

256-16

www.legismovil.com 001

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

**Consejero Ponente (E): Alberto Yepes Barreiro**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil catorce (2014)

**Radicación:** 11001-03-28-000-2014-00008-00

**Radicado Interno:** 2014-0008

**Actor:** Néstor Iván Osuna Patiño

**Demandado:** Congreso de la República

***Fallo Electoral – Única Instancia***

Surtido el trámite legal correspondiente, procede la Sala a resolver en única instancia la demanda electoral promovida por el doctor Néstor Iván Osuna Patiño contra su propio acto de elección como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda**

**1.1. Pretensiones**

El doctor Néstor Iván Osuna Patiño, actuando por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción electoral, demandó el acta de 10 de diciembre de 2013 proferida por el Congreso de la República, por medio de la cual se le eligió como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Solicitó al H. Consejo de Estado la nulidad parcial del acto administrativo enjuiciado, de tal forma que se ajuste a lo dispuesto en los artículos 254 Constitucional, 76 de la Ley 270 de 1996, y 28 de la Ley 5 de 1992 que, a juicio del actor, consagran que el periodo establecido Constitucional y legalmente para el cargo en propiedad de Magistrado de la Sala

Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es individual de 8 años y no institucional.

En consecuencia, además, solicitó se hicieran las rectificaciones del caso.

## 1.2. Hechos

El elegido, **Néstor Iván Osuna Patiño**, a través de apoderado judicial, ejerció la acción pública de nulidad electoral con el fin de obtener la "anulación parcial" de su propio acto de elección, contenido en el acta de la sesión del Congreso de la República de 10 de diciembre de 2013, mediante la cual se declaró su elección como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Lo anterior, en aras de obtener por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la rectificación del acto acusado, puesto que, a juicio de la parte actora, en él se indicó que la elección se surtió para el periodo 2013-2016, aun cuando, considera el actor, su periodo es personal y de 8 años.

El doctor Osuna Patiño fue elegido en la vacante que se generó con la renuncia del Magistrado Henry Villarraga el mes de noviembre de 2013.

El 28 de enero de 2014 el doctor Néstor Iván Osuna Patiño tomó posesión del cargo como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura ante el Presidente de la República; y, ese mismo día, el Secretario General del Congreso de la República certificó que el 10 de diciembre de 2013, en sesión del Congreso en Pleno, se eligió al doctor Osuna Patiño como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, "para el periodo 2013-2016".

A la fecha de interposición de la demanda el Congreso de la República aún no había elaborado el acta de la sesión celebrada el 10 de diciembre de 2013 en la que se eligió al doctor Osuna Patiño y que fuera aportada al expediente sólo hasta el día de la realización de la Audiencia Inicial.

### 1.3. Normas violadas y concepto de violación

Las normas que a juicio del accionante resultaron vulneradas con la actuación del Congreso fueron los artículos 4°, 40, 113, 121, 228 y 254 de la Constitución Política; 76, 78 y 130 de la Ley 270 de 1996; y, 22, 27 y 28 de la Ley 5 de 1992.

El concepto de violación lo circunscribió al desconocimiento de normas superiores en las que debía fundarse el acto demandado.

Los cargos fueron sintetizados de la siguiente manera:

- a) *"La elección y periodo de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria: expresión de su autonomía e independencia"* toda vez que, para el demandante, la Constitución señaló de manera expresa que los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura son elegidos para un periodo de 8 años, mandato que lo reiteran las normas legales que lo desarrollan. Por tal motivo, a su juicio, no cabe duda que al limitar el periodo del elegido a 3 años<sup>1</sup> se vulneran los artículos 254 de la Constitución, 76 de la Ley 270 de 1996 y 28 de la Ley 5 de 1992, lo cual pone en peligro el principio de separación de poderes y afecta gravemente la autonomía e independencia judicial.
- b) *"El periodo de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, tanto en su Sala Administrativa como los de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria es individual o personal"*, por cuanto la única referencia al periodo de los Magistrados de esta Sala se encuentra en el artículo 254 Constitucional y esa disposición fija el periodo de 8 años sin hacer distinción sobre su naturaleza; sin embargo, para el demandante, esa ausencia de definición no puede significar que el periodo se convierta en institucional.

Indicó que el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 no puede ser más explícito al indicar que *"son de periodo individual los cargos de Magistrado (...) del Consejo Superior de la Judicatura (...)"*. Además, la sentencia de

<sup>1</sup> De conformidad con la certificación expedida por el Secretario General del Congreso de la República en la que se indicó que en sesión de 10 de diciembre de 2013 se eligió al doctor Néstor Iván Osuna como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, para el periodo 2013-2016. Folio 19 del expediente.

258

24 de julio de 2008, proferida por esta Sección<sup>2</sup>, señaló que "los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículo 233 de la C.P.) y los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura (artículo 254 de la C.P.)" tienen un periodo **individual** de 8 años.

- c) *"Las vacancias absolutas de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura serán provistas por los nominadores eligiendo un nuevo magistrado para un periodo de 8 años"* ya que los artículos 77 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y 22 de la Ley 5 de 1992, referentes a las faltas absolutas de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, no establecen que la elección de estos funcionarios se deba efectuar para terminar el periodo del Magistrado de quien se predique falta absoluta, es decir, por un tiempo menor de 8 años; por ello, no podía el Congreso de la República elegir un Magistrado para terminar el periodo de otro que renunció antes de finalizar su periodo, puesto que la Constitución y la ley no se lo permiten.
- d) *"Determinar la fecha de inicio del periodo de los magistrados por parte de la ley no significa que cambia su naturaleza de individual a institucional"* toda vez que el artículo 28 de la Ley 5 de 1992 además de reiterar el mandato Constitucional sobre el periodo de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, determinó el 1º de septiembre de 1992 como la fecha de inicio de los mencionados mandatos; no obstante, al haberse establecido dicha fecha no se puede interpretar que su naturaleza sea institucional.
- e) *"La reforma constitucional de 2003 y los periodos institucionales no son aplicables en la designación de los altos funcionarios de la rama judicial: el precedente jurisprudencial"*. El artículo 125 de la Constitución no es aplicable al *sub judice* toda vez que esa disposición se incorporó al ordenamiento Constitucional mediante la reforma política de 2003 (Acto Legislativo 1 de 2003), modificación eminentemente electoral, sin que exista alguna razón que permita hacerla extensible a la elección de Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

<sup>2</sup> Radicado No. 2007-00060, M.P: Dra. Susana Buitrago Valencia.

Además, el Consejo de Estado en fallo de 16 de abril de 2013<sup>3</sup> expresó que el artículo 125 Superior en referencia al carácter institucional de los periodos para cargos de elección no se aplica a los cargos o altas magistraturas en la Rama Judicial, porque esa no fue la intención del constituyente ya que su finalidad era de carácter político – electoral.

- f) *"El derecho fundamental de acceso a cargos o funciones públicas se trasgrede cuando se elige en propiedad para un cargo por periodo distinto señalado en el ordenamiento jurídico"* debido a que cuando el Congreso de la República eligió en propiedad a un ciudadano como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y le señala un periodo distinto al establecido por la Constitución y la ley, sin estar facultado para ello, vulnera el derecho que tienen los ciudadanos a participar en la conformación y ejercicio del poder político, en la dimensión de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.

#### 1.4. Contestación de la demanda

El Congreso de la República, actuando por intermedio de apoderado judicial, indicó que es cierto que el artículo 28<sup>4</sup> (sic) de la Constitución señala que el periodo de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es de 8 años.

No obstante, puso de presente que el párrafo del artículo 125 Superior indica que los periodos establecidos en la Constitución o en la ley para cargos de elección son institucionales, por lo que quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos por falta absoluta de su titular lo harán por el resto del periodo para el cual fue elegido; en ese sentido, las decisiones administrativas del Senado de la República se profirieron con fundamento en las normas constitucionales vigentes al momento de la elección del demandante.

<sup>3</sup> Expedientes 2012-00027, 2012-00028, 2012-00019 y 2012-00021.

<sup>4</sup> Realmente se refiere al artículo 254 Superior.

Entonces, como el Dr. Osuna Patiño fue elegido para reemplazar la vacante absoluta generada con ocasión de la renuncia del ex Magistrado Henry Villarraga, lo correcto era efectuar la elección por lo que restaba del periodo, es decir, por tres años y no por 8.

Propuso la excepción de *"Inexistencia de conducta ilegítima por parte del Congreso de la República"*, toda vez que para que prospere la acción de nulidad se debe probar al menos una de las causales que dan lugar a ella, situación que, a su juicio, no ocurre en el *sub judice*.

Expresó que esa Corporación, contrario a lo planteado por la parte actora, se acogió al ordenamiento jurídico vigente al momento de la elección del demandante; que, además, tenía competencia para expedir el acto demandado; y, los motivos invocados para su expedición guardaban concordancia con la realidad fáctica planteada.

También propuso la excepción de *"Ineficacia de la demanda por no señalar las causales"* puesto que el demandante debió indicar con precisión las causales de nulidad en las cuales fundamentaba sus pretensiones, en ese sentido consideró que la demanda carece de los elementos formales que la caracterizan, por lo que no se le puede dar trámite. Expresó que el accionante se limitó a mencionar los cargos en los que soportaba la violación de unas normas, pero, a juicio de la parte demandada, esto no corresponde con ninguna de las causales de nulidad definidas por el C.P.A.C.A.

Igualmente, propuso la excepción de *"Ineptitud sustancial de la demanda"*. Para desarrollarla, se refirió a un aparte de una sentencia del Consejo de Estado de 15 de noviembre de 1990, referente a la procedencia de la acción de nulidad, para insistir en que es requisito indispensable de una demanda señalar la causal de nulidad atribuida al acto enjuiciado.

Finalmente, propuso la excepción de *"Inexistencia de causal alguna que afecte la validez del acto administrativo demandado"*, en la que, una vez más, insiste en su argumento relativo a la ausencia de alguna de las causales descritas por el legislador.

### 1.5. Trámite de Instancia

El asunto de la referencia fue repartido al Despacho del Magistrado Ponente el 7 de febrero del presente año.

Mediante auto de 10 de febrero de 2014 el Magistrado Sustanciador ordenó, previo a resolver sobre la admisión de la demanda, a la Secretaría General del Congreso de la República la remisión al proceso de la copia del acta de la sesión de 10 de diciembre de 2013 en la que esa Corporación declaró la elección del doctor Néstor Iván Osuna Patiño como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; y, el CD contentivo de la referida sesión.

Por comunicación de 18 de febrero de 2014 el Secretario General del Congreso de la República informó que el acta correspondiente a la sesión celebrada por esa Corporación el 10 de diciembre de 2013 en la que se eligió al doctor Néstor Iván Osuna Patiño como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se encontraba en elaboración por parte de la Oficina de Relatoría de la Cámara de Representantes. No obstante, adjuntó 1 CD contentivo de la sesión celebrada en la respectiva fecha.

Mediante auto de 19 de febrero de 2014 se admitió el proceso de la referencia; se ordenó la notificación personal al presidente del Congreso de la República y al Ministerio Público y por estado al actor; finalmente, se exigió informar a la comunidad sobre la existencia de este proceso por la página web del Consejo de Estado<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> En la providencia se concluyó que no era requisito indispensable para la tramitación del proceso contar con la copia del acta de la sesión de 10 de diciembre de 2013. Al respecto se transcribió un aparte del auto que admitió la demanda presentada en contra de la elección de José Gregorio Eljach Pacheco como Secretario General del Senado de la República en el que se concluyó *"Ante esa circunstancia, la Sala considera que, si bien lo ideal es contar con el acto administrativo demandado al momento de admitir la demanda, sujetar forzosamente esta decisión a la obtención de ese documento afectaría grave e injustificadamente el normal curso del proceso electoral y atendería no solo contra el derecho de acceso a la administración de justicia de los demandantes sino el de la tutela efectiva, máxime cuando el juez puede acudir a otros medios de prueba para evidenciar la existencia del acto que se acusa. En el caso concreto, para demostrar la elección de José Gregorio Eljach Pacheco como Secretario General del Senado de la República, obran en el expediente: i) el video de la sesión de 1º de agosto de 2012 y ii) copia de la Resolución 2177 de 8 de agosto de 2012, de nombramiento del mencionado funcionario en dicho cargo, en la que se lee que: "mediante certificación expedida por los integrantes de la Mesa Directiva del Senado de la República, informa que en Sesión Plenaria de fecha 1 de agosto de 2012 fue elegido como Secretario General del Senado de la República al Doctor JUAN GREGORIO ELJACH PACHECHO identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.540.910 para el periodo constitucional 2012-2014, y que tomo (sic) posesión ante la Plenaria en sesión de fecha 8 de agosto de 2012." (fl. 3 – Se subraya)".*

La demanda se admitió a pesar de no contar con la copia del acta de la sesión en la que se llevó a cabo la elección acusada, toda vez que en el expediente obraba el CD suministrado por el Congreso de la República donde se evidencia claramente la voluntad de este órgano en elegir al accionado.

Por auto de 4 de abril de 2014 se fijó fecha y hora para celebrar la audiencia inicial para el día 23 de abril de 2014. En esa audiencia se saneó el proceso, se decidieron las excepciones previas, se verificó y estableció la competencia de la Sección para fallar el proceso de la referencia y se fijó el litigio, considerando que este se centraría en determinar dos aspectos muy concretos:

**Primero**, si la elección del doctor Néstor Iván Osuna Patiño como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, debía entenderse por un periodo de 8 años.

**Y, segundo**, si este periodo es institucional o personal.

En el decreto de pruebas, se tuvieron como tales los documentos allegados con la demanda y su contestación, dándoles el valor que les asigna la ley.

Además, el Ponente decidió decretar como prueba de oficio la documental contenida en la Gaceta del Congreso No. 59 de fecha martes 25 de febrero de 2014, con 24 páginas; toda vez que para la fecha de la realización de la audiencia ya había sido elaborado por el Congreso de la República el mencionado documento.

En esa misma audiencia se indicó que se daría aplicación al último inciso del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, de manera que se le otorgó a las partes y al Ministerio Público el término conjunto de 10 días para presentar, por escrito, sus alegatos de conclusión.

## **1.6. Alegatos de conclusión**

**1.6.1.** El apoderado del Congreso de la República reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y agregó que por alguna razón justificada el constituyente excluyó del artículo 233 a los Magistrados del Consejo Superior

de la Judicatura; por ello, al momento de presentarse falta absoluta en estos cargos, quien reemplace al inicialmente elegido deberá terminar el periodo que le faltaba, de conformidad con el parágrafo del artículo 125 Constitucional.

1.6.2. El apoderado del accionante insistió en los argumentos planteados en la demanda y agregó que la decisión de elegir al demandante por un periodo de 3 años y no de ocho como lo ordena la Constitución y la ley, y de cambiar la naturaleza del periodo de los Magistrados de las altas cortes no fue discutida, consensuada ni sometida a la aprobación de las mayorías parlamentarias, sino que se trató de una inconsulta decisión de la Mesa Directiva del Congreso de la República.

Lo anterior, a su juicio, se desprende de la revisión detallada del Acta del Congreso del 10 de diciembre de 2013, en la que la única referencia sobre el periodo del Magistrado a elegir en dicha sesión se encuentra en el orden del día, sin que en ninguna otra oportunidad se hiciera referencia a dicho periodo.

Así pues, indicó que ni cuando se dio inicio a la votación, ni en el momento de declarar la elección, ni cuando esta se ratificó por Senado y Cámara se dijo que la elección del nuevo Magistrado sería por un periodo de 3 años.

Entonces, para la parte actora, es claro que si el Congreso en pleno no puede modificar o alterar el periodo de los dignatarios de la Rama Judicial cuya elección le corresponde efectuar, mucho menos lo puede hacer la Mesa Directiva al momento de elaborar el orden del día, como en efecto se realizó, y de esta manera hizo incurrir en error al Congreso en pleno.

Señaló que el apoderado del Congreso insistió en que esa Corporación actuó legítimamente al dar aplicación al parágrafo del artículo 125 Constitucional, pero, para él, llama la atención que en ningún momento de la sesión se hubiese discutido sobre la aplicación del artículo mencionado, es decir, a su juicio, tal argumento parece más la defensa de la Mesa Directiva que del Congreso de la República, porque fue aquella la que incorporó en el orden del día la referencia del periodo.

Argumentó que el 15 de diciembre de 2009 se eligió como Magistrado de la Sala Disciplinaria al doctor Armando Otálora, quien posteriormente renunció al cargo; y, el 14 de noviembre de 2012 el Congreso en pleno eligió a su reemplazo, esto es, al doctor Wilson Ruiz Orjuela, pero en esta elección no se dijo que se elegiría por el resto del periodo.

A su juicio, no es comprensible que el Congreso hubiese efectuado dos elecciones bajo los mismos supuestos, pero aplicando dos reglas distintas sobre la duración o naturaleza del periodo de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura.

Concluyó que la única diferencia entre las dos elecciones se presentó en la redacción del orden del día, toda vez que en la elección del demandante la Mesa Directiva del Congreso pretendió de manera ilegal reducir el periodo de este, sin que esa decisión hubiese sido adoptada por la Corporación.

### 1.7. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda, toda vez que después de realizar un estudio normativo y jurisprudencial relativo al periodo de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, concluyó que de conformidad con el artículo 254 Constitucional la elección en propiedad de estos Magistrados en condición de titulares *"solo es posible efectuarla para un periodo de 8 años"*<sup>6</sup>.

Indicó que, aun cuando la Ley 5 de 1992 indique que el periodo de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura empezaba a partir del 1° de septiembre de 1992, esto no quiere decir que su periodo se torne en institucional, pues lo único que esta norma hizo fue señalar el punto de partida.

Finalmente, concluyó que el parágrafo del artículo 125 Constitucional no es aplicable al caso en concreto, toda vez que la norma en comento solo hace referencia a los cargos de elección popular.

<sup>6</sup> Folios 129 a 145.

### 1.8. Integración de la Sala

Agotadas las etapas procesales y audiencias que exige el C.P.A.C.A., el Consejero Ponente procedió a registrar proyecto de fallo.

La ponencia fue estudiada en sesión del 12 de junio de 2014 sin que obtuviera la mayoría necesaria para su aprobación, por lo que, mediante auto de esa misma fecha se ordenó el sorteo de dos conjuces.

El mencionado sorteo se realizó el 20 de junio de 2014 y como resultado de este le correspondió actuar como conjuces a los doctores Gabriel De Vega Pinzón y Dolly Pedraza de Arenas, quedando así integrada la Sala.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 2.1. Acto demandado

La decisión adoptada por el Congreso de la República el día 10 de diciembre de 2013, constituye "*el acto acusado*" en este proceso, en ella está contenida la declaratoria de la elección del demandante y su ratificación como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del doctor Néstor Iván Osuna Patiño.

La elección se encuentra acreditada en el plenario en: i) el CD aportado por el Congreso de la República; y, ii) el acta de la sesión de 10 de diciembre de 2013, contenida en la Gaceta del Congreso No. 59 de martes 25 de febrero de 2014.

### 2.2. Competencia

La Sección Quinta es competente para conocer y fallar el asunto de la referencia en única instancia, en virtud de discutirse la legalidad de la elección del doctor Néstor Osuna Patiño, como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura. Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 149, numeral 4 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13 del Acuerdo No. 058 de 1999 del Consejo de Estado.

266

### 2.3. Problema jurídico

Como se dejó establecido en la audiencia inicial y en la fijación del litigio realizada, los problemas jurídicos que deben ser definidos por la Sala, son si: i) la elección del doctor Néstor Iván Osuna Patiño como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, debe entenderse por un periodo de 8 años; y, ii) este periodo es institucional o personal.

### 2.4. Cuestiones previas

#### 2.4.1. De la legitimación en la causa por activa

Como se advirtió en los antecedentes del caso, el doctor Néstor Iván Osuna Patiño demandó la legalidad del acto de 10 de diciembre de 2013, mediante el cual, el Congreso de la República lo eligió como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Para la Sala, una interpretación literal del artículo 139 del C.P.A.C.A., según el cual, *“cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden”*, impone entender que la legitimación para formular ese tipo de demandas, es universal, dado que ninguna limitación se estableció por parte del legislador sobre el particular y en tal medida, bien puede ejercerla cualquier persona, incluido el elegido.

Tanto es así que se le permite, incluso, a la misma autoridad pública que necesita corregir su propia decisión, demandar sus **actos lesivos**. Sobre el punto, el artículo 97 del C.P.A.C.A. establece: *“si (...) la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o la ley, deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*.

Esta facultad ha sido reconocida por la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>7</sup> que avaló la posibilidad de que la propia administración que

<sup>7</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sección Quinta. Proceso radicado No. 11001-03-28-000-2012-00017-00. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Auto de 21 de junio de 2012. Consejo de Estado. Sección Quinta. Proceso radicado No. 76001-23-31-000-2001-00588-01. Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla. Auto de 6 de agosto de 2003.

expidiese el acto declarativo de una elección o contentivo de un nombramiento, lo demande ante esta jurisdicción con el fin lograr su declaratoria de nulidad y, también, restablecer el derecho particular que se trasgredió, esto dependiendo del medio de control empleado.

En este orden, si la administración tiene la posibilidad de demandar su propio acto, resultaría restrictivo desde cualquier punto de vista, que quien pretenda defender la legalidad del ordenamiento jurídico afectado con la expedición del mismo, incluso si este es el particular elegido, no tenga la opción de demandar un acto que considere contrario a la ley. Máxime cuando, la jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que en relación estrecha con el derecho al debido proceso y defensa, más específicamente, la defensa técnica está atado el **principio de igualdad de armas**, según el cual, *"(...) en el escenario del proceso (...), los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección"*<sup>5</sup>.

De esta manera, es indiscutible la posibilidad que tiene **"cualquier persona"** de acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir la legalidad de los actos electorales, **posibilidad que la ley no conculca ni restringe** para el elegido. Lo anterior, se debe además a que la pretensión del doctor Osuna Patiño en el caso que nos ocupa se limita a solicitar la revisión de la legalidad del acto que lo eligió en lo que a su periodo se refiere.

Así las cosas, cualquier persona, **incluso el elegido**, cuando considere que hay error en un acto electoral, **está legitimado para demandar o cuestionar la legalidad de dicho acto**.

#### 2.4.2. Del medio de control utilizado

En el presente caso, bajo el medio de control de nulidad electoral, se solicitó a la Sección Quinta del Consejo de Estado la nulidad parcial del acto administrativo enjuiciado, de tal forma que se ajuste al ordenamiento jurídico, puesto que, a juicio del actor, el periodo establecido Constitucional y legalmente para el cargo en propiedad de Magistrado de la Sala

<sup>5</sup> Corte Constitucional. T 799 de 21 de octubre de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es individual de 8 años y no institucional.

Para la Sala, **no hay elección sin periodo**. Nuestro ordenamiento jurídico contempla para cada cargo que se provee bajo la modalidad de elección, tenga este origen en el voto popular o en la decisión emanada de cuerpos electorales, un término predeterminado para su ejercicio.

Así las cosas, el medio de control de la nulidad electoral es absolutamente compatible con las pretensiones de una demanda de este tipo, máxime, si se tiene en cuenta que el **periodo** es elemento inherente a toda elección y, por tanto, una irregularidad en él, no escapa al objeto de este tipo de acción que ha sido creada por el ordenamiento jurídico, justamente, para garantizar el sometimiento de los actos electorales a la ley.

Lo anterior es tan cierto que, la jurisprudencia vigente de la Sala Plena de esta Corporación sobre la materia, en Sentencias de Unificación<sup>9</sup>, variando la posición que expuso en sentencia de 30 de noviembre de 1995, expediente S-553, se ha ocupado de problemas jurídicos originados en el periodo de los actos electorales, como recientemente ocurrió en los fallos que desataron las demandandas contra la elección de Viviane Aleyda Morales Hoyos<sup>10</sup> y Eduardo Montealegre Lynett<sup>11</sup> para el cargo de Fiscal General de la Nación<sup>12</sup>.

## 2.5. Del asunto a tratar

En el presente caso, el demandante considera que su elección como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en lo que atañe al periodo para ejercer sus funciones, se produjo

<sup>9</sup> En los términos del artículo 271 del C.P.A.C.A.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 13 de marzo de 2012. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado. Radicación No. IJ-11001-03-28-000-2011-00003-00.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. (E): Susana Buitrago Valencia. 16 de abril de 2013. Expedientes Rad. Nos.: 2012-00027-00; 2012-00028-00; 2012-00019-00; 2012-00021-00. Demandantes: María del Pilar Díaz Suárez, Carlos Mario Isaza, Germán Calderón España y Jaime Hernán Ramírez Gasca. Acción de nulidad electoral – Fallo de única instancia – Importancia jurídica.

<sup>12</sup> En el mismo sentido, respecto del ejercicio de la acción de nulidad electoral para resolver asuntos relacionados con el periodo, entre otras ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Mario Alaro Méndez, 21 de octubre de 1997. Radicación número: S-739(IJ). Demandante: Félix Eduardo Martínez Ramírez y Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Roberto Medina López, 29 de septiembre 2000. Radicación número: 2416. Demandante: Arnulfo Gómez Parada.

apartándose de las normas en las que debía fundarse ya que el Congreso de la República concluyó que su periodo era institucional y no personal.

Por su parte, el Congreso de la República señaló que si bien la Constitución Política indica que el periodo de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es de 8 años, de conformidad con el parágrafo del artículo 125 Superior, dicho periodo debe entenderse como institucional. Por ello, la elección del demandante debía efectuarse por lo que le restaba del periodo al ex Magistrado Henry Villarraga, es decir, por tres años y no por 8.

En este orden, corresponde a la Sala determinar si: i) la elección del doctor Néstor Iván Osuna Patiño como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, debe entenderse por un periodo de 8 años; y, ii) este periodo es institucional o personal.

Para proveer sobre el fondo de las pretensiones de la demanda, y por efectos metodológicos, la Sala se ocupará del análisis de los anteriores problemas jurídicos planteados y, posteriormente, expondrá una conclusión, salvo que en el desarrollo encontrare probado algún cargo, evento en el cual se relevará del estudio de los demás.

#### **2.5.1. Duración del periodo de los Magistrados del Consejo Superior de la judicatura**

Para resolver la primera parte del problema jurídico planteado en precedencia, esto es, si la elección del doctor Néstor Iván Osuna Patiño como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura debe entenderse por un periodo de 8 años, es preciso indicar que **el periodo** por el cual se ejerce un cargo tiene origen en la Constitución o en la ley, precisamente, porque a partir de él se concibe todo el andamiaje del Estado. Por ende, **no depende del cuerpo electoral, llámese pueblo o corporación, sino de la Constitución o la ley, su determinación;**.

En igual sentido se pronunció la Sala Plena de la Corte Constitucional al indicar que:

270  
"...ii) los periodos de los cargos, se establecen por el derecho objetivo, independientemente de la situación personal de quien vaya a ocuparlos; por lo tanto, lo relativo a la regulación de dichos periodos es materia que concierne exclusivamente a la Constitución y a la ley, y pueden ser extinguidos o modificados por reformas a éstas, sin que se puedan alegar derechos adquiridos derivados de un periodo regulado por norma anterior; iii) los actos de nombramiento o de confirmación del cargo, en consecuencia, no pueden determinar los periodos de los cargos, porque ello escapa a la competencia del órgano que hace el nombramiento o la elección, quien se debe limitar simplemente a expedir el acto condición que coloca a la persona escogida para ocupar el respectivo cargo dentro de la situación general prevista por la Constitución o la ley; iv) en definitiva, los actos administrativos mencionados, esto es, los de nombramiento o elección para los referidos cargos, nada agregan ni innovan el ordenamiento jurídico que rige los periodos, pues éstos sólo concretan en cabeza de una persona, en razón del nombramiento de la elección los preceptos del derecho objetivo"<sup>13</sup>. (Negrilla fuera de texto)

Bajo ese entendido, los artículos 254 Constitucional y 28 y 76 de la Ley 270 de 1996, sobre el periodo de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, indican:

"ARTICULO 254. El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas:

1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un periodo de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.
2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un **periodo de ocho años**, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno. Podrá haber Consejos Seccionales de la Judicatura integrados como lo señale la ley."

"ARTÍCULO 28. PERÍODO. Los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria serán elegidos para un **periodo de ocho (8) años**, contados a partir del primero (1°) de septiembre de 1992."

<sup>13</sup> Sala Plena. Auto 080 del 24 de agosto de 2000.

*"ARTICULO 76. DE LAS SALAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Para el ejercicio de las funciones especializadas que le atribuyen la Constitución y la ley, el Consejo Superior de la Judicatura se divide en dos salas:*

- 1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años así: Uno por la Corte Constitucional, dos por la Corte Suprema de Justicia, y tres por el Consejo de Estado; y,*
- 2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un **período de ocho años**, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno.*

*El Consejo en Pleno cumplirá las funciones que le atribuye la presente ley."*  
(Negrillas fuera de texto).

Entonces, no cabe duda que conforme a lo expuesto, los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura son elegidos para un periodo de 8 años. Ahora bien: ¿es ese periodo institucional o personal?

Si la Sala concluye que el periodo es personal, sin duda, la designación debió hacerse por 8 años ya que su término inicia con la posesión del elegido. Por el contrario, si se considera que el periodo es institucional, el nuevo nombramiento debía efectuarse por lo que resta del mismo.

La Sala concluye que el periodo de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura es individual y no institucional como se pasará a explicar.

#### **2.5.2. El periodo de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura es individual y no institucional.**

Sea lo primero indicar que la jurisprudencia ha definido el **período institucional** como aquel en el que por una disposición constitucional o legal se fija una fecha específica para la asunción o ejercicio del respectivo cargo, en contraposición con **el período individual** frente al cual, por no existir una regla en dicho sentido, debe entenderse que comienza el día en que el electo toma posesión de la función correspondiente.

El **período es institucional** cuando tiene una fecha de comienzo cierta, ya sea que la fije directamente la Constitución o el legislador. Por el contrario, es **personal, individual o subjetivo** cuando inicia con la posesión de quien asume la respectiva función<sup>14</sup>.

En el mismo sentido, la Sala Plena de esta Corporación en 1997 sostuvo: *"Son periodos institucionales aquellos objetivamente establecidos entre fechas determinadas, e individuales los que se inician con la posesión del elegido o nombrado"*<sup>15</sup>; y, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 18 de febrero de 1999, reafirmó la anterior posición al indicar que *"El período institucional requiere dos supuestos básicos que permiten identificarlo como tal; ellos son: el término de duración y la fecha de iniciación; en el período individual se señala su duración, no tiene fecha de iniciación y comienza siempre al tomar posesión la persona que entra a ejercer el cargo"*.

Ahora, si bien las normas a las que nos referimos en el acápite anterior, regulan lo referente al periodo de los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, aquellas no indican si el de los Magistrados de esa Corporación corresponde a un periodo institucional o personal.

Es más, el artículo 233 Superior expone que los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos por **periodos individuales** de ocho años, pero nada dice sobre los miembros del Consejo Superior de la Judicatura:

*"ARTICULO 233. Los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado serán elegidos para periodos individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso". (Negritas propias de la Sala)*

<sup>14</sup> Salvamento de Voto. Consejero Alberto Yepes Barreiro. Expedientes: 11001-03-28-000-2012-00027-00, 1001-03-28-000-2012-00028-00, 11001-03-28-000-2012-00019-00 y 1001-03-28-000-2012-00021-00. Demandantes: María del Pilar Díaz Suárez, Carlos Mario Isaza, Germán Calderón España y Jaime Hernán Ramírez Gasca. Acción de nulidad electoral – Fallo de única instancia – Importancia jurídica. Electoral Única Instancia–Fallo. C.P: Dra. Susana Buitrago Valencia.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. C.P: Mario Alario Méndez. 25 de noviembre de 1997. Radicación No.: IJ-746-S. Actor: Luis Eduardo Gutiérrez Angarita y otros. Demandado: Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá.

Sin embargo, el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, suple el vacío de la Constitución y categóricamente establece que el periodo de los miembros de esa Corporación también es individual. Veamos:

***“ARTICULO 130. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.***

*Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.*

*Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo (...).” (Negrillas propias de la Sala).*

La jurisprudencia sobre el particular ha sido escasa pero no inexistente. En efecto, en providencia de 24 de julio de 2008<sup>16</sup>, esta Sección, con fundamento en las normas anteriores, concluyó que los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, en virtud del artículo 233 de la C.P.; y, **los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura (en virtud del artículo 254 de la C.P.)**, tenían un periodo *“individual de 8 años”*.

Pese a lo anterior, alguien podría cuestionar si la reforma del artículo 125 de la Constitución, contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 2003, modificó lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P: Susana Buitrago Valencia. Radicación numero: 11001-03-28-000-2007-00060-00. Actor: Luis Alejandro Sánchez Romero. Demandado: Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Para la Sala, la respuesta a este interrogante es negativa. Tal como se dejó sentado en fallo de 16 de abril de 2013<sup>17</sup> proferido por esta Corporación<sup>18</sup>, dicha reforma contenía una unidad de materia de carácter íntegramente político - electoral y, por ende, no tuvo la finalidad de incursionar en reformas a la Carta Política sobre la regulación de los periodos, entre otros, de los Magistrados de Altas Cortes o del Fiscal General de la Nación.

Esta fue la conclusión a la que se arribó en esa oportunidad:

*"La anterior descripción pormenorizada del trámite para la aprobación y de la temática de todos y cada uno de los artículos de la Carta que se modificaron con el Acto Legislativo 01 de 2003 lleva a la Sala a la convicción, aunado a la exposición de motivos de los ponentes, que el contenido de esta reforma presenta una unidad de materia de carácter íntegramente político - electoral (...)"*

Por las anteriores consideraciones, la Sala coincide con el entendimiento del actor en cuanto a lo individual de su periodo, y así lo reflejará en la parte resolutive de esta providencia.

### 2.5.3. Caso concreto

El actor demanda la nulidad **parcial** de su propio acto de elección como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, **en lo que respecta al periodo**, por considerar que aquel infringe las normas superiores al fijarlo por tres años "**2013-2016**", lo que a su juicio, desconoce que se trata de un periodo **personal** de 8 años.

En efecto, el acta de la sesión al referirse al orden del día señaló el periodo por el cual sería elegido el doctor Osuna, de la siguiente forma: "**III. Elección de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria Consejo Superior de la Judicatura (De conformidad con el artículo 27 de la Ley 5ª de 1992, concordante con el inciso 2º del artículo 254 de la Constitución Nacional) Periodo Constitucional 2013-2016**".

<sup>17</sup> Si bien el ponente no acompañó con su voto esa providencia, habiéndose aprobado por esta Corporación, aquella se acata como precedente.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. (E): Susana Buitrago Valencia. 16 de abril de 2013. Expedientes Rad. Nos.: 2012-00027-00; 2012-00028-00; 2012-00019-00; 2012-00021-00. Demandantes: María del Pilar Díaz Suárez, Carlos Mario Isaza, Germán Calderón España y Jaime Hernán Ramírez Gasca. Acción de nulidad electoral – Fallo de única instancia – Importancia jurídica.

Por lo anterior, aun cuando en ninguna otra parte del acta de la sesión se haga referencia al periodo, el hecho de haber sido convocada la plenaria en esas circunstancias, es suficiente para concluir que la elección del demandado se efectuó, real y materialmente, para el "**Periodo Constitucional 2013-2016**".

Es obvio entender, y así lo concluye la Sala, que las decisiones tomadas en dicha sesión fueron adoptadas conforme a lo dispuesto en el orden del día para el cual fue convocado el Congreso de la República. No puede ser de otra manera. Así las cosas, no cabe duda que la decisión de elegir al Dr. Osuna Patiño como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura fue efectuada para un periodo institucional, así no se hubiese dicho expresamente.

Tanto es así, que el Congreso de la República le dio el carácter de **institucional** al periodo del Magistrado Osuna Patiño, tal como se observa de: (i) la contestación de la demanda (Fls. 55 – 64 del expediente); (ii) la certificación expedida por el Secretario General del Congreso de la República el 28 de enero de 2014 que indicó:

*"Que en la sesión de Congreso Pleno del día martes 10 de diciembre de 2013, se realizó la elección de Magistrado de la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el artículo 27 de la Ley 5ª de 1992, concordante con el inciso 2º del artículo 254, de la Constitución Nacional, de Terna enviada por el señor Presidente de la República, doctor **Juan Manuel Santos Calderón** de acuerdo al siguiente resultado:*

|                                        |                    |
|----------------------------------------|--------------------|
| Doctora <b>Martha Luz Reyes Ferro</b>  | : 50 Votos         |
| Doctor <b>Luis Manuel Neira Núñez</b>  | : 03 Votos         |
| Doctor <b>Néstor Iván Osuna Patiño</b> | : 116 Votos        |
| En Blanco                              | : 02 Votos         |
| <b>TOTAL</b>                           | <b>: 171 Votos</b> |

*Quedando elegido como Magistrado de la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el doctor **Néstor Iván Osuna Patiño**, para el periodo 2013-2016. Igualmente en dicha sesión, fue confirmada su elección de conformidad con la Ley 270 de 1996, artículo 133.*

*Dada en Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días del mes de enero de dos mil catorce (2014)*<sup>19</sup>.

Así las cosas, la Sala, accederá a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, **declarará**, en la parte resolutive de esta providencia la nulidad parcial del acto demandado, expedido por el Congreso de la República, en lo que al periodo se refiere, de conformidad con lo expuesto antes. Por tanto, se tiene que el periodo del doctor Néstor Iván Osuna Patiño como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es individual de 8 años, contados desde la fecha de su posesión.

## 2.6. Conclusión

A partir de lo anteriormente planteado, la Sala concluye que:

- i. Conforme a los artículos 254 de la Constitución y 28 y 76 de la Ley 270 de 1996, los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura son elegidos por un **periodo de 8 años**.
- ii. Este **periodo es individual**, de conformidad con el artículo 130 de la Ley 270 de 1996 que así lo indica respecto de los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, **del Consejo Superior de la Judicatura**, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial;
- iii. En efecto, la jurisprudencia de esta Sección<sup>20</sup> ha señalado que dichos periodos son de carácter "**individual de 8 años**"; respecto de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 233 de la C.P.; y, en relación con los **Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura**, en aplicación del artículo 254 de la C.P.

<sup>19</sup> Folio 19 del expediente.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P: Susana Buitrago Valencia. Radicación numero: 11001-03-28-000-2007-00060-00. Actor: Luis Alejandro Sánchez Romero. Demandado: Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

- iv. Por la infracción de las normas superiores se impone anular parcialmente el acto acusado con el fin de excluir del ordenamiento jurídico la referencia que respecto del periodo se hizo en el acta contentiva de la elección demandada.

## 2.7. Asuntos adicionales

Se aceptará la renuncia al poder<sup>21</sup> otorgado por el Presidente del Congreso de la República al doctor Juan Pablo Cortés Ramos; y, a su vez se reconocerá personería jurídica al abogado Harold Iguarán Ballesteros para que represente a esta Corporación, de conformidad con el documento obrante a folio 107 del expediente.

Con fundamento en 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,

## III. RESUELVE:

**PRIMERO. Se declara** la nulidad parcial del acto demandado, expedido por el Congreso de la República, en lo que al periodo se refiere, de conformidad con lo expuesto es la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, se tiene que el periodo del doctor Néstor Iván Osuna Patiño como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es individual de 8 años, contados desde la fecha de su posesión.

**SEGUNDO.- Se acepta** la renuncia del poder otorgado por el Presidente del Congreso de la República al doctor Juan Pablo Cortés Ramos.

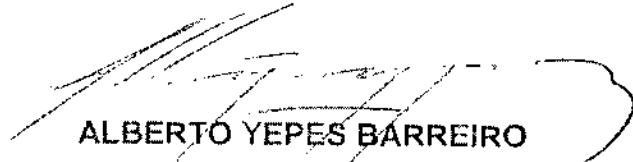
**TERCERO.- Se reconoce** personería jurídica al abogado Harold Iguarán Ballesteros para que represente al Congreso de la República.

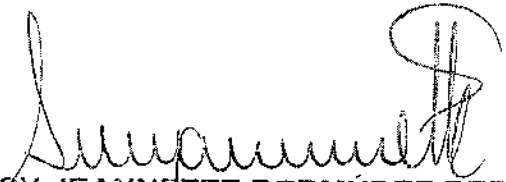
**CUARTO.-** En firme esta providencia, **archívese** el expediente dejando las anotaciones correspondientes.

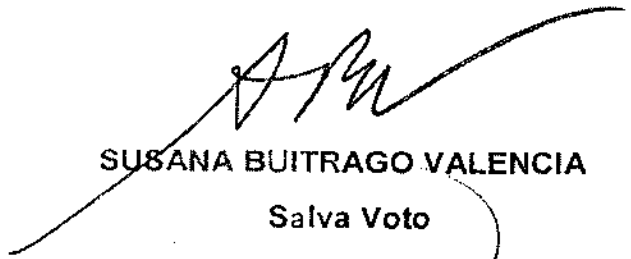
---

<sup>21</sup> Folio 106 del expediente.

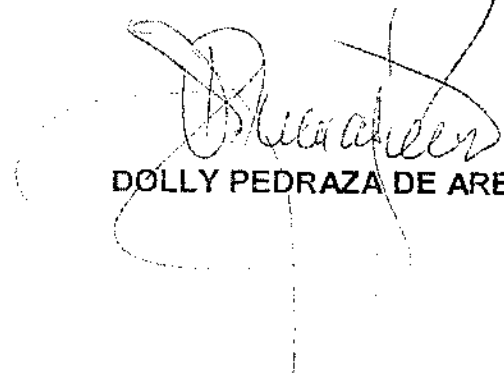
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
ALBERTO YEPES BARREIRO  
Presidente

  
LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

  
SUSANA BUITRAGO VALENCIA  
Salva Voto

  
GABRIEL DE VEGA PINZÓN

  
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS