

Bogotá, DC., 30 de julio de 2020

Señores Magistrados

Sección Quinta

Consejo de Estado

E. S. D.

Ref. Acción pública de nulidad electoral contra la
Corte Suprema de Justicia y Fabio Ospitia Garzón

Los abajo firmantes, en nuestra calidad de ciudadanos colombianos, nos permitimos presentar demanda de nulidad electoral contra la Corte Suprema de Justicia, representada por su presidente doctor Jorge Luis Quiroz Alemán y contra el doctor Fabio Ospitia Garzón, con fundamento en los siguientes

HECHOS

1. Mediante votación efectuada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (en adelante SP-CSJ) en sesión extraordinaria del 28 de febrero de 2020, fue elegido el doctor Fabio Ospitia Garzón como magistrado de esa corporación según consta en el acuerdo 1400 del 28 de febrero de 2020.
2. El Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) establece que las elecciones que se realicen por la Sala Plena deben contar con el voto afirmativo de las 2/3 partes de los miembros que la conforman, es decir, 16 magistrados.
3. La SP-CSJ *interpretó* su reglamento para considerar que los votos requeridos serían de la mayoría simple de los miembros que la conforman, es decir, 12 votos.
4. La *interpretación* del reglamento se discutió y aprobó en una sola sesión.
5. En la convocatoria a la sala extraordinaria del 28 de febrero de 2020 no se indicó que en ella se discutiría una reforma al reglamento.

6. La elección del doctor Fabio Ospitia Garzón se dio con los votos afirmativos de 15 magistrados.
7. El doctor Fabio Ospitia Garzón, antes de la votación en la cual resultó electo, había sido votado individualmente, de acuerdo con los criterios fijados en el Reglamento Interno de la CSJ, en no menos de 17 oportunidades.
8. La elección fue confirmada el 5 de marzo de 2020 y la posesión se dio el 11 de marzo de 2020.

ADVERTENCIA INICIAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 166 del CPACA, a la demanda deberá acompañarse “copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso (...). Cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o el periódico, gaceta o boletín en que se hubiere publicado de acuerdo con la ley, a fin de que se solicite por el Juez o Magistrado Ponente antes de la admisión de la demanda. Igualmente, se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales”.

En esas condiciones, bajo juramento se manifiesta que la Corte Suprema de Justicia no ha hecho entrega de las actas de las sesiones en que se eligió y confirmó la elección del doctor Fabio Ospitia Garzón.

De todas formas, se adjunta a esta demanda copia del acuerdo 1400 del 28 de febrero de 2020, mediante el cual se declara la elección del doctor Fabio Ospitia Garzón como magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

FUNDAMENTO JURÍDICO Y CONSIDERACIONES

1. **Cargo Principal. Nulidad por contravenir lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978 a través de la *interpretación* del artículo 5 del Reglamento Interno.**

A. Causal de nulidad y normativa violada.

El artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que “los actos de elección o nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137”. Y este artículo dispone que podrá pedirse la declaratoria de nulidad de los actos administrativos cuando “hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse”.

Las elecciones que deba efectuar la CSJ se rigen por lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia¹).

En el Decreto 1660 se establece que:

ARTICULO 14. *En las elecciones de funcionarios que hagan la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior de Aduanas, se procederá individualmente. No se considera elegido el candidato sino cuando haya obtenido a su favor los dos tercios de los votos de los miembros que integren la corporación respectiva reunida en pleno.*

¹ **ARTÍCULO 204.** Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, continuarán vigentes, en lo pertinente el Decreto-ley 052 de 1987 y Decreto 1660 de 1978, siempre que sus (las) disposiciones (que) no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley.

Las votaciones serán secretas. Prohíbese en forma absoluta cualquier distribución de los empleos entre los Magistrados. La violación de esta prohibición es causal de mala conducta. (s.n.)

Idéntica mayoría es la que consagra el artículo 5º del Reglamento Interno de la CSJ.

B. Postulado de la infracción.

La Corte Suprema de Justicia desconoció el contenido de la norma que se considera infringida y disminuyó el quórum electoral a través de una *interpretación* de su reglamento.

Como consecuencia de dicha modificación normativa, el 28 de febrero de 2020 eligió como magistrado de la Sala de Casación Penal al doctor Fabio Ospitia Garzón con 15 votos, siendo requisito legal contar con 16.

C. Consideraciones.

Contenido y alcance de la infracción legal.

Como se indicó, el artículo 204 de la Ley 270 de 1996 preserva la vigencia del Decreto 1660 de 1978, hasta tanto no se expida la ley de carrera judicial.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, indicando que “el legislador goza de plena competencia para definir las situaciones administrativas de los servidores públicos vinculados a la rama judicial” (Sentencia C – 037 de 1996).

De allí que para la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, según lo expuso en la sentencia del 6 de marzo de 2012 radicado 2011-00003,

*El Decreto 1660 de 1978 contiene disposiciones sobre administración de personal de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, norma que sería suficiente para resolver el problema jurídico aquí planteado dado el contenido del artículo 204 de la Ley 270 de 1996 que preceptúa: “Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, **continuarán vigentes**, en lo pertinente **el Decreto-ley 052 de 1987 y Decreto 1660 de 1978**, siempre que sus (las) disposiciones (que) no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley”. (Las negrillas son de la Sala).*

Ratificada la vigencia de la norma, en tanto todavía no existe una ley específica que regule la carrera judicial, no es la Corte Suprema de Justicia la competente para proceder a su modificación o reforma.

En palabras del doctor Jorge Luis Quiroz Alemán, actual presidente de la CSJ,

Así las cosas, y de acuerdo con el artículo 270 citado y el 10 del mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², es deber de todas las autoridades dar aplicación a las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, en las que se interpreten y apliquen dichas normas. De ahí que es obligación de la Corte Suprema de Justicia, en su función especial de revisar los actos administrativos proferidos por el Consejo de Estado, acatar su jurisprudencia.

En efecto, el inciso final del artículo 237 de la Constitución Política³, ofrece la suficiente claridad en determinar que la ley señalará las funciones de cada

² Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

³ ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

una de las Salas y Secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna. Y el numeral 6 autoriza al Consejo de Estado para darse “su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley”. De ahí que si se analiza con cuidado, el Constituyente, con un celo razonado, dispuso que todo el reglamento de la Corporación, lo mismo que las demás funciones, debía estar sujeto y sometido a la ley. En ningún momento dijo que la Corporación quedaba en libertad para la configuración de sus normas internas, sin apego a la ley.

*Por tanto, para el suscrito es claro que la Constitución Política faculta al Consejo de Estado para reglamentar la **fórmula de votación**, mas no para modificar el ejercicio de la **función electoral**, que, a mi modo de ver, son dos conceptos diferentes, puesto que el artículo 231 de la Constitución Política⁴, los autorizó para, insisto, reglamentar la fórmula de votación, es decir, si pública, secreta, delegable, indelegable, etc., mas no para alterar su función electoral.*

Por ello, considero que la elección de los miembros del Consejo de Estado debe llevarse a cabo con base en el artículo 62 del Decreto Ley 250 de 1970, modificado por el artículo primero del Decreto 526 de 1971⁵ y por el artículo

⁴ ARTICULO 231. Modificado por el art. 11, Acto Legislativo 02 de 2015. El nuevo texto es el siguiente: Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos por la respectiva Corporación, previa audiencia pública, de lista de diez elegibles enviada por el Consejo de Gobierno Judicial tras una convocatoria pública reglada de conformidad con la ley y adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial.

En el conjunto de procesos de selección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se atenderá el criterio de equilibrio entre quienes provienen del ejercicio profesional, de la Rama Judicial y de la academia.

La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado reglamentarán la fórmula de votación y el término en el cual deberán elegir a los Magistrados que conformen la respectiva corporación.

⁵ Artículo 62. En la elección que hagan las corporaciones judiciales y en la postulación que concierne hacer a los Fiscales de Tribunal para la provisión de varios cargos de una misma categoría, para una misma o diferentes corporaciones, especialidades o lugares, cada cargo se proveerá individualmente y el candidato no se considerará designado o escogido sino cuando reúna los dos tercios de los votos afirmativos de los miembros de la corporación o de los Fiscales.

Las votaciones serán secretas con prohibición absoluta de cualquiera distribución de los cargos entre los Magistrados y Fiscales"

14 del Decreto 1660 de 1978⁶, según el cual, “en la elección que hacen las corporaciones judiciales... el candidato no se considerará designado o escogido sino cuando reúna las dos terceras partes de los votos de los miembros de la corporación.”

La función electoral es distinta de la judicial, en el ejercicio de ésta se aplica el quórum deliberatorio, decisorio etc., y en la primera, esto es, en la electoral, reglada por la Constitución Política y la ley, requiere de una mayoría especial para elegir, es decir, las dos terceras partes de los miembros de la Corporación, y no como equivocadamente lo dispusieron en el reglamento del Consejo de Estado.

Afirmar lo contrario significaría tanto como que, conforme al reglamento, podrá un número de 10, 11 o 12 magistrados de Consejo de Estado elegir a uno de sus miembros porque adecuaron sus estatutos para ello? La respuesta desde todo punto de vista es NO.

(...)

La potestad reglamentaria no puede rebasar ni contradecir la Constitución Política ni la ley, por el contrario, el reglamento debe someterse a la ley en cuanto a las limitaciones que ella le fije. En manera alguna, un reglamento puede desbordar las facultades que le otorgó la misma ley. (Salvamento de voto a la sentencia SPL6698-2017, Rad. 2015-00165).

Estos argumentos tienen mayor valor con respecto a las elecciones de la CSJ si se considera que las normas, aplicables también a la jurisdicción ordinaria, mantienen

⁶ Artículo 148. Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.

su vigencia y, a diferencia de lo ocurrido con la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no han sido modificadas.

Adviértase que no existe ninguna norma posterior a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que regule el quórum electoral de la CSJ, mientras que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo se indicó (en el año 2011) que “el quórum para las elecciones que realice el Consejo de Estado en pleno o cualquiera de sus salas, secciones o subsecciones será el establecido por el reglamento de la Corporación” (art. 127 CPACA).

En ese orden, el decreto varias veces citado conserva plena vigencia frente a las elecciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia, tal como fuera expresado en la sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado.

¿Interpretación, modificación o reforma de la normativa electoral de la Corte Suprema de Justicia?

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 57 de 1887, “los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido”, para lo cual se fijan los siguientes criterios:

1. “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu” (art. 27).
2. “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal” (art. 28).
3. “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y

armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto” (art. 30).

4. “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural” (art. 32).

De acuerdo con la Ley 270 de 1996, la CSJ está conformada por 23 magistrados. Así mismo, la normativa que se considera violada establece que para la elección de sus magistrados se requiere el voto favorable de las 2/3 partes de sus integrantes, es decir 16 votos.

Por la claridad de las normas que regulan la situación, el margen interpretativo se reduce. La interpretación judicial no es una licencia para la arbitrariedad y está proscrito desatender el tenor literal de las normas a pretexto de consultar su espíritu. En igual sentido, el modelo de Estado constitucional actualmente vigente en Colombia se basa en principios cardinales para la democracia y el control a la arbitrariedad en el ejercicio del poder público como lo es la preservación del equilibrio de fuerzas, la cual evita que una rama del Estado se extralimite o suplante de facto a otra, o que los integrantes de una rama del poder público desconozcan los procedimientos que se erigen como garantías de control al exceso de discrecionalidad y, de esta manera, se evite una descompensación de tal magnitud que las decisiones que tome un sector del Estado haga nugatorio el papel de otros.

Dar el alcance *ad-hoc* que dio la CSJ en el caso objeto de estudio, requería una modificación de la normativa vigente (Ley 270, art. 204, en concordancia con el decreto 1660 de 1978), lo cual no se encuentra en el marco de sus competencias constitucionales y legales.

El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de marzo de 2012 mediante la cual se anuló la elección de la doctora Viviane Aleyda Morales como Fiscal General de la Nación efectuada por la Corte Suprema de Justicia, estableció que

- Es evidente que toda autoridad encargada de aplicar el derecho debe efectuar un proceso hermenéutico que le permita pasar de un grado de abstracción -dado por el tenor literal de la norma- a una disposición concreta en el asunto estudiado⁷. Bajo esta premisa, es dable afirmar que a la H. Corte Suprema de Justicia le es connatural, como intérprete autorizado de su propio Reglamento, fijar el alcance al mismo con el objeto de materializarlo en los asuntos sujetos a su consideración.

- En dicha interpretación, para darle legitimidad a sus actuaciones y propiciar -al mismo tiempo- la coherencia interna del ordenamiento (brindando así seguridad jurídica), la autoridad debe exponer razonadamente sus motivaciones y sujetarse a las disposiciones normativas a las que su Reglamento se encuentra sometido.

- En este proceso de intelección, no obstante, encuentra la Sala dos aspectos relevantes por considerar:

- *El Reglamento de la H. Corte Suprema de Justicia, en su artículo 5º, establece una regla de mayoría para la elección del Fiscal General de la Nación (dos terceras partes) con referencia al concepto de “integrantes”.*

*El concepto de “integrante” deriva del artículo 15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando dispone que la Alta Corporación está **integrada** por 23 Magistrados.*

⁷ Al respecto ver en la “Teoría Pura del Derecho”. Hans Kelsen. Traducción de Roberto Vernengo de la edición alemana de 1960. México, Ed. Porrúa. Capítulo VIII.

De considerarse, entonces, que cuando el Reglamento alude al concepto de “integrante” debe tenerse en cuenta que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia lo ha ligado al número de 23. En consecuencia, no podría permitirse que, a título de interpretación, se modifique dicho elemento.

En el presente asunto, si se revisa la decisión que sobre la “interpretación” de su Reglamento adoptó la Corporación, en sesión del 1º de diciembre de 2010, ésta recayó sobre el concepto “integrante”, porque decidió calcular las dos terceras (2/3) partes sobre 18 y no sobre 23 Magistrados, desconociendo así la jerarquía normativa.

- *Desde otro punto de vista, puede admitirse que, aunque la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se refiere a la integración de la H. Corte por 23 Magistrados, es al Reglamento de la Corporación al que le corresponde fijar aquellas disposiciones que configuran todos los procedimientos que se dan al interior de la misma en cumplimiento de sus funciones (dando prevalencia a la facultad constitucional y legal concedida en los artículos 235 de la Constitución Política y 14 numeral 4º de la Ley 270 de 1996).*

*Bajo este supuesto, si lo que se buscaba era precisar que el término integrantes obedecía a aquellas Magistraturas efectivamente ocupadas al momento de una elección, debió recurrirse a la reforma y/o modificación del Reglamento, tal como lo sugirieron algunos Magistrados al interior de la Sala, **pero con estricta sujeción a los procedimientos legales y reglamentarios.***

(...)

En esta línea argumentativa, la propuesta de “interpretación” (que no lo fue) debía ser tramitada mediante reforma, con el cumplimiento, entre otros requisitos, de obtener una mayoría calificada (dos terceras partes de los integrantes) y con el procedimiento señalado. El primero no se cumplió, pues el cambio reglamentario se aprobó solamente con 13 votos (de los 16 requeridos) y, el segundo fue abiertamente desconocido.

*Concluye la Sala que la “interpretación” (que obedeció a una pretendida reforma del Reglamento) efectuada por la H. Corte Suprema de Justicia, estuvo viciada -desde su nacimiento- por no haber atendido a las reglas de formación de las normas (establecidas en su propio Reglamento), según las cuales se exigía la aprobación de dos terceras parte de sus **integrantes** [23]. Por lo tanto, la Corporación violó las disposiciones en que debían fundarse los actos cuestionados, que no son otras que las que invocó el actor en la demanda (artículos 234 de la Constitución Política, 15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 62 del Decreto Ley 250 de 1970, 14 del Decreto 1660 de 1978⁸); es por ello que se impone declarar la nulidad de los actos demandados.*

En el caso concreto, se puede afirmar que se denominó *interpretación* a un hecho materialmente modificadorio de la normativa.

Una comprensión básica del significado de la *interpretación* en el mundo jurídico permite inferir que dicha labor supone reivindicar el sentido de un enunciado normativo, mediante una indagación seria del mismo. A veces, es tal la claridad de

⁸ Se reitera que el ya mencionado artículo 14 del Decreto N° 1660 de 1978 se encuentra vigente, al tenor del artículo 204 de la Ley 270 de 1996. Adicionalmente, el contenido material de la primera de las disposiciones citada, fue reproducido en su integridad en el Artículo 5 del Acuerdo N° 006 de 2002 (Reglamento de la Corte Suprema de Justicia).

un enunciado que la interpretación literal del mismo basta para aplicarlo. Por claridad podría entenderse la manera diáfana y contundente cómo un enunciado normativo expresa su contenido, alcance y ámbito de aplicación. Las lecturas clásicas de la hermenéutica jurídica hacían referencia también al espíritu y la finalidad de la ley, como criterios básicos de desentrañamiento del sentido de los enunciados normativos. De esta manera, la transformación del sentido de una norma en contra de su alcance, ámbito de aplicación o finalidad (que en el caso estudiado supone que la elección de un miembro de un órgano de justicia colegiado debe contar con una mayoría – la llamada cualificada - tal que refleje mayor análisis de idoneidad del candidato y mayor deliberación sobre su nombramiento en tanto este tipo de decisión resulta trascendental para la corporación misma) no es interpretación sino *tergiversación*, es decir, incumplimiento fehaciente de la misma: ilegalidad manifiesta.

El hecho cierto es que en la denominada *interpretación*, la CSJ consideró pertinente realizar las elecciones con 12 votos, que no equivalen a la mayoría de 2/3 partes de los integrantes de la Corte (16), ni siquiera de los que se encontraban en funciones (10), sino que corresponde a la mayoría absoluta, esto es, la mitad más uno de los miembros que integran la Corporación.

De conformidad con la sentencia citada, este es un verdadero acto reformativo y de creación normativa, porque no parece existir⁹ proceso lógico de *interpretación* que mute la exigencia de una mayoría calificada en mayoría absoluta.

D. Conclusión.

En síntesis, se encuentra configurada esta causal debido a que: 1. De acuerdo con el artículo 204 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, el decreto 1660 de 1978 permanecerá vigente hasta tanto no se modifique por una ley ordinaria de

⁹ A la fecha de presentación de esta demanda, a pesar de las acciones públicas intentadas, la Corte Suprema de Justicia no ha hecho entrega de copia íntegra de las actas en que se discutió y decidió la *interpretación* del reglamento.

carrera judicial. 2. La ley de carrera judicial no ha sido promulgada y de conformidad con sentencia de unificación del Consejo de Estado, el decreto mantiene su vigencia. 3. En el decreto se establece un quórum electoral de dos tercios de los integrantes de la Corporación. 4. De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 270, la Corte Suprema de Justicia está integrada por 23 magistrados, de manera que sus dos terceras (2/3) partes son 16 miembros. 5. La Corte Suprema de Justicia *interpretó* el artículo 5 del Reglamento Interno y consideró que las elecciones podrían realizarse por mayoría absoluta, es decir 12 votos, que representan la mitad más uno de sus integrantes. 6. Mediante esta interpretación, se desconoció el contenido del decreto 1660 de 1978. 7. El doctor Fabio Ospitia Garzón resultó elegido con 15 votos. Su elección es contraria a la normativa.

2. Primer cargo subsidiario. Nulidad por violación del procedimiento establecido para la reforma o modificación del Reglamento Interno.

En el evento de no prosperar el cargo principal, en todo caso se considera que la *interpretación* del Reglamento Interno constituyó una verdadera reforma y, como tal, no se respetó el procedimiento para su modificación.

A. Causal de nulidad y normatividad violada.

El artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que “los actos de elección o nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137”. Y este artículo dispone que podrá pedirse la declaratoria de nulidad de los actos administrativos cuando “hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse”.

Al amparo de esta causal, se considera que la Corte Suprema de Justicia violó lo establecido en los artículos 3, 5 y 52 de su reglamento interno.

El artículo 3 dispone que la Sala Plena de la CSJ

Deberá reunirse ordinariamente cada quince (15) días, y extraordinariamente cuando la convoque el Presidente o al menos siete (7) de sus integrantes.

La convocatoria a sesiones extraordinarias se hará por escrito, indicando el día, la hora y el objeto de la reunión. En caso de urgencia la citación podrá hacerse verbalmente, de lo cual se dejará constancia en el acta de la respectiva sesión.

Las reuniones extraordinarias que se realicen sin cumplir con lo dispuesto en este artículo, y las decisiones que en ellas se tomen, serán ineficaces de pleno derecho". (s.n.)

Establece el artículo 5 que

El quórum para deliberar será la mayoría de los miembros de la Corporación. Las decisiones se tomarán por igual mayoría, salvo en los siguientes casos en los cuales se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de sus integrantes: elección de Presidente y Vicepresidente de la Corte, de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los integrantes de las ternas para Magistrados de la Corte Constitucional, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República y Auditor de la Contraloría; las reformas al presente reglamento y los proyectos de ley de iniciativa de la Corte. (s.n.)

Por su parte, el artículo 52 dispone que

Las reformas al presente reglamento podrán proponerse por cualquiera de los Presidentes de Sala o por lo menos por dos Magistrados y deberán

sustentarse por escrito. Serán discutidas y aprobadas en dos reuniones ordinarias". (s.n.)

B. Postulado de la infracción.

La Corte Suprema de Justicia modificó el contenido del artículo 5 de su Reglamento Interno para redefinir el quórum en las elecciones que debía efectuar. Así, el quórum reglamentario establecido en 16 votos fue disminuido a 12.

Esa modificación se adoptó sin respetar el procedimiento establecido para este tipo de actos jurídicos.

Consecuencia de dicha modificación irreglamentaria, el 28 de febrero de 2020 eligió como magistrado de la Sala de Casación Penal al doctor Fabio Ospitia Garzón con 15 votos, siendo requisito contar con 16.

C. Consideraciones.

Se trató de una reforma al reglamento y no de su interpretación.

Tal como fue referido en la postulación del cargo primero, son diferentes las actividades de interpretación y de modificación o creación normativa. En ese sentido y de acuerdo con la jurisprudencia unificada por parte del Consejo de Estado, la variación del quórum electoral en la Corte Suprema de Justicia es un acto que materialmente modifica su reglamento y no puede considerarse una simple *interpretación*.

En efecto, esa Corporación ha indicado que

- Es evidente que toda autoridad encargada de aplicar el derecho debe efectuar un proceso hermenéutico que le permita pasar de un grado de

abstracción -dado por el tenor literal de la norma- a una disposición concreta en el asunto estudiado¹⁰. Bajo esta premisa, es dable afirmar que a la H. Corte Suprema de Justicia le es connatural, como intérprete autorizado de su propio Reglamento, fijar el alcance al mismo con el objeto de materializarlo en los asuntos sujetos a su consideración.

- En dicha interpretación, para darle legitimidad a sus actuaciones y propiciar -al mismo tiempo- la coherencia interna del ordenamiento (brindando así seguridad jurídica), la autoridad debe exponer razonadamente sus motivaciones y sujetarse a las disposiciones normativas a las que su Reglamento se encuentra sometido.

- En este proceso de intelección, no obstante, encuentra la Sala dos aspectos relevantes por considerar:

- El Reglamento de la H. Corte Suprema de Justicia, en su artículo 5º, establece una regla de mayoría para la elección del Fiscal General de la Nación (dos terceras partes) con referencia al concepto de “integrantes”.*

*El concepto de “integrante” deriva del artículo 15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando dispone que la Alta Corporación está **integrada** por 23 Magistrados.*

De considerarse, entonces, que cuando el Reglamento alude al concepto de “integrante” debe tenerse en cuenta que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia lo ha ligado al número de 23. En consecuencia, no podría permitirse que, a título de interpretación, que se modifique dicho elemento.

¹⁰ Al respecto ver en la “*Teoría Pura del Derecho*”. Hans Kelsen. Traducción de Roberto Vernengo de la edición alemana de 1960. México, Ed. Porrúa. Capítulo VIII.

En el presente asunto, si se revisa la decisión que sobre la “interpretación” de su Reglamento adoptó la Corporación, en sesión del 1º de diciembre de 2010, ésta recayó sobre el concepto “integrante”, porque decidió calcular las dos terceras (2/3) partes sobre 18 y no sobre 23 Magistrados, desconociendo así la jerarquía normativa.

- *Desde otro punto de vista, puede admitirse que, aunque la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se refiere a la integración de la H. Corte por 23 Magistrados, es al Reglamento de la Corporación al que le corresponde fijar aquellas disposiciones que configuran todos los procedimientos que se dan al interior de la misma en cumplimiento de sus funciones (dando prevalencia a la facultad constitucional y legal concedida en los artículos 235 de la Constitución Política y 14 numeral 4º de la Ley 270 de 1996).*

*Bajo este supuesto, si lo que se buscaba era precisar que el término integrantes obedecía a aquellas Magistraturas efectivamente ocupadas al momento de una elección, debió recurrirse a la reforma y/o modificación del Reglamento, tal como lo sugirieron algunos Magistrados al interior de la Sala, **pero con estricta sujeción a los procedimientos legales y reglamentarios.***

(...)

En esta línea argumentativa, la propuesta de “interpretación” (que no lo fue) debía ser tramitada mediante reforma, con el cumplimiento, entre otros requisitos, de obtener una mayoría calificada (dos terceras partes de los integrantes) y con el procedimiento señalado. El primero no se cumplió, pues el cambio reglamentario se aprobó solamente con 13

votos (de los 16 requeridos) y, el segundo fue abiertamente desconocido.

*Concluye la Sala que la “interpretación” (que obedeció a una pretendida reforma del Reglamento) efectuada por la H. Corte Suprema de Justicia, estuvo viciada -desde su nacimiento- por no haber atendido a las reglas de formación de las normas (establecidas en su propio Reglamento), según las cuales se exigía la aprobación de dos terceras parte de sus **integrantes** [23]. Por lo tanto, la Corporación violó las disposiciones en que debían fundarse los actos cuestionados, que no son otras que las que invocó el actor en la demanda (artículos 234 de la Constitución Política, 15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 62 del Decreto Ley 250 de 1970, 14 del Decreto 1660 de 1978¹¹); es por ello que se impone declarar la nulidad de los actos demandados.*

Si materialmente la Corte Suprema de Justicia decidió modificar el quórum electoral, lo procedente para ello hubiese sido haber cumplido con la normativa que la misma Corporación se ha dado para esos fines. En el caso concreto, fueron varias las irregularidades.

En primer lugar, la sesión realizada el 28 de febrero fue extraordinaria y no ordinaria. El mandato es claro: cualquier modificación o reforma al reglamento requiere ser discutida y aprobada en reuniones ordinarias.

En segundo lugar, aunque estimamos que la primera irregularidad denunciada es causa suficiente de nulidad, en la convocatoria a la sesión extraordinaria del 28 de

¹¹ Se reitera que el ya mencionado artículo 14 del Decreto N° 1660 de 1978 se encuentra vigente, al tenor del artículo 204 de la Ley 270 de 1996. Adicionalmente, el contenido material de la primera de las disposiciones citada, fue reproducido en su integridad en el Artículo 5 del Acuerdo N° 006 de 2002 (Reglamento de la Corte Suprema de Justicia).

febrero no se incluyó como tema a tratar la discusión de modificación o reforma de su reglamento interno.

En tercer lugar, cualquier reforma al reglamento debió ser discutida en dos reuniones y no en una, como sucedió.

Y, por último, la reforma al reglamento requiere el voto positivo de las 2/3 partes de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia.

En este caso, nos encontramos frente a una actuación arbitraria y caprichosa por cuanto que los procedimientos se rigen como garantías de la efectividad de los principios que rigen el Estado de derecho, de los derechos mismos y de la justicia. En dicho contexto, la decisión que respeta los procedimientos establecidos para su producción también está cumpliendo otro principio cardinal del Estado de derecho, cual es el de legalidad en la actuación pública, único marco dentro del cual una corporación como la CSJ “puede ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos” (Corte Constitucional, Sentencia T-1082/12). El respeto a los procedimientos como expresión de la observancia del principio de legalidad, en el caso sub iudice, desde una perspectiva constitucional, “delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa” (Ib.).

A esto mismo se refirió el magistrado Gerardo Botero Zuluaga en la constancia que dejó en la Sala Plena extraordinaria del 28 de febrero de 2020, cuya copia se adjunta a esta demanda.

No se puede alegar la propia culpa como defensa

De acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política, “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Uno de los principios generales del derecho consiste en que nadie puede hacer valer su propia culpa en su favor, principio que ha sido reconocido en la jurisprudencia constitucional en el entendido que

Una de las manifestaciones del principio constitucional de buena fe es la prohibición del abuso de los derechos propios y en particular la regla por la cual, no se puede sacar provecho de la propia falta.

Al respecto, en la sentencia T-122 de 2017, la Corte resumió su jurisprudencia en la materia y manifestó que ha mantenido una línea jurisprudencial pacífica y constante respecto del aforismo “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, por el cual el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe.¹²

¹² Al respecto, la sentencia T-122 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) realizó la siguiente compilación de la jurisprudencia constitucional en la materia: “En efecto, esta Corte en su sentencia C-083 de 1993 analizó la compatibilidad de los criterios auxiliares de justicia fijados en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y los postulados previstos en el artículo 230 de la Constitución de 1991. A partir de ese examen, este Tribunal consideró que el aforismo *nemo propriam turpitudinem allegans potest*, constituye una regla general que hace parte del sistema de fuentes del derecho, en tanto proviene de la analogía iuris. A juicio de la Corte, no hay duda de que quien alega su propia culpa falta a la buena fe, fin amparado por la Carta Política. Más tarde, en la sentencia SU-624 de 1999, al analizar el caso de una persona que a través de la acción de tutela buscaba mantener a su hijo en el colegio sin pagar lo debido, estando en condiciones para hacerlo, la Corte afirmó que constituye un deber constitucional el no abusar del derecho propio, por lo que no existe justificación frente al dolo indirecto y malicioso del sujeto que, a sabiendas de su inconducta, pretende validar su incumplimiento. Luego, en la sentencia C-670 de 2004, en la que se declaró exequible el inciso 4 del artículo 12 de la Ley 820 de 2003, por medio del cual se prohíbe a los arrendatarios en el proceso de restitución de inmueble alegar su indebida notificación, la Corte también consideró que la medida legislativa además de perseguir un fin constitucionalmente legítimo, cual es, imprimir mayor celeridad a los procesos judiciales, se soporta en el principio *nemo propriam turpitudinem allegans potest*, ya que las partes no pueden invocar en su beneficio su propia culpa, como se evidencia con la falta de diligencia para informar oportunamente el cambio de dirección señalada en su momento en el texto del contrato de arrendamiento. En la sentencia T-213 de 2008, la Corte nuevamente analizó la regla de derecho, frente al caso en el que el apoderado judicial presenta la tutela por la decisión desfavorable del recurso de apelación en el trámite ordinario, al no haber presentado a tiempo las expresas facultades del mandante. Respecto de la aplicación de esta regla, la Corporación expuso que los jueces están en el deber de negar las suplicas cuya fuente es la incuria, el dolo o la mala fe, de acuerdo con esta regla general del derecho.”

En conclusión, este principio exige impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que, en protección del principio de buena fe y la confianza legítima, la persona está, prima facie, en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar culposo. Para la Corte Constitucional: “nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma”¹³.

Si bien no se trata de un principio expresamente contenido en la Carta Política, esta Corporación ha considerado que se trata de una regla general del derecho¹⁴ por la cual “no se escucha a quien alega su propia culpa”. Según ha señalado esta Corporación, dicha regla guarda compatibilidad con los postulados previstos en la Constitución de 1991, en particular, con el “deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” consagrado en el artículo 95 de la Carta Política, así:

“Por una parte, porque la Norma Superior define con claridad que la actuación de un individuo no puede servir para dañar, de forma injusta e ilegítima, los derechos que el Estado ha otorgado a favor de todos los habitantes del territorio nacional. Es decir, en sí mismo los derechos tienen un límite sustancial, según el cual, para la primacía de un orden justo se requiere el ejercicio simultáneo de los derechos propios y ajenos. Y, por otra parte, en razón a que la Carta Política establece la obligación de ejercer los derechos constitucionales y legales en consonancia con el espíritu, fin y sentido que le son

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz).

propios. Así, las personas tienen el deber de actuar de forma justa, lo que significa que no pueden desvirtuar el objetivo que persigue la norma, llevándola a resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico vigente.

En la misma perspectiva, la Corte considera que esta regla se ciñe al principio de buena fe, luego de que el artículo 83 de la Constitución de 1991 presupone que en todas las gestiones que adelanten los particulares y las autoridades públicas, debe incorporarse, como presupuesto ético de las relaciones sociales con trascendencia jurídica, la confianza de que el comportamiento de todos los sujetos del derecho se cimienta sobre la honestidad, rectitud y credibilidad de su conducta”.¹⁵

Concretamente, en la sentencia T-213 de 2008 la Corte Constitucional consideró que una forma en que la legislación implementa este principio es, justamente, la figura consagrada en el artículo 1525 del Código Civil, por la cual, no se reconocen restituciones en un contrato nulo a quien actuó a sabiendas del objeto o causa ilícita.

Así, sostuvo la Corte en aquella oportunidad:

*“Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antítesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado. Dicha regla, materializada en el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro*

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-122 de 2017 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez). En dicho extracto se citan las sentencias de la Corte Constitucional T-630 de 1997, C-258 de 2013, C-1194 de 2008.

ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio”

De este último, suele incluirse como ejemplos típicos, el de la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar un legado o herencia luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento y, aun así, pretende suceder al causante.

Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido.

*Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)”¹⁶ (Sentencia C – 207 de 2019).*

En el caso concreto, la pérdida de quórum por parte de la CSJ es un hecho que les es atribuible directa y exclusivamente a los magistrados, quienes no adoptaron ninguna medida pertinente para impedir su disminución ni tampoco para reconfigurarlo una vez perdido.

Consta en el acta 33 de 2019 que se propuso la inclusión de un párrafo al reglamento en el que se indicara que “en la eventualidad en que el número de los integrantes de la Corporación se reduzca a menos de 16 de sus miembros por no haber sido posible proveer las vacantes existentes, el voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de sus miembros, para la elección de los cargos señalados en el presente artículo, se tomará teniendo como referente los magistrados que en

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería)

dicho momento conformen la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia”. Esta proposición no fue aceptada por la Sala Plena.

Así mismo se discutió la posibilidad de designar a magistrados en encargo para no perder el quórum o la designación de conjuces y tampoco se aceptaron estas propuestas.

Es un hecho cierto, de cualquier forma, que la mayoría de los magistrados que integran la Corte Suprema de Justicia no procuró evitar la situación de la que posteriormente se valieron para *interpretar* ilegalmente el reglamento.

Esta actuación no podría siquiera ser considerada un hecho de fuerza mayor, pues el concepto, de carácter netamente jurídico, consiste en *el imprevisto a que no es posible resistir* (art. 64 C.C.). En el caso sometido a estudio, resulta claro que el hecho de la pérdida de quórum era previsible (tenía fecha cierta) y era posible resistir y hacerle frente con alguna de las alternativas ya indicadas (nombramiento en encargo o provisionalidad, designación de conjuces o modificación del reglamento).

Inclusive se propuso modificar no solo el quórum electoral sino el artículo 6 del reglamento interno, con el fin de que el voto fuera público y se diera mayor transparencia a las actuaciones de los magistrados; sin embargo esta proposición también fue vencida.

Lo cierto es que en el afán de nombrar unos candidatos específicos que contaban con el apoyo de un grupo mayoritario de magistrados (pero inferior en todo caso a los 16 requeridos), ese grupo decidió tomarse el tiempo necesario hasta llegar a la pérdida del quórum para imponer, a fuerza de *interpretaciones*, su capricho electoral. En otras palabras, la pérdida de quórum no impuso la *interpretación* que permitió las elecciones, sino que la solución ya prevista a título de interpretación

impuso que la mayoría precaria condujera a la CSJ a la pérdida de quórum, porque se garantizaba el triunfo de sus opciones electorales.

Así pues, la *interpretación del reglamento* por un número inferior a 16 magistrados fue un acto previsto y provocado por esa mayoría precaria que permanecería en su cargo en la CSJ. De ahí que en la primera oportunidad que se encontró la Corte Suprema sin el quórum necesario, se pudieron realizar las elecciones.

De todas formas, siendo un hecho cumplido la falta de quórum, existían medidas pertinentes para reintegrarlo sin desconocer la normativa aplicable, a través de la designación de conjuces.

En efecto, de acuerdo con el artículo 61 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, los conjuces serán designados “de acuerdo con las leyes procesales y los reglamentos de las corporaciones judiciales” y tendrán “los mismos deberes que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de éstos”.

Aunque ni el Código General del Proceso ni el Código de Procedimiento Penal desarrollan una regulación específica sobre los conjuces, nada se oponía a que en situaciones extremas como la que propició la propia CSJ, se acudiera a ellos para completar el quórum requerido, tanto más cuanto que no existe ninguna disposición normativa vigente que haya circunscrito la función de conjuces al cumplimiento de labores exclusivamente jurisdiccionales, excluyéndolos de las administrativas o electorales.

En el Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia (art. 16.5) se estableció como función de cada una de las Salas de Casación la de “elegir oportunamente los correspondientes conjuces (...) a que hubiere lugar. Cuando fuere necesario designar un conjuces en Sala Plena, se sorteará de la lista de conjuces de la Sala de Casación a la que pertenezca el Magistrado o Magistrados que no puedan participar”.

Como la designación de conjuces se efectúa por sorteo entre aquellas personas que fueron seleccionadas previamente por la sala correspondiente, esta era una medida que no sólo hubiera impedido la desintegración del quórum sino que permitía reconstituirlo una vez estuvo desintegrado por la falta de magistrados titulares.

De todas formas, en caso de considerarse que los conjuces están excluidos para cumplir funciones administrativas y electorales (se reitera que no existe disposición vigente que así lo disponga), la facultad de modificar el reglamento ya no sería del resorte de la Corporación, pero podría darse por otras vías.

Así, por ejemplo, existe un antecedente de falta de quórum en la CSJ que fue solucionado dentro del ordenamiento normativo.

En efecto, con ocasión de la Toma del Palacio de Justicia por parte del M-19 y la pérdida de quórum de la CSJ como consecuencia de la muerte violenta de la mayoría de los magistrados, se expidió el Decreto Legislativo 3272 de 1985 mediante el cual se dispuso que “con el único propósito de llenar las vacantes que se han presentado en la Corte Suprema de Justicia, como resultado de los hechos a que se refiere la parte motiva de este Decreto, la elección de cada una de las personas que deben ocupar las plazas vacantes requerirá la mayoría de los dos tercios de los votos de los Magistrados que en la actualidad integran la Corporación”.

De acuerdo con el artículo 215 de la Constitución Política, cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen en forma grave e inminente el orden social del país o que constituyan calamidad pública, podrá el presidente declarar el Estado de Emergencia.

En este caso, la falta de quórum de la Corte Suprema de Justicia y la imposibilidad de reintegrarse constituyen una grave calamidad pública que, como en 1985, se hubiese podido solucionar expidiendo el Gobierno Nacional un decreto legislativo, sin que tal proceder constituyera injerencia indebida en otro poder público pues, como en aquella oportunidad, la norma extraordinaria se tendría que limitar a habilitar una mayoría calificada en situaciones excepcionales.

D. Conclusión.

Con el propósito de contar con quórum electoral para proveer 7 vacantes, entre ellas la que ocupó el doctor Fabio Ospitia Garzón, la CSJ modificó su reglamento disminuyendo de 16 a 12 los votos requeridos para elegir. Esta modificación es contraria al Reglamento Interno porque: 1. La Sala del 28 de febrero era extraordinaria y no fue convocada expresamente para discutir reformas al Reglamento. 2. En sala extraordinaria no pueden ser discutidas y aprobadas reformas al Reglamento Interno. 3. La deliberación y aprobación de reformas al Reglamento requiere que sean realizadas en 2 reuniones ordinarias. 4. El quórum para modificar el Reglamento es de 16 votos.

El hecho de carecer de quórum para la reunión del 28 de febrero de 2020 no es excusa para incumplir el Reglamento, pues fue una decisión deliberada y ajustada a un plan de la mayoría, que no adoptó las medidas necesarias para impedir la pérdida del quórum ni para reestablecerlo.

3. Segundo cargo subsidiario. Nulidad por violación de los principios de legalidad, seguridad jurídica, confianza legítima, debido proceso e igualdad.

A. Causal de nulidad y normativa violada.

El artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que “los actos de elección o nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137”. Y este artículo dispone que podrá pedirse la declaratoria de nulidad de los actos administrativos cuando “hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse”.

En el presente caso se considera que fueron violados los artículos 13, 29 y 83 de la Constitución Política.

El artículo 13 establece que

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El artículo 29 dispone:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Y el artículo 83 señala que

Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

B. Postulado de la infracción.

La modificación del reglamento por parte de la CSJ implicó un cambio en las reglas de juego de un proceso electoral ya iniciado y, en esas condiciones, afectó el derecho de los candidatos al debido proceso, en condiciones de igualdad y con respeto de la confianza legítima depositada en las autoridades.

C. Consideraciones.

Se entiende el debido proceso como la suma compleja de garantías orientadas al respeto de los procedimientos jurídicos establecidos previamente para la toma de decisiones públicas, y al recto ejercicio de la función pública. En el caso específico de la presente demanda, el debido proceso se orienta al respeto de las garantías orientadas a la toma y ejecución de decisiones públicas en clave de protección de los derechos ciudadanos, individuales y colectivos (entre otros: igualdad de trato, participación en las decisiones, razonabilidad en los plazos y en los procedimientos usados para la toma de las decisiones, imparcialidad, autonomía e independencia por parte de los tomadores de decisión) y de aquellas garantías jurídicas que se consideran como mínimos de transparencia necesarios para, entre otras finalidades, evaluar la validez jurídica de la decisión pública respectiva y tomar los correctivos necesarios para evitar su legitimación.

La Corte Constitucional, ha considerado que

La Constitución Política de 1991 elevó el derecho al debido proceso administrativo a rango fundamental, motivo por el cual es susceptible de protección por vía de tutela. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 constitucional “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

Distintas salas de revisión se han ocupado del alcance y contenido de este derecho, sobre todo cuando se trata de actuaciones de carácter sancionador o de la revocatoria directa de actos propios por parte de la Administración, pero también en lo que hace referencia al concurso de méritos para ocupar cargos públicos. Este derecho ha sido definido como “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan

relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”.

La anterior definición es lo bastante amplia como para cobijar todo tipo de actuaciones administrativas que deban surtir las autoridades públicas, sin importar la rama del poder público a la cual pertenecen. En esa medida comprende no sólo aquellos procedimientos de carácter sancionador, sino también, por ejemplo, los de naturaleza nominadora. Y debe entenderse que el único sujeto obligado no es sólo la Administración, sino todos los órganos estatales y, en general, los servidores públicos cuando cumplen funciones de carácter administrativo. Al respecto cabe recordar que el artículo 123 constitucional señala que “[l]os servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

La definición jurisprudencial resalta el carácter secuencial y reglado de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los fines legal y constitucionalmente establecidos. Estas actuaciones deben ajustarse al principio de legalidad y atender otros principios constitucionalmente relevantes como la buena fe y la confianza legítima de los administrados. (Sentencia SU – 339 de 2011, se omiten las notas al pie).

La misma Corporación, frente al principio de confianza legítima, indicó que éste

significa, en términos generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento, y que producen efectos jurídicos, no pueden ser objeto de cambios bruscos e intempestivos por parte de la Administración, defraudando la buena fe y la transparencia con la que

deben actuar los organismos del Estado. De ahí que, la Corte haya señalado:

“[Que] cuando la confianza legítima en que un procedimiento administrativo será adelantado y culminado de conformidad con las reglas que lo rigen es vulnerada, se presenta una violación del debido proceso en la medida en que este derecho comprende la garantía de que las decisiones adoptadas por la Administración lo serán de tal manera que se respeten las reglas de juego establecidas en el marco legal así como las expectativas que la propia administración en virtud de sus actos generó en un particular que obra de buena fe. En efecto, la Constitución misma dispuso que una de las reglas principales que rigen las relaciones entre los particulares y las autoridades es la de que ambos, en sus actuaciones, ‘deberán ceñirse a los postulados de la buena fe’.”

(...)

“(...) el principio de transparencia de la actividad administrativa se empaña si en contravía de las legítimas expectativas del aspirante, su posición en el concurso se modifica durante su desarrollo; el principio de publicidad (art. 209 C.P.) se afecta si las reglas y condiciones pactadas del concurso se modifican sin el consentimiento de quien desde el comienzo se sujetó a ellas; los principios de moralidad e imparcialidad (ídem) de la función administrativa se desvanecen por la inevitable sospecha de que un cambio sobreviniente en las reglas de juego no podría estar motivado más que en el interés de favorecer a uno de los concursantes; el principio de confianza legítima es violentado si el aspirante no puede descansar en la convicción de que la autoridad se acogerá a las reglas que ella misma se comprometió a respetar; se vulnera el principio de la buena fe (art. 83 C.P.) si la

autoridad irrespeta el pacto que suscribió con el particular al diseñar las condiciones en que habría de calificarlo; el orden justo, fin constitutivo del Estado (art. 2º C.P.), se vulnera si la autoridad desconoce el código de comportamiento implícito en las condiciones de participación del concurso, y, en fin, distintos principios de raigambre constitucional como la igualdad, la dignidad humana, el trabajo, etc., se ven comprometidos cuando la autoridad competente transforma las condiciones y requisitos de participación y calificación de un concurso de estas características. Adicionalmente, el derecho que todo ciudadano tiene al acceso a cargos públicos, consagrado en el artículo 40 constitucional, se ve vulnerado si durante el trámite de un concurso abierto, en el que debe operar el principio de transparencia, se modifican las condiciones de acceso y (...) evaluación.”

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación insistió en que cualquier modificación o cambio en las bases del concurso, conduce a la violación del derecho a la confianza legítima. De esta manera, precisó que “quien participa en un concurso público para proveer un cargo lo hace con la seguridad que se respetaran las reglas impuestas. Cuando éstas se desconocen por la entidad que lo ha convocado, más aún cuando se cambian después de haberse realizado todo el trámite, se defrauda la confianza de la persona”. Para finalizar, citó la Sentencia T-298 de 1995, en la que este Tribunal reiteró que:

“(…) la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en precisar que los concursos, cuya finalidad sea el acceso a la función pública, deben sujetarse estrictamente a los procedimientos y condiciones fijados de antemano y que las reglas que los rigen son obligatorias, no sólo para los participantes sino también para la administración que, al observarlas, se ciñe a los postulados de la

buena fe (C.P. art. 83), cumple los principios que según el artículo 209 superior guían el desempeño de la actividad administrativa y respeta el debido proceso (C.P. art. 29), así como los derechos a la igualdad (C.P. art. 13) y al trabajo (C.P. art. 25) de los concursantes. Una actitud contraria defrauda las justas expectativas de los particulares y menoscaba la confianza que el proceder de la administración está llamado a generar”. (Sentencia C – 084 de 2018, se omiten notas al pie).

Esta doctrina, sostenida pacíficamente por la Corte Constitucional respecto de los concursos de méritos, es aplicable, mutatis mutandi, a los procesos electorales de la CSJ.

En efecto, en el citado fallo proferido por el Consejo de Estado en el que se declaró la nulidad de la elección de la doctora Vivianne Morales como Fiscal General, esa Corporación consideró que

En este sentido, la seguridad jurídica adquiere trascendencia en la vida misma de la organización estatal y ello se logra cuando el poder se ejerce mediante normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios y, en consecuencia, los individuos receptores de las mismas tienen la capacidad de predecir la respuesta del ordenamiento y actuar en consecuencia¹⁷. Al respecto, en Sentencia del Consejo de Estado -Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-, de 1º de abril de 1997¹⁸, se afirmó que la seguridad jurídica “no es sino certeza de que la regulación normativa se cumplirá a todo trance,

¹⁷ Para Kelsen, la seguridad jurídica consiste: “en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales predecibles”. *Teoría Pura del Derecho*. Hans Kelsen. Traducción de Roberto Vernengo de la edición alemana de 1960. México, Ed. Porrúa. Pg. 260. Vale resaltar que aunque la presente cita se refiere exclusivamente a la actividad judicial, es perfectamente aplicable en tanto pretensión de todo el ordenamiento jurídico.

¹⁸ C.P. doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación S-654, Actor: Luis Eduardo Osorio Ayala.

es reflejo del orden en las situaciones individuales, el cual hace que el sujeto sepa a qué atenerse en el ámbito de sus relaciones”¹⁹.

Íntimamente relacionada (sin que sea dable confundir la seguridad jurídica con el principio al que a continuación se hará referencia, pues cada uno de ellos conserva sus características propias²⁰), “la confianza legítima” adquiere gran relevancia en el presente análisis. Dicha máxima se deriva del principio de la buena fe regulado en el artículo 83 de la Constitución Política (que viabiliza la construcción de una relación de confianza de doble vía entre la Administración y los particulares) y es entendida como aquella obligación a cargo de las autoridades administrativas de no alterar las reglas de juego que regulan sus relaciones con los particulares sin que previamente se otorgue un periodo de transición para que el comportamiento de los destinatarios de la norma se ajuste a lo que ahora exige el ordenamiento jurídico. Esta garantía, adicionalmente, parte de la idea de proteger expectativas legítimas que surgen de los hechos positivos de las autoridades que aplican -a una situación particular- el derecho.

¹⁹ En la misma providencia, en relación con este tópico, se afirmó: ““La Sección Segunda en la sentencia recurrida no se detuvo a valorar la importancia que para el derecho tiene “la seguridad jurídica”, respecto de la cual se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 22 de mayo de 1979, en los siguientes términos: “Sobre la función de la seguridad jurídica como legitimación de legalidad, se han pronunciado especialmente en la época moderna, destacados tratadistas (...) Así, la función del derecho es siempre seguridad, aseguración, lo mismo en un régimen tradicionalista, que en un régimen revolucionario, pues, tanto en un caso como en otro, se trata de asegurar la realización de determinadas tareas, bien que éstas sean radicalmente diversas en uno y otros casos... No hay derecho sin seguridad; pero además el derecho debe ser justo, porque lo que importa asegurar no es cualquier cosa, sino un orden que precisamente sea justo (Mayúsculas de la Sala) (Estudio sobre Filosofía del Derecho, Págs. 235 y ss.)”.

²⁰Al respecto, en Sentencia del Consejo de Estado - Sala Plena, de 15 de febrero de 2011, C.P. doctor Enrique Gil Botero, radicado No. 2010-01055-00 (PI), se afirmó: “Desde este punto de vista, la confianza legítima se inspira en el deber que tiene la administración de observar sus propias decisiones, en relación con los casos futuros, siempre que compartan entre sí las mismas condiciones y supuestos de configuración. En buena medida, este principio, introducido primero por la doctrina colombiana-que lo trasladó del derecho español, y éste, a su vez, lo incorporó del alemán-se apoya en la seguridad jurídica, sin confundirse con ella, pues cada uno tiene su propio contenido. Lo que acontece es que casi siempre la confianza legítima genera seguridad jurídica, y por eso se tiende a asimilarlos, pero equivocadamente. De hecho, no es extraño que en el caso concreto el demandado aduzca que los conceptos jurídicos en los que se apoyó para la decisión de postularse a la Cámara de Representantes le produjeron “seguridad jurídica” y “confianza”.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-478 de 1998, consideró, en relación con este principio que: “(...) pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.”.

El derecho a la igualdad (dimensión subjetiva de un mandato constitucional) se encuentra regulado en el artículo 13 de la Constitución Política, a través del cual, en el inciso primero, se configuró la obligación de dar un trato paritario –prohibición de discriminación- y en los incisos 2º y 3º, la obligación de dar un trato diferenciado –deber de promoción- con el objeto de (dentro de un Estado Social y de derecho) efectuar actuaciones positivas en relación con grupos vulnerables y/o que se encuentren en situación de debilidad manifiesta.

El análisis de la garantía del derecho en estudio en cada caso concreto, en consecuencia, exige por parte del aplicador de la norma analizar si las circunstancias fácticas de un caso por definir son equiparables -en sus elementos esenciales- con aquellas ya abordadas en un asunto anterior; y, por tanto, que la respuesta jurídica al caso nuevo previsiblemente debe ser similar a la que se dio en el asunto.

Dentro de este marco, no obstante, es oportuno resaltar que los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima así como el

principio – derecho a la igualdad no son óbice para la evolución del derecho, por lo que, de manera razonada, es válido que el ordenamiento rectifique o valore nuevamente sus decisiones previas en pro de dotar de mayor justicia material y coherencia interna al sistema normativo.

Finalmente, como corolario de lo que se ha venido sosteniendo desde el inicio de esta providencia, la sujeción del poder al ordenamiento jurídico [legalidad] incide de manera directa en la protección del derecho al debido proceso de todos los asociados, en virtud del cual las personas son blindadas contra los abusos y desviaciones de las autoridades en ejercicio de sus funciones, comprendiendo un amplio complejo de garantías como la defensa y el juez natural.

- Efectuadas las anteriores reflexiones, encuentra la Sala que en el presente asunto la decisión de “interpretar” el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de considerar que la mayoría calificada requerida para elegir al Fiscal General de la Nación debía considerarse sobre un número de 18 Magistrados, vulneró los principios de la confianza legítima y de seguridad jurídica, así como los derechos a la igualdad y al debido proceso en la medida en que:

(i) De conformidad con la regla de mayoría que venía aplicando la H. Corte Suprema de Justicia a las elecciones de las autoridades a que se refiere el artículo 5º del Acuerdo No. 006 de 2002, los votos requeridos para considerar satisfactoria una elección eran 16, esto es las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la Corporación. Este criterio, en efecto, fue el que reguló el proceso electoral que se inició cuando el anterior Presidente de la República presentó el 7 de julio de 2009 la primera terna de candidatos al cargo de Fiscal General de la Nación.

Por lo anterior, dada la actuación reiterada de dicha Corporación en este aspecto y en desarrollo del principio de confianza legítima, era de esperarse por todos y cada uno de los candidatos que participaron en el proceso en estudio, desde un punto de vista interno, que quien resultara electo obtuviera dicho apoyo a su candidatura (16 votos). A su turno, desde un punto de vista externo, la sociedad en general (interesada en la elección de los dignatarios que asumen el desempeño de una función pública) aguardaba que se siguieran estrictamente las reglas previamente definidas por la Corte para el ejercicio de su función en garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica al que se aspira en todo Estado Social y de Derecho.

*(ii) A su turno, la conservación de una regla de procedimiento -si dicha imputación desea hacersele a la **mayoría** requerida para resultar una persona electa- tiene una clara incidencia en la garantía del derecho al debido proceso, en virtud del cual toda actuación sea administrativa o judicial debe someterse en su integridad a unas pautas previamente establecidas. En este sentido, so pena de sorprender a los participantes dentro del proceso electoral que culminó con la elección de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, era preciso que las condiciones de elección que se impusieron desde el inicio del trámite permitieran la culminación del mismo.*

*(iii) Desde este punto de vista, la aplicación **sostenida** de dicho marco normativo durante la elección permitía, a su turno, la protección del derecho a la igualdad de quienes en ella intervinieron, principio – derecho que por dos claras razones resultó vulnerado en el presente asunto:*

- *La razón que motivó la “interpretación” del Reglamento por parte de la Alta Corporación fue la reducción de los Magistrados debidamente elegidos y posesionados en sus cargos; por lo que debe advertirse que esta situación, si bien se agravó cuando había un quórum de 18, se presentó a lo largo del proceso electoral, incluso en vigencia de la primera terna, en la medida en que la Sala en Pleno fue desintegrándose paulatinamente [de ello da cuenta el Acta No. 37 de Sesión ordinaria de 7 octubre de 2010, momento en que también se efectuaron votaciones]; por lo que, bajo el imperativo de la igualdad la posibilidad de ser elegidos con las dos terceras (2/3) partes de los Magistrados en actividad debió considerarse desde el momento en que el supuesto fáctico se presentó.*
- *Desde otro punto de vista, revisada el Acta contentiva de la sesión extraordinaria en la que resultó elegida la Fiscal General de la Nación, se evidencia que una vez aprobada la “interpretación” al Reglamento sólo se consideraron los nombres de los dos postulados que habían obtenido previamente las mejores votaciones. Ello permite afirmar que, si bien es válido que en el curso de procesos electorales se efectúen este tipo de ejercicios en aras de lograr su propósito, lo cierto es que en el presente asunto no se le permitió a uno de los integrantes la terna participar en la dinámica electoral con sujeción a una nueva regla, (esto es, la oportunidad a que su nombre fuera considerado).*

*Contra las dos referidas conclusiones podría argumentarse que **la aplicación de la nueva regla** cuando empezó a desintegrarse la H. Corte Suprema de Justicia no permite inferir que se hubiera llegado a*

una decisión diferente a la de ahora (teniendo en cuenta para el efecto las votaciones que se presentaron) y que, en consecuencia, no se vulneró materialmente el bien constitucional aludido. Al respecto, no obstante, ha de afirmarse que la validez o no de una interpretación a la luz de los postulados constitucionales no puede regularse por criterios consecuencialistas, máxime cuando ello desconocería el desarrollo imprevisible de estos ejercicios electorales, (lo que permite afirmar que no es lo mismo que a una persona le falten tres votos a que le falte solo uno).

Adicionalmente, en el segundo asunto planteado, es válido sostener que el cambio del número de votos que permitían acceder al cargo de Fiscal General de la Nación exigía la inclusión de toda la terna vigente en las votaciones bajo la nueva regla de elección, no solo en razón a que el nombre de todos debía ser considerado por la plenaria de la Corporación sino porque bajo el principio de pesos y contrapesos el Presidente de la República al ejercer su función de postulación con sujeción a la Carta Política presentó una terna y, se reitera, ante el cambio de reglas (consideración que como ya se dijo no comparte esta Sala), debió permitirse la participación de todos los integrantes.

En conclusión, no resulta válida la inclusión de solo 2 candidatos en la votación (efectuada inmediatamente después del cambio de las reglas) y, por tanto, resulta palmaria la violación al derecho a la igualdad (la Corte Suprema de Justicia debió considerar -en sus votaciones- a todos los ternados).

*(iv) La **modificación** del alcance de la mayoría requerida para la elección del Fiscal General de la Nación, cambiando su propio precedente, tuvo una incidencia directa en la seguridad jurídica que*

no era admisible en el estado en el que se encontraba el proceso de elección.

Pero es más: al menos tres de los magistrados de la CSJ que participaron en la deliberación y votación de la reunión extraordinaria del 28 de febrero de 2020, habían coincidido antes en el sentido y alcance de estas garantías.

En efecto, para el doctor Jorge Luis Quiroz Alemán,

Además, no se puede perder de vista que el proceso de selección de los magistrados de altas cortes es uno solo, es inescindible, el cual inicia con la convocatoria pública que hace el Consejo Superior de la Judicatura, en la cual se fijan las reglas, requisitos y condiciones para los aspirantes, razón por la cual, las normas aplicables deben ser las vigentes para la fecha de ese llamamiento, pues si se desatiende esta regla, se desconocería el principio de legalidad, de confianza legítima, de transparencia que debe responder a las actuaciones de todos los servidores públicos, y los judiciales, desde luego, no son la excepción.

En el presente caso, la convocatoria que finalizó con la elección del señor Serrato Valdés se hizo el 29 de enero de 2015, fecha para la cual regía el Acuerdo No. 58 de 1999, que exigía para la elección el voto favorable de las dos terceras partes de todos los integrantes del Consejo de Estado, es decir, 21, y más sin embargo, fue elegido con 17 votos, en aplicación del Acuerdo 110 del 2 de junio de 2015, que había modificado el número mínimo de las dos terceras partes de los integrantes del Consejo de Estado, por las dos terceras partes de los magistrados en ejercicio, con lo cual, según lo expuesto en líneas anteriores, se desconoció lo dispuesto en la ley para estos efectos, y además, se escindió el acto administrativo complejo relacionado con el proceso de elección de los magistrados de alta corte, con el agregado de que se atentó en contra de los mencionados principios que deben gobernar las

actuaciones administrativas, conforme al artículo 209 de la Constitución Política (Salvamento de voto a la sentencia SPL 6698 de 2017).

Por su parte el doctor Gerardo Botero, en salvamento de voto a la misma sentencia SPL 6698 de 2017, expuso que

*El Dr. Serrato Valdés fue elegido con **17 votos**, esto es, con un número inferior al exigido en el artículo 45 del Acuerdo Nro 58 de 1999, ya que requería de **21 votos**, pero con la votación suficiente si aplicáramos la reforma del Reglamento del Consejo de Estado (**Acuerdo 110 del 2 de junio de 2015**), que se reitera, se produjo con posterioridad al proceso de su designación que inició en vigencia del inicialmente relacionado, ya que la convocatoria se hizo el **29 de enero de 2015** y la elaboración de listas, así como el envío de la misma al Consejo de Estado se produjo el **27 de mayo de 2015**.*

*Conforme a lo anterior, la elección del Consejero de Estado **Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés**, debió ser declarada nula por violación de "los principios de la confianza legítima, seguridad jurídica, igualdad y derecho al debido proceso", así como por desconocer la teoría de la "intangibilidad del reglamento" del propio Consejo de Estado, en tanto no se respetaron las reglas vigentes para el momento en que se inició el proceso de su elección, que como se dejó visto, empezó el **29 de enero de 2015**, sin que fuera viable jurídicamente que se variara en el trámite del proceso de su elección, el número votos necesarios, como en efecto sucedió en el sub judice.*

En efecto, era preciso que las condiciones de elección que se impusieron desde el inicio del complejo trámite electoral, culminara con sujeción a dichas reglas, y no que se cambiaran en el curso del proceso, pues todas las actuaciones sean administrativas o judiciales deben someterse en su

integridad a unas pautas previamente establecidas, sin alterar las reglas de juego que ya habían sido diseñadas para el efecto.

Finalmente, el doctor Fernando Castillo Cadena, en salvamento de voto a la misma sentencia, indicó que

Por mis intereses de investigación desarrollados, durante varios años, bajo el paradigma de la economía constitucional, tengo pleno convencimiento de que un cambio en la regla electoral, cualquiera que ella sea y en cualquier instancia en que se aplique, siempre tiene incidencia política, económica y social. En este sentido, el resultado del cambio en la regla electoral puede traer consecuencias deseables, pero también indeseables. En otras palabras, en tanto altera los sistemas de pesos y contrapesos existentes, el cambio en la regla electoral tiene el potencial de alterar la decisión, reitero, cualquiera que ella sea. En este sentido, no se trata solo de un cambio en la relación entre mayorías y minorías, como de manera simple se pudiese aducir, sino de uno que tiene la potencialidad de alterar los arreglos institucionales logrados a lo largo del tiempo, máxime cuando existen funciones y facultades que se han desarrollado buscando equilibrios de largo plazo, las cuales se encuentran en su momento debidamente asentadas.

Sobre los efectos que produce el cambio de la regla electoral, entre el Estado y el ciudadano, encontramos, exactamente, las mismas conclusiones; es decir, el cambio en una regla electoral, al alterar la composición de las mayorías y de las minorías, tiene la virtud, o el defecto, de variar las reglas de juego de toda la sociedad, máxime cuando se trata de las decisiones que toma una alta corporación judicial, como lo es el Honorable Consejo de Estado, dada la estrecha relación de sus funciones con la política pública general, pues de una manera u otra, incide en la actividad estatal al tener la facultad de, solo por ejemplo y entre otras, declarar la nulidad de los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional.

Ahora, reitero, no se trata de que se tenga que impedir los cambios, estos son necesarios y muchas veces indispensables, cuando son razonables y buscan el logro de una finalidad necesaria para el buen funcionamiento del Estado, en desarrollo de la teoría del interés público. No obstante, dichos cambios no deben afectar normativamente procesos electorales en curso, en tanto, las consecuencias de su implementación afectan no sólo al órgano elector sino a los candidatos. Este es el motivo que constituye mi fundamento para salvar el voto, como lo pasaré a explicar.

En efecto, el ciudadano, como titular del derecho constitucional fundamental a ser elegido, está protegido en todos los aspectos que conforma el núcleo esencial de su derecho, el cual contiene, en nuestro criterio, el derecho de conocer ex ante las reglas de juego (aspecto informativo) a las que está sometida su aspiración, y el modo en que ella debe desarrollarse. Así las cosas, una vez iniciado un proceso electoral, el núcleo esencial de este derecho predetermina que las reglas de juego no puedan por motivo alguno cambiarse, brindando estabilidad jurídica al proceso electoral y garantizando el desarrollo del valor de la seguridad jurídica.

Ello permite, entre otras, tener la claridad de que quienes han comenzado un proceso bajo la vigencia de unas determinadas normas, deban estrictamente someterse a estas hasta la culminación del proceso electoral. Así las cosas, ningún proceso electoral puede sorprender arbitrariamente, con la imposición de nuevas reglas o el cambio de algunas, a quien somete su nombre a consideración, bajo su elemental pero fundamental derecho a ser elegido.

Ahora bien, en un Estado Social, como el nuestro, en el que los deberes y funciones de los diferentes estamentos se hallan definidos, encontramos que las disposiciones pertinentes para la elección de un magistrado de alta corporación, están consagradas en la Carta Política y la Ley Estatutaria de

Administración de Justicia, que prevén, que el nombramiento de estos se haga por la respectiva Corporación, de listas remitidas por el Consejo Superior de la Judicatura, siguiendo para tal efecto, los parámetros previamente fijados en su reglamento; así lo indican con meridiana claridad, los artículos 231 Superior y 35 de la Ley 270 de 1996.

La actividad electoral de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, en esencia administrativa, encuentra su trámite y pormenores, en el acto, que al interior de la colegiatura reglamenta su funcionamiento; allí se establecen los lineamientos objetivos, que deben ser acogidos por quienes participen en la elección, ya como aspirante o como elector, en tanto ellos constituyen su debido proceso administrativo.

(...)

En esencia, el proceso electoral de los magistrados de Alta Corporación es un único proceso, aunque se encuentre dividido en dos actuaciones. En consecuencia, no resulta válido que en su interregno, se varíen las reglas de juego, esto es, se modifiquen las disposiciones que al momento de iniciar el trámite, regían, por cuanto ello implica no solo desconocer el principio de legalidad y atentar contra la transparencia que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, como en diferentes providencias lo ha fijado la Sección Quinta del Consejo de Estado, sino desconocer el núcleo esencial del derecho a ser elegido, que no es otro que conocer y aceptar, ex ante, al momento del sometimiento de su nombre al respectivo proceso electoral, las reglas de juego sobre las cuales se definirá la respectiva elección.

Valga la pena señalar que la modificación del Reglamento efectuada por el Consejo de Estado y a la que se hace alusión en los salvamentos de voto expuestos, se caracterizó por dos aspectos relevantes: (i) el CAPCA autorizaba fijar su propio quórum electoral y (ii) al modificar el quórum, se dejó expresa constancia que “las

elecciones que a la fecha de publicación de este acuerdo ya hubieren registrado por lo menos una votación, continuarán rigiéndose por el acuerdo vigente al momento del inicio de la votación”.

Fue esta la razón por la cual consideró la mayoría decisoria en la sentencia SPL 6698 de 2017 que no existía violación a la confianza legítima, al exponer que “Es claro entonces que, para el 2 de junio de 2015, fecha de publicación del Acuerdo 110 de 2015, por el cual se modificó el Reglamento Interno del Consejo de Estado (Acuerdo 58 de 1999), no se había registrado ninguna votación en relación con la lista de candidatos para la elección del cargo vacante en la Sección Primera del Consejo de Estado; ello tuvo lugar el 22 de julio de 2015, cuando se efectuó la primera votación, y el mismo día resultó elegido el doctor Serrato Valdés, como así lo certificó el Secretario General a folio 259”.

Y este criterio mayoritario de la CSJ frente al debido proceso electoral y la confianza legítima guio buena parte de este proceso electoral. Específicamente al abordar la discusión sobre la reforma al reglamento el 24 de octubre de 2019 (acta 33), consta que se propuso un nuevo texto del siguiente tenor: “En la eventualidad en que el número de los integrantes de la Corporación, se reduzca a menos de 16 de sus miembros por no haber sido posible proveer las vacantes existentes, el voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de sus miembros, para la elección de los cargos señalados el presente artículo, se tomará teniendo como referente, los magistrados que en dicho momento conformen la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia”

Oportunidad en la que el magistrado Castillo Cadena fue consistente y “advirtió que su voto [a la reforma del reglamento] iba a ser negativo, y precisó que salvó voto en la providencia que profirió la Sala Plena de esta Corporación en relación con la demanda de nulidad electoral contra la elección del doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, como Consejero de la Sección Primera del Consejo de Estado, por lo que

consideró que no creía que se debían cambiar las reglas electorales, toda vez que esa norma *‘tenía su filosofía y su justicia’*”.

Su posición fue respaldada por el magistrado Eugenio Fernández, quien “compartió lo dicho por el doctor FERNANDO CASTILLO CADENA, pero advirtió que no votaría por ello; a su vez, solicitó aprobarla con la condición *“que no se aplicara en procesos de elección iniciados”*, y que se hiciera cuando estuviera integrada la Sala Plena”.

Sometida a consideración la reforma en los términos originales, obtuvo 8 votos favorables y 9 desfavorables, mientras que cuando fue sometida a consideración “con la alternativa de que esta sea con *‘voto nominal’* y que *‘no se aplique en procesos de elecciones iniciados’*”, contó con 15 votos favorables.

En el caso concreto, los aspirantes al cargo de magistrado vieron afectado su derecho al debido proceso pues las reglas variaron en el transcurso del proceso electoral. Inclusive, la lista de la cual fue elegido el doctor Fabio Ospitia Garzón fue sometida a votación con las reglas generales (no *ad hoc*) en 23 oportunidades.

D. Conclusión.

El proceso electoral mediante el cual resultó elegido el doctor Fabio Ospitia Garzón violó principios fundamentales de la Constitución Política en cuanto al debido proceso electoral y a la confianza legítima, de acuerdo con la interpretación que de estos principios han hecho la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la propia Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la sentencia citada, sus salvamentos de voto y el acta 33 de octubre 24 de 2019.

La violación consistió, según el análisis, en que el doctor Fabio Ospitia Garzón resultó elegido con 15 votos porque arbitrariamente se rebajó el quórum electoral a 12, cuando la regla a la que se habían sometido hasta entonces todos los

candidatos fijaba ese quórum en 16 votos. El cambio de la regla fue intempestivo, aunque premeditado.

4. Tercer cargo subsidiario. Nulidad por violación del reglamento interno de la CSJ, pues la posibilidad de votar por el doctor Fabio Ospitia Garzón se había agotado.

A. Causal de nulidad y normativa violada.

El artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que “los actos de elección o nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137”. Y este artículo dispone que podrá pedirse la declaratoria de nulidad de los actos administrativos cuando “hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse”.

En presente caso, se considera que fueron violados los artículos 39 y 41 del Reglamento Interno.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 39,

Los nombres de los candidatos serán puestos a consideración para que se delibere sobre los distintos aspectos relacionados con sus hojas de vida; terminada la deliberación, se someterán a votación...

Por su parte, el artículo 41 dispone que

Si en una primera votación ninguno de los candidatos obtuviere el número de votos requerido para su elección, se efectuará seguidamente una segunda, circunscrita a los dos que hayan obtenido la mayor votación. Si en esta tampoco resultare ninguno electo, se someterá a cada uno de ellos

separadamente a una tercera votación en sesión posterior, si fuere solicitada por alguno y aprobada por la mayoría de los asistentes.

B. Postulado de la infracción.

Se considera que con respecto al doctor Fabio Ospitia Garzón se había agotado el proceso de selección, toda vez que había sido sometido a votación individual de conformidad con el Reglamento Interno y no había obtenido la mayoría necesaria. En ese caso, debía prescindirse de su nombre en las rondas de votación que le sucedieran, al menos hasta que se agotara la consideración de los restantes aspirantes de esa lista.

C. Consideraciones

De acuerdo con la normativa interna de la Corte Suprema de Justicia, el proceso electoral está compuesto de tres fases: (i) la consideración y votación de todos los candidatos postulados en las listas elaboradas por el Consejo Superior de la Judicatura; (ii) la votación restringida a los dos candidatos con mayores votos y; (iii) en sesión posterior, la votación individual de los dos candidatos con mayor votación, si ninguno lograra la mayoría necesaria, empezando por el candidato con mayor votación.

Agotado este procedimiento, existe un vacío normativo consistente sobre cómo se debe proceder.

Obviamente, el sentido de la pluralidad de candidatos en la lista obedece a que la CSJ cuente con diferentes opciones que permitan su consideración al momento de elegir. Por esa razón, habiendo sido sometido a votación individual un candidato, se estima que, por lo menos hasta no agotar la votación individual con respecto a los demás postulados en la lista de elegibles, no podría volver a ser sometido a votación.

La violación del reglamento se produjo respecto del doctor Fabio Ospitia Garzón, porque en no menos de 17 oportunidades fue sometido a votación individual, antes de resultar elegido el 28 de febrero de 2020, sin que se hubiere votado individualmente por los demás candidatos de la lista. Así consta en actas 15, 16, 19, 20, 23, 25, 27, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 37, 38, y 39 de 2019; y 2, 4 y 5 de 2020.

En el caso concreto, la lista de la que hizo parte el doctor Fabio Ospitia Garzón estaba integrada por 10 candidatos postulados por el Consejo Superior de la Judicatura; sin embargo, a pesar de haberse dado votaciones en 19 sesiones, fueron sometidos a votación individual 7 candidatos (Pedro Oriol Avella, Alfonso Daza, Diego Eugenio Corredor, Gloria Ligia Castaño, Cándida Rosa Araque, Alexandra García y Fabio Ospitia), ninguno de los cuales obtuvo nunca la mayoría requerida.

PRETENSIONES

PRINCIPAL. Que se decrete la nulidad de la elección y confirmación del doctor Fabio Ospitia Garzón como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, por contravenir lo dispuesto por el Decreto 1660 de 1978 en cuanto exige mayoría calificada de dos terceras partes de los integrantes de la Corporación para tal elección.

PRIMERA SUBSIDIARIA. Que se decrete la nulidad de la elección y confirmación del doctor Fabio Ospitia Garzón como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, por violación del procedimiento establecido para la reforma o modificación del Reglamento Interno de la Corporación.

SEGUNDA SUBSIDIARIA. Que se decrete la nulidad de la elección y confirmación del doctor Fabio Ospitia Garzón como magistrado de la Corte Suprema de Justicia,

por violación de los principios de legalidad, seguridad jurídica, confianza legítima, debido proceso e igualdad.

TERCERA SUBSIDIARIA. Que se decrete la nulidad de la elección y confirmación del doctor Fabio Ospitia Garzón como magistrado de la Corte Suprema de Justicia por violación del reglamento interno de la Corporación, pues la posibilidad de votar por el doctor él se había agotado.

OPORTUNIDAD Y CADUCIDAD

De acuerdo con lo establecido en el artículo 164.2.a, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días”, el cual “se contará a partir del día siguiente a la confirmación”.

En el caso concreto, la confirmación, de acuerdo con medios de prensa²¹, debió efectuarse el 5 de marzo de 2020. El término de caducidad se contabilizaría desde el 6 de marzo. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1° del Decreto Legislativo 564 de 2020,

Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales.

El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos

²¹ Como se ha indicado, la Corte Suprema de Justicia ha incumplido su deber de suministrar copia de las actas de elección y confirmación. Según se ha aducido, las mismas no han sido aprobadas.

judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente.

Para el 16 de marzo de 2020, el término de caducidad era inferior a 30 días por lo que el nuevo término será de un mes a partir del 2 de julio, día siguiente a aquél en que se levantó la suspensión de términos por parte del Consejo Superior de la Judicatura (PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020).

Por lo tanto, la acción electoral caducaría el 2 de agosto de 2020.

PRUEBAS Y ANEXOS

A. DOCUMENTALES

Con el propósito de que obre como prueba documental, se anexan:

1. Copia de respuesta a derecho de petición mediante la cual la Corte Suprema de Justicia remite copia íntegra de las actas de Sala Plena en las que se efectuó la discusión y votación de candidatos desde julio de 2018 y hasta el 25 de febrero de 2020.
2. Índice propio de las actas de Sala Plena que fueron entregadas por la Corte Suprema de Justicia en virtud de derecho de petición.
3. Copia del acuerdo 1400 del 28 de febrero de 2020, mediante el cual se declara la elección del doctor Fabio Ospitia Garzón como magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

4. Copia del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia.
5. Copia de la constancia entregada por el magistrado Gerardo Botero Zuluaga en la Sala Plena Extraordinaria del 28 de febrero de 2020, que denominó “Constancia de mi voto negativo en contra de la interpretación del reglamento de la Corporación”.

B. OFICIOS

Se solicita librar oficios a la Corte Suprema de Justicia con el fin de obtener:

1. Copia íntegra del acta de 28 de febrero de 2020.
2. Copia íntegra del acta de 5 de marzo de 2020.
3. Copia de las proposiciones, constancias escritas u otros documentos que fueran radicados o presentados por los magistrados para consideración en Sala Plena, referidas a la reforma, modificación o interpretación del reglamento o se plantearan alternativas con el propósito de evitar la pérdida de quórum electoral o superar la crisis electoral.
4. Copia de las constancias de voto que hubieren sido radicadas por parte de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, con respecto a las elecciones efectuadas el 28 de febrero de 2020.

C. TESTIMONIAL.

Por considerarse pertinente para la acreditación de los hechos objeto de la demanda y haber efectuado pronunciamientos públicos relacionados con esos hechos, se solicita escuchar el testimonio del magistrado de la Corte Suprema de Justicia

Gerardo Botero Zuluaga, quien declarará sobre todo lo que le conste respecto del proceso de elección de magistrados que culminó el 28 de febrero de 2020.

El doctor Botero Zuluaga puede ser citado en la sede de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, calle 12 No. 7-65 de esta ciudad.

En cuanto a las copias de la demanda y sus anexos (art. 166-5 CPACA), obviamente el traslado a las partes y al Ministerio Público se surtirá con los archivos digitales remitidos.

JURAMENTO

De conformidad con lo establecido en el artículo 166 del CPACA, manifestamos bajo la gravedad de juramento que a la fecha de radicación de la presente demanda no se logró obtener copia de las actas de las sesiones en que se dieron la elección y confirmación del doctor Fabio Ospitia Garzón como magistrado en propiedad de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo se obtuvo copia del acuerdo 1400 del 28 de febrero de 2020, mediante el cual se declara la elección del doctor Fabio Ospitia Garzón como magistrado de la Corte Suprema de Justicia, que se anexa a la demanda.

NOTIFICACIONES

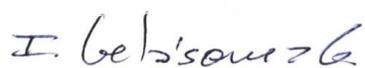
Los demandados recibirán notificaciones en la sede de la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la calle 12 No. 7-65 de esta ciudad y a través de los correos secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co y presidencia@cortesuprema.ramajudicial.gov.co.

Los demandantes recibiremos notificación en la Carrera 47 A N° 96 – 41, oficina 202 de esta ciudad y en los siguientes correos electrónicos:

ivanvelasquez@hotmail.com,
raulalfonsogutierrez@hotmail.com,
diana.salinas@cuestionpublica.com
ingjrfernandez@hotmail.com
fervarvaconsultor@gmail.com

lvalenciaa@gmail.com
camiloencisov@yahoo.com
victorjvelasquezgil@hotmail.com,
crodriguezmejia@hotmail.com

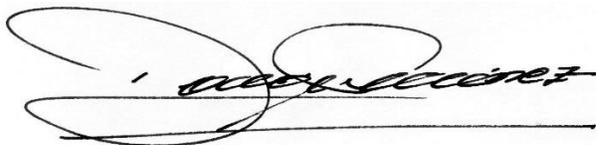
De los señores magistrados, atentamente,



IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ

C. C. 2.773.858

Director Corporación Justicia y Democracia



RAÚL ALFONSO GUTIÉRREZ

C. C. 79.374.224



DIANA SALINAS PLAZA

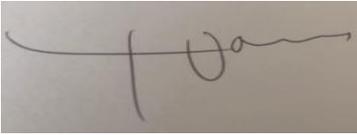
C. C. 31.481.469

Cofundadora Cuestión Pública



JESÚS RODRIGO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

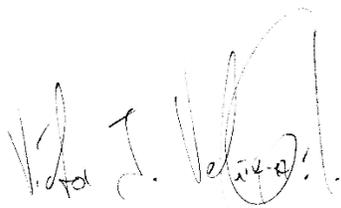
C. C. 19.234.752



LEÓN VALENCIA AGUDELO
C. C. 71.589.999
Director Fundación Paz y Reconciliación



CAMILO A. ENCISO VANEGAS
C. C. 80.086.658
Director Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción



VÍCTOR JAVIER VELÁSQUEZ GIL
C. C. 71.365.447
Corporación Justicia y Democracia



FERNANDO VARGAS VALENCIA
C. C. 80.766.376



CARLOS RODRÍGUEZ MEJÍA
C. C. 19.200.716