienen del Constituyente o del Legislador a manera de requisitos, calidades, prohibiciones o inhabilidades, que deben interpretarse de manera taxativa y restrictiva.

#### **2.4. Estudio del fondo del asunto.**

En el *sub examine*, la controversia jurídica por resolver se centra en determinar si el nombramiento de la demandada en el cargo de Directora General de la Unidad Administrativa Especial - Agencia de Defensa Jurídica del Estado, realizado el 20 de septiembre de 2012, se encuentra viciado en razón a que se desempeñó como Magistrada de la Corte Constitucional hasta el 3 de septiembre de 2012, por designación que realizara la propia Corte Constitucional.

Las pretensiones del actor se formulan con fundamento en la posible transgresión del artículo 245 de la Constitución Política que prevé:

*“El Gobierno no podrá conferir empleo a los Magistrados de la Corte Constitucional durante el período de ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro.”*

##### **2.4.1. De la naturaleza jurídica de la causal endilgada**

De la situación fáctica expuesta por la actora, y de conformidad con el cargo de violación que explicó en su demanda, es claro que la censura contra el acto de nombramiento de 20 de septiembre de 2012 cuya nulidad se pide recae en el desempeño previo, hasta el 3 de septiembre de 2012, del cargo de Magistrada de la Corte Constitucional de la demandada; por consiguiente, el estudio de la *litis* en este caso, se demarcará por la prohibición prevista por el artículo 245 de la Constitución Política.

##### **2.4.2. Elementos de la prohibición en estudio**

---

2006, expediente 3921 y; la sentencia C-147 de 22 de abril de 1998 dictada por la Corte Constitucional, entre otras.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, para que se configure la prohibición prevista en el artículo 245 de la Constitución Política se requiere: *i) sujeto calificado*: Magistrado de la Corte Constitucional; *ii) factor temporal*: durante el período de ejercicio de sus funciones o dentro del año siguiente a su retiro; *iii) hecho*: designación de empleo público por parte del Gobierno. Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos la prohibición no se configura.

#### **2.4.2.1. Del sujeto calificado**

En el proceso, está acreditado que la demandada ejerció por designación transitoria el cargo de Magistrada de la Corte Constitucional entre el 30 de abril hasta el 3 de septiembre de 2012<sup>16</sup>.

Este hecho no fue controvertido en el proceso; no obstante, para el actor la prohibición en estudio es aplicable a todas las personas que ejercen las funciones de Magistrado de la Corte Constitucional, sin hacer distinción si se accede al cargo por elección del Senado de la República o si se es designado transitoriamente en encargo por la Corte Constitucional.

Por su parte, para la demandada, la prohibición sólo se configura a condición de que se trate de Magistrado de la Corte Constitucional elegido por el Senado de la República, de manera que la restricción no fue prevista para los magistrados designados para llenar las vacantes de manera transitoria por la propia Corte Constitucional.

El Ministerio Público es de la opinión que la prohibición solamente está prevista para los magistrados de la Corte Constitucional elegidos por el Senado de la República en razón a que la norma constitucional es del año 1991 y la designación transitoria se soporta en una norma expedida con posterioridad - Ley 270 de 1996-, de manera que el constituyente no previó esa posibilidad.

En razón de las diversas interpretaciones que produce la norma en estudio, a fin de determinar si el sujeto de la prohibición es el Magistrado de la Corte Constitucional elegido de conformidad con las previsiones de la Constitución Política para cumplir con un período de 8 años, o si se extiende a quienes son designados de manera transitoria por la propia Corte Constitucional como lo autoriza el artículo 44 de la Ley 270 de 1996, la Sala en primer lugar acude a los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, para determinar si con ellos es posible realizar una interpretación histórica, o teleológica de la norma.

Del estudio de los antecedentes del artículo 245 de la Constitución Política<sup>17</sup> se comprueba que en la Asamblea Nacional Constituyente se acogió el tenor propuesto por la Comisión Codificadora y se aprobó sin suscitar debates en los que se expusieran argumentos o razones a favor o en contra de su aprobación. El texto una vez propuesto no sufrió modificaciones durante el proceso constituyente, y en las gacetas no constan censura o reparo alguno.

Como en las gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente no hay reseña de discusión respecto del artículo 245 de la Constitución Política, no es posible hacer

<sup>16</sup> Según constancia proferida por la Coordinadora Administrativa de la Corte Constitucional que obra a folio 29.

<sup>17</sup> Contenidos en las Gacetas Constitucionales N° 85 de 28 de mayo; N° 109 de 27 de junio; N° 113 de 5 de julio; N° 115 de 16 de julio; N° 27 de 3 de octubre; N° 137 de 12 de noviembre y; N° 143 de 27 de diciembre de 1991.

una interpretación que parta de los antecedentes históricos de la aprobación del precepto constitucional.

Ahora, por las razones expuestas, la interpretación teleológica de la norma tampoco puede partir de las gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente, razón por la cual debe entenderse que con este precepto constitucional se pretende *“rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*<sup>18</sup> finalidad esta que es común y general al régimen de inhabilidades previsto en el ordenamiento.

Como se ve, de la interpretación histórica y teleológica de la norma no es posible determinar si el sujeto de la prohibición son todos quienes hubieren ejercido el cargo de Magistrado de la Corte Constitucional o únicamente los elegidos por el Senado de la República; por consiguiente la Sala acude a una interpretación gramatical o exegética del precepto.

La disposición constitucional transcrita expresa de manera clara e inequívoca que la prohibición se dirige *“a los Magistrados de la Corte Constitucional”* y su término comprende *“el período de ejercicio de sus funciones”* o el *“año siguiente a su retiro.”*

De acuerdo con los artículos 233 y 239 de la Constitución Política los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de la República, ***“para periodos individuales de ocho años”***; no obstante, es posible ejercer transitoriamente las funciones del cargo de Magistrado de la Corte Constitucional sin ser elegido por el Senado de la República, pues según el artículo 44 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de Administración de Justicia- *“Mientras se provee el cargo por falta absoluta o por falta temporal de uno de sus miembros la Corte Constitucional llenará directamente la vacante”*; es decir, por el término que dure la vacante en razón de falta absoluta o temporal de uno de sus miembros ejerce el cargo quien designe directamente la Corporación.

A efecto de resaltar que la norma únicamente está destinada a los magistrados de la Corte Constitucional elegidos por el Senado de la República, es claro que el *“período de ejercicio de sus funciones”* se refiere al individual de ocho (8) años fijado por la Constitución Política<sup>19</sup>, el cual no es aplicable a quienes ejercen el cargo por encargo de la propia Corte Constitucional, pues el designado realmente no es elegido para un “período” de tiempo como lo exige la norma para configurar la prohibición, sino que su continuidad en el servicio está sometida a que se provea el cargo para llenar la vacante.

Además de lo expuesto, se destaca que, el constituyente del año 1991 creó con la nueva Carta Política la Corte Constitucional, y como lo señaló el agente del Ministerio Público, la prohibición en estudio tiene su origen en el propio texto de la Constitución Política, de manera que el ámbito de la restricción en estudio debe armonizarse en el contexto temporal en el que cobró vigencia.

En ese sentido, huelga reiterar que la única manera para proveer el cargo de magistrado de la Corte Constitucional era el señalado por la propia Constitución

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional sentencias C-380 de 1997; C-200 de 2001, y C-1212 de 2001.

<sup>19</sup> Artículo 239.

Política, y años más tarde, precisamente con la Ley 270 de 1996, en razón del reducido número de sus integrantes, el Legislador Estatutario autorizó a la propia Corte para que, ante faltas absolutas o temporales, de manera transitoria provea las vacantes.

Para la Sala, la prohibición dirigida a los Magistrados de la Corte Constitucional, elegidos de conformidad con el procedimiento previsto por la Carta, no se puede extender a quienes por habilitación legal posterior desempeñan las funciones de manera transitoria.

Recuérdese que como se explicó en el numeral 2.3. de la presente providencia, por regla general, todas las personas en desarrollo del derecho fundamental de participación política y ciudadana pueden ser elegidas o nombradas libremente, salvo las expresas restricciones o limitaciones, cuya interpretación es taxativa y restrictiva, de manera que no es posible ampliar el margen de configuración de la prohibición prevista para los magistrados de la Corte Constitucional para cumplir con un período individual de ocho (8) años según las previsiones de la propia carta, a otra categoría diferente creada con posterioridad como lo son quienes desempeñan la función de manera meramente transitoria.

Es importante insistir que el hecho de que la norma constitucional no realice distinción respecto de la forma como se accede al cargo de magistrado de la Corte Constitucional por la potísima razón que para ese momento solamente había una forma para acceder al cargo de acuerdo con los artículos 233 y 239 de la Constitución Política, de manera alguna faculta al interprete para extender sus efectos en razón del carácter taxativo de las normas que restringen derechos.

Equiparar a quienes son elegidos por el Senado de la República para el cargo de magistrado de la Corte Constitucional, destinados a cumplir con un período de ocho (8) años, a los que son designados transitoriamente por la propia Corte Constitucional, para restringir el derecho fundamental de éstos últimos, vulnera el principio de derecho internacional pro hominem, respecto del cual la Corte Constitucional ha dicho: *“(...) entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona”*<sup>20</sup>.

De manera que como en el caso en estudio no se cumple el primero de los supuestos para la configuración de la prohibición [referido al sujeto calificado], en razón a que la demandada desempeñó su labor de magistrada de la Corte Constitucional por designación que realizó la propia Corte y no por elección que realizara el Senado de la República para cumplir con un período de ocho (8) años. Así las cosas, el cargo imputado por el actor no tiene vocación de prosperidad y; por consiguiente, se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

## **FALLA**

---

<sup>20</sup> Sentencia C-551 de 2003.

**PRIMERO: DENIEGASE** prosperidad a la excepción propuesta por el apoderado del Departamento administrativo de la Presidencia de la República.

**SEGUNDO: DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia archívese el expediente.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**  
Presidente

**MAURICIO TORRES CUERVO**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**