ACCION PUBLICA DE NULIDAD ELECTORAL - Competencia Sala Plena. Importancia jurídica

La competencia de esta Sala para conocer de la acción electoral de la referencia, en única instancia, se determinó en la Sesión del pasado 14 de febrero de 2012, en la cual se estableció que el presente asunto, por su importancia jurídica, debía ser decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; con fundamento en lo regulado en el artículo 130 del Decreto 01 de 1984, reformado por el artículo 38 de la Ley 446 de 1998.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 130 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 38

ACCION PUBLICA DE NULIDAD ELECTORAL - Caducidad de la acción / CADUCIDAD DE LA ACCION - Cómputo. Término

Sobre la oportunidad del ejercicio de la acción, es precisa la referencia a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (...) Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 121 del C.P.C., en concordancia con el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, el término “días” señalado en la norma previamente citada se entenderá como hábiles. La Sala advierte que la demanda de acción electoral instaurada por el ciudadano Ferleyn Espinosa Benavides, contra los actos de elección aquí cuestionados, fue radicada en la Secretaría de la Sección Quinta de la Corporación, el 2 de febrero de 2011. Por lo anterior, el plazo que tenía el actor para presentar la demanda incluyó 2 días de diciembre de 2010, y a partir del 11 de enero del siguiente año, se cuentan los 18 días restantes, de este modo, el término de caducidad venció el jueves 3 de febrero de 2011. Como la demanda se presentó el 2 de febrero de dicha anualidad, la acción se ejerció en tiempo.

FUENTE FORMAL: CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 121 / CODIGO REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL - ARTICULO 62

ACCION PUBLICA DE NULIDAD ELECTORAL - Nulidad de la elección de la Fiscal General de la Nación Viviane Aleyda Morales Hoyos / ACCION PUBLICA DE NULIDAD ELECTORAL - Elección y confirmación del Fiscal General de la Nación / ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION - Conformación de la terna / CONFORMACION DE LA TERNA PARA ELECCION DE FISCAL GENERAL DE LA NACION - Presidente de la República / CONSTITUCION POLITICA - Alcance del artículo 249 inciso 2 / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Competencias. Marco normativo

Alcance del artículo 249 inciso 2º de la Constitución Política. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, configuración política y jurídica con claras implicaciones en el ejercicio del poder por parte de cada una de las autoridades de la República, las que, además, están instituidas para proteger los derechos de todas las personas residentes y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado [artículo 2º ibídem]. Lo anterior implica necesariamente la postulación de un gobierno democrático, gobierno entendido en el sentido lato, como las autoridades (en este caso el Presidente de la República), que dirigen, controlan y administran las instituciones del Estado .(…) mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por la Constitución y la Ley, los servidores públicos tan solo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas.(…) la propia Carta establece ciertas funciones, atribuciones o competencias

que son propias de las autoridades que dirigen, controlan y administran las instituciones del Estado, las cuales deben ser cumplidas a cabalidad. (…) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 113 y 115 de la Constitución, el Presidente de la República es una autoridad del Estado, que no solo hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder, sino que, además, la preside. A su turno, de la afirmación según la cual el Primer Mandatario es una autoridad, se deriva entonces, que sus competencias se encuentran definidas por un marco normativo específico, el cual deviene en primera instancia de la Constitución Política, tal como lo dispuso en el artículo 189. Dicho artículo, empero, no agotó las facultades que el Constituyente quiso radicar en cabeza del Primer Mandatario del Estado, es decir, no puede considerarse que las facultades establecidas en el artículo precitado sean taxativas, pues una lectura atenta de la Carta Política se evidencia que en muchas otras disposiciones se confirieron atribuciones al mismo. Concretamente, y atendiendo al tópico que ahora concentra la atención de la Sala, es dable traer a colación el contenido del artículo 249 (…) De la lectura de dicha disposición se infiere, sin lugar a equívocos, que al Presidente de la República le fue conferida, a título personal y por razón de su cargo, la potestad de conformar una terna con el objeto de que otra autoridad, en este caso la Corte Suprema de Justicia, adopte una decisión en relación con la elección del Fiscal General de la Nación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 113 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 115 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 249

INTERPRETACION DE LA LEY - Presupuestos / CONSTITUCION POLITICA - Aplicación de las normas generales de interpretación

Dos son los presupuestos que se deben tener en cuenta al momento de interpretar una Ley: i) que la misma sea compleja o ambigua, es decir que requiera de un juicio de interpretación, y ii) que por ser precisa y puntal no se exija el mismo. La Constitución Política tiene fuerza normativa, por lo cual se puede considerar como Ley en sentido material y, por ende, le son aplicables las normas generales de interpretación. Aplicando dichas reglas, vigentes y pertinentes al caso en la medida en que la Constitución está dotada de fuerza normativa y por tanto es Ley en sentido material, se encuentra que la facultad conferida por el artículo 249 de la Constitución Política recae en el Presidente de la República, a título personal, y no en el Presidente de la República y el Ministro del ramo, concurrencia que, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 115 ibídem, conforma el Gobierno.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 249 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 115 NUMERAL 2

CONFORMACION DE LA TERNA PARA ELECCION DE FISCAL GENERAL DE LA NACION - Presidente de la República / FUNCION DE POSTULACION ATRIBUIDA AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Naturaleza. Constitución Política artículo 249 inciso 2 / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Suprema autoridad administrativa / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - El acto de postulación de la terna para elección del Fiscal General de la Nación no requiere para su validez la firma del Ministerio del ramo

Dado el sistema de gobierno presidencial que impera en el ordenamiento constitucional colombiano, el Presidente de la República, como autoridad que

simboliza la unidad nacional, ostenta una triple condición: Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. Dichas calidades, aunque están enunciadas en la Carta Fundamental, presentan una dificultad práctica a la hora de determinar cuáles de las funciones atribuidas al Presidente de la República se encuadran en cada una de ellas. Por lo que, a título de ejemplo se ha entendido, por lo menos jurisprudencialmente (…) A juicio de esta Sala, como ya se anticipó, la facultad prevista en el inciso 2 del artículo 249 de la Carta Política constituye una atribución propia del Presidente de la República, entendida como quien ostenta esta dignidad de manera autónoma y no con el concurso del Ministro del ramo (que sería lo que tradicionalmente se entiende como Gobierno).(…) aun cuando se pretenda encasillar la facultad de postulación que ostenta el Primer Mandatario de la República con miras a la elección del Fiscal General de la Nación en alguna de las calidades a las que ya se hizo referencia, considera la Sala que la atribución de integrar la terna, está asociada a su condición de Suprema Autoridad Administrativa, pues está íntimamente relacionada con la gestión que el Presidente efectúa para el buen funcionamiento de la administración pública (…) afirmar que el Presidente de la República se desempeña como Suprema Autoridad Administrativa, significa que tiene la facultad de gestionar intereses o asuntos para el correcto funcionamiento de la Administración (entendida como organización), con sujeción a la Constitución y la Ley y, en colaboración armónica con las ramas legislativa y judicial del poder público. Al estar la administración pública relacionada con la organización y estructura del Estado, cuando el Presidente de la República participa en la elección del Director de la Fiscalía General de la Nación (entidad que hace parte de la Rama Judicial del poder público) actúa como Suprema Autoridad Administrativa. (…) la Carta Política de 1991 le otorgó al Primer Mandatario (a título personal y en razón de su cargo) la función de integrar una terna con miras a la elección del Fiscal y que, si se quiere ubicar la aludida facultad dentro de las calidades que el artículo 115 superior le asignó al Presidente de la República, la misma encuadra dentro del carácter de "Suprema Autoridad Administrativa". El acto de postulación no requería para su validez la firma del Ministro del ramo y, por ende, el mismo adquirió valor y fuerza con la sola firma del Presidente de la República.
NOTA DE RELATORIA: En relación con las funciones del Presidente del República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, consultar Corte Constitucional, sentencia C-496 de 1998 y sentencia C-727 de 2006. En relación con la validez de la postulación de la terna para elegir Fiscal General de la Nación, con la sola firma del Presidente de la República, consultar Consejo de Estado, Sala de consulta, sentencia de 28 de octubre de 2010, Exp. 00113-00.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 249.2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 115

CONFORMACION DE LA TERNA PARA ELECCION DE FISCAL GENERAL DE LA NACION - Facultad concedida al Presidente de la República. Constitución Política artículo 249 inciso 2 / CONFORMACION DE LA TERNA PARA ELECCION DE FISCAL GENERAL DE LA NACION - Simultaneidad de ternas / ELABORACION DE TERNA DESDE SU CONFIGURACION CONSTITUCIONAL - Alcance de la potestad / ORGANIZACION DEL ESTADO - República unitaria. Principio de división en tres ramas y órganos autónomos e independientes / ORGANOS AUTONOMOS E INDEPENDIENTES - Control recíproco. Mecanismo de pesos y contra pesos / ORGANIZACION ADMINISTRATIVA - Principios fundamentales. Principio de coordinación

Al tenor de lo dispuesto en los artículos 1º y 113 de la Constitución Política, el Estado está organizado en forma de República unitaria y el ejercicio del poder está dividido en tres ramas y otros órganos autónomos e independientes que contribuyen al cumplimiento de todos los cometidos estatales. Esta configuración exige la colaboración armónica de todas las autoridades (independientemente de la rama u órgano autónomo al cual pertenezca) con el objeto de cumplir, entre otros fines, "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios - derechos y deberes consagrados en la carta fundamental" (artículo 2º); y, al mismo tiempo, evitar la acumulación de funciones en una misma persona o cuerpo colegiado, propendiendo así por la garantía del principio de pesos y contrapesos, en el que se configura un escenario de control mutuo. En efecto, de acuerdo con el artículo 113, la Constitución no solo admite sino que promueve la existencia de controles recíprocos entre las distintas ramas y órganos autónomos por medio del clásico mecanismo de pesos y contra pesos. El principio de división del poder público en tres ramas y otros órganos autónomos e independientes, está acompañado desde su origen del de equilibrio entre los mismos, con fundamento en el cual mediante un sistema de "checks and balances", cada órgano tiene la posibilidad de controlar a los demás en el ejercicio de sus funciones. En ese orden de ideas, uno de los principios fundamentales dentro de la organización administrativa, es el de coordinación, que resulta de la ordenada disposición del esfuerzo de las distintas entidades del Estado, a fin de conseguir la unidad de acción en la persecución de un propósito común.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 113

ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION - Procedimiento / ELABORACION DE LA TERNA - Procedimiento

Con el fin de elegir al Fiscal General de la Nación, el constituyente estableció en el inciso 2º del artículo 249 de la Constitución Política un proceso en el que concurren, de un lado, la máxima autoridad de la Rama Ejecutiva mediante un acto de postulación: "terna". Y, de otro, el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, la H. Corte Suprema de Justicia, Corporación a la que se le confió la elección de la referida autoridad. Dentro de este marco, la atribución a cada una de dichas autoridades es inescindible, pues sin la postulación del Presidente de la República, la H. Corte Suprema de Justicia no podría elegir, situación que relieva el principio de colaboración armónica con el cometido estatal de nombrar al titular de la Fiscalía General de la Nación. De conformidad con el diseño constitucional, se advierte que la atribución asignada al Primer Mandatario del Estado para elaborar la terna, está determinada por el cumplimiento de los requisitos y calidades constitucionales y legales de cada uno de los aspirantes. Integrada la lista, surge para los candidatos una expectativa legítima o, si se quiere, una oportunidad, a que su nombre sea considerado en las votaciones que efectúe la Corte Suprema de Justicia para elegir al Fiscal. Esa expectativa debe ser garantizada, no solo desde la perspectiva individual de los ternados, sino también -y, principalmente- en consideración al interés general. En ese orden, no es dable considerar que el Presidente de la República puede cambiar de terna con plena discrecionalidad, porque ello dotaría de una gran incertidumbre al trámite electoral, en desmedro de la seguridad jurídica y de la colaboración armónica entre los poderes públicos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 249 INCISO 2

ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION - Sustitución de la terna / SUSTITUCION DE LA TERNA - Eventos en que procede

Eventualmente, pueden presentarse situaciones (particulares y/o excepcionales) que ameriten la sustitución de la terna y que, para garantizar la viabilidad de la elección del Fiscal General, posibiliten su cambio; tal y como acontece en los siguientes eventos: a). Que alguno, algunos o todos los ternados renuncien a su postulación. En este caso, el Presidente de la República debe recomponer la terna, sustituyendo a quien (es) renunció (aron), por otro (s) candidato (s). b). El deceso de algún (os) aspirante (s) a ser elegido (s) Fiscal, situación en la que, como es lógico, el Primer Mandatario queda habilitado para recomponer la terna. c). La inhabilidad (previa o sobreviniente) de algún (os) candidato (s), evento en el cual, por respeto a las disposiciones sobre inhabilidades y a los principios de deben regir la función pública, se deriva la facultad de recomponer la terna. d). Una situación excepcional que se encuentre debidamente probada y que amerite el cambio de la terna, en aras de la protección al interés general; caso en el cual el Primer Mandatario del Estado, debe exponer de manera clara y completa, las razones que motivan la decisión de sustituir la terna, sin que de ninguna manera puedan admitirse justificaciones arbitrarias o puramente subjetivas.

ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION - Sustitución de la terna / SUSTITUCION DE LA TERNA - Procedencia. Prevalencia del interés general / SIMULTANEIDAD DE TERNAS - No se configuró / RADICACION DE LA SEGUNDA TERNA - Revocación tácita de la primera

En el presente caso, el Presidente de la República, en cumplimiento del mandato constitucional y atendiendo a lo solicitado por la Corte Suprema de Justicia, elaboró una primera terna, la cual fue votada y sus integrantes gradualmente sustituidos porque renunciaron en distintas fechas. Transcurridas 13 Salas y varias votaciones sin que se hubiera logrado la elección del Fiscal General de la Nación, el nuevo Primer Mandatario del Estado, motivado en el clamor nacional, la conveniencia institucional y el interés general y; apoyado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, presentó una nueva terna integrada por los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta. Teniendo en cuenta la previsión contenida en el inciso 2º del ya citado artículo 249 de la Constitución Política, la situación que se generó con la terna inicial, que provocó su sustitución, lejos de vulnerar alguna de las disposiciones constitucionales, obedeció al ejercicio de una facultad constitucional (no arbitraria), que consultó los fines de la norma así como razones de conveniencia institucional y de interés público (la interinidad se había prolongado mucho tiempo y la Corte no elegía al Fiscal), en consecuencia el Presidente ejerció nuevamente su facultad de postulación, esta vez ternando a los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta, revocando así, la designación anterior. Al efecto, la Suprema Autoridad Administrativa, sustentó ampliamente su decisión en escrito visible a folios 25 a 27 del expediente, ante la particular situación que en este caso se presentó (literal d). Así, y hasta tanto no exista una reglamentación que desarrolle la disposición contenida en el artículo 249 inciso 2 de la Carta Política, a juicio de esta Corporación, la competencia del Primer Mandatario del Estado para formular la terna encaminada a la elección del Fiscal General de la Nación, no se agota sino hasta tanto se cumpla la finalidad constitucional, máxime cuando, como en este caso, diversas situaciones estaban prolongando una interinidad que afectaba la institucionalidad del Estado. No sobra reiterar que el ejercicio de la aludida facultad debe consultar el interés general y los fines de la disposición misma, sin que sea admisible arbitrariedad alguna. (…) no se puede afirmar, como

lo pretende el demandante, que existieron simultáneamente dos ternas pues, como ya se vio, con la radicación de la última, el Presidente de la República revocó tácitamente la primera.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 249.2

ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION - Derechos adquiridos y meras expectativas / CONFORMACION DE LA TERNA PARA ELEGIR FISCAL GENERAL DE LA NACION - Meras expectativas / ACTO ADMINISTRATIVO - Revocación / POSTULACION DE CANDIDATOS EN LA TERNA - No se derivó el derecho de ser designados

No es válida la afirmación del actor relacionada con los derechos adquiridos (a ser elegidos) en cabeza de quienes fueron ternados inicialmente, pues ellos apenas tenían una expectativa a ser designados como Fiscal General de la Nación, sin que sea dable sostener que para cambiar de candidatos, el Presidente de la República debiera obtener el consentimiento expreso de cada uno de ellos, dado que pueden existir razones de orden superior y distintas de las subjetivas que imponían su cambio. No desconoce la Sala que de la postulación de los doctores Margarita Leonor Cabello Blanco, Marco Antonio Velilla Moreno y Jorge Aníbal Gómez Gallego, por parte del Primer Mandatario del Estado, derivó para ellos una oportunidad a que sus nombres fueran considerados por parte de la H. Corte Suprema de Justicia a la hora de votar para la elección del Fiscal, como en efecto ocurrió y durante un prolongado tiempo.(…) cabe precisar que el artículo 69 del C.C.A. establece la posibilidad de revocar actos administrativos por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, cuando entre otros, no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él o la Constitución Política. En este caso, por constituir una mera expectativa (la de ser considerados, como ocurrió con las reiteradas votaciones) no se consolidó ningún derecho que convocara en los precisos términos de la norma, el consentimiento expreso para su revocatoria. Para la Sala, a quienes inicialmente fueron ternados se les garantizó la oportunidad de “ser considerados por la Corte en sus deliberaciones para elegir al Fiscal” durante un lapso. (…) la postulación de candidatos para la elección del Fiscal no se derivó el derecho a ser designados en dicho cargo, pues éstos apenas contaban con la expectativa de llegar a serlo y, además, el procedimiento electoral no había finalizado: no existía una situación jurídica consolidada.

DERECHOS ADQUIRIDOS Y MERAS EXPECTATIVAS - Distinción. Diferencia / DERECHO ADQUIRIDO - Noción. Definición. Concepto / MERA EXPECTATIVA - Noción. Definición. Concepto

El artículo 58 de la Carta Política, modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999, preceptúa que “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. A su turno, la Ley 153 de 1887, en el artículo 17, dispone que “las meras expectativas no constituyen derecho” (…) La Corte Constitucional ha precisado que la noción de derecho adquirido ha sido ampliamente discutida por la ciencia jurídica, a fin de distinguirla de las meras expectativas, pues mientras el primero no puede ser desconocido por las leyes ulteriores, las segundas no gozan de esa protección debido a que la aspiración a desempeñarse como Fiscal General de la Nación, respecto de

quienes fueron ternados inicialmente nunca se consolidó, pues no hubo una efectiva designación de alguno de ellos en el cargo, se debe concluir que los ternados en esa oportunidad tenían una expectativa que no truncaba el ejercicio de la facultad del Presidente de la República para integrar una nueva terna.
NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, consultar Corte Constitucional sentencia C-478 de 1998. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de junio de 1997, Exp. 004.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58 / ACTO LEGISLATIVO 1 DE 1999 - ARTICULO 1 / LEY 153 DE 1887 - ARTICULO 17

ACCION PUBLICA DE NULIDAD ELECTORAL - Naturaleza y características / ACCION DE SIMPLE NULIDAD Y NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Análisis recae sobre actos administrativos / ACTO ADMINISTRATIVO - Presunción de legalidad / ACCION DE SIMPLE NULIDAD Y NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Noción. Definición. Concepto

En atención a que el asunto que convoca a la Sala fue planteado mediante la acción pública de nulidad electoral, regulada a partir del artículo 223 del C.C.A., resulta oportuno analizar su naturaleza y características con el objeto de determinar la competencia que asume el Juez de lo Contencioso Administrativo. Lo primero que debe advertirse es que el objeto de análisis de las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho recae sobre actos administrativos, caracterizados por su ejecutividad y ejecutoriedad, por lo que, adicionalmente, el análisis jurisdiccional parte del supuesto según el cual aquellos se presumen legales. Esta presunción tiene claras implicaciones no solo frente a quien está interesado (ya sea por un motivo individual o por uno superior como lo es el mantenimiento del orden jurídico) en desplegar una actuación dirigida a desvirtuarla; y, por otra parte, en relación con la autoridad jurisdiccional competente para definir si el acto administrativo se ajusta o no a la Ley y la Constitución.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 223

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Marco procesal

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene un marco procesal que debe observar, contenido en los artículos 137 y siguientes del C.C.A. y, en materia del contencioso electoral, en los artículos 223 y siguientes ibídem. Lo anterior no implica que el Juez pase por alto los derechos sustanciales de las partes como el que se refiere al acceso efectivo a la administración de justicia. En este sentido, y tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, en los eventos en los que se encuentre de por medio la violación a un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, el Juez está obligado a proceder a su protección aunque el actor no haya cumplido con la obligación de señalar las normas violadas y el concepto de violación de que trata el artículo 137 numeral 4º del C.C.A. Tampoco puede olvidarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta Fundamental, cuando el Juez advierta incompatibilidad entre una norma de la Constitución y otra que debe sujetarse a ella, tiene la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad. En otro escenario, es válido afirmar que, en tratándose de situaciones en las que la finalidad de la acción consiste en la protección de la integridad del ordenamiento jurídico y de por medio se encuentra un interés superior al de aquellos que

puedan estar conformando la litis, es obligación del Juez actuar como un agente activo en la consecución de la justicia material, pues dentro de un Estado Social de Derecho el funcionario judicial no es un mero espectador de la actuación de las partes dentro del proceso.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 137 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 223.4

DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Aplicación y garantía

La garantía del derecho al debido proceso constituye un pilar esencial de la función jurisdiccional, en virtud del cual, en todo caso, se limita al Juez en la asunción de una amplia potestad a la hora de fallar, pues de por medio se encuentra el interés de quien se viera perjudicado en las resultas del proceso, que puede exigir la interpretación irrestricta de las formas que pudieron no cumplirse a cabalidad dentro del trámite. Así, entonces, de una adecuada ponderación de los principios en juego, es dable sostener que el Juez no es un autómata del derecho, que por tanto, debe superar aquellos formalismos con el objeto de arribar a una decisión de fondo que resuelva la situación puesta a su consideración. Así las cosas, debe tener en cuenta los intereses de las partes o aquellos que se encuentren en conflicto.

ACCION PUBLICA DE NULIDAD ELECTORAL - Noción. Definición. Concepto / ACCION PUBLICA DE NULIDAD ELECTORAL - Naturaleza

La acción de nulidad electoral es entendida como una especie de la acción de simple nulidad, contemplada en el artículo 84 del C.C.A., a la cual es imperativo acudir cuando se debata la legalidad de nombramientos o de actos administrativos de naturaleza electoral y para cuyo trámite tiene disposiciones específicas, no excluyentes, a partir del artículo 223 ibídem. La naturaleza de la acción, a su turno, está directamente asociada con la protección al ordenamiento jurídico vigente y al interés general, por lo que en estos escenarios el Juez que conozca del asunto, con mayor razón, está obligado a analizar de manera integral la materia sometida a su consideración y así dar una respuesta de fondo que consolide aspiraciones tales como la coherencia del ordenamiento y la seguridad jurídica.
NOTA DE RELATORIA: Sobre causales para iniciar la acción de nulidad electoral, consultar sentencia de 25 de enero de 2001, Exp. 2362.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 223

ACCION PUBLICA DE NULIDAD ELECTORAL - Elección del Fiscal General de la Nación / ACCION PUBLICA DE NULIDAD ELECTORAL - Incompleta integración de la Corte Suprema de Justicia / INTEGRACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Regulación normativa / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Reglamento

La sala estudiará el asunto al amparo de las normas violadas invocadas en la demanda, sin perder de vista los principios de confianza legítima y seguridad jurídica y, los derechos a la igualdad y al debido proceso. De conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 235 de la Constitución Política, es facultad de la H. Corte Suprema de Justicia darse su propio Reglamento; disposición reiterada en el numeral 4º del artículo 17 de la Ley 270 de 1996. En ejercicio de esa facultad, la Sala Plena de la Corporación expidió el Acuerdo N°

006 del 12 de diciembre de 2002 mediante el cual "recodifica el Reglamento general de la Corporación" (…) En concordancia con los artículos 15 y 17 de la Ley 270 de 1996 se infiere claramente que: (i) la H. Corte Suprema de Justicia está integrada por 23 Magistrados, (ii) el quórum para deliberar está compuesto por la mayoría de sus miembros; (iii) el quórum decisorio para la elección, entre otros, del Fiscal General de la Nación es de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes; y, (iv) que la Corte podía válidamente modificar su Reglamento, facultad derivada de la atribución constitucional de "darse su propio Reglamento", pero con sujeción a una regla de mayoría calificada similar a la requerida para la elección del Fiscal General de la Nación (inferencia tomada concretamente del artículo 5º del Acuerdo N° 006 del 12 de diciembre de 2002) y de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento. De la lectura armónica de las disposiciones en cita, con los artículos 234 de la Constitución Política y 15 de la Ley 270 de 1996, se concluye que cuando la norma se refiere a "integrantes" se incluyen los 23 Magistrados que componen la Corporación. Y de ello no hay duda si se tiene en cuenta el alcance que a la misma le venía dando la Corte Suprema de Justicia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 234 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 235.6 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 17.4 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 15 / ACUERDO N° 006 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2002

CORTE SUMPREMA DE JUSTICIA - Integrada por 23 Magistrados / CORTE SUMPREMA DE JUSTICIA - Quórum para elección del Fiscal General de la Nación. Dos terceras partes de sus integrantes / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Reglamento. Acuerdo 006 de diciembre 12 de 2002 / REGLAMENTO - Reforma / TRAMITE DE LA REFORMA AL REGLAMENTO - Interpretación / TRAMITE DE LA REFORMA AL REGLAMENTO - Legalidad. Sujeción a los procedimientos legales y reglamentarios. Incumplimiento

Al interior de la Corte Suprema de Justicia existía certeza sobre las consecuencias de la disminución del quórum decisorio, razón por la cual, para obviar tal circunstancia, se propuso la "reforma al Reglamento". En efecto, en sesión de 23 de septiembre de 2010, el Presidente (E) de la Corporación hizo un llamado invitando a efectuar un esfuerzo adicional para llevar a cabo la designación, "(…) pues en pocos días 3 magistrados cumplirían su periodo constitucional". Por tal motivo, en algunas sesiones, para superar dicha situación, se habló de la posibilidad de reformar el Reglamento (…) el trámite de reforma del Reglamento, formalmente, no se presentó, sino que la Corte Suprema de Justicia adoptó, en sesión del 1º de diciembre de 2010, la decisión de "interpretar" el artículo 5º de su Reglamento en el sentido de que, "por esa sola vez", las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Sala Plena de la Corporación se calculara con la totalidad de Magistrados efectivamente posesionados para ese momento. Expresamente el Presidente (E) de la Comisión Accidental manifestó: " (…) una alternativa para superar la dificultad era adoptar por única vez, el criterio de que las dos terceras partes de los votos (mayoría exigida por el Reglamento), se calculara no sobre los 23 Magistrados que deben integrar la Corte Suprema de Justicia, sino sobre los 18 que actualmente la componen. (…)" (Negrillas y subrayas fuera de texto). La anterior proposición fue puesta a consideración de la Sala Plena, la cual, luego de varias intervenciones de sus miembros, la acogió con 13 votos a favor y 5 en contra.

FUENTE FORMAL: REGLAMENTO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ACUERDO N° 006 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2002 - ARTICULO 5

REGLAMENTO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Interpretación / CORTE SUPREMA DE JUTICIA - Integrantes / INTEGRANTE - Noción. Definición. Concepto. Improcedencia de modificar a título de interpretación. Desconocimiento de la jerarquía normativa

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. 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.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 2006 - ARTICULO 15 / REGLAMENTO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ACUERDO N° 006 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2002 - ARTICULO 5

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Integrantes. Ley Estatutaria de Administración de Justicia / CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Disposiciones y procedimientos plasmados en el reglamento / MODIFICACION DEL REGLAMENTO - Legalidad. Sujeción a los procedimientos legales y reglamentarios

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. Así, de acuerdo con los antecedentes de las discusiones dadas dentro del proceso electoral que ahora se analiza, se evidencia que el "tema electoral" -que en un primer momento se abordó bajo la consideración de la reforma al Reglamento-, terminó siendo avalado mediante un proceso al que se le denominó "interpretación" de la norma (…) 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. (…) 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 1978); es por ello que se impone declarar la nulidad de los actos demandados. Debe advertir la Sala que el Reglamento de las Cortes (particularmente el de la Corte Suprema de Justicia) si es susceptible de modificación, solo que, ello puede llevarse a cabo en los precisos términos que el mismo Reglamento prevé, como así lo prescribe el Artículo 52 del Acuerdo N° 006 de 2002 (…) mientras no se cumpla el rigor del trámite allí establecido, el texto original de Reglamento es de rigurosa aplicación. (…) la decisión de "interpretar" el artículo 5º del Reglamento del H. Corte Supremo de Justicia resulta lesiva de los principios y derechos constitucionales

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 234 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 235 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 14.4 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 15 / DECRETO LEY 250 DE 1970 - ARTICULO 62 / DECRETO 1660 DE 1978 - ARTICULO 14 / REGLAMENTO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ACUERDO N° 006 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2002 - ARTICULO 5 / REGLAMENTO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ACUERDO N° 006 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2002 - ARTICULO 52

TEORIA DE LA INTANGIBILIDAD DEL REGLAMENTO - Noción. Definición. Concepto

Es pertinente la referencia a la denominada "teoría de la intangibilidad del Reglamento", que es propia del Derecho Administrativo y se considera exacta para explicar el fenómeno que aconteció en este caso. Lo que subyace a esta teoría es que la administración -en el sub-lite la Corte Suprema de Justicia ejerció la función administrativa- debe respetar la legalidad que ella misma crea y no le es dable separarse de sus propias reglas. Hacerlo significa violar el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, para actuar por fuera del derecho vigente en el momento. En efecto, este principio -recuérdese- consiste en que los Reglamentos, que son actos administrativos generales, que tienen vocación de permanencia en el tiempo, y que se aplican a un número (indeterminado) de personas o supuestos, no pueden, mientras están vigentes, dejar de aplicarse a un caso concreto -o aplicarse de manera diferente a lo que disponen-, porque en tal evento se estarían derogando -para un caso singular-, alternado su principio interno que dispone que rige de manera idéntica, siempre. Claro está que esto no se opone a que el Reglamento se pueda derogar, es decir, a que la autoridad que lo expide lo cambie o lo modifique por otro, sólo que debe hacerlo de manera igualmente general, y hacia el futuro, con la vocación de aplicarlo a todos los casos por venir que se presenten y se subsuman en él. De ninguna manera es admisible que el Reglamento vigente se inaplique a un solo supuesto fáctico, porque actuar así deja entrever la arbitrariedad de la administración, ya que en lugar de aplicar el Reglamento vigente, modifica su texto (sin haberlo derogado o cambiado previamente y de manera general), sólo para un caso concreto. En el caso de autos, la Corte Suprema de Justicia, incurrió, precisamente, en ésta prohibición, porque estando vigente el artículo 5 de su Reglamento, pretendió inaplicarlo sin derogarlo, es decir, conservando su vigencia, solo que en la elección que se viene analizando no regiría como dispone su tenor literal. Esto vulneró el principio de legalidad, representado, en esta ocasión, en la regla contemplada en su propio Reglamento interno, cuya vinculación tiene que imponerle ahora el Consejo de Estado.

PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURIDICA Y CONFIANZA LEGITIMA - Características propias / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA - Noción. Definición. Concepto / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Noción. Definición. Concepto

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 consecuencia (…) 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 propias), "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.
NOTA DE RELATORIA: Sobre noción de seguridad jurídica, consultar Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998, Exp. 654. en relación con las características propias de la seguridad jurídica y la confianza legítima, consultar Consejo de Estado, Sala plena, sentencia de 15 de febrero de 2011, Exp**.** 01055-00.

DERECHO A LA IGUALDAD - Regulación normativa / DERECHO A LA IGUALDAD - Garantía. Aplicación / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Protección

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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13.2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 INCISO 3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Interpretación del reglamento / VULNERACION DE DERECHOS - Derecho a la igualdad y al debido proceso / VULNERACION DE PRINCIPIOS - Seguridad jurídica. Confianza legítima

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).(…) (ii) A su turno, la conservación de una regla de procedimiento -si dicha imputación desea hacérsele 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 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. es loable que quien aplica las normas jurídicas lo haga con pleno reconocimiento del ámbito social en el cual su decisión tendrá incidencia, pues no puede esperarse que el legislador o la autoridad competente para la expedición intervenga ante cada cambio social. Sin embargo dicho ejercicio interpretativo debe efectuarse atendiendo a las normas positivas y a su jerarquía y no a situaciones coyunturales, como las que llevaron en este caso a que la H. Corte Suprema de Justicia "interpretara" su Reglamento. Tan evidente es que dicha consideración de excepcionalidad fue lo que motivó la "interpretación" de la Corte Suprema de Justicia a su Reglamento -sin desconocerse que lo efectuó con el objeto de conseguir un fin constitucionalmente válido como lo era la elección del Fiscal General de la Nación- que estimó que la aludida interpretación la haría por "una sola vez", lo cual revela que en una situación similar no aplicaría regla idéntica, con lo que genera, nuevamente, inseguridad en el ordenamiento jurídico.

FUENTE FORMAL: REGLAMENTO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ACUERDO N° 006 DEL 12 DE DICIEMBRE DE 2002 - ARTICULO 5

ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION - Convalidación del acto de elección / CONVALIDACION DEL ACTO DE ELECCION - Requisitos. Vicio saneable. Manifiesta voluntad de la administración / CONVALIDACION DEL ACTO DE ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION - Nulidad de la elección de la Fiscal General de la Nación Viviane Aleyda Morales Hoyos / CONVALIDACON DEL ACTO DE ELECCION - No se configuró

Ha de advertirse que en el presente asunto, contrario a lo sostenido por la parte demandada, no puede considerarse que como la confirmación de la elección se aprobó con 16 votos ello convalidó el acto de designación (…) la convalidación ha sido definida en los diccionarios jurídicos como "hacer válido lo que no era. La convalidación constituye un acto jurídico por el cual se torna eficaz otro que estaba viciado de nulidad relativa. Ahora bien, si el acto que se intenta convalidar es nulo, de nulidad absoluta, también lo será la convalidación; de tal manera que solo cabe realizarla en aquellos actos cuya nulidad sea saneable.". (…) para que pueda hablarse de la ocurrencia del fenómeno de la convalidación se requiere el cumplimiento de dos requisitos: (i) que se trate de un vicio saneable, y (ii) que sea manifiesta la voluntad de la administración de sanear el yerro cometido en el acto que se pretende convalidar. (…) en el presente asunto el vicio que se evidencia no es susceptible de saneamiento en la medida en que el acto de elección infringió la norma en que debía fundarse, o, más concretamente, desconoció lo que en relación con el concepto de integrante de la Corporación se encontraba regulado en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en su propio Reglamento. mediante el acto de elección se designa a la persona que de la terna, por decisión de la mayoría legal y reglamentaria, ocupará el cargo de Fiscal General de la Nación; y, el acto de confirmación tiene por objeto la verificación de los requisitos y calidades constitucionales y legales de quien resultó elegido con el objeto de alcanzar su posesión, tal como lo establece el artículo 133 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que a la letra en su inciso 3º dispone: (…) en el presente asunto no se evidencia una voluntad de la Corte Suprema de Justicia de subsanar irregularidad alguna pues, según el acta de confirmación visible a folios 31 y 32 del expediente, nunca hubo una manifestación de subsanar vicios. Se reitera, con éste acto solo se verificó el cumplimiento de unos requisitos y calidades del que fue elegido para que pudiera posesionarse en el cargo y, en consecuencia tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia el acto de elección y confirmación lo que configura es un acto complejo.

FUENTE FORMAL: LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 133

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., seis (6) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación numero: 11001-03-28-000-2011-00003-00(IJ)

Actor: FERLEYN ESPINOSA BENAVIDES

Demandado: FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

Decide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por importancia jurídica, y en única instancia, la acción pública de nulidad electoral promovida por el señor Ferleyn Espinosa Benavides, quien pretende invalidar los actos administrativos mediante los cuales la H. Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación.

Al no haber sido aprobada la ponencia presentada inicialmente, el Consejero que sigue en turno somete a consideración de la Sala un nuevo proyecto de fallo.

I. ANTECEDENTES.

LA DEMANDA

FERLEYN ESPINOSA BENAVIDES, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos[1]:

- El proferido por la Corte Suprema de Justicia el 1°de diciembre de 2010, mediante el cual declaró elegida -en propiedad- a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, como Fiscal General de la Nación.

- El que dictó la misma Corporación el 14 de diciembre de 2010, en el que confirmó la elección de la Fiscal General de la Nación.

Para sustentar sus pretensiones, el demandante expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

- El 6 de julio de 2009, el Presidente de la República remitió a la Corte Suprema de Justicia una terna de candidatos para ocupar el cargo de Fiscal General de la Nación, integrada por los doctores Juan Angel Palacio Hincapié, Virginia Uribe y Camilo Ospina Bernal; atendiendo la solicitud que elevó el Presidente del alto Tribunal, motivada en que el 31 de julio de ese año, el doctor Mario Iguarán Arana culminaba su periodo Constitucional.

- Comoquiera que, quienes integraban la terna, renunciaron en distintas fechas, el primer mandatario procedió a integrar una nueva, esta vez conformada por los doctores: Margarita Leonor Cabello Blanco, Jorge Aníbal Gómez y Marco Antonio Velilla.

- La Corte Suprema de Justicia procedió a votar por los ternados. Sin embargo, y tras varias votaciones, ninguno de ellos obtuvo el número necesario de votos para ser electo.

- Por lo anterior, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, pronunciarse sobre la posibilidad de que el Presidente de la República integrara una nueva terna para la elección del Fiscal General de la Nación. Dicha Sala conceptuó que resultaba viable que el primer mandatario nacional integrara un nuevo grupo de candidatos.

- En ese orden, el 5 de noviembre de 2010 se oficializó ante el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, la terna conformada por los doctores Viviane

---

[1] La demanda, presentada el 2 de febrero de 2011, obra a folios 1 a 15 del expediente. Mediante escrito presentado el 16 de febrero de 2011, el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado (Folios 20 a 24).

Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

- Previa convocatoria, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia procedió a votar para elegir al nuevo Fiscal General de la Nación. La sesión comenzó el 23 de noviembre de 2010 y se extendió hasta el 2 de diciembre siguiente, día en el que, con 14 votos de los 18 Magistrados que en ese momento integraban la Corporación, resultó electa la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos. La designación fue confirmada el 14 de diciembre de la misma anualidad.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

A juicio del demandante, los actos acusados desconocen las siguientes disposiciones:

- De la Constitución Política de 1991, los artículos 6, 29, 40-6, 115 (inciso 3), 121, 122, 152 (literal c), 189, 234 y 249 (inciso 2).

- Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 84, 137, 138 y 229.

- Del Decreto 250 de 1970, el artículo 62 (modificado por el artículo 1 del Decreto 526 de 1971).

- Del Decreto 1660 de 1978, el artículo 14[2].

Para sustentar el concepto de violación, el accionante agrupó sus argumentos así:

a. Falta de la firma del Ministro respectivo, en el acto de postulación de la terna. (Infracción a los artículos 115, 189 y 249 de la Constitución).-

Sostuvo que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 115 de la Constitución, ningún acto del Presidente de la República tiene valor ni fuerza alguna, mientras no sea suscrito por el Ministro del ramo o el Director del Departamento Administrativo correspondiente; salvo i) el acto de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamento Administrativo, y ii) aquellos actos expedidos en su calidad de Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa.

Manifestó que como el acto del 3 de noviembre de 2010 -a través del cual el Presidente de la República postuló a los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta Padilla-; solo está firmado por el primer mandatario y no fue suscrito por el Ministro del Interior y de Justicia; adolece de nulidad.

---

[2] El tenor literal de la norma citada es el siguiente: "*Artículo 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.*

Las votaciones serán secretas. Prohíbese en forma absoluta cualquier distribución de los empleos entre los Magistrados.".

De conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, **la citada norma se encuentra vigente**. Adicionalmente, tiene el mismo contenido normativo del artículo 5º del Acuerdo No. 006 de 2002.

Afirmó que la integración de la terna no cabe dentro de las excepciones previstas en el artículo 115 de la Carta Política y que los actos que dicta el Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, están enumerados en el artículo 189 superior, sin que en esa disposición se mencione el acto de postulación de los 3 candidatos para la provisión del cargo de Fiscal General de la Nación.

b. Simultaneidad de dos ternas. (Desconocimiento del inciso 2 del artículo 249 de la Carta Política).-

Explicó que del texto del inciso 2 del artículo 249 de la norma superior, se infiere claramente que el Presidente de la República está facultado para postular una sola terna a fin de que la Corte Suprema de Justicia designe al Fiscal General de la Nación. Adujo que elaborar dos ternas de manera simultánea, como ocurrió en este caso, “altera e indisciplina” todo el trámite electoral. En efecto, éste resultó “enrevesado” y “confuso”, razón por la cual el acto administrativo debe ser declarado nulo.

c. Transgresión al derecho al debido proceso. (Violación del artículo 29 de la Constitución Nacional).-

Precisó que, a efectos de proveer el cargo de Fiscal General de la Nación, la Constitución y la Ley establecen que la actuación administrativa comprende las siguientes etapas: i) la postulación de la terna de candidatos por parte del Presidente de la República, quien debe enviarla a la Corte Suprema de Justicia, ii) la elección, y iii) la confirmación del nombramiento.

Señaló que la competencia del primer mandatario se agota cuando envía la terna a la Corporación Judicial y que no le es dable retomarla con posterioridad. Hacerlo desconocería el principio de colaboración armónica entre los poderes públicos.

En su criterio, en este caso se vulneró el derecho al debido proceso porque: i) el Presidente conformó dos ternas, ii) dentro del trámite electoral hubo un acto de postulación que adolece de nulidad, pues no está suscrito por el Ministro del ramo y, además, se dictó sin competencia y con abuso de poder (por ausencia de norma facultativa), y iii) el proceder del Presidente implica una intromisión en un proceso que de por sí era anómalo.

d. Incompleta integración de la Corte Suprema de Justicia para la elección de la Fiscal General de la Nación. (Desconocimiento de los artículos 234 de la Constitución; 62 del Decreto Ley 250 de 1970 y 1 del Decreto 1660 de 1978, y de los Decretos 901 de 1969 y 3272 de 1985).-

Cuestionó el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya llevado a cabo la elección de la Fiscal General de la Nación con tan solo 18 de los 23 Magistrados que integran la Corporación. Indicó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 234 de la Constitución, el alto Tribunal se compone del número impar de Magistrados que determine la Ley (23), de lo que se infiere que su debida integración se da cuando funcione con todos sus miembros (en pleno).

Dijo que, teniendo en cuenta la anterior disposición, así como la contenida en el artículo 15 de la Ley 270 de 1996, la facultad de la Corte Suprema de Justicia para elegir válidamente al Fiscal General de la Nación suponía que estuviera integrada por los veintitrés Magistrados. En ese orden, como la elección se llevó a cabo con

sólo dieciocho togados, la Corporación no estaba habilitada para ejercer la competencia electoral.

De otro lado, reprochó que el alto Tribunal haya elegido a la Fiscal General de la Nación antes del nombramiento de los cinco Magistrados que faltaban, toda vez que, a su juicio, lo primero que debió hacer fue llenar las vacantes que existían en la Corporación y luego designar al Fiscal General.

Señaló que el artículo 62 del Decreto 250 de 1970 (modificado por el artículo 1 del Decreto 526 de 1971) prevé: "en la elección que hacen las Corporaciones Judiciales (…) el candidato no se considerará designado o escogido sino cuando se reúna las dos terceras partes de los votos de los miembros de la Corporación", disposición que debe ser analizada conjuntamente con los artículos 152 (literal c) y 231 de la Carta Política, y con el artículo 14 del Decreto 1660 de 1970 (sic). Este último establece que "no se considerará 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".

e. Periodo del Fiscal General de la Nación (Violación a los artículos 125 de la Carta Política y 6 del Acto Legislativo N° 1 de 2002).

En criterio del demandante, la Fiscal General de la Nación fue nombrada para un periodo de 4 años, sin tener en cuenta que la elección tiene carácter institucional y, por ende, solo podía ser designada para el lapso comprendido entre el 1 de julio de 2009 y el 31 de julio de 2013.

EL TRAMITE DE LA DEMANDA

Radicado el escrito introductorio del proceso y, a solicitud del accionante, el 8 de febrero de 2011 el Magistrado Sustanciador ordenó requerir al señor Secretario General de la Corte Suprema de Justicia para que remitiera, con destino al proceso de la referencia, la copia auténtica con la constancia de publicación, notificación, comunicación o ejecución de los actos administrativos demandados[3].

Surtido el anterior requerimiento, mediante auto del 10 de marzo de 2011[4], la Sección Quinta de esta Corporación resolvió:

i) Admitir la demanda.
ii) Notificar personalmente a:

- El señor Agente del Ministerio Público.
- La Fiscal General de la Nación, doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos (demandada).
- Al señor Presidente de la República, "para que, si a bien lo tiene intervenga y se pronuncie sobre las pretensiones de la demanda". Y,
- Al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, para los mismos efectos.

iii) No decretar la suspensión provisional de los actos demandados.

Dentro de la oportunidad legal, la Fiscal General contestó la demanda. Adicionalmente, la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de

[3] Folio 18 del expediente.-
[4] Visible a folios 35 a 41 del expediente.-

Administración Judicial, la Asociación de la Red Nacional de Veedurías y el ciudadano Víctor Velásquez Reyes; radicaron escritos en los que intervinieron en el asunto de la referencia. A través del auto de 2 de mayo de 2011, fueron aceptadas las intervenciones[5].

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

En su escrito[6], la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, quien obró mediante apoderado, se opuso a las pretensiones formuladas por el accionante con fundamento en los siguientes argumentos:

El Presidente de la República, al expedir el acto demandado, fungió en calidad de Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa, razón por la cual el acto de postulación de candidatos a Fiscal General de la Nación tiene pleno valor y fuerza vinculante con su sola firma. Así lo advirtió la Sala de Consulta y Servicio Civil, al señalar que la terna de candidatos sólo requiere de la firma del Primer Mandatario.

De conformidad con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, la elaboración de la terna, por ser una potestad discrecional, sólo está sujeta a la finalidad de la norma, la cual no es otra que la de lograr la elección del Fiscal General de la Nación.

Por tanto, dicha potestad no se agota con la postulación de una única terna, ya que pueden ocurrir distintos eventos, como la renuncia de uno de los integrantes, que hace “imperativo su modificación o revocatoria”.

El artículo 249 de la Constitución Política no establece de forma expresa la facultad del Presidente de cambiar la terna, sin embargo, ésta se halla de manera implícita, comoquiera que es una atribución autónoma, discrecional y de trámite dentro del proceso de elección, esto es, “revocable en cualquier momento”.

De igual forma, frente al argumento de la demanda según el cual, el acto de postulación de la terna es irrevocable, señaló que es errado, pues el mismo tiene carácter preparatorio y no genera ningún derecho en cabeza de quienes la integran.

El acto complejo de su designación como Fiscal General de la Nación, en el cual intervino el Presidente de la República y la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, fue el resultado de un trámite en cuyas etapas se respetó el debido proceso.

Para el momento en el que resultó elegida, la Corte Suprema de Justicia se encontraba integrada por 18 Magistrados, toda vez que las plazas de 5 de ellos estaban vacantes, por lo tanto, las dos terceras (2/3) partes correspondían a 12 votos. En consecuencia, la elección observó el requisito de las mayorías que exige el Reglamento de esa Corporación.

En todo caso, la elección fue confirmada con el voto afirmativo de 16 Magistrados, número que comprende las dos terceras (2/3) partes de 23, por tanto, si se llega a considerar que la elección fue irregular, ésta ha de entenderse convalidada por el acto de confirmación de la elección, el cual se produjo el 14 de diciembre de 2010.

---

[5] Folios 101 a 104 del expediente.-

[6] Visible a folios 54 a 68 del expediente.-

LAS INTERVENCIONES

1. El ciudadano Víctor Velásquez Reyes[7], actuando en nombre propio, manifestó que la acusación del actor, en relación con la validez del acto de postulación de la terna, es infundada, pues por ser una potestad discrecional del Presidente de la República no requería de la firma del Ministro del Interior y de Justicia. Sostuvo que, mientras la Corte Suprema de Justicia no ejerciera su función electoral, el Presidente podía componer o recomponer la terna de candidatos, por cuanto no se afectaban derechos subjetivos ni se causaba perjuicio a los integrantes de la misma.

2. La Asociación "Red Nacional de Veedurías", mediante escrito del 5 de abril de 2011[8], intervino oponiéndose a los argumentos del actor.

Afirmó que el procedimiento de designación de ternas por parte del Presidente de la República es de carácter discrecional y puede ser revocado en cualquier momento del trámite.

En su criterio, la elaboración de una nueva terna por parte del Primer Mandatario tuvo su justificación en la situación anormal que se presentó en la elección del Fiscal General de la Nación de la terna inicialmente puesta a consideración de la Corte Suprema de Justicia.

3. La Nación - Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial fundamentó su oposición[9] a las pretensiones de la demanda, entre otros, en los siguientes argumentos:

El acto de la terna tendiente a proveer el cargo de Fiscal General de la Nación es proferido por el Presidente de la República, en calidad de Jefe de Estado, en cumplimiento de los mandatos y fines constitucionales, principalmente el de lograr la consecución de una adecuada política criminal, razón por la cual adquiere validez con su sola firma.

La elaboración de una nueva terna de candidatos tuvo razón de ser en el interés público ya que la Fiscalía General requería, para su adecuado funcionamiento, del nombramiento de su Director.

Por otro lado, para el momento de la elección de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, la Corte Suprema de Justicia se encontraba integrada por 18 Magistrados, por lo que las dos terceras (2/3) partes correspondían a 14 de ellos.

4. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, actuado a través de apoderado, solicitó[10] negar las pretensiones de la demanda, por carecer de respaldo jurídico, con fundamento en las siguientes tesis:

El Presidente de la República cuenta con un margen de discrecionalidad para escoger candidatos a conformar la terna para Fiscal General de la Nación, comoquiera que las únicas restricciones son las establecidas en los artículos 232 y 249 de la Constitución Política, relativas a las calidades de los candidatos, la forma de proponer la terna y la corporación destinataria de la misma.

---

[7] El escrito de su intervención, obra a folios 49 a 53 del expediente.-
[8] Visible a folios 71 a 73 del expediente.-
[9] El escrito obra a folios 77 a 86 del expediente.-
[10] Escrito visible a folios 94 a 98 del expediente.-

La selección de candidatos es una atribución que el Presidente lleva a cabo de forma voluntaria y autónoma, sujeta únicamente a la verificación de los requisitos constitucionales y legales que debe tener el candidato, sin que por ello se genere en este último un derecho subjetivo a ser elegido.

En ese orden, manifestó que no comparte la afirmación del actor, según la cual el Presidente de la República tiene derecho a presentar una única terna y que no tiene asidero legal ni constitucional entender que ambas ternas, a saber: i) la conformada por los doctores Margarita Leonor Cabello Blanco, Marco Antonio Velilla y Jorge Anibal Gómez, y ii) la integrada por los doctores Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Viviane Aleyda Morales Hoyos y Carlos Gustavo Arrieta Padilla; coexistieron, pues es claro que la nueva, al quedar en firme, "revocó la anterior".

PRUEBAS

Mediante auto de 2 de mayo de 2011 se abrió el proceso a pruebas[11], se decretaron y practicaron las siguientes:

1. A solicitud de la parte demandante:

Copia auténtica e íntegra de los antecedentes que soportan las ternas, esto es, de las hojas de vida de los postulados para desempeñar el cargo de Fiscal General de la Nación y de los escritos remisorios expedidos dentro del trámite que contienen los nombres de los ternados (folios 108 a 167).

Copias de las actas en las que constan las actuaciones y deliberaciones de la H. Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en orden a elegir el Fiscal General de la Nación (folios 326 a 515).

Certificación de los Magistrados que integraban el Alto Tribunal de la Jurisdicción ordinaria para el 1º de diciembre de 2010.

2. A solicitud de la parte demandada:

Se tuvo como prueba el documento anexo a la contestación de la demanda y que se relacionó con el Acta No. 42 de la Sesión Extraordinaria de 14 de diciembre de 2010 (folios 69 y 70).

- Con fundamento en los Oficios librados, se allegaron las siguientes pruebas documentales:

2.1. Escrito de 16 de junio de 2009, remitido por el Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia al señor Presidente de la República, a efectos de que enviara la terna para la elección de Fiscal General de la Nación (folios 108 y 109).

2.2. Oficio de 6 de julio de 2001 (sic) del señor Presidente de la República dirigido al Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia mediante el cual remitió la terna de candidatos para el cargo de Fiscal General de la Nación, conformada por los doctores María Rosa Virginia Uribe Betancur, Camilo Alfonso de Jesús Ospina Bernal y Juan Angel Palacio Hincapié (folio 110).

2.3. Perfiles de los postulados en la terna (folios 111 a 140).

---

[11] Folios 101 a 103 del expediente.-

2.4. Renuncia del doctor Juan Angel Palacio Hincapié, presentada el 13 de octubre de 2009 (folios 144 y 145).

2.5. Oficio radicado ante la H. Corte Suprema de Justicia, el 26 de los mismos mes y año, por el que el Presidente de la República recompuso la terna con el doctor Marco Antonio Velilla Moreno, adjuntando para el efecto su hoja de vida (folios 146 a 150).

2.6. Oficio de 26 de noviembre de 2009, suscrito por la doctora María Rosa Virginia Uribe Betancur, por el que solicitó la exclusión de su nombre de la terna (folios 151 a 155).

2.7. Oficio de 9 de diciembre de 2009, mediante el cual el Presidente de la República incluyó en la terna a la doctora Margarita Leonor Cabello Blanco, anexando su hoja de vida (folios 156 a 160).

2.8. Oficio de 13 de mayo de 2010, por el cual se incluyó en la terna al doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, adjuntando su hoja de vida (folios 162 a 167).

2.9. Oficio radicado el 5 de noviembre de 2010, suscrito por el Primer Mandatario, por el cual envió nueva terna para la elección de Fiscal General de la Nación. Con el escrito se acompañaron las hojas de vida de cada uno de los postulados (folios 168 a 215).

2.10. Actas de las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las que se efectuaron deliberaciones y votaciones para elegir al Fiscal General de la Nación (folios 225 a 321 y 326 a 515).

ALEGATOS DE CONCLUSION

En providencia de 18 de julio de 2011 se corrió el traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión (folios 323 y 324):

1). El demandante[12].-

Reiteró las acusaciones contra el acto de elección de la doctora Viviane Aleyda Morales y, frente a los argumentos de la defensa, señaló que carecen de fuerza suficiente para enervar los cargos expuestos en la demanda.

Citó apartes del Acta N° 40 correspondientes a la sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia iniciada el 23 de noviembre de 2010 (los que, en pertinente transcribió), de los que, en su sentir, se evidencia la postura de los Magistrados sobre la interpretación que se hizo del Reglamento de la Corporación respecto del número de votos que se requieren para elegir al Fiscal General de la Nación, en consideración a los cargos que existían vacantes en la Corte, para concluir, que aquellas suponen un artificio jurídico que trasgrede la Ley y la Constitución.

2). El apoderado de la Fiscal demandada doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos[13]. -

---

[12] Folios 541 a 547.-

[13] 526 a 539 del expediente.-

Sostuvo que el acto de conformación de una nueva terna por parte del Presidente de la República no requería de la firma del entonces Ministro del Interior y de Justicia.

Con base en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 28 de octubre de 2010, afirmó que la facultad del Presidente de la República no se agota con la postulación de una terna, sino que debe reconformarla cuantas veces resulte necesario para cumplir el fin de la norma, es decir, hacer posible la elección de Fiscal General de la Nación. Al ser el acto de postulación una competencia constitucional autónoma, discrecional y de trámite del Presidente de la República dentro del proceso de elección del Director de la Fiscalía, dicho acto es esencialmente revocable, pues no genera ningún derecho para los ternados.

La postulación que efectúa el Primer Mandatario es un acto de trámite o preparatorio no susceptible de ser impugnado en sede administrativa ni en instancias judiciales.

No se trasgredió el debido proceso en el trámite de la elección de la Fiscal General de la Nación en ninguna de las etapas adelantadas por el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia.

El Reglamento de ésta última Corporación, adoptado mediante Acuerdo 006 del 12 de diciembre de 2002, establece que el quórum deliberatorio es de la mayoría de los miembros que integran la Corte Suprema y que para la elección de algunos cargos, como el de Fiscal General de la Nación, se requiere el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes.

Para el momento en que se efectuó su elección, el Alto Tribunal se encontraba integrado por 18 Magistrados, por lo tanto, las dos terceras (2/3) partes correspondían a 12. Agregó que, aun cuando esta consideración no fuese acogida, la elección fue convalidada el día 14 de diciembre con el voto afirmativo de 16 Magistrados.

En conclusión, sostuvo que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia se ciñó a los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios, al culminar el proceso de elección del Fiscal General de la Nación.

3). Los intervinientes.-

3.1). La Nación - Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial[14]. Reiteró lo que expuso en el escrito de su intervención y afirmó que el acto de postulación del Presidente de la República no requiere, para su validez, la firma del Ministro del ramo.

Resulta inexplicable que el demandante alegue la existencia de dos ternas de manera simultánea en la medida en que nunca hubo -coetáneamente- 6 candidatos.

Es claro que la competencia radicada en cabeza del Presidente de la República, se caracteriza por: i) ser autónoma y de carácter constitucional; ii) es discrecional; iii) es revocable; iv) no es generadora de derechos a favor de alguno de los candidatos, y v) se materializa en un acto preparatorio o de trámite.

---

[14] Escrito de alegatos visible a folio 518 a 521 del expediente.-

El procedimiento que se surtió para la elección del Director de la Fiscalía, se adelantó con sujeción al debido proceso y en aras del interés público.

Cuando se llevó a cabo la designación de la Fiscal General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia contaba con 18 Magistrados y no con 23, como "extrañamente el demandante considera que debería haberlo estado", por lo que la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos obtuvo la mayoría de los votos de los presentes, de acuerdo con la exigencia del Reglamento General de la Alta Corporación.

Finalmente, señaló que el periodo que prevé la Constitución para el ejercicio del cargo de Fiscal, es de 4 años.

3.2). La Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República[15]. Sostuvo que es importante tener en cuenta que la demanda se dirige contra los actos mediante los cuales la Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó a la Fiscal General de la Nación porque de manera contradictoria el accionante cuestiona el acto de postulación del Presidente que, en esta oportunidad no se demanda, el cual no es susceptible de ser impugnado ni en sede administrativa ni en la instancia judicial.

Señaló que el señor Presidente de la República cuenta con un poder discrecional y exclusivo como Jefe de Estado para integrar la terna a efectos de elegir al Fiscal General de la Nación, sin que sea dable entender que se trata de un acto de gobierno que requiere, para su validez, la firma del Ministro.

La demanda contiene apreciaciones subjetivas e intenta demostrar una presunta vulneración de principios constitucionales, entre ellos el debido proceso, pero no acreditó efectivamente ninguna violación.

Tanto el Presidente de la República como la Corte Suprema de Justicia, cumplieron sus deberes y ejercieron las competencias asignadas por la Carta Política, con el objeto de elegir al Fiscal General de la Nación.

3.3). El ciudadano Víctor Velásquez Reyes[16]. En su escrito, reiteró su solicitud de que se nieguen las pretensiones de la demanda. Al efecto, dijo que las causales alegadas no existen por cuanto: i) la firma del Ministro del Interior no es necesaria porque el Presidente de la República actúa como Jefe de Estado o primer funcionario del orden administrativo; y ii) la Ley Estatutaria señala que las decisiones de las Corporaciones Judiciales se toman por mayoría de votos y en el caso sub-lite así se actuó. Agregó que los ternados no tienen derechos adquiridos sino meras expectativas y que, por el principio general según el cual "quien puede lo más puede lo menos, quien terna puede modificarla cuantas veces quiera".

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación rindió concepto mediante escrito[17] en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda, por cuanto no existe motivo constitucional ni legal para proceder a la nulidad del acto de elección de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos en el cargo de Fiscal General de la Nación.

---

[15] Alegatos visibles a folios 522 a 522 del expediente.-
[16] Folios 540 del expediente.-
[17] Mediante escrito visible a folios 557 a 595 del expediente.-

En lo concerniente a la conformación de la terna, afirmó que, para su perfeccionamiento, sólo se requería la intervención de la voluntad del Presidente de la República, por cuanto el artículo 249 de la Constitución Política no condiciona su validez a la suscripción y comunicación por parte del Ministro del ramo respectivo.

La atribución conferida por el mencionado artículo es una función administrativa, autónoma, conferida a título personal al Presidente, en los términos del artículo 115 de la Carta.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 234, 235 y 249 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia i) se compone del número impar de Magistrados que señala la Ley; ii) tiene la atribución de darse su propio Reglamento, y iii) dentro de sus funciones está la de elegir al Fiscal General de la Nación. Ni el Constituyente ni el legislador estatutario precisaron la mayoría requerida para la designación de dicho funcionario.

En ese orden, dijo que las mayorías, para efectos de la elección de Fiscal General, están reguladas en el artículo 5 del Reglamento de la Corporación, Acuerdo 006 de 2002, el cual, en sesión del 23 de noviembre de 2010, fue "interpretado" en el sentido de que las dos terceras (2/3) partes de los votos se debían calcular con base en los Magistrados que en ese momento conformaban la Corte y no en los que por Ley debe tener. A su juicio, dicha interpretación no contravino las preceptivas jurídicas invocadas por el actor.

En relación con el período de la Fiscal General de la Nación, afirmó que el artículo 249 de la Constitución Política prescribe que éste es de cuatro años. Que al tenor del artículo 125 ibídem, se establece que dicho período tiene carácter institucional, lo que supone que si el titular de dicho cargo se separa antes de que se cumpla su periodo, quien lo reemplace lo hace sólo por el tiempo restante.

Para quienes son elegidos en propiedad, como en el caso de la doctora Viviane Aleyda Morales, el tiempo de cuatro años comienza a contarse desde el día de la posesión.

Finalmente, advierte que, pese a que el actor no lo alegó y, por tanto, la Corporación no puede pronunciarse sobre ese particular, quiere llamar la atención sobre el hecho que la discrecionalidad que tiene el Presidente de la República para elaborar la terna no opera para revocarla porque ésta es una actuación que tiene un carácter reglado. Así, del Decreto 1950 de 1973, concluyó que se requiere la configuración de alguna de las causales previstas en el artículo 45 de esa normativa para revocar una designación, toda vez que las postulaciones que hace el Presidente de la República en una terna deben ser asimiladas a esa figura, cuya regulación se encuentra en la mencionada disposición. Al respecto señaló:

"Para revocar el acto administrativo que escogió la terna para elegir Fiscal General de la Nación, le es posible al Presidente de la República aplicar el artículo 69 del C.C.A. numeral 2, causales que per se no operan sino que deben estar en consonancia con el marco jurídico aplicable, es decir, siempre que se subsuman las hipótesis previstas en el artículo 45 del Decreto 1950 de 1973, salvo renuncia de los designados.

De otro lado se admite erróneamente que la naturaleza del acto de trámite que doctrinalmente se ha dado a la decisión de integrar una terna, faculta al Presidente de la República a revocarla por vía de la discrecionalidad, lo cual no resulta válido en un sistema de derecho porque esta decisión como acto jurídico que es debe estar sometida al ordenamiento jurídico.”.

MANIFESTACION DE IMPEDIMENTO

En consideración a que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en Sesión del pasado 14 de febrero de 2012, asumió por importancia jurídica el conocimiento del proceso de la referencia; el doctor Marco Antonio Velilla Moreno, Consejero de Estado, manifestó el impedimento para conocer del presente asunto, mediante escrito del 21 de febrero de 2012[18].

En Sesión adelantada el 28 de febrero del presente año, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por encontrarlo fundado, aceptó el impedimento manifestado[19].-

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1). Competencia y oportunidad.-

La competencia de esta Sala para conocer de la acción electoral de la referencia, en única instancia, se determinó en la Sesión del pasado 14 de febrero de 2012, en la cual se estableció que el presente asunto, por su importancia jurídica, debía ser decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; con fundamento en lo regulado en el artículo 130 del Decreto 01 de 1984, reformado por el artículo 38 de la Ley 446 de 1998. En efecto, el precepto en cita dispone lo siguiente:

“A solicitud del Ministerio Público, o de oficio, las secciones podrán remitir a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo aquellos asuntos que se encuentren para fallo y que por su importancia jurídica o trascendencia social ameriten ser decididos por ésta. La Sala Plena decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto.

Igualmente, la Sala Plena podrá asumir directamente el conocimiento de los asuntos que se encuentren para fallo en cualquiera de las secciones.”

Actos demandados.-

Se impugnan los actos administrativos mediante los cuales la Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, como Fiscal General de la Nación, proferidos los días primero (1°) y catorce (14) de diciembre de 2010, respectivamente, por considerar el actor que fueron expedidos con pleno desconocimiento de la Constitución y la Ley.

Caducidad de la acción electoral.-

---

[18] Folio 629 del expediente.-
[19] Folios 645 y siguientes *ibídem*.-

Sobre la oportunidad del ejercicio de la acción, es precisa la referencia a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que preceptúa:

"La acción electoral caducará en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata. Frente a los actos de confirmación, el término de caducidad de la acción se contará a partir del día siguiente a la fecha en la cual se confirme la designación o nombramiento."

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 121 del C.P.C., en concordancia con el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, el término "días" señalado en la norma previamente citada se entenderá como hábiles.

La Sala advierte que la demanda de acción electoral instaurada por el ciudadano Ferleyn Espinosa Benavides, contra los actos de elección aquí cuestionados, fue radicada en la Secretaría de la Sección Quinta de la Corporación, el 2 de febrero de 2011.

Por lo anterior, el plazo que tenía el actor para presentar la demanda incluyó 2 días de diciembre de 2010, y a partir del 11 de enero del siguiente año, se cuentan los 18 días restantes, de este modo, el término de caducidad venció el jueves 3 de febrero de 2011. Como la demanda se presentó el 2 de febrero de dicha anualidad, la acción se ejerció en tiempo.-

2). Del fondo del asunto.

El problema jurídico del cual se ocupará la Sala consiste en determinar si los actos, mediante los cuales la Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación, son nulos.

A efectos de resolver la cuestión planteada, la Sala estudiará los cargos en el orden desarrollado en la demanda, en los siguientes términos:

Primer cargo: Ausencia de ratificación ministerial a la terna presentada por el Presidente de la República. Segundo cargo: Alcance de la facultad conferida al Presidente de la República en el inciso 2º del artículo 249 de la Constitución Política - simultaneidad de ternas y vulneración del derecho al debido proceso. Tercer cargo: Incompleta integración de la Corte Suprema de Justicia para la elección de la Fiscal General de la Nación. (Desconocimiento de los artículos 234 de la Constitución; 62 del Decreto Ley 250 de 1970 y 1 del Decreto 1660 de 1978, y de los Decretos 901 de 1969 y 3272 de 1985). Y, Cuarto cargo: Periodo del Fiscal General de la Nación.

Se precisa que el accionante al formular sus pretensiones no incluyó como demandado el acto de postulación del Presidente de la República, pues la solicitud que invocó en el mencionado capítulo se limita a pedir la nulidad de los actos mediante los cuales la Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación. Empero, la anterior circunstancia no le impide a la Sala pronunciarse sobre las dos primeras censuras que formuló el actor y que se relacionan con el acto que integró la terna; si se tiene en cuenta que se trata de dos argumentos que expuso el señor Espinosa Benavides para sustentar la pretendida nulidad de la elección y confirmación de la Fiscal y que se encuentran íntimamente ligados con la legalidad

de los actos demandados pues, sin la postulación del Primer Mandatario, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria no hubiese podido ejercer su atribución electoral.

Primer cargo: Ausencia de ratificación ministerial a la terna presentada por el Presidente de la República.-

Con el objeto de abordar la censura planteada, la Sala se ocupará de los siguientes aspectos: (i) Alcance del artículo 249 inciso 2º de la Constitución Política, y, (ii) Naturaleza de la función de postulación atribuida al Presidente en el artículo 249 inciso 2º de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 115 ibídem.

(i) Alcance del artículo 249 inciso 2º de la Constitución Política.-

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, configuración política y jurídica con claras implicaciones en el ejercicio del poder por parte de cada una de las autoridades de la República, las que, además, están instituidas para proteger los derechos de todas las personas residentes y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado [artículo 2º ibídem].

Lo anterior implica necesariamente la postulación de un gobierno democrático, gobierno entendido en el sentido lato, como las autoridades (en este caso el Presidente de la República), que dirigen, controlan y administran las instituciones del Estado.

Es así como, dentro de una concepción de racionalización del poder, con el objeto de evitar los excesos evidentes en un sistema en el que una autoridad (unipersonal o colectiva) pueda concentrar el ejercicio de varias de las funciones centrales que debe ejercer el Estado, resulta de vital trascendencia el establecimiento de un marco normativo (constitucional, legal y reglamentario) de asignación de competencias a cada una de las autoridades estatales. La sujeción a dicho marco competencial quedó claramente configurado en el artículo 6º de la Constitución Política, que dispone:

"Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.".

Lo anterior equivale a dar por sentado que, mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por la Constitución y la Ley, los servidores públicos tan solo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Es natural que ello sea así, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos y esto opera por medio de la autorización legal o constitucional[20].

En estas condiciones, la propia Carta establece ciertas funciones, atribuciones o competencias que son propias de las autoridades que dirigen, controlan y administran las instituciones del Estado, las cuales deben ser cumplidas a cabalidad.

---

[20] Sentencia C- 337 de 19 de agosto de 1993.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 113 y 115 de la Constitución, el Presidente de la República es una autoridad del Estado, que no solo hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder, sino que, además, la preside. A su turno, de la afirmación según la cual el Primer Mandatario es una autoridad, se deriva entonces, que sus competencias se encuentran definidas por un marco normativo específico, el cual deviene en primera instancia de la Constitución Política, tal como lo dispuso en el artículo 189.

Dicho artículo, empero, no agotó las facultades que el Constituyente quiso radicar en cabeza del Primer Mandatario del Estado, es decir, no puede considerarse que las facultades establecidas en el artículo precitado sean taxativas, pues una lectura atenta de la Carta Política se evidencia que en muchas otras disposiciones se confirieron atribuciones al mismo. Concretamente, y atendiendo al tópico que ahora concentra la atención de la Sala, es dable traer a colación el contenido del artículo 249, en los siguientes términos:

"La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la Ley.
El Fiscal General de la Nación será elegido para un periodo de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. (…)".

De la lectura de dicha disposición se infiere, sin lugar a equívocos, que al Presidente de la República le fue conferida, a título personal y por razón de su cargo, la potestad de conformar una terna con el objeto de que otra autoridad, en este caso la Corte Suprema de Justicia, adopte una decisión en relación con la elección del Fiscal General de la Nación. No obstante esa claridad meridiana, argumentó el accionante que, en ejercicio de la facultad de postulación, el Presidente de la República debía contar con la firma del Ministro, para ese entonces, el de Interior y de Justicia.

Al respecto, se debe precisar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil, "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". En concordancia con lo anterior, el artículo 28 ibídem prevé que: "Las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras.".

Así las cosas, dos son los presupuestos que se deben tener en cuenta al momento de interpretar una Ley: i) que la misma sea compleja o ambigua, es decir que requiera de un juicio de interpretación, y ii) que por ser precisa y puntal no se exija el mismo.

La Constitución Política tiene fuerza normativa, por lo cual se puede considerar como Ley en sentido material y, por ende, le son aplicables las normas generales de interpretación.

Aplicando dichas reglas, vigentes y pertinentes al caso en la medida en que la Constitución está dotada de fuerza normativa[21] y por tanto es Ley en sentido

---

[21] La Corte Constitucional, en Sentencia C-037 de 2000, consideró: "E*l ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de*

material, se encuentra que la facultad conferida por el artículo 249 de la Constitución Política recae en el Presidente de la República, a título personal, y no en el Presidente de la República y el Ministro del ramo, concurrencia que, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 115 ibídem, conforma el Gobierno.

En conclusión, la Carta estableció que esta atribución de presentar la terna emana del Primer Mandatario del Estado, sin que como lo pretende el actor, se pueda derivar otra interpretación de la norma constitucional que la establece.

(ii) Naturaleza de la función de postulación atribuida al Presidente de la República en el artículo 249 inciso 2º de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 115 ibídem.-

Considera oportuno la Sala dar alcance al enunciado normativo referido, partiendo de una lectura sistemática con el artículo 115 de la Constitución Política, disposición que el accionante invocó como vulnerada y en la cual se reguló el tema aquí discutido, dependiendo de la naturaleza de la función que desempeña el Presidente de la República.

Dado el sistema de gobierno presidencial que impera en el ordenamiento constitucional colombiano, el Presidente de la República, como autoridad que simboliza la unidad nacional, ostenta una triple condición: Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa.

Dichas calidades, aunque están enunciadas en la Carta Fundamental, presentan una dificultad práctica a la hora de determinar cuáles de las funciones atribuidas al Presidente de la República se encuadran en cada una de ellas. Por lo que, a título de ejemplo se ha entendido, por lo menos jurisprudencialmente, sin que sean los únicos eventos, que "las funciones de Jefe de Estado son [verbigracia] aquéllas que denotan de manera clara la voluntad de la Nación de conformar una unidad política propia, tales como las referidas a las relaciones internacionales. A su vez, las funciones que desempeña en su calidad de Jefe de Gobierno serían [por ejemplo] aquellas relacionadas con la fijación de políticas, de derroteros para la conducción del país, mientras que las cumplidas como Suprema Autoridad Administrativa son [entre otras] las dirigidas a mantener el funcionamiento normal de la administración pública"[22].

A juicio de esta Sala, como ya se anticipó, la facultad prevista en el inciso 2 del artículo 249 de la Carta Política constituye una atribución propia del Presidente de la República, entendida como quien ostenta esta dignidad de manera autónoma y no con el concurso del Ministro del ramo (que sería lo que tradicionalmente se entiende como Gobierno).

En efecto, de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 489 de 1998, corresponde al Presidente de la República la suprema dirección, la coordinación y el control de la

---

competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Tenemos entonces que, de manera general, la normatividad jurídica emanada de autoridades administrativas o de entes autónomos, debe acatar las disposiciones de la ley, tanto en su sentido material como formal. Aunque existe una jerarquía normativa que se desprende de la Constitución, ella no abarca, de manera completa, la posición de todas y cada una de las disposiciones que conforman el orden jurídico; es decir el orden de prevalencia normativa no ha sido señalado en su totalidad por el constituyente".

[22] Corte Constitucional, sentencia C-496-1998, esta distinción fue ratificada en la sentencia C-727 de 2006.-

actividad de los organismos y entidades administrativas, atribuciones que le son a signadas a título personal.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, aun cuando se pretenda encasillar la facultad de postulación que ostenta el Primer Mandatario de la República con miras a la elección del Fiscal General de la Nación en alguna de las calidades a las que ya se hizo referencia[23], considera la Sala que la atribución de integrar la terna, está asociada a su condición de Suprema Autoridad Administrativa, pues está íntimamente relacionada con la gestión que el Presidente efectúa para el buen funcionamiento de la administración pública, entendida esta como "una organización cuya actividad se hace presente en la mayoría de los ámbitos y facetas de la vida social, siendo, así, fundamental para el desarrollo de la vida de las personas en la sociedad actual. Pues tiene como misión desarrollar funciones y proveer servicios."[24]. (Negrillas y subrayas fuera del texto).

En ese orden de ideas, el término administración implica organización, esto es, un conjunto de autoridades y servicios que determina una estructura[25]. Referirse a "organización administrativa" supone aludir al conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo, siendo la finalidad esencial, la coordinación entre los distintos organismos. Adicionalmente, en cualquier forma de organización debe existir una suprema autoridad que coordine y "administre" -en el caso colombiano es el Presidente de la República- y, ese jefe administrativo debe tener condiciones de habilidad, entre otras para a) ver la administración como un conjunto, b) tomar decisiones, c) delegar su autoridad y d) atraer la lealtad de sus colaboradores[26].

Ahora bien, afirmar que el Presidente de la República se desempeña como Suprema Autoridad Administrativa, significa que tiene la facultad de gestionar intereses o asuntos para el correcto funcionamiento de la Administración (entendida como organización), con sujeción a la Constitución y la Ley y, en colaboración armónica con las ramas legislativa y judicial del poder público. En ese sentido, la actividad de "administración" se entiende como la acción que se produce al dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las Leyes, la conservación, fomento y satisfacción de los intereses públicos[27] y el adecuado funcionamiento de los distintos órganos que integran la estructura del Estado.

Al estar la administración pública relacionada con la organización y estructura del Estado, cuando el Presidente de la República participa en la elección del Director de la Fiscalía General de la Nación (entidad que hace parte de la Rama Judicial del poder público) actúa como Suprema Autoridad Administrativa. En efecto, al postular a los tres candidatos, ejerce una competencia cuya finalidad es proveer el máximo cargo de dicha entidad, labor que es indispensable para la adecuada

---

[23] Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Suprema Autoridad Administrativa.-

[24] Parejo Alfonso, Luciano. *"Lecciones de derecho Administrativo".* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia (España) 2007. Página 18.

[25] Villegas Basavilbaso, citado por Díez, Manuel María, en *"Derecho Administrativo"* Tomo II. *"Organización Administrativa. Actos Administrativos".* Bibliográfica Omeba (editores-libreros), Buenos Aires. 1963. Página 17.

[26] Ver a, Díez, Manuel María, en *"Derecho Administrativo"* Tomo II. *"Organización Administrativa. Actos Administrativos".* Bibliográfica Omeba (editores-libreros), Buenos Aires. 1963. Página 19.

[27] De hecho, etimológicamente hablando, el vocablo administrar (que proviene del latín) se forma con las palabras *ad ministrare*, que significan servir, o según otros, por la contracción de *ad manus trahere,* que da la idea de manejo o gestión. En su sentido vulgar, administrar equivale a regir o cuidar.

organización y funcionamiento de esa institución que, por lo demás, ejerce un papel trascendental dentro de la estructura del Estado y la sociedad misma.

De este modo, la Carta Política de 1991 le otorgó al Primer Mandatario (a título personal y en razón de su cargo) la función de integrar una terna con miras a la elección del Fiscal y que, si se quiere ubicar la aludida facultad dentro de las calidades que el artículo 115 superior le asignó al Presidente de la República, la misma encuadra dentro del carácter de "Suprema Autoridad Administrativa". El acto de postulación no requería para su validez la firma del Ministro del ramo y, por ende, el mismo adquirió valor y fuerza con la sola firma del Presidente de la República[28].

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

Segundo cargo: Alcance de la facultad conferida al Presidente de la República en el inciso 2º del artículo 249 de la Constitución Política (simultaneidad de las ternas - vulneración al derecho al debido proceso).-

Sostuvo el libelista que, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 249 de la Constitución Política, el Presidente de la República solo está facultado para elaborar una terna, por lo que en el presente asunto se presentó una irregularidad (en el procedimiento) i) al haber postulado dos listas de tres candidatos de manera simultánea y ii) al someter a consideración de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, seis (6) aspirantes al cargo de Fiscal General de la Nación. A continuación, en el cargo tercero afirmó que la anterior situación materializa la vulneración al derecho al debido proceso [artículo 29 de la Carta Política], el desconocimiento del principio de colaboración armónica y, por tanto, la comisión de un desvío de poder.

Precisa la Sala que, los cargos formulados se encuentran íntimamente ligados y, por ende, se estudiarán en conjunto los cargos segundo y tercero de la demanda. Con tal objeto, se considera oportuno: (i) relacionar los supuestos fácticos que se encuentran plenamente acreditados dentro del proceso; (ii) analizar la potestad de postular la terna desde su configuración constitucional (y el caso concreto); y, finalmente, (iii) abordar la diferencia entre derechos adquiridos y meras expectativas.-

(i) Lo probado en el proceso.-

- Ante la solicitud del Presidente de la Corte Suprema de Justicia efectuada el 16 de junio de 2009[29] el entonces Presidente de la República presentó, el 7 de julio del mismo año, una terna de candidatos para elegir el remplazo de quien se venía desempeñando como Fiscal General de la Nación (cuyo periodo vencía el 31 de julio de la misma anualidad), la que estuvo integrada por los doctores María

[28] En este mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil de ésta Corporación en el concepto de 28 de octubre de 2010. Radicación N° 2010-00113-00. Dicha Sala afirmó que la integración de la terna por parte del Presidente de la República (para la posterior elección del Fiscal), es una competencia autónoma y especial de origen constitucional, asignada al primer mandatario a título personal, y que, para la validez de la postulación, bastaba su sola firma.
[29] Folios 108 y 109.

Rosa Virginia Uribe Betancur, Camilo Alfonso de Jesús Ospina Bernal y Juan Angel Palacio Hincapié[30].

- Mediante escrito del 13 de octubre de 2009 el candidato Juan Angel Palacio Hincapié renunció a la postulación[31], por lo cual, a través de Oficio radicado ante la Corte Suprema de Justicia el 26 de los mismos mes y año, quien fungía como Presidente de la República recompuso la terna con el doctor Marco Antonio Velilla Moreno.[32]

- El 26 de noviembre de 2009, la doctora María Rosa Virginia Uribe Betancur solicitó la exclusión de su nombre de la terna puesta a consideración de la Corte Suprema de Justicia para la elección del cargo del Fiscal General de la Nación[33]. Por ende, el Presidente de la República postuló en su remplazo a la doctora Margarita Leonor Cabello Blanco.[34]

- Posteriormente, y ante la renuncia del doctor Camilo Ospina Bernal el 13 de mayo de 2010, el doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego fue postulado por la autoridad competente[35]. De este modo, la nueva terna quedó integrada así: los doctores Margarita Leonor Cabello Blanco, Marco Antonio Velilla y Jorge Aníbal Gómez Gallego.

- Teniendo en cuenta la composición previamente citada, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia efectuó votaciones en las sesiones celebradas los días 27 de mayo[36]; 10[37], 17[38], 24[39] y 30 de junio[40]; 8 de julio[41]; 3[42], 12[43] y 25 de agosto[44]; 16[45] y 23 de septiembre[46] y 7 de octubre de 2010[47], respectivamente.

- Mediante Oficio del 5 de noviembre de 2010[48], el actual Presidente de la República, con sustento en el Concepto de 28 de octubre de 2010 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, puso a consideración de la Corte Suprema de Justicia una nueva terna conformada por los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Con tal objeto, argumentó:

"Por su digno conducto informo a la honorable Corte Suprema de Justicia mi decisión de conformar una nueva terna con los nombres de los juristas (…), quienes cumplen a cabalidad los requisitos constitucionales exigidos en el artículo 249 de la Constitución Política, para ocupar dicho cargo.

---

30 Folios 110 a 112.

31 Folios144 y 145.
32 Folio 146.
33 Folios 151 a 155.
34 Folio 156.
35 Folio 162.
36 Folios 277 a 279.
37 Folios 280 a 282.
38 Folios 283 a 285.
39 Folios 286 a 288.
40 Folios 289 a 291.
41 Folios 292 a 294.
42 Folios 299 a 301.
43 Folios 302 a 304.
44 Folios 305 a 308.
45 Folios 309 a 311.
46 Folios 312 a 315.
47 Folios 316 a 318.
48 Folios 25 a 27.-

La anterior determinación obedece a la sentida necesidad de superar la situación de interinidad que hoy es ya prolongada en la provisión de dicho cargo, expresada por amplios sectores de la opinión pública nacional, la comunidad internacional y por la misma Corte que usted preside. Además, procedo con la certeza de que al presentar esta nueva terna, me ciño al debido proceso que debe seguirse para tal efecto, según la Constitución y la Ley.

Ciertamente como es de público conocimiento, el actual trámite para la elección del Fiscal General de la Nación se inició con la solicitud del entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en la que se señaló que era necesario que el Presidente de la República presentara una terna para elegir al Fiscal General de la Nación, toda vez que el periodo del que estaba en ejercicio vencía el 31 de julio de 2009, debiendo asumir su rol el nuevo Fiscal a partir del 1 de agosto siguiente, cuya designación por mandato constitucional estaba a cargo de la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República.
(…)
Debe observarse que del número de votaciones que sobre esta nueva terna ha llevado a cabo la Corte, sin que ninguno de los nombres allí propuestos haya sido elegido, permite inferir la falta de una voluntad colectiva de esa corporación judicial para elegir a algunos de los nombres allí propuestos, independientemente de las calidades personales y profesionales de cada uno de ellos.

Ahora bien, dentro del ánimo que me orienta de respetar a cabalidad al independencia y la dignidad de la Rama Judicial, antes de presentar a la Corte Suprema de Justicia la nueva terna que he conformado, mi Gobierno formuló una pregunta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del h. Consejo de Estado, relativa a la validez jurídica de esta nueva postulación. Esta Sala respondió indicando que la posibilidad de conformar una nueva terna, se ajustaba plenamente a derecho y que podía proceder a ello (…)"[49]. (Las negrillas son de la Sala).

- La terna fue puesta en conocimiento de la H. Corte Suprema de Justicia en sesión del 7 de noviembre de 2010 y, finalmente, con base en ella y efectuadas las votaciones, en sesión extraordinaria iniciada el 23 de noviembre de 2010 y finalizada el 2 de diciembre del mismo año, se eligió como Fiscal General de la Nación a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos.

ii) Alcance de la potestad de la elaboración de la terna desde su configuración constitucional. Análisis del caso concreto.

Al tenor de lo dispuesto en los artículos 1º y 113 de la Constitución Política, el Estado está organizado en forma de República unitaria y el ejercicio del poder está dividido en tres ramas y otros órganos autónomos e independientes que contribuyen al cumplimiento de todos los cometidos estatales.

Esta configuración exige la colaboración armónica de todas las autoridades (independientemente de la rama u órgano autónomo al cual pertenezca) con el objeto de cumplir, entre otros fines, "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios - derechos y deberes consagrados en la carta fundamental" (artículo 2º); y, al mismo tiempo, evitar la acumulación de funciones en una misma persona o cuerpo colegiado, propendiendo así por la garantía del principio de pesos y contrapesos, en el que se configura un escenario de control mutuo.

---

[49] Folios 25 a 27.-

En efecto, de acuerdo con el artículo 113, la Constitución no solo admite sino que promueve la existencia de controles recíprocos entre las distintas ramas y órganos autónomos por medio del clásico mecanismo de pesos y contra pesos[50]

El principio de división del poder público en tres ramas y otros órganos autónomos e independientes, está acompañado desde su origen del de equilibrio entre los mismos, con fundamento en el cual mediante un sistema de "checks and balances"[51], cada órgano tiene la posibilidad de controlar a los demás en el ejercicio de sus funciones[52].

En ese orden de ideas, uno de los principios fundamentales dentro de la organización administrativa, es el de coordinación, que resulta de la ordenada disposición del esfuerzo de las distintas entidades del Estado, a fin de conseguir la unidad de acción en la persecución de un propósito común.

En esta oportunidad, con el fin de elegir al Fiscal General de la Nación, el constituyente estableció en el inciso 2º del artículo 249 de la Constitución Política un proceso en el que concurren, de un lado, la máxima autoridad de la Rama Ejecutiva mediante un acto de postulación: "terna". Y, de otro, el Alto Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, la H. Corte Suprema de Justicia, Corporación a la que se le confió la elección de la referida autoridad. Dentro de este marco, la atribución a cada una de dichas autoridades es inescindible, pues sin la postulación del Presidente de la República, la H. Corte Suprema de Justicia no podría elegir, situación que relieva el principio de colaboración armónica con el cometido estatal de nombrar al titular de la Fiscalía General de la Nación.

De conformidad con el diseño constitucional, se advierte que la atribución asignada al Primer Mandatario del Estado para elaborar la terna, está determinada por el cumplimiento de los requisitos y calidades constitucionales y legales de cada uno de los aspirantes.

Integrada la lista, surge para los candidatos una expectativa legítima o, si se quiere, una oportunidad, a que su nombre sea considerado en las votaciones que efectúe la Corte Suprema de Justicia para elegir al Fiscal. Esa expectativa debe ser garantizada, no solo desde la perspectiva individual de los ternados, sino también -y, principalmente- en consideración al interés general. En ese orden, no es dable considerar que el Presidente de la República puede cambiar de terna con plena discrecionalidad, porque ello dotaría de una gran incertidumbre al trámite electoral, en desmedro de la seguridad jurídica y de la colaboración armónica entre los poderes públicos.

No obstante, la Sala no desconoce que, eventualmente, pueden presentarse situaciones (particulares y/o excepcionales) que ameriten la sustitución de la terna y que, para garantizar la viabilidad de la elección del Fiscal General, posibiliten su cambio; tal y como acontece en los siguientes eventos: a). Que alguno, algunos o todos los ternados renuncien a su postulación. En este caso, el Presidente de la República debe recomponer la terna, sustituyendo a quien (es) renunció (aron), por otro (s) candidato (s). b). El deceso de algún (os) aspirante (s) a ser elegido (s) Fiscal, situación en la que, como es lógico, el Primer Mandatario queda habilitado para recomponer la terna. c). La inhabilidad (previa o sobreviniente) de algún (os)

---

[50] Ver, entre otras, la sentencia C-189 de 1998 proferida por la Corte Constitucional.-

[51] Pesos y contrapesos.

[52] Al respecto ver, entre otros, a Julio Estrada Alexei en "*Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución Colombiana de 1991".* Universidad Externado de Colombia. 2003. Página 22.-

candidato (s), evento en el cual, por respeto a las disposiciones sobre inhabilidades y a los principios de deben regir la función pública, se deriva la facultad de recomponer la terna. d). Una situación excepcional que se encuentre debidamente probada y que amerite el cambio de la terna, en aras de la protección al interés general; caso en el cual el Primer Mandatario del Estado, debe exponer de manera clara y completa, las razones que motivan la decisión de sustituir la terna, sin que de ninguna manera puedan admitirse justificaciones arbitrarias o puramente subjetivas.

Análisis del sub-lite.-

En el presente caso, el Presidente de la República, en cumplimiento del mandato constitucional y atendiendo a lo solicitado por la Corte Suprema de Justicia, elaboró una primera terna, la cual fue votada y sus integrantes gradualmente sustituidos porque renunciaron en distintas fechas.

Transcurridas 13 Salas y varias votaciones sin que se hubiera logrado la elección del Fiscal General de la Nación, el nuevo Primer Mandatario del Estado, motivado en el clamor nacional, la conveniencia institucional y el interés general y; apoyado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, presentó una nueva terna integrada por los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta.

Teniendo en cuenta la previsión contenida en el inciso 2º del ya citado artículo 249 de la Constitución Política, la situación que se generó con la terna inicial, que provocó su sustitución, lejos de vulnerar alguna de las disposiciones constitucionales, obedeció al ejercicio de una facultad constitucional (no arbitraria), que consultó los fines de la norma así como razones de conveniencia institucional y de interés público (la interinidad se había prolongado mucho tiempo y la Corte no elegía al Fiscal), en consecuencia el Presidente ejerció nuevamente su facultad de postulación, esta vez ternando a los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta, revocando así, la designación anterior. Al efecto, la Suprema Autoridad Administrativa, sustentó ampliamente su decisión en escrito visible a folios 25 a 27 del expediente, ante la particular situación que en este caso se presentó (literal d).

Así, y hasta tanto no exista una reglamentación que desarrolle la disposición contenida en el artículo 249 inciso 2 de la Carta Política, a juicio de esta Corporación, la competencia del Primer Mandatario del Estado para formular la terna encaminada a la elección del Fiscal General de la Nación, no se agota sino hasta tanto se cumpla la finalidad constitucional, máxime cuando, como en este caso, diversas situaciones estaban prolongando una interinidad que afectaba la institucionalidad del Estado. No sobra reiterar que el ejercicio de la aludida facultad debe consultar el interés general y los fines de la disposición misma, sin que sea admisible arbitrariedad alguna.

Por otra parte, por las razones que anteceden, no se puede afirmar, como lo pretende el demandante, que existieron simultáneamente dos ternas pues, como ya se vio, con la radicación de la última, el Presidente de la República revocó tácitamente la primera. En efecto, del escrito que presentó el primer mandatario el 5 de noviembre de 2010[53], en el que postuló a los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta; se desprende claramente su intención de “conformar una nueva terna”, y de sustituir,

[53] Visible a folios 25 a 27 del expediente.

en su integridad, la anterior. Sostener lo contrario resultaría ilógico, si se tiene en cuenta que la misma Corte Suprema de Justicia, ante el cambio de la terna, votó y eligió de la nueva.

iii) De los derechos adquiridos y las meras expectativas.-

No es válida la afirmación del actor relacionada con los derechos adquiridos (a ser elegidos) en cabeza de quienes fueron ternados inicialmente, pues ellos apenas tenían una expectativa a ser designados como Fiscal General de la Nación, sin que sea dable sostener que para cambiar de candidatos, el Presidente de la República debiera obtener el consentimiento expreso de cada uno de ellos, dado que pueden existir razones de orden superior y distintas de las subjetivas que imponían su cambio.

No desconoce la Sala que de la postulación de los doctores Margarita Leonor Cabello Blanco, Marco Antonio Velilla Moreno y Jorge Aníbal Gómez Gallego, por parte del Primer Mandatario del Estado, derivó para ellos una oportunidad a que sus nombres fueran considerados por parte de la H. Corte Suprema de Justicia a la hora de votar para la elección del Fiscal, como en efecto ocurrió y durante un prolongado tiempo. No obstante, de la anterior circunstancia no se deduce la inamovilidad de la postulación porque, como ya se dijo, de por medio se encontraban razones de conveniencia institucional y de interés público, las cuales motivaron el cambio de la terna, que se tradujo en su revocatoria.

Sobre el particular, cabe precisar que el artículo 69 del C.C.A. establece la posibilidad de revocar actos administrativos por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, cuando entre otros, no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él o la Constitución Política. En este caso, por constituir una mera expectativa (la de ser considerados, como ocurrió con las reiteradas votaciones) no se consolidó ningún derecho que convocara en los precisos términos de la norma, el consentimiento expreso para su revocatoria.

Para la Sala, a quienes inicialmente fueron ternados se les garantizó la oportunidad de “ser considerados por la Corte en sus deliberaciones para elegir al Fiscal” durante un lapso. Así, diversas actas de la Sala Plena del Alto Tribunal (que obran en el expediente) dan cuenta de que esa Corporación votó muchas veces por los referidos candidatos sin que hubiere logrado la elección, por lo que el Presidente de la República sustituyó la terna.

Se reitera que de la postulación de candidatos para la elección del Fiscal no se derivó el derecho a ser designados en dicho cargo, pues éstos apenas contaban con la expectativa de llegar a serlo y, además, el procedimiento electoral no había finalizado: no existía una situación jurídica consolidada.

En este punto, resulta oportuna la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, partiendo de la protección que, desde el texto constitucional, se le otorga a los primeros.

Así, el artículo 58 de la Carta Política, modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999, preceptúa que “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el

interés privado deberá ceder al interés público o social". A su turno, la Ley 153 de 1887, en el artículo 17, dispone que "las meras expectativas no constituyen derecho". (Las negrillas son de la Sala).

En relación con el contenido de las anteriores disposiciones, la jurisprudencia ha entendido que "la garantía de los derechos adquiridos se predica de aquellos derechos que una vez consolidada la situación jurídica particular y subjetiva o individual y constituido así el derecho concreto, resultan infrangibles frente a una nueva legislación. Esto no significa que la regulación legal no pueda cambiar y que toda variación normativa desconozca derechos adquiridos, pues nadie tiene derecho a una cierta y eterna reglamentación de sus derechos y obligaciones"[54].

La Corte Constitucional ha precisado que la noción de derecho adquirido ha sido ampliamente discutida por la ciencia jurídica, a fin de distinguirla de las meras expectativas, pues mientras el primero no puede ser desconocido por las leyes ulteriores, las segundas no gozan de esa protección. Para el Tribunal Constitucional, "esta distinción se relaciona entonces con la aplicación de la ley en el tiempo y la prohibición de la retroactividad, pues en principio una norma posterior no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho"[55].

En el sub-lite, debido a que la aspiración a desempeñarse como Fiscal General de la Nación, respecto de quienes fueron ternados inicialmente nunca se consolidó, pues no hubo una efectiva designación de alguno de ellos en el cargo, se debe concluir que los ternados en esa oportunidad tenían una expectativa que no truncaba el ejercicio de la facultad del Presidente de la República para integrar una nueva terna.

En ese orden de ideas, el segundo de los cargos que formuló el accionante, tampoco tiene vocación de prosperar, por lo que se impone analizar el tercer argumento del actor.

Tercer cargo: (Corresponde al cuarto cargo de la demanda) Incompleta integración de la Corte Suprema de Justicia para la elección de la Fiscal General de la Nación. (Desconocimiento de los artículos 234 de la Constitución, 62 del Decreto Ley 250 de 1970, y 1 del Decreto 1660 de 1978; y de los Decretos 901 de 1969 y 3272 de 1985).-

El demandante sostuvo que en la sesión en la cual el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria eligió a la Fiscal General de la Nación (que comenzó el 23 de noviembre y finalizó el 2 de diciembre de 2010), la Corporación no contaba con la totalidad de los 23 Magistrados que legalmente la componen, pues tan solo estaba funcionando con 18. En ese sentido, afirmó que dicho cuerpo colegiado carecía de competencia para llevar a cabo la elección del Fiscal General de la Nación.

El apoderado de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos al dar contestación a la demanda, se refirió a este cargo en los siguientes términos (folios 63 a 65):

---

[54] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de junio de 1997. Radicación número: AI 004. Actor: Julio Hernando González Cortes. Magistrado Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.-

[55] Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998.-

“El Reglamento General de la H. Corte Suprema de Justicia adoptado mediante el Acuerdo 006 de 12 de diciembre de 2002, expedido en ejercicio de la facultad que le otorgaron a dicha corporación el numeral 6º del artículo 235 de la Constitución Política, y 4º del artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, estableció en su artículo 5º respecto del quórum deliberatorio y decisorio de la Corporación lo siguiente:

“Artículo 5º. Modificado. Acuerdo 005 de 2002, Art. 2. Quórum. 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 del 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.”.

Entonces, de acuerdo con la norma trascrita, para la elección de Fiscal General de la Nación entre otros funcionarios del Estado, se requiere del voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la corporación, es decir, de 16 Magistrados. Esto en el evento de que la Corte Suprema de Justicia se encuentre conformada por los 23 Magistrados que dispone la Ley.

Ahora, es necesario señalar que la Doctora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS, fue elegida por la H. Corte Suprema de Justicia, en pleno, así, tal como lo expresa la certificación del 16 de febrero de 2011, suscrita por la Doctora MARIA CRISTINA DUQUE GOMEZ, mediante la cual se trascribe el aparte pertinente para el caso que nos ocupa de la Sesión Ordinaria de Sala Plena No. 40, iniciada el 23 de noviembre de 2010 declarada en sesión permanente, y culminada el 2 de diciembre del mismo año:

El señor Presidente, sometió a consideración de la Plenaria, los nombres de los doctores Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Viviane Aleyda Morales Hoyos, por ser quienes en el trascurrir de las votaciones habían obtenido la votación más alta, la Comisión Escrutadora informó el siguiente resultado:

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO	2 VOTOS
VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS	14 VOTOS
VOTOS EN BLANCO	2 VOTOS
TOTAL	18 VOTOS.

Para el momento de elección de la Doctora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS, como Fiscal General de la Nación, la H. Corte Suprema de Justicia se encontraba integrada por 18 magistrados, y no por 23 como aduce el accionante que debería haberlo estado, toda vez que las plazas de 5 magistrados se encontraban vacantes, por lo tanto, la mayoría simple de la Corporación en ese momento en particular correspondía a 10 Magistrados y 12 de ellos componían las dos terceras partes, lo cual lleva a concluir que la elección de la Doctora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS como Fiscal General de la Nación fue válida; más aún cuando por unanimidad 16 magistrados la avalaron, es decir la convalidaron, a través del acto de confirmación en el cargo de Fiscal General de la Nación, como consta en la certificación del 29 de marzo de 2011, suscrita por la Doctora MARIA CRISTINA DUQUE GOMEZ, mediante la cual se trascribe el aparte pertinente, de la Sesión Extraordinaria de Sala Plena No. 42 celebrada el 14 de diciembre de 2010.

En conclusión, la H. Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se ciñó a los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios, al llevar a su debida culminación, el proceso de la elección de Fiscal General de la Nación.

Sin embargo, aun en gracia de discusión, si hipotéticamente se quiere adoptar la tesis del accionante y concluir que no eran los suficientes los 14 votos para elegir a la Doctora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS como Fiscal General de la Nación, tesis que desconoce que al momento de la elección la Corte Suprema de Justicia no estaba conformada por 23 Magistrados, sino por 18, aquí es importante analizar que dicha elección fue confirmada por 16 magistrados, mayoría esta correspondiente en el caso de que los 23 magistrados que integran la corporación se encontraran presentes en dicha sesión lo cual convalida la supuesta irregularidad alegada por el accionante, ya que este acto de confirmación es el acto definitivo de la actuación adelantada, pues se debe entender que con el acto de confirmación se culmina el proceso de elección de Fiscal General de la Nación.".

(i) La estructuración del cargo invocado.-

En atención a que el asunto que convoca a la Sala fue planteado mediante la acción pública de nulidad electoral, regulada a partir del artículo 223 del C.C.A., resulta oportuno analizar su naturaleza y características con el objeto de determinar la competencia que asume el Juez de lo Contencioso Administrativo.

Lo primero que debe advertirse es que el objeto de análisis de las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho recae sobre actos administrativos, caracterizados por su ejecutividad y ejecutoriedad, por lo que, adicionalmente, el análisis jurisdiccional parte del supuesto según el cual aquellos se presumen legales.

Esta presunción tiene claras implicaciones no solo frente a quien está interesado (ya sea por un motivo individual o por uno superior como lo es el mantenimiento del orden jurídico) en desplegar una actuación dirigida a desvirtuarla; y, por otra parte, en relación con la autoridad jurisdiccional competente para definir si el acto administrativo se ajusta o no a la Ley y la Constitución.

Así, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene un marco procesal que debe observar, contenido en los artículos 137 y siguientes del C.C.A. y, en materia del contencioso electoral, en los artículos 223 y siguientes ibídem. Lo anterior no implica que el Juez pase por alto los derechos sustanciales de las partes como el que se refiere al acceso efectivo a la administración de justicia. En este sentido, y tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, en los eventos en los que se encuentre de por medio la violación a un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, el Juez está obligado a proceder a su protección aunque el actor no haya cumplido con la obligación de señalar las normas violadas y el concepto de violación de que trata el artículo 137 numeral 4º del C.C.A. Tampoco puede olvidarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta Fundamental, cuando el Juez advierta incompatibilidad entre una norma de la Constitución y otra que debe sujetarse a ella, tiene la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad. En otro escenario, es válido afirmar que, en tratándose de situaciones en las que la finalidad de la acción consiste en la protección de la integridad del ordenamiento jurídico y de por medio se encuentra un interés superior al de aquellos que puedan estar conformando la litis, es obligación del Juez actuar como un agente activo en la consecución de la justicia material, pues dentro de un Estado Social de Derecho el funcionario judicial no es un mero espectador de la actuación de las partes dentro del proceso.

A su turno y, de manera concurrente, no puede obviarse que la garantía del derecho al debido proceso constituye un pilar esencial de la función jurisdiccional, en virtud del cual, en todo caso, se limita al Juez en la asunción de una amplia potestad a la hora de fallar, pues de por medio se encuentra el interés de quien se viera perjudicado en las resultas del proceso, que puede exigir la interpretación irrestricta de las formas que pudieron no cumplirse a cabalidad dentro del trámite.

Así, entonces, de una adecuada ponderación de los principios en juego, es dable sostener que el Juez no es un autómata del derecho, que por tanto, debe superar aquellos formalismos con el objeto de arribar a una decisión de fondo que resuelva la situación puesta a su consideración. Así las cosas, debe tener en cuenta los intereses de las partes o aquellos que se encuentren en conflicto.

Concretamente, la acción de nulidad electoral es entendida como una especie de la acción de simple nulidad, contemplada en el artículo 84 del C.C.A., a la cual es imperativo acudir cuando se debata la legalidad de nombramientos o de actos administrativos de naturaleza electoral y para cuyo trámite tiene disposiciones específicas, no excluyentes[56], a partir del artículo 223 ibídem.

La naturaleza de la acción, a su turno, está directamente asociada con la protección al ordenamiento jurídico vigente y al interés general, por lo que en estos escenarios el Juez que conozca del asunto, con mayor razón, está obligado a analizar de manera integral la materia sometida a su consideración y así dar una respuesta de fondo que consolide aspiraciones tales como la coherencia del ordenamiento y la seguridad jurídica.

Frente a la integración de la H. Corte Suprema de Justicia para la elección de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación, el demandante manifestó (en el cargo cuarto del escrito de su demanda) que hubo "una incompleta integración de la Corte Suprema de justicia para la elección de Fiscal General de la Nación". En lo que interesa para resolver el asunto, planteó el cargo así:

"Lo más curioso y extraño es que la Corte, con posterioridad a la elección de fiscal, procedió a integrarse con el nombramiento de cinco nuevos magistrados que llenaron igual número de vacantes.
De lo expuesto se colige que la Corte nuevamente equivocó su camino, nombrando primero Fiscal y luego integrándose, en lugar de haberse integrado primero y posteriormente proceder a la elección del Fiscal. Ello, lamentablemente, puede llevar a provocar el aborto del nombramiento de la Fiscal, merecedora, por lo demás, de la más alta consideración, dada sus cualidades personales e intelectuales.
El razonamiento de por qué la Corte estaba desintegrada y a pesar de lo cual nombró Fiscal, se ve sensiblemente enaltecido con el comportamiento legislativo y reglamentario que ha tenido el país en más de 40 años atrás y que revela cómo ha sido de reiterativo y permanente el compromiso del derecho público en respetar la

---

[56] Al respecto, en Sentencia de 25 de enero de 2001, C.P. doctor Roberto Medina López, Expediente 2362, demandante: Dorothy Lucelly Molina Sánchez, la Sección Quinta de esta Corporación señaló que la acción de nulidad electoral, además de las causales específicas señaladas en los artículos 223 227 y 228 del C.C.A., *"también puede ser promovida por las causales generales de nulidad del acto administrativo (…), como lo ha venido predicando esta Sala. Esto se debe sencillamente a que el control de legalidad de los actos de la administración, recomendado a la justicia contencioso – administrativa, no podría en sana lógica establecer independencia absoluta entre causales genéricas de nulidad, omnicomprensivas, y las específicas de nulidad electoral, como si el todo no abarcara las partes que lo componen.".*

senda de integridad de la corporación Judicial cuando se está en el campo electoral.
El decreto 250 de 1970, en su artículo 62, modificado por el artículo 1º del Decreto 526 de 1971 dice que "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. (Se resalta) la norma hace parte del título primero sobre las funciones de la carrera judicial.
Esta disposición hay que compaginarla con los artículos 152 literal c) de la carta y el 231 de la misma. Por su parte el artículo 42 del decreto 1660 de 1970 enfatiza que en las elecciones de funcionarios que haga la Corte, "no se considerará 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. (Se resalta).
Por lo demás y como continuación de la constante y persevera te conducta a que se ha hecho relación, el decreto ley 901 de 1969 que fue derogado por el decreto ley 250 de 1970 dispuso en su artículo 2º que la elección de funcionarios y empleados judiciales que corresponda hacer a la Corte Suprema de Justicia "requiere, en cada caso, el voto afirmativo (…) de los miembros que la integran" (Se resalta).
Y para reforzar aún más el marco argumental sobre el requisito de integración de la Corte con el número de sus miembros viable para la competencia de elección de Fiscal, viene el decreto 3272 de 1985 que tomó medidas urgentes para la integración de la Corte, desintegrada abruptamente por los hechos del Palacio de Justicia. Allí se previó que para ocupar las plazas vacantes se requería un número determinado de votos "de los Magistrados que en la actualidad integran la Corporación, integrada por todos los sobrevivientes".
El fin del decreto de emergencia fue permitir que, tras los eventos de la toma del palacio, la Corte ejerciera su función electoral a pesar de no contar, por fuerza mayor, con la totalidad de sus miembros, lo cual resulta útil hoy en día para contrastar el hecho de que a regulación ordinaria solo permite a la Corte ejercer dicha función cuando está integrada por la totalidad de sus miembros.
La Corte Suprema de Justicia introdujo un elemento extraño en el mecanismo de elección de fiscal al acudir al concepto de quórum como sustento de la decisión. El concepto de quórum responde al número mínimo de miembros de la corporación que se requiere para deliberar o para adoptar válidamente una decisión, por lo que implícitamente hace alusión al número máximo de ausencias permitidas para el ejercicio de dichas competencias. (…).".

De la lectura del referido cargo, encuentra la Sala que la censura a la que se refiere el actor bajo la denominación de "incompleta integración de la Corte Suprema de Justicia para la elección de Fiscal General de la Nación" se encuentra estructurada bajo la siguiente lógica: (i) una disposición constitucional que regula de manera general que la Corte Suprema de Justicia se compondrá del número impar de Magistrados que determine la Ley; (ii) una norma legal de naturaleza estatutaria, contenida en el artículo 15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que prevé que la Corporación está integrada por 23 Magistrados, y (iii) finalmente unas disposiciones de los Decretos 250 de 1970 y 1660 de 1978 que regulan expresamente los votos requeridos para que una elección de un funcionario por parte de un órgano judicial sea válida, esto es, las dos terceras (2/3) partes de los integrantes.

El actor afirmó que en la elección del Fiscal General de la Nación debía observar la regla de las dos terceras (2/3) partes de los votos de los integrantes para que aquella sea válida.

Advierte la Sala que 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).

Sin embargo, y sin desestimar la norma anterior, el Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia, contenido en el Acuerdo No. 006 de 2002, establece, en el artículo 5º, una disposición de idéntica literalidad a la citada, cuando señala: "Artículo 5º. Modificado. Acuerdo 005 de 2002, Art. 2. Quórum. 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 del 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.".

Por su parte, el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978 establece: "En las elecciones de funcionario 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. Las votaciones serán secretas. Prohíbase en forma absoluta cualquier distribución de los empleos entre los Magistrados.".

El artículo 5º del Acuerdo No. 006 de 12 de diciembre de 2002, "por el cual se recodifica el Reglamento general de la corporación", prevé que el quórum para deliberar será la mayoría de los miembros de la Corporación, y que las decisiones se tomarán por igual mayoría, salvo en algunos casos en los cuales se requiere el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes como ocurre en el caso de la elección del Fiscal General de la Nación.

Del tenor literal de la norma citada se evidencia con claridad diáfana que el contenido material de los artículos que invocó el actor como vulnerados en su concepto de violación, es idéntico, para estos efectos, al del artículo 5º del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia, por lo que a esa Corporación le era exigible que en la elección del Fiscal General de la Nación se sujetara a dicha mayoría e, independientemente de la disposición a la que se refirió el demandante, no hay ningún impedimento para que el Juez analice el cargo a la luz del Acuerdo No. 006 de 2002.

En conclusión, el problema jurídico planteado versa sobre la integración de la H. Corte Suprema de Justicia al momento de la elección del Fiscal General de la Nación, de cara a establecer si se cumplió con el requisito de mayoría establecido en el artículo 5º del Acuerdo No. 006 de 2002.

(ii) Lo probado en el proceso.-

- En Sesión Extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 23 de septiembre de 2010, contenida en el Acta No. 35, al final de la votación respectiva sin que se lograra la elección del Fiscal General de la Nación, el entonces Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que "(…) había necesidad de hacer un esfuerzo adicional, en ese momento en que había 20 Magistrados, pues como ya se sabía en pocos días tres magistrados cumplirían el periodo constitucional y por tanto no estarían presentes en el recinto." Adicionalmente, citó a una sesión extraordinaria para estudiar las dificultades en el tema de las elecciones pendientes (folios 492 a 495).

- De conformidad con el Acta N° 36 de 27 de septiembre de 2010, en sesión extraordinaria con la participación de 20 Magistrados (teniendo en cuenta que dos de ellos se encontraban en comisión de servicios) se consideró que el objeto era abordar el problema electoral. Con tal propósito, previa votación, decidió conformar tres grupos y designar un coordinador que presentara las fórmulas y deliberaciones en cada una de las Salas Especializadas sin que finalmente, presentadas varias propuestas, se llegara a ninguna decisión, levantándose la sesión (folios 496 a 499).

- En sesión ordinaria de 7 octubre de 2010, como se refleja en el Acta No. 37, participaron sólo 17 Magistrados porque dos más se encontraban en comisión de servicios. En esta sesión se efectuaron votaciones frente a la primera terna postulada por el anterior Presidente de la República (folios 500 a 502).

- En sesión ordinaria de 7 de noviembre de 2010, tal como da cuenta el Acta No. 39, con quórum de 13 Magistrados, el Presidente (E) de la Corporación manifestó que el 3 de noviembre se recibió comunicación del actual Primer Mandatario en la que se anunció su decisión de conformar una nueva terna para la elección de Fiscal General de la Nación, integrada por los doctores Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Viviane Aleyda Morales Hoyos. Efectuada dicha afirmación se acordó, por sugerencia de varios Magistrados, el aplazamiento de este punto (folios 504 y 505).

- En sesión ordinaria de 23 de noviembre de 2010, Acta No. 40, con la participación de 18 Magistrados, se declaró la Corte en sesión permanente para buscar fórmulas que condujeran a tomar decisiones en los temas electorales.

- El día 29 de noviembre de 2010 se reanudó la sesión con 18 Magistrados, se acordó votar en bloque las elecciones pendientes (Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia, 5 cargos de Magistrados vacantes y Fiscal General de la Nación). También se modificó el orden del día aprobado el 23 de noviembre y se propuso desarrollar la sesión en el siguiente orden: 1. Escuchar por 30 minutos en audiencia pública, trasmitida por el canal institucional, a los integrantes de la terna enviada por el actual Presidente de la República; 2. Reintegrar la H. Corte Suprema de Justicia, efectuando la elección de las magistraturas vacantes, y 3. Elegir al Fiscal General de la Nación (folios 506 a 515).

- El 1º de diciembre de 2010, la sesión fue reanudada y en ella se agotó el primer punto del orden del día. Previamente a las votaciones pendientes, el Presidente de la Corporación designó una comisión escrutadora y decretó un receso para que "efectuara el conteo y verificara si todas ellas arrojaban un

resultado de 16 votos o más, pues de lo contrario se consideraba fallida. Seguidamente se procedió a la elección de la Fiscal." (folio 508). Con tal objeto se efectuaron votaciones, en una de las cuales la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos obtuvo 14 votos. Acto seguido, el Presidente anunció que "se había agotado el procedimiento señalado en el Reglamento de la Corporación y que no se había logrado la elección" (Destaca la Sala Plena de esta Corporación). Posteriormente, la Corte acordó someter a votación los nombres de los candidatos que habían obtenido la votación más alta, esto es, los señores Viviane Aleyda Morales Hoyos y Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Agotada la ronda reglamentaria no se obtuvo la elección, por lo cual el Presidente (E) de la Comisión accidental propuso:
"(…)

Que una alternativa para superar la dificultad era adoptar por única vez, el criterio de que las dos terceras partes de los votos (mayoría exigida por el Reglamento), se calculara no sobre los 23 Magistrados que deben integrar la Corte Suprema de Justicia, sino sobre los 18 que actualmente la componen.
(…)" (Negrillas y subrayas de la Sala).

Luego de la intervención de varios Magistrados, se propuso que se sometiera a decisión de la Sala Plena la propuesta de interpretación del Reglamento y, si era adoptada, se efectuaran nuevamente las votaciones en un solo bloque.

Acto seguido, el Presidente (E) sometió a votación nominal y pública "la propuesta de interpretar por esta única vez, el Reglamento General de la Corporación en el sentido de entender que la mayoría de (sic) dos terceras partes que exige dicho Reglamento para todas las elecciones que están pendientes, se calcule sobre los 18 Magistrados que actualmente la integran. (…)" (Negrillas y subrayas fuera de texto) (folio 511).

Dicha propuesta de interpretación del Reglamento fue "por esta única vez" sometida a consideración de la Sala y adoptada con 13 votos. Agotado dicho aspecto, se consignó en el acta lo siguiente:
"(…)
III. ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION.
El señor Presidente, sometió a consideración de la Plenaria, los nombres de los doctores Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Viviane Aleyda Morales Hoyos, por ser quienes en el trascurrir de las votaciones habían obtenido la votación más alta, la Comisión Escrutadora informó el siguiente resultado:

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO	2 VOTOS.
VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS	14 VOTOS.
VOTOS EN BLANCO	2 VOTOS.
TOTAL	18 VOTOS.

En consideración al resultado obtenido, la Corte Suprema de Justicia, declaró elegida en propiedad, por el periodo constitucional o legal a la Dra. VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS como Fiscal General de la Nación en remplazo del Dr. Mario Fernando Iguarán Arana a quien se le venció el periodo el pasado 31 de julio de 2009 y del Dr. Guillermo Mendoza Diago quien venía ejerciendo en encargo." (Folios 514 y 515).

- A través de Oficio PCSJ No. 2230 de 2 de diciembre de 2010 el Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia le informó a la persona electa la designación (folio 33).

- Por último, en sesión extraordinaria de la Sala Plena del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, celebrada el 14 de diciembre de 2010 (Acta No. 42), se confirmó el nombramiento en propiedad de la Fiscal elegida.

(iii) Análisis del cargo.-

De acuerdo con lo probado (ver acápite anterior), la Sala estudiará el asunto al amparo de las normas violadas invocadas en la demanda, sin perder de vista los principios de confianza legítima y seguridad jurídica y, los derechos a la igualdad y al debido proceso.

- De conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 235 de la Constitución Política, es facultad de la H. Corte Suprema de Justicia darse su propio Reglamento; disposición reiterada en el numeral 4º del artículo 17 de la Ley 270 de 1996.

En ejercicio de esa facultad, la Sala Plena de la Corporación expidió el Acuerdo N° 006 del 12 de diciembre de 2002 mediante el cual "recodifica el Reglamento general de la Corporación", que prevé en su artículo 5º:

"Quórum. 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 del 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.". (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

En concordancia con los artículos 15 y 17 de la Ley 270 de 1996 se infiere claramente que: (i) la H. Corte Suprema de Justicia está integrada por 23 Magistrados, (ii) el quórum para deliberar está compuesto por la mayoría de sus miembros; (iii) el quórum decisorio para la elección, entre otros, del Fiscal General de la Nación es de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes; y, (iv) que la Corte podía válidamente modificar su Reglamento, facultad derivada de la atribución constitucional de "darse su propio Reglamento", pero con sujeción a una regla de mayoría calificada similar a la requerida para la elección del Fiscal General de la Nación (inferencia tomada concretamente del artículo 5º del Acuerdo N° 006 del 12 de diciembre de 2002) y de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento.

De la lectura armónica de las disposiciones en cita, con los artículos 234 de la Constitución Política y 15 de la Ley 270 de 1996, se concluye que cuando la norma se refiere a "integrantes" se incluyen los 23 Magistrados que componen la Corporación. Y de ello no hay duda si se tiene en cuenta el alcance que a la misma le venía dando la Corte Suprema de Justicia. En ese sentido, es clara la afirmación que el Presidente (E) de esa Corporación hizo en la sesión extraordinaria que comenzó el 23 de noviembre y culminó el 2 de diciembre de 2010, cuando sostuvo -el 1º de diciembre- del mismo año que:

"Previamente a proceder a las votaciones pendientes, el Sr. Presidente (E) designó la Comisión Escrutadora compuesta por los siguientes Magistrados: (…), y recordó el señor Presidente (E), que en la sesión de 29 de noviembre, la Sala acordó votar en bloque todas las elecciones pendientes, decretar un receso para que la Comisión escrutadora efectuara el conteo y verificara si todas ellas arrojaban un resultado de 16 votos o más, pues de lo contrario se consideraría fallida." (Negrillas fuera del texto).

- De las actas de votación concluye la Sala que al interior de la Corte Suprema de Justicia existía certeza sobre las consecuencias de la disminución del quórum decisorio, razón por la cual, para obviar tal circunstancia, se propuso la "reforma al Reglamento". En efecto, en sesión de 23 de septiembre de 2010, el Presidente (E) de la Corporación hizo un llamado invitando a efectuar un esfuerzo adicional para llevar a cabo la designación, "(…) pues en pocos días 3 magistrados cumplirían su periodo constitucional". Por tal motivo, en algunas sesiones, para superar dicha situación, se habló de la posibilidad de reformar el Reglamento, tal como da cuenta el Acta No. 36 del 27 de septiembre de 2010, en la que se aprobó la propuesta de conformar tres grupos que presentaran fórmulas para solucionar el "tema electoral", uno de los cuales (el grupo dos) propuso "que las elecciones se hicieran con 12 votos pero aclaró que frente al tema de reforma al Reglamento, ésta no debía hacerse por una situación coyuntural" (folio 497).

Del examen de las actas se desprende que el trámite de reforma del Reglamento, formalmente, no se presentó, sino que la Corte Suprema de Justicia adoptó, en sesión del 1º de diciembre de 2010, la decisión de "interpretar" el artículo 5º de su Reglamento en el sentido de que, "por esa sola vez", las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Sala Plena de la Corporación se calculara con la totalidad de Magistrados efectivamente posesionados para ese momento. Expresamente el Presidente (E) de la Comisión Accidental manifestó:

" (…) una alternativa para superar la dificultad era adoptar por única vez, el criterio de que las dos terceras partes de los votos (mayoría exigida por el Reglamento), se calculara no sobre los 23 Magistrados que deben integrar la Corte Suprema de Justicia, sino sobre los 18 que actualmente la componen.
(…)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La anterior proposición fue puesta a consideración de la Sala Plena, la cual, luego de varias intervenciones de sus miembros, la acogió con 13 votos a favor y 5 en contra. Esto nos permite arribar a algunas conclusiones, veamos:

- 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 estudiado[57]. 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.

---

[57] 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 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.

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.

Así, de acuerdo con los antecedentes de las discusiones dadas dentro del proceso electoral que ahora se analiza, se evidencia que el "tema electoral" -que en un primer momento se abordó bajo la consideración de la reforma al Reglamento-, terminó siendo avalado mediante un proceso al que se le denominó "interpretación" de la norma, decisión de la cual se separaron los Magistrados María del Rosario González de Lemos, Alfredo Gómez Quintero, William Namen Vargas, Edgardo Villamil Portilla y Gustavo José Gnecco Mendoza "(…) por considerar que la interpretación propuesta, contraría al Reglamento General de la Corporación, el cual es claro, además de que la propuesta, a su juicio, no era una interpretación sino en realidad un reforma al Reglamento para lo cual, el mismo señala un trámite específico.". Concretamente, cada uno de ellos expuso (folios 511 a 513):

La doctora María del Rosario González de Lemos: "Mi voto es negativo porque el quórum es sobre la totalidad de los miembros de la Corporación.".

El doctor Alfredo Gómez Quintero: "Mi voto es negativo porque considero que esa interpretación de Reglamento no es procedente, el Reglamento es supremamente claro en ese sentido.".

El doctor William Namen Vargas: "(…) voto negativamente la proposición de interpretación" para disminuir las mayorías vigentes en las elecciones, porque en mi sentir, los artículos 1º y 3º del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia, son claros, explícitos e inequívocos a propósito, y la sugerida disminución, únicamente puede y debe adoptarse mediante reforma expresa, la cual sugiero a la Sala Plena".

El doctor Edgardo Villamil Portilla: "Mi voto es negativo.".

El doctor Gustavo José Gnecco Mendoza solicitó que la votación se hiciera nominal y pública.

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 1978[58]); es por ello que se impone declarar la nulidad de los actos demandados.

- Debe advertir la Sala que el Reglamento de las Cortes (particularmente el de la Corte Suprema de Justicia) si es susceptible de modificación, solo que, ello puede llevarse a cabo en los precisos términos que el mismo Reglamento prevé, como así lo prescribe el Artículo 52 del Acuerdo N° 006 de 2002, disposición que es del siguiente tenor:

"Artículo 52. Reformas. Las reformas al presente reglamento podrán proponerse por cualquiera de los Presidentes de Sala o por lo menos dos Magistrados y deberán sustentarse por escrito. Serán discutidas y aprobadas en dos reuniones ordinarias".

Sin embargo, mientras no se cumpla el rigor del trámite allí establecido, el texto original de Reglamento es de rigurosa aplicación. Sobre el particular, es pertinente la referencia a la denominada "teoría de la intangibilidad del Reglamento", que es propia del Derecho Administrativo y se considera exacta para explicar el fenómeno que aconteció en este caso. Lo que subyace a esta teoría es que la administración -en el sub-lite la Corte Suprema de Justicia ejerció la función administrativa- debe respetar la legalidad que ella misma crea y no le es dable separarse de sus propias reglas. Hacerlo significa violar el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, para actuar por fuera del derecho vigente en el momento.

---

[58] 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 citadas, fue reproducido en su integridad, en el Artículo 5 del Acuerdo N° 006 de 2002 (Reglamento de la Corte Suprema de Justicia).-

En efecto, este principio -recuérdese- consiste en que los Reglamentos, que son actos administrativos generales, que tienen vocación de permanencia en el tiempo, y que se aplican a un número (indeterminado) de personas o supuestos, no pueden, mientras están vigentes, dejar de aplicarse a un caso concreto -o aplicarse de manera diferente a lo que disponen-, porque en tal evento se estarían derogando -para un caso singular-, alternado su principio interno que dispone que rige de manera idéntica, siempre.

Claro está que esto no se opone a que el Reglamento se pueda derogar, es decir, a que la autoridad que lo expide lo cambie o lo modifique por otro, sólo que debe hacerlo de manera igualmente general, y hacia el futuro, con la vocación de aplicarlo a todos los casos por venir que se presenten y se subsuman en él.

De ninguna manera es admisible que el Reglamento vigente se inaplique a un solo supuesto fáctico, porque actuar así deja entrever la arbitrariedad de la administración, ya que en lugar de aplicar el Reglamento vigente, modifica su texto (sin haberlo derogado o cambiado previamente y de manera general), sólo para un caso concreto[59].

En el caso de autos, la Corte Suprema de Justicia, incurrió, precisamente, en ésta prohibición, porque estando vigente el artículo 5 de su Reglamento, pretendió inaplicarlo sin derogarlo, es decir, conservando su vigencia, solo que en la elección que se viene analizando no regiría como dispone su tenor literal. Esto vulneró el principio de legalidad, representado, en esta ocasión, en la regla contemplada en su propio Reglamento interno, cuya vinculación tiene que imponerle ahora el Consejo de Estado[60].

-Además, la decisión de "interpretar" el artículo 5º del Reglamento de la H. Corte Suprema de Justicia resulta lesiva de los principios y derechos constitucionales, tal como a continuación pasa a detallarse.

En efecto, es innegable que el ejercicio de la interpretación normativa por parte de la autoridad llamada a aplicar el derecho está mediada por un cierto margen, el cual será mayor o menor dependiendo de aspectos tales como la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje o el grado de abstracción de la norma. Sin embargo, es incuestionable que dicha actividad encuentra límites dentro del mismo ordenamiento jurídico. Así, atendiendo a un sistema de jerarquía normativa y a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política, puede afirmarse que existe un principio de "interpretación conforme" [61], en virtud del cual el ejercicio cognitivo

---

59 La prohibición de inaplicar un Reglamento a un caso concreto, fue concebida –primero- por la doctrina alemana, luego por la española y, posteriormente, por la colombiana, para supuestos como éste.-

60 Bien lo tiene dicho el profesor Eduardo García de Enterría, desde hace ya muchos años: *" (…) la autoridad que ha dictado un reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa. Hasta aquí, el contenido de la regla en cuestión coincide con el ámbito del viejo principio legem patere quam ipse fecisti."* Curso de Derecho Administrativo. Ed. Cívitas. Madrid. Página 208.

61 Al respecto, los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostuvieron en relación con este principio que: "*Este principio es una consecuencia derivada del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y está reconocido en los sistemas que hacen parte de ese carácter un postulado básico. Así, en Estados Unidos, todas las Leyes y los actos de la Administración han de interpretarse ´in harmony with the Constitution´; en Alemania el mismo principio impone ´die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen´ la interpretación de las leyes conforme a la Constitución. En ambos casos, como prácticamente en todos los países con justicia constitucional, el principio es de formulación jurisprudencial. (…) El origen del principio que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento está en el proceso de constitucionalidad de las Leyes: …*

será ajustado y válido dentro de un sistema jurídico con pretensión de coherencia y consistencia en la medida en que respete los principios constitucionales[62].

- En este sentido, es oportuno resaltar, atendiendo a lo dispuesto en la Constitución Política, que el Estado está llamado a proteger la vida y los demás bienes trascendentes para los residentes en el país, dentro de un marco jurídico garantista de un orden político, económico y social justo. Ello permite afirmar, que es incuestionable el papel que en un sistema político cumple el ordenamiento jurídico, llamado a regular no solo las actuaciones del Estado, sino, incluso, la vida social entre los particulares, en relación con todas aquellas conductas que sean trascendentes para el derecho.

De este modo, todo sistema jurídico -si lo que pretende es ser un instrumento generador de convivencia perdurable- debe irradiar en el máximo grado posible, certidumbre a sus destinatarios, con el objeto de que de manera previsible éstos actúen de conformidad a él. Así mismo, y tal como se deduce del preámbulo, dicho sistema de normas (entendido este concepto en su sentido material) tiene, además, una pretensión de corrección, de justicia material, cuyo contenido no puede ser otro, en principio, que el catálogo de valores, principios y reglas intrínsecos a la Carta Superior, (sin olvidar, por supuesto, todos aquellos que por vía del artículo 93 de la Constitución Política se convierten en referente de validez e interpretación).

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 consecuencia[63]. Al respecto, en Sentencia del

---

Pero este principio de la interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución no vincula únicamente al Tribunal Constitucional, (…). Es, en efecto, el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica, y la situación superior que en el seno de esta estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a ésta en la integración del ordenamiento entero y, por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo. No se trata ya, pues, de simples necesidades o conveniencias técnicas de la justicia constitucional y de su papel efectivo, sino de algo bastante más general e importante.". Tomado de "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. Editorial Civitas, S.A. Madrid. 1986. Págs. 126 y 127.

[62] Dos grandes obras marcan la actualización de la discusión sobre el papel de los principios en la interpretación y aplicación del derecho: Los derechos en serio, de Ronald Dworkin y La Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. El primero, señaló que además de reglas con supuesto de hecho plenamente definido, en los casos que representan dificultades al aplicador, este puede obtener la respuesta correcta mediante el recurso a los principios del derecho (Dworkin no se refiere exclusivamente a principios constitucionales. Su interés es discutir la tesis positivista de la discrecionalidad del juez, pues, a su juicio, el recurso a los principios le permite, al menos potencialmente, alcanzar la unidad de respuesta correcta. Esa potencialidad, representada por el ideal Juez Hércules es una idea regulativa, lo que significa que los jueces no pueden alcanzarla pero sí deben perseguirla en su trabajo cotidiano). Alexy, por su parte, investiga a fondo la estructura de los principios y, mediante un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, explica a profundidad el principio de proporcionalidad como herramienta para evaluar la legitimidad de la intervención en los derechos fundamentales. Las obras de ambos autores han suscitado amplias discusiones teóricas que escapan a los alcances de esta providencia. Relevante resulta, sin embargo, recalcar que a partir de ellas, la discusión sobre la interpretación y aplicación de la ley se ha enriquecido pues a la tradicional discusión entre la pertinencia vs la insuficiencia de la interpretación literal y mecánica, se agrega, actualmente, la importancia de incorporar herramientas que asuman la mayor vaguedad e indeterminación de los principios, y las opciones valorativas que la aplicación acarrea.

[63] 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

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-, de 1º de abril de 1997[64], se afirmó que la seguridad jurídica "no es sino certeza de que la regulación normativa se cumplirá a todo trance, es reflejo del orden en las situaciones individuales, el cual hace que el sujeto sepa a qué atenerse en el ámbito de sus relaciones"[65].

Intimamente 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 propias[66]), "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. 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,

---

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.

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

[65] 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.)".*

[66]Al 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".*

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 hacérsele 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.

(v) Por su parte, aunque es incuestionable que el derecho es un instrumento para la sociedad por lo que su petrificación [ante un escenario de estabilidad del marco normativo] no es deseable cuando las circunstancias sociales exigen unas respuestas diferentes, lo cierto es que dicho tránsito debe estar debidamente sustentado y no obedecer a situaciones excepcionales. Dicho de otro modo, es loable que quien aplica las normas jurídicas lo haga con pleno reconocimiento del ámbito social en el cual su decisión tendrá incidencia, pues no puede esperarse que el legislador o la autoridad competente para la expedición intervenga ante cada cambio social. Sin embargo dicho ejercicio interpretativo debe efectuarse atendiendo a las normas positivas y a su jerarquía y no a situaciones coyunturales, como las que llevaron en este caso a que la H. Corte Suprema de Justicia "interpretara" su Reglamento.

Tan evidente es que dicha consideración de excepcionalidad fue lo que motivó la "interpretación" de la Corte Suprema de Justicia a su Reglamento -sin desconocerse que lo efectuó con el objeto de conseguir un fin constitucionalmente válido como lo era la elección del Fiscal General de la Nación- que estimó que la aludida interpretación la haría por "una sola vez", lo cual revela que en una situación similar no aplicaría regla idéntica, con lo que genera, nuevamente, inseguridad en el ordenamiento jurídico.

(vi) Finalmente, ha de advertirse que en el presente asunto, contrario a lo sostenido por la parte demandada, no puede considerarse que como la confirmación de la elección se aprobó con 16 votos ello convalidó el acto de designación, por las siguientes razones:

- De conformidad con lo sostenido por el doctrinante Cabanellas[67], la convalidación ha sido definida en los diccionarios jurídicos como "hacer válido lo que no era. La convalidación constituye un acto jurídico por el cual se torna eficaz otro que estaba viciado de nulidad relativa. Ahora bien, si el acto que se intenta convalidar es nulo, de nulidad absoluta, también lo será la convalidación; de tal manera que solo cabe realizarla en aquellos actos cuya nulidad sea saneable.".

Por su parte, el tratadista Manuel María Díez sostiene que:
"La convalidación es una declaración de voluntad del órgano administrativo competente, por medio de la cual reconoce la existencia de un vicio en el acto administrativo y lo considera eliminado desde su origen mediante la supresión de la ilegalidad cometida. Si al acto le faltan ciertos requisitos estos serán cubiertos por la convalidación.
(…)

---

[67] "*Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"* Tomo II, página 364.

La convalidación en sentido estricto está constituida o resulta de una sucesiva determinación volitiva de la administración, destinada a confirmar el procedimiento inválido, eliminados los efectos de la invalidez que le afectaba"[68].

- Según lo anterior, para que pueda hablarse de la ocurrencia del fenómeno de la convalidación se requiere el cumplimiento de dos requisitos: (i) que se trate de un vicio saneable, y (ii) que sea manifiesta la voluntad de la administración de sanear el yerro cometido en el acto que se pretende convalidar.

Contrario a lo expuesto, en el presente asunto el vicio que se evidencia no es susceptible de saneamiento en la medida en que el acto de elección infringió la norma en que debía fundarse, o, más concretamente, desconoció lo que en relación con el concepto de integrante de la Corporación se encontraba regulado en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en su propio Reglamento.

A su turno, mediante el acto de elección se designa a la persona que de la terna, por decisión de la mayoría legal y reglamentaria, ocupará el cargo de Fiscal General de la Nación; y, el acto de confirmación tiene por objeto la verificación de los requisitos y calidades constitucionales y legales de quien resultó elegido con el objeto de alcanzar su posesión, tal como lo establece el artículo 133 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que a la letra en su inciso 3º dispone:
"(…)
La autoridad competente para hacer la confirmación sólo podrá negarla cuando no se alleguen oportunamente las pruebas mencionadas o se establezca que el nombrado se encuentra inhabilitado o impedido moral o legalmente para el ejercicio del cargo.". (Las negrillas son de la Sala).

Por lo anterior, en el presente asunto no se evidencia una voluntad de la Corte Suprema de Justicia de subsanar irregularidad alguna pues, según el acta de confirmación visible a folios 31 y 32 del expediente, nunca hubo una manifestación de subsanar vicios. Se reitera, con éste acto solo se verificó el cumplimiento de unos requisitos y calidades del que fue elegido para que pudiera posesionarse en el cargo y, en consecuencia tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia el acto de elección y confirmación lo que configura es un acto complejo[69].

Por las razones previamente expuestas la Sala considera que el cargo en estudio debe prosperar y, por tanto, se declarará la nulidad de la elección demandada.

Lo anterior releva a la Sala del análisis del cargo formulado por el accionante que hace referencia al periodo constitucional del Fiscal General de la Nación.-

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

---

[68] *"Derecho Administrativo, Tomo II Organización Administrativa - Actos Administrativos".* Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires - Argentina. 1965. Pág. 396.

[69] Al respecto ver la providencia de 1º de octubre de 1992, Consejo de Estado – Sección Quinta, C.P. doctor Jorge Penen del Tieure, radicado N° 0676.-

DECLARASE la nulidad de los actos de elección y confirmación de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, como Fiscal General de la Nación, proferidos por la H. Corte Suprema de Justicia los días 1º y 14 de diciembre de 2010, respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.-

Cópiese, notifíquese a las partes, a los intervinientes y al Ministerio Público. Cúmplase. Ejecutoriada la presente providencia, archívense las diligencias.-

El presente fallo fue discutido y aprobado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sesión de la fecha ut supra.-

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN
Presidente.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

HERNAN ANDRADE RINCON
aclaración de voto

GERARDO ARENAS MONSALVE
salvamento de voto

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
aclaración de voto

HUGO F. BASTIDAS BARCENAS
salvamento de voto

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
salvamento de voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO
salvamento de voto

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ aclaración de voto

ENRIQUE GIL BOTERO
aclaración de voto

WILLIAM GIRALDO GIRALDO
aclaración de voto

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ
salvamento de voto

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH
salvamento de voto

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
salvamento de voto

MAURICIO TORRES CUERVO
aclaración de voto

OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

ALFONSO VARGAS RINCON

MARCO ANTONIO VELILLA MORERO
Impedido

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALBERTO YEPES BARREIRO
salvamento de voto

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.-
salvamento de voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veinte (20) de marzo dos mil doce (2012)

Con mi acostumbrado respeto frente a las decisiones de la Sala, aclaro mi voto en relación con la sentencia proferida el 6 de marzo de 2.012, en el proceso de la referencia –CP. Víctor Hernando Alvarado A.-, y expresaré, en los términos que siguen, las razones que me conducen a formular algunas precisiones a la decisión que compartí, por su apoyatura jurídica.

Antes de avanzar en la argumentación, recuérdese que mediante esta providencia se declaró la nulidad de la elección de la Fiscal General de la Nación, doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, como consecuencia del vicio en que incurrió la Corte Suprema de Justicia cuando realizó su designación.

Para llegar a esta conclusión la Sala resolvió los cargos de la demanda en el siguiente orden, frente a los cuales expresaré, a continuación, mi posición:

1. Falta de firma, por parte del Ministro del Interior, de la terna elaborada por el Presidente de la República.

En relación con la posible falta de firma, por parte del Ministro del Interior, de la terna elaborada por el Presidente de la República para elegir Fiscal General de la Nación, y que éste luego remitió a la Corte Suprema de Justicia, la Sala sostuvo que su integración no corresponde a una función que el Primer Mandatario ejerza en calidad de Jefe de Gobierno –en cuyo caso era necesario que el Ministro lo acompañara para expedir el acto

(art. 115 de la CP.[70])-, sino que actúa como Suprema Autoridad Administrativa, y que por eso bastaba su firma para integrarla –fls. 30, 32 y 33 de la sentencia-, posición con la que me mostré conforme, porque no cabe duda que la designación de un empleo público, o la participación en ello, tiene relación directa con la facultad de administrar una rama cualquiera del poder público.

Y aunque se podría replicar que la actuación del Presidente cuando actúa como Jefe de Estado o Jefe de Gobierno también hace parte de la función administrativa –como efectivamente lo es-, lo cierto es que la Constitución no ha distinguido de forma precisa y clara cada actuación suya según los tres roles mencionados -y ni siquiera la ley lo ha hecho-, de allí que la jurisprudencia ha tenido que asumir esta tarea. Pues, precisamente, comparto con la Sala la idea de que la función ejercida por el Presidente de la República, cuando inicia el proceso de designación del Fiscal General de la Nación, es la de Suprema Autoridad Administrativa.

2. La coexistencia irregular de dos ternas para elegir al Fiscal General de la Nación.

En relación a la coexistencia irregular de dos ternas para elegir al Fiscal General, la sentencia sostiene que el Presidente podía elaborar una nueva, aunque ya hubiera presentado otra, porque el hecho de ser integrante de ésta no crea derechos adquiridos a

---

[70] "Art. 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

"El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

"**Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente**, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

"Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendecias <sic>, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva." (Negrillas fuera de texto)

sus miembros; se trata de meras expectativas y por eso no se necesita consentimiento para cambiarla –fl. 42-.

Así mismo, consideró la Sala que se presentó una situación nueva: que pese a estar conformada la terna, trascurrió demasiado tiempo sin que la Corte Suprema de Justicia pudiera elegir al Fiscal, y no existiendo norma que regulara el tema, era necesario interpretar el problema para salir del caos que se había formado, de ahí la posibilidad de cambiarla, para resolver la dificultad institucional que se había creado –interinidad excesiva-, solución que compartieron el Presidente de la República y la Corte Suprema.

En mi criterio, la Sala también decidió correctamente este problema, porque ante un vacío institucional de esta magnitud los principios de la función pública y los generales del derecho exigen resolver las lagunas con ayuda suya, para crear el derecho que corrija los vacíos institucionales, y evite la destrucción orgánica de la Nación.

Por eso fue que a folio 39 -párrafo final- la Sala consideró -lo que constituye una regla general de entendimiento del tema- que el Presidente de la República no puede cambiar la terna, porque tan pronto la presenta pierde la competencia y no puede modificarla o sustituirla, pues a partir de este momento le corresponde a la Corte Suprema de Justicia ejercer su competencia electoral, encomendada por la Carta Política, de allí que, como principio general, una terna es inmodificable, para evitar que se defraude el proceso electoral mismo, con cambios intempestivos sólo justificados por el Presidente.

La anterior regla general, no obstante, admite algunas excepciones, que no provienen de una norma positiva, sino de la hermenéutica que acoge esta jurisprudencia: Ahora, extraordinariamente se puede modificar la terna, pero sólo para reemplazar al integrante retirado, en caso de: i) muerte, ii) renuncia o iii) inhabilidad sobreviniente. Claro está que en estos eventos el Presidente no queda facultado para reemplazar toda la terna, sino al integrante afectado por alguna de estas circunstancias.

Sin embargo, existe un supuesto adicional (iv), cuya valoración es de difícil apreciación, y necesita un acuerdo para que opere: Se trata de la imposibilidad de nombrar Fiscal de la terna integrada y que se conserva completa. Siguiendo con la regla general ya formulada, mientras ésta exista el Presidente no puede modificarla, pero si su destinatario, luego de votar, de cumplir con su obligación constitucional, definitivamente no puede eligir, y se

trata de una circunstancia repetitiva e indiscutida, entonces el Presidente puede reasumir la competencia para elaborar una nueva, pero con el consentimiento -expreso o tácito- del órgano que elige.

En conclusión, si la autoridad electora encuentra viable la terna, e intenta elegir de ella, el Presidente no puede cambiarla, hasta tanto aquél no consienta en ello.

De esta manera, una cosa es “no adquirir un derecho” –lo que le sucede a los integrantes de la terna- y otra que a la Corte Suprema de Justicia le cambien abruptamente la terna puesta a su consideración, y que se encuentra votando. En mi criterio –a diferencia de la Sala-, la perspectiva para la solución del tema debe considerar tanto el punto de vista de los integrantes de la misma como la situación de la Corte Suprema, quien tiene derecho a que no le modifiquen la que recibió, porque de admitirse esto se corre el riesgo de que se presente un “choques de trenes”, cuando el Presidente de la República influya indebidamente en la elección, tratando de cambiar la que aún se está votando, con posibilidades normales de elegir de entre ella a un Fiscal General de la Nación.

3. En relación con: i) la competencia de la Corte Suprema para votar sin 5 de sus integrantes, ii) la modificación de la manera entender cuáles eran las 2/3 partes de los integrantes, y iii) la convalidación de la elección, considero que el proyecto también resolvió correctamente los problemas planteados por el actor.

Sin embargo, en relación con la modificación que introdujo la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la forma de entender cuáles eran las 2/3 partes de los integrantes de la Corporación que podían elegir al Fiscal General de la Nación: si sobre 23 integrantes -el total de la Corporación- o sobre 18 -los que estaban posesionados en el cargo-, la Sala se opuso a que la Corte interpretara el art. 5 de su reglamento interno, por cuya virtud entendió que eran las 2/3 partes de los posesionados en el cargo –es decir, 18-, y no de los 23, porque esta comprensión modificó el reglamento interno.

Para apoyar esta conclusión consideró que se violaron los principios de confianza legítima, igualdad, seguridad jurídica y debido proceso, porque alterar la manera de elegir al Fiscal -a última hora- afecta estos principios.

No obstante, la precisión conceptual más significativa que procede hacer frente a la argumentación que me condujo a compartir la posición mayoritaria, consiste en aclarar que antes que violarse los principios mencionados, lo que la Corte Suprema de Justicia desconoció fue el principio de legalidad, que se representa, para el caso concreto, en la prohibición que tiene la administración –en este caso la Corte Suprema de Justicia ejercía esta función pública- de incurrir en la inderogabilidad singular de sus reglamentos, que es un principio preciso y propio del derecho administrativo, que explica, con rigor jurídico, el fenómeno que aconteció en este caso.

En efecto, esta teoría subsume parte de los anteriores principios en una regla propia ajustada a las circunstancias que la inspiraron, porque fue creada para supuestos como este, de manera que debería exponerse como razón primera para anular el acto administrativo de elección, en lugar de señalar que se vulneraron los derechos a la igualdad, el debido proceso, la confianza legítima y la seguridad jurídica.

En efecto, en el contexto del análisis que se viene realizando surge diáfanamente que lo desconocido, de manera directa y principal, fue el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, propio del derecho administrativo, teoría exacta que explica lo que aconteció en este caso, es decir: la inaplicación del reglamento interno de funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia, por la misma Corte Suprema, concretamente en la parte relacionada con el quórum decisorio para elegir al Fiscal General de la Nación.

Este vicio subsume y contiene a los anteriores porque la prohibición de inaplicar un reglamento, a un caso concreto, fue concebida por la doctrina alemana, luego la española, y posteriormente la colombiana, para supuestos como este, de allí que constituye la razón primera para anular el acto administrativo demandado.

En efecto, este principio consiste en que los reglamentos, que son actos administrativos generales, que tienen vocación de permanencia en el tiempo, y que se aplican a un número indeterminado de personas o supuestos, no pueden, mientras estén vigentes, dejar de aplicarse a un caso concreto -o hacerlo de manera diferente a lo que disponen-, porque en tal evento se lo deroga para un evento singular –es decir, único, aislado, ocasional, puntual- alterando su principio interno, que dispone que rige de forma idéntica, siempre.

Claro está que esto no se opone a que el reglamento se derogue, es decir, a que la autoridad que lo expide lo cambie o modifique por otro; sólo que debe hacerlo de manera igualmente general, y hacia el futuro, con la vocación de aplicarlo a todos los casos por venir que se presenten y se subsuman en él. De ninguna forma es admisible que el reglamento vigente se inaplique a un solo supuesto fáctico, porque actuar así trasluce la arbitrariedad de la administración, ya que en lugar de aplicar el reglamento vigente se modifica su texto, sin haberlo derogado o cambiado previamente, y de manera general, sólo para un caso concreto.

Bien lo tiene explicado el Profesor Eduardo García de Enterría, desde hace muchos años: "… la autoridad que ha dictado un reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular, excepcionar para un caso concreto la aplicación del reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa. Hasta aquí, el contenido de la regla en cuestión coincide con el ámbito del viejo principio legem patere quam ipse fecisti." –Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas. Madrid. Pág. 208-

La Corte Suprema de Justicia incurrió, precisamente, en esta prohibición, porque estando vigente el art. 5 de su reglamento –que exige para la elección del Fiscal General de la Nación una votación mínima de las dos terceras partes de los integrantes de la Corporación- pretendió inaplicarlo al caso concreto sin derogarlo, es decir, conservando su vigencia, sólo que en la elección que se viene analizando no regiría como dispone su tenor literal.

Esto vulneró el principio de legalidad, representado, en esta ocasión, en la regla contemplada en su propio reglamento interno –art. 5-, cuya vinculación tiene que imponerla, ahora, el Consejo de Estado.

Se insiste en que esto no se opone a que los reglamentos se puedan derogar por la misma autoridad que lo expidió, sólo que debe hacerlo de manera general –no particular-, hacia el futuro y para todos los casos o supuestos que se presenten; de ninguna forma para uno sólo, porque la actuación será arbitraria.

De allí que, considero –insisto- que más que violarse los principios de confianza legítima, igualdad, seguridad jurídica o debido proceso, lo que la Corte Suprema desconoció fue el

principio elaborado de manera especial para hacer respetar los reglamentos que dicta la propia administración. En sentido contrario, la modificación que hizo la Corte Suprema de Justicia no violó los principios de confianza legítima, igualdad, seguridad jurídica y debido proceso sino el artículo 5 de su reglamento, que es muy notorio. Entonces, ¿para qué sostener que se violaron otros principios, cuando primero se desconoció la norma interna, que era clara y precisa?

4. La regla de las 2/3 partes de 18 de los Magistrados elegidos y posesionados se aplicó sólo al final del proceso de elección, cuando llevaban muchos meses aplicando otro criterio: las 2/3 partes de los 23 integrantes.

En las páginas 71 a 72 la Sala sostiene que también se violó el derecho a la igualdad de los integrantes de la terna, porque la votación que se hizo para elegir al Fiscal General de la Nación, con las 2/3 partes de 18 de los Magistrados elegidos y posesionados, se aplicó sólo al final del proceso de elección, cuando llevaban muchos meses utilizando otro criterio: las 2/3 partes de los 23 integrantes.

En este caso, la Sala echa de menos 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."

En estricto rigor lógico, considero que este argumento no sola sobra sino que es contradictorio con lo expresado a lo largo de la providencia, porque es inconsistente e incoherente, ya que si la ilegalidad de la elección proviene de haberse aplicado una mayoría equivocada –en eso todos estamos de acuerdo-, ¿para qué sostener ahora que si la regla ilegal se hubiera aplicado desde el principio habría sido correcto el procedimiento empleado por la Corte Suprema de Justicia?

Lo anterior significa para mí –y estoy seguro que para la Sala- que aún si desde el principio de las votaciones la Corte hubiera aplicado la regla de las 2/3 partes de los Magistrados posesionados, también sería inaceptable ese criterio de validez de la elección, porque el vicio de ilegalidad, finalmente, no provino de allí –he ahí la importancia de haberse anulado el acto administrativo por la razón expuesta en el punto anterior, que es el único que confiere coherencia absoluta al argumento de ilegalidad- sino de haber entendido, precisamente, que las 2/3 parte podían tenerse en cuenta de esa manera,

cuando el art. 5 del reglamento interno señala, categóricamente, que esa mayoría era sobre los integrantes, estuvieran o no posesionados, estuvieran o no ocupadas las curules.

En este sentido, haber tenido en cuenta las 2/3 partes sobre los magistrados posesionados, bien que se hubiera hecho desde el principio de las votaciones o bien que lo hayan hecho al final, no modifica la ilegalidad del procedimiento, porque el art. 5 no se podía cambiar de contenido, para el caso concreto, en ningún momento del proceso de elección.

5. Se violó el derecho a la igualdad de uno de los integrantes de la terna porque la votación que se hizo con las 2/3 partes de 18 se aplicó a dos de los 3 integrantes.

En sentido similar al expuesto en el punto anterior, en la página 72 de la sentencia se afirma que también se violó el derecho a la igualdad de uno de los integrantes de la terna porque la votación que se hizo con las 2/3 partes de 18 se aplicó a dos de los 3 integrantes. Concretamente, expuso la Sala:

“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 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 (sic) participar en la dinámica electoral con sujeción a una nueva regla, (esto es, la oportunidad a que su nombre fuera considerado).”

En mi criterio este argumento también es inconsistente e ilógico, por las razones anotadas, esto es, porque si la ilegalidad proviene de haberse aplicado una mayoría equivocada, ¿para qué afirma nuevamente, e indirectamente, la Sala que si la hubieran aplicado a los 3 integrantes el procedimiento habría sido correcto?

En estos términos dejo aclarado mi voto.

ENRIQUE GIL BOTERO

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: GERARDO ARENAS MONSALVE

Con profundo respeto por la decisión mayoritaria, procedo a explicar las razones jurídicas que me llevaron, durante las deliberaciones de la Sala, a acoger los planteamientos de la ponencia original y, finalmente a votar en contra del proyecto de fallo acogido por la mayoría y que constituyó la sentencia en la cual se declaró la nulidad de la elección de la doctora Viviane Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación.

1. El primer cargo que contenía la demanda consistía en que la elección debía anularse porque la terna que emitió el Presidente de la República para la designación de Fiscal General sólo llevaba su firma y no estaba acompañada de la del ministro del ramo. A juicio del demandante dicha falencia hacía nula la elección, dado que la formulación de la terna resultaba "insuficiente para darle vida jurídica al acto anunciado", de conformidad con el artículo 115 de la Constitución.

Dicha norma establece que "[n]ingún acto del Presidente…tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente…". La norma exceptúa de esta regla, aparte del nombramiento y remoción de tales funcionarios, los actos del Presidente "expedidos en su calidad de jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa".

Tanto en la ponencia original, como en la sentencia aprobada por mayoría, el cargo se estimó insuficiente para invalidar la elección de la Fiscal General, pero en cada texto se señala una razón diferente para concluir que la potestad del Presidente no requiere intervención ministerial, y afirmar por lo tanto el rechazo del cargo.

En la ponencia original se indicaba que la elaboración de la terna para elegir Fiscal General constituye una "función electoral" del Presidente, "que le corresponde ejercer como una manifestación del diseño institucional y específicamente del principio democrático". Se indicaba que dicha función electoral fue "otorgada directamente a él por la Constitución, sin que ella pueda ser confundida con otras atribuciones que tiene el jefe del Ejecutivo".

Por su parte, la sentencia aprobada por la mayoría, indica que "al Presidente de la República le fue conferida, a título personal y por razón de su cargo, la potestad de conformar una terna con el objeto de que otra autoridad, en este caso la Corte Suprema de Justicia, adopte una decisión en relación con la elección del Fiscal General de la Nación", con lo cual parece coincidir con la tesis de la ponencia original. No obstante, más adelante señala el fallo mayoritario lo siguiente:

> “Al estar la administración pública relacionada con la organización y estructura del Estado, cuando el Presidente de la República participa en la elección del Director de la Fiscalía General de la Nación (entidad que hace parte de la Rama Judicial del poder público) actúa como Suprema Autoridad Administrativa. En efecto, al postular los tres candidatos, ejerce una competencia cuya finalidad es proveer el máximo cargo de dicha entidad, labor que es indispensable para la adecuada organización y funcionamiento de esta institución, que por lo demás, ejerce un papel trascendental dentro de la estructura del Estado y la sociedad misma” (Negrillas originales de la sentencia).

No comparto ninguna de las dos tesis expuestas para explicar la razón por la cual el Presidente elabora la terna para elegir Fiscal General sin intervención ministerial. En mi criterio, las funciones que la Constitución le fija al Presidente están necesariamente enmarcadas en una de las tres calidades que la misma Carta le reconoce: jefe de Estado, jefe de Gobierno o suprema autoridad administrativa.

De esos tres grandes tipos de funciones, las que el Presidente ejerce en su calidad de “Jefe de Gobierno” son las que requieren refrendación ministerial, y ello se explica por cuanto, conforme al mismo artículo 115 constitucional, el Gobierno Nacional está conformado por el Presidente, los ministros y los directores de departamento administrativo, de modo que, como lo destaca al final la misma norma, la participación de estos últimos funcionarios en los actos del Presidente los hace políticamente responsables.

Las funciones del Presidente como “suprema autoridad administrativa” son muy similares a las de Jefe de Gobierno, pues “son las dirigidas a mantener el funcionamiento normal de la administración pública” (Corte Constitucional, sentencia C-496/98). Se ha dicho al respecto que el Presidente “como suprema autoridad administrativa cuenta con la facultad constitucional de nombrar y separar libremente a sus ministros y jefes de departamento administrativo, así como a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y, en general, tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes…” (Corte Constitucional, sentencia C-1172/01).

La función que se estudia, es decir, la de elaborar la terna para elegir Fiscal General, no es entonces una función que corresponda al Presidente como “suprema autoridad administrativa”, porque en un régimen de separación de poderes no habría razón para que el Presidente intervenga, como autoridad administrativa, en la designación de un funcionario, como el Fiscal General, cuyo cargo no pertenece a la rama administrativa sino a la judicial, por expresa disposición constitucional (art. 249).

Queda, entonces una sola posibilidad: la de que el Presidente participe en dicha designación en su calidad de “Jefe de Estado”, que han sido definidas como “aquellas que denotan de manera clara la voluntad de la Nación de conformar una unidad política propia” (Corte Constitucional, sentencia C-496/98).

La calidad de “Jefe de Estado” que ostenta el Presidente de la República siempre se ha examinado desde el ángulo de las relaciones internacionales, como ocurre cuando nombra agentes diplomáticos, celebra tratados, dirige las operaciones de guerra, provee a la seguridad exterior de la República, etc. Sin embargo, no es usual examinar que, en realidad, el Presidente ostenta igualmente funciones de Jefe de Estado, tanto en relación con el contexto internacional de la Nación, como respecto del derecho interno.

Las funciones que desarrolla el Presidente en el derecho interno como “Jefe de Estado”, son entonces todas aquellas en las cuales su labor se relaciona con el concepto constitucional de que el Presidente “simboliza la unidad nacional” (C. P., art. 188), de forma que trasciende la función meramente gubernamental y administrativa.

Dentro de esta categoría se enmarcan, entonces, todas las actividades y funciones que desarrolla el Presidente por encima de su condición de jefe máximo de la administración, y que de otra manera no podría tener frente a otros órganos del poder público, como la rama judicial. Allí se enmarcan actividades y funciones como la elaboración de ternas para elegir magistrados de la Corte Constitucional, su participación en la elaboración de terna para elegir Procurador General, y, por supuesto, la de formular la terna para la elección del Fiscal General de la Nación. Caben allí, igualmente, otras actividades y funciones del Presidente frente a la Nación, como cuando condecora o exalta la labor de determinados ciudadanos por sus aportes al país, entrega premios o reconocimientos de origen público o privado, posesiona en sus cargos a los Magistrados de las Altas Cortes, etc., en las cuales la presencia del Presidente está en un lugar superior a su condición de jefe de gobierno o autoridad administrativa suprema y se pronuncia a nombre de la Nación, por encima de su proyecto político administrativo, por encima de diferencias políticas y más allá de sus funciones administrativas.

En este mismo sentido se comparte el criterio formulado en el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, del 28 de octubre de 2010, con ponencia del Consejero Enrique José Arboleda Perdomo, cuando señaló lo siguiente:

> “ (…)
>
> La facultad presidencial para postular terna de candidatos a la Fiscalía General de la Nación tiene como fuente jurídica exclusiva la Constitución Política.
>
> Corresponde al Presidente de la República la atribución de seleccionar y proponer candidatos a la Fiscalía General de la Nación. En los términos del artículo 249 de la Carta, es una competencia especial, que se confiere a título personal al Presidente de la República por razón de su cargo. El acto mediante el cual se formaliza la terna tiene valor y fuerza con su sola firma, sin necesidad de que “sea suscrito y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente” (artículo 115 C.P).
>
> De los textos constitucionales citados se deriva que el Presidente de la República elabora la terna dentro del ámbito de autonomía que le confiere su condición de jefe de Estado y cabeza de una de las ramas del poder público (artículo 113 C.P.). Condición reforzada en este caso si se observa que la autonomía para elaborar la terna se predica también del ámbito de autodeterminación personal del Presidente de la República debido a la singularidad de la facultad que en forma especial le atribuye el artículo 249 de la Constitución Política: “…El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República…” (Subrayas fuera del texto).

2. El segundo cargo de la demanda contra la elección de la Fiscal General consiste en señalar que el Presidente sólo está facultado para elaborar una sola terna, de modo que constituye desvío de poder el reemplazo de la terna inicial, por violar los artículos 29 y 249 de la Constitución. El demandante formuló al respecto dos cargos, de modo que tanto en la ponencia original como en la sentencia mayoritaria se estudiaron conjuntamente.

Ambas ponencias, igualmente, concluyeron –en mi criterio en forma acertada- que el cargo no estaba llamado a prosperar.

Sobre este punto, el presente salvamento de voto tiene el propósito de llamar la atención acerca de algunos argumentos de la sentencia mayoritaria, que no solamente se comparten plenamente, sino que si se hubiera aplicado la misma lógica que contienen, habrían concluido que el tercer cargo -que a la postre prosperó y permitió anular la elección de la señora Fiscal General- no estaba llamado a prosperar.

En efecto, la sentencia al estudiar este segundo cargo, recoge y examina los efectos de la situación verdaderamente excepcional que se presentó con la elección de Fiscal General entre los años 2009 y 2010. A manera de síntesis de esa situación, a continuación se presenta la secuencia cronológica de los hechos, plenamente acreditados en el proceso:

- Junio 16 de 2009: La Corte Suprema de Justicia solicita al Presidente enviar terna para la elección de Fiscal General.

- Julio 7 de 2009: El Presidente envía una terna integrada por los doctores María Rosa Virginia Uribe Betancur, Camilo Alfonso Ospina Bernal y Juan Ángel Palacio Hincapié.

- Octubre 13 de 2009: El candidato Juan Ángel Palacio Hincapié renuncia a la postulación.

- Octubre 26 de 2009: El Presidente de la República recompone la terna designando al doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

- Noviembre 26 de 2009: La doctora María Rosa Virginia Uribe Betancur renuncia a la terna. El Presidente postula a la doctora Margarita Leonor Cabello Blanco.

- Mayo 13 de 2010: Renuncia a la terna el doctor Camilo Ospina Bernal y es reemplazado por el doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego.

- Agosto 7 de 2010: Se inicia el período constitucional del Presidente Juan Manuel Santos.

- Septiembre 23 de 2010: En sesión extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema, el Presidente de la Corporación, ante las dificultades para lograr las mayorías requeridas para la elección de Fiscal General, insta a la Sala a “hacer un esfuerzo adicional” para concretar ese propósito, ante el inminente retiro por vencimiento de período de tres magistrados.

- Septiembre 27 de 2010: En sesión extraordinaria, con la participación de 20 magistrados, la Sala Plena de la Corte conformó tres grupos de trabajo para abordar el problema de la elección del Fiscal General.

- Octubre 7 de 2010: En Sala Plena de la Corte se efectúan votaciones sobre la terna postulada por el anterior Presidente de la República.

- Octubre 28 de 2010: A solicitud de Presidente, la Sala de Consulta del Consejo de Estado emite Concepto sobre la posibilidad de cambiar la terna para la elección del Fiscal General.

- Noviembre 5 de 2010: El Presidente pone a consideración de la Corte Suprema de Justicia una nueva terna integrada por los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

- Noviembre 23 de 2010: La Sala Plena de la Corte Suprema se declara en sesión permanente para buscar fórmulas que condujeran a la elección de Fiscal General.

- Noviembre 29 de 2010: Se reanuda la sesión de la Sala Plena de la Corte Suprema y se acordó votar en bloque las elecciones pendientes.

- Diciembre 1° de 2010: Se reanuda la sesión, con votaciones para elegir Fiscal General. El Presidente de la Corporación anunció que "se había agotado el procedimiento señalado en el Reglamento de la Corporación y que no se había logrado la elección". Surge la propuesta de "adoptar por única vez, el criterio de que las dos terceras partes de los votos (mayoría exigida por el Reglamento) se calculara no sobre los 23 magistrados que deben integrar la Corte Suprema de Justicia, sino sobre los 18 que actualmente la componen". Esa propuesta fue sometida a la Sala y aprobada por mayoría. Se procedió a votar y se declaró elegida, con 14 votos, a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación.

- Diciembre 14 de 2010: La Sala Plena de la Corte Suprema confirma la elección de la Fiscal General.

De este detallado recuento, pueden obtenerse dos conclusiones relevantes para los fines del análisis que se viene haciendo. Primero, que la situación excepcional surgida con la terna inicial implicó que el Presidente de la República posesionado el 7 de agosto de 2010 tuviera la posibilidad legítima de proceder a cambiar la terna ante la grave prolongación de interinidad en la elección de Fiscal General en propiedad. Segundo, que esa misma situación excepcional, implicó también la búsqueda de soluciones excepcionales en la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia con respecto a la interpretación de su propio Reglamento.

Con respecto a la primera situación, abordada en el cargo que se estudia, la sentencia mayoritaria concluyó que la situación excepcional constituyó –acertadamente como ya se expresó- que hubo razones suficientes para resolver esa situación excepcional por la vía de la formulación de una segunda terna.

Al respecto la sentencia señala que si bien en principio "no es dable considerar que el Presidente de la República puede cambiar de terna con plena discresionalidad", cuando se presente "una situación excepcional que se encuentre debidamente probada y que amerite el cambio de terna en aras del interés general", sí procede dicho cambio, caso en el cual el Presidente "debe exponer de manera clara y completa las razones que motivaron la decisión de sustituir la terna, sin que de ninguna manera puedan admitirse justificaciones arbitrarias o puramente subjetivas". Concluye que, en efecto, esa situación objetiva se presentó: "Transcurridas 13 Salas y varias votaciones sin que se hubiera logrado la eleción del Fiscal General de la Nación, el nuevo Primer Mandatario del Estado, motivado por el clamor nacional, la conveniencia institucional y el interés general; y apoyado en el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, presentó una nueva terna…".

Conforme al criterio de la sentencia, "la situación que se generó…obedeció al ejercicio de una facultad constitucional (no arbitraria), que consultó los fines de la norma, así como razones de conveniencia institucional y de interés público", aparte de que el Presidente "sustentó ampliamente su decisión". Para la Sala, la competencia del Presidente "no se agota sino hasta tanto se cumpla la finalidad constitucional, máxime cuando, como en este caso, diversas situaciones estaban prolongando una interinidad que afectaba la institucionalidad del Estado".

Se han citado, tanto la cronología de la situación excepcional presentada, como las argumentaciones de la sentencia mayoritaria, para mostrar que pese a que tales situaciones y razonamientos son reconocidos por el fallo para explicar el cambio de terna, son desconocidos, olvidados o abandonados a la hora de examinar el tercer cargo de la demanda, como se explica en el punto siguiente.

3. El tercer cargo de la demanda se centra en la incompleta integración de la Corte Suprema de Justicia para la elección del Fiscal General de la Nación. El demandante alegó violación del artículo 234 de la Constitución Política y algunas normas legales relativas a la integración y decisión en las corporaciones judiciales.

Del análisis del cargo, la sentencia mayoritaria concluyó que la Corte Suprema de Justicia había violado su propio Reglamento, al declarar elegida a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos en la sesión de su Sala Plena del 1° de diciembre de 2010, con 14 votos, con base en la interpretación del Reglamento que adoptó la Sala en la misma sesión, es decir, calculando la mayoría calificada sobre el número de integrantes reales de la Corporación (18 Magistrados) y no sobre el número de integrantes que legalmente tiene esa Corte (es decir, 23 Magistrados). Con base en esa consideración básica, la sentencia mayoritaria declaró la nulidad de la elección de la señora Fiscal General.

A continuación expongo las razones que me llevaron a considerar que no debió proceder la nulidad de la mencionada elección.

a) La ausencia de consideraciones en torno a la situación excepcional presentada en la elección de Fiscal General

La sentencia mayoritaria, pese al detallado análisis que efectuó para explicar las razones que justificaron jurídicamente la presentación por parte del Presidente de la República de una nueva terna, con base en la situación excepcional que se presentó en la Corte Suprema de Justicia en la elección del Fiscal General, omite toda consideración sobre tales circunstancias al examinar la decisión interpretativa de su Reglamento que efectuó la misma Corte.

Con otras palabras, la sentencia examina fuera de su contexto la decisión de la Corte Suprema de Justicia de interpretar su Reglamento de forma que fuera posible cumplir con el mandato constitucional de elegir Fiscal General de la Nación, dada la prolongada situación, por más de un año y medio, y dada la imposibilidad de obtener la mayoría de 18 votos prevista en la Reglamento, por ser una Corporación integrada por 23 Magistrados.

En efecto, aquí sí no hubo la consideración que se tuvo en cuenta en otra parte de la sentencia, de que había “una situación excepcional que se encuentre debidamente probada” para explicar el surgimiento de una solución que excediera la interpretación puramente literal de las normas.

En este asunto tampoco se consideró, como sí se hizo con la aceptación del cambio de terna, que la búsqueda de solución debía “exponer de manera clara y completa las razones que motivaron la decisión…sin que de ninguna manera puedan admitirse justificaciones arbitrarias o puramente subjetivas”, como se estimó respecto del Presidente con el cambio de la terna, pero dejó de estimarse

para examinar la legalidad de la decisión interpretativa de la Corte Suprema, pese a que las actas de las sesiones de esa Corte también demuestran que se expusieron los motivos de la crisis electoral, con razones objetivas como lo fueron la integración incompleta de la Corte Suprema por vencimiento del período de cinco Magistrados.

A la solución adoptada por la Corte Suprema de Justicia no se le reconoció, como sí se hizo respecto del problema de la terna, que "la situación que se generó…obedeció al ejercicio de una facultad constitucional (no arbitraria), que consultó los fines de la norma, así como razones de conveniencia institucional y de interés público".

Finalmente, tampoco se tuvo en cuenta que, al igual que la competencia del Presidente respecto de la terna, la de la Corte Suprema, siguiendo el mismo texto de la sentencia "no se agota sino hasta tanto se cumpla la finalidad constitucional, máxime cuando, como en este caso, diversas situaciones estaban prolongando una interinidad que afectaba la institucionalidad del Estado".

Lejos de todo eso, la sentencia concluye que la interpretación que efectuó la Corte "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 partes de sus integrantes (23). Por lo tanto, la Corporación violó las disposiciones en que debían fundarse los actos cuestionados".

Estimo, en consecuencia, que una interpretación debidamente contextualizada de las decisiones que tomó la Corte Suprema de Justicia, habría llevado a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a negar la nulidad de esta elección.

b) La negativa a reconocer validez a la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia a su Reglamento

Debo señalar, que en mi criterio en la sentencia mayoritaria no hay una sólida consideración en torno a la actividad interpretativa en el derecho en general, ni tampoco respecto de la facultad de la Corte Suprema, contenida en su propio Reglamento, de interpretar el mismo.

En efecto, desde un punto de vista general, se entiende que "interpretar" significa elegir entre los sentidos posibles del texto legal –partiendo por supuesto de su literalidad y sin violentarla- el que parezca más adecuado a la finalidad social para la cual fue dispuesta la norma respectiva.

Estamos ya en Colombia lejos de calificar la interpretación de las normas jurídicas como una actividad extraña y exótica, que se sale supuestamente del texto para hacer decir a la norma algo contrario a su contenido semántico. En ese sentido se decía peyorativamente que alguien en lugar de seguir el texto normativo, cometió el error de "interpretar". A esa visión contribuyó en el pasado –y aún en ocasiones hoy en día- una mala lectura de la norma de la Ley 153 de 1887 conforme a la cual, "cuando el texto de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". Gracias a los aportes que nos hace hoy la teoría jurídica, entendemos el valor de esa norma en su dimensión legítima: toda interpretación normativa comienza en el texto, pero habría que agregar que de ninguna manera se agota en él.

Cabe recordar aquí a Kelsen, quien en las frases finales de su Teoría Pura del Derecho señala: “La interpretación científico jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido ´´correcto´´. Se trata sólo de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente”[71]

La sentencia de la que me aparto sub-valora la interpretación que de manera excepcional efectuó la Corte Suprema de Justicia de su Reglamento, pues siempre se refiere a ella entre comillas, para significar que dicha interpretación no lo fue en realidad. Y expresamente señala que se trató de una verdadera modificación del Reglamento, y que como tal obviamente debía seguir los trámites que el mismo Reglamento establece.

En mi criterio, y en el contexto excepcional que la sentencia mayoritaria había considerado para una parte de su análisis pero que abandona para examinar este punto crucial, sí cabía la mentada interpretación, sin violentar el texto de la norma, como de forma autoritaria lo concluye la sentencia.

En efecto, si conforme a la norma del Reglamento la elección se realiza con el voto de las dos terceras partes de los “integrantes”, el sentido “normal” de esa expresión alude al número de integrantes que legalmente conforman la

Corporación, porque generalmente ese número coincide con el de integrantes reales de la misma, salvo alguna ausencia ocasionada en cualquier circunstancia. Pero en una situación “excepcional” –y está demostrado que la había al estar la Corte realmente integrada con 18 Magistrados de los 23 que debían integrarla-, independientemente de que se comparta o no la tesis, no puede negarse que está dotada de razonabilidad la idea de admitir en esa particular circunstancia que se pudieran considerar como “integrantes” los 18 Magistrados que efectivamente conformaban en ese momento la Corte Suprema de Justicia.

Si se hubiera admitido la razonabilidad de esta interpretación, que no es menos válida que la puramente literal que acogió la sentencia mayoritaria, se habría llegado a la conclusión de que la Corte Suprema de Justicia sí podía proponer esa interpretación, dado que expresamente su Reglamento la faculta para ellos.

c) Otros aspectos

La sentencia mayoritaria estimó, además, para negar validez a la interpretación que de su Reglamento efectuó la Corte Suprema de Justicia, que con esa decisión se “vulneró el principio de legalidad”, así como también “la seguridad jurídica”, “la confianza legítima” y “el principio de igualdad”.

Por su parte, la ponencia inicial contenía un interesante análisis de probabilidad matemática respecto de qué hubiera pasado si se hubiera mantenido la regla general de exigencia de 18 votos en una Corporación integrada realmente con 18 Magistrados, dadas las vacantes existentes al momento de la elección. De dicho análisis se desprende que en ese caso se estaría asistiendo al imperio o tiranía de las minorías, que impondrían un veto al frenar o impedir que se concrete lo que quiere decidir una mayoría significativa.

[71] Hans Kelsen: Teoría Pura del Derecho. Novena edición. Editorial Porrúa, Mexico, 1997, página 356.

En mi criterio personal, el respeto a los principios señalados se conservó plenamente con la interpretación que efectuó la Corte Suprema de su Reglamento.

No puede olvidarse, además, que por tratarse de una acción de naturaleza electoral, deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales a “elegir y ser elegido”. Con la sentencia de la que me aparto, se desconoció el derecho de la Corte Suprema de Justicia a cumplir su función electoral y adicionalmente se vulneró el derecho de la ciudadana a quien se anuló la elección, su “confianza legítima” a ser elegida conforme a un procedimiento establecido en el cual ella no incurrió en irregularidad alguna.

Por todas las razones indicadas, me aparto respetuosamente de la decisión mayoritaria que en este caso resolvió anular la elección.

GERARDO ARENAS MONSALVE

Fecha ut supra

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias, me permito exponer las razones por las que he debido salvar el voto frente a la decisión tomada en el presente asunto en relación con la prosperidad del tercer cargo de la demanda, que tiene que ver con la falta del quórum necesario para la elección del fiscal general de la nación.

Aunque respaldo las razones que llevaron a desestimar los cargos primero y segundo de la demanda, me permitiré también hacer algunas precisiones para simplemente reafirmar la decisión de la mayoría en este sentido. En consecuencia, antes de manifestar las razones por las que no comparto la nulidad del acto de elección demandado, expongo tales precisiones.

Algunas razones adicionales para reafirmar la decisión de denegar los dos primeros cargos de la demanda

- La terna no necesitaba más que la firma del presidente de la república

En relación con el primer cargo, esto es, que la terna debía estar suscrita por el presidente de la república y comunicada y firmada por un ministro, es cierto que tal exigencia no es necesaria en este caso, tal como lo concluyó la sentencia.

En todo caso, estimo pertinente agregar que la conformación de la terna para que la corte suprema de justicia elija al fiscal general de la nación es una función que puede fácilmente derivarse del hecho de que el presidente de la república tenga tanto la condición de ser jefe de estado como la de ser jefe de la administración.

Es más, creo que no necesariamente todas las funciones emanadas del presidente de la república como jefe de gobierno necesitan la firma adjunta de un ministro o de un jefe de departamento porque, de ser así, el gobierno podría quedar supeditado al ministro y no al presidente, lo que no se compadece con el régimen presidencial.

Si se miran bien las excepciones del artículo 115, resulta que son más numerosas que las funciones que sí requerirían de la firma del ministro. Así, de esa manera, la excepción resulta ser la regla general de la actuación del presidente de la república. Dicho artículo habla de que el gobierno nacional está formado por el presidente y los ministros y los directores de departamentos administrativos. Los artículos 200, 201 y 346, por ejemplo, aluden a los actos que cumple el gobierno nacional en relación con el congreso y con la rama judicial. Presentar un proyecto de ley y formular el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones son actos jurídicos propios del gobierno nacional y, por ende, sería necesario que los suscribieran tanto el presidente de la república como el ministro respectivo.

En cambio, el acto por en el que el presidente de la república conforma la terna para que se elija al fiscal general de la nación no requiere de la firma de ningún ministro porque es un acto autónomo, en el que presidente ejerce la calidad de jefe de estado o jefe de la administración, mas no es un acto del gobierno nacional propiamente dicho.

La persecución del delito, del mantenimiento de la seguridad ciudadana, la obligación de conservar el orden público, la fijación de políticas contra el crimen, etcétera, son, por ejemplo, deberes que el presidente de la república debe cumplir como jefe superior de la administración y como jefe de estado. De ahí se deriva el hecho de que la constitución prescriba que corresponde al presidente de la república constituir la terna para elegir fiscal general de la nación. De hecho, en otros países, el fiscal depende directamente del presidente de la república, lo que no es ninguna extrañeza.

Por tanto, no es cierto que el acto de conformación de la terna para esa dignidad requiriera de la firma de un ministro, además de la del presidente de la república. Por esto estuvo bien denegado este cargo.

- Modificaciones o cambios válidos de la terna en el curso de un proceso electoral

Al hilo de lo anterior (y en relación con el cargo 2 de la demanda), estoy completamente de acuerdo con que el presidente de la república pueda cambiar la terna para elegir fiscal si con eso se favorece la elección del fiscal o si se estima que los iniciales candidatos definitivamente no reúnen incluso condiciones morales —medidas subjetivamente por el propio presidente de la república— para acceder a tan vital e importante cargo. También pienso que la corte suprema de justicia puede rechazar una terna, verla inviable, por tener reserva moral respecto de uno o todos los candidatos[72]. De eso se trata el juego de los pesos y contrapesos entre los distintos poderes del estado.

[72] De hecho, el numeral 3° del artículo 10 del Acuerdo 006 de 2002 dice que la corte suprema de justicia debe elegir el fiscal "*previo estudio de los candidatos de la terna que envíe el Presidente de la República*" (se destaca).

Es totalmente obvio que los actos arbitrarios e injustos están proscritos por el ordenamiento jurídico y deben ser anulados o expulsados por las autoridades correspondientes. No se trata de decir en este salvamento que el presidente de la república o la corte suprema de justicia, caprichosamente, arbitrariamente, puedan cambiar la terna o rechazarla, según el caso. No. Se trata de autoridades públicas que deben actuar conforme con los principios generales del derecho. Pero resulta que la elección del fiscal general de la nación es un acto relativamente discrecional, pues a discreción del presidente se constituye una terna de candidatos y a discreción de la corte se escoge uno. Por ser un acto discrecional, de tipo complejo, en un momento dado es perfectamente posible, mientras no se haya elegido a alguien, cambiar uno o todos los integrantes si razonablemente así lo indican las circunstancias.

De modo que —ante el hecho inocultable de que hubo cambio de presidente de la república en el curso de la elección de fiscal general de la nación y de que las ternas enviadas por el anterior presidente no producían resultados— era perfectamente procedente que el nuevo presidente ejerciera la competencia discrecional para rehacer o reconfigurar la terna con nuevos miembros.

Vale decir que la terna es una parte del acto jurídico complejo que constituye la elección del fiscal general de la nación. La terna es un acto intermedio que por si mismo no confiere derechos subjetivos y definitivos a ninguno de los ternados. Si hay buenas razones, razones de estado, razones morales, razones de evidente ineptitud, la corte suprema de justicia puede rechazar total o parcialmente a los candidatos y el presidente de la república puede cambiarlos. La Constitución Política quiere que haya un dialogo, un trabajo armónico, entre el presidente y la corte para elegir fiscal, que es el funcionario encargado de combatir el delito, el hampa, las mafias.

Se insiste: no se trata de ver el espectáculo deprimente de una corte peleando con el presidente de la república ni del presidente poniéndole zancadillas a la corte. En un país políticamente maduro, se supone que eso no puede suceder. Sí puede

suceder que ambos poderes razonablemente intenten escoger el mejor candidato y que para eso sea necesario hasta cambiar el nombre de los ternados.

Las anteriores precisiones sólo para respaldar la decisión de denegar los cargos primero y segundo de la demanda, que versan sobre la terna y la competencia para cambiarla o rechazarla.

De las razones del salvamento de voto frente al cargo que prosperó, esto es, el quórum para elegir al fiscal general de la nación

En términos generales, compartía la ponencia inicial que denegaba las pretensiones de la demanda y mantenía la legalidad del acto administrativo relacionado con la elección de la señora Viviane Aleyda Morales Hoyos como fiscal general de la nación.

En la sesión de la sala plena en que se rechazó la ponencia inicial, dije que el caso me parecía difícil porque son plausibles las razones para sostener la tesis de que hay que anular el acto de elección proferido por la corte suprema de justicia, pero son plausibles también las razones por las que se defiende la validez de ese acto. Pero que como había que decidir, me inclinaba por la tesis que ratificaba la legalidad del acto de elección, pues no encontraba finalmente razones contundentes para anularlo.

En efecto, soy de los que piensan que el acto administrativo nace siempre con presunción de legalidad y que las dudas deben resolverse a favor de la preservación del acto jurídico acusado porque eso fortalece dicha presunción y la legitimidad de las autoridades públicas. De hecho, este pensamiento no es algo aislado, pues responde al principio general de interpretación favor acti. Una cosa es que el vicio sea tan protuberante al punto que no haya duda de que deba anularse el acto administrativo. Otra cosa, empero, es que el vicio no aparezca del todo claro y, ante eso, el juez administrativo debe privilegiar la legalidad del acto

para justamente rodear de certeza y seguridad jurídica la actividad de la administración y preservar así la decisión.

Estimo que todos los reglamentos son objeto de interpretación, máxime cuando se trata de una interpretación conforme con principios generales valiosos y según las circunstancias fácticas especiales que ameritarían una interpretación puntual de alguna norma del reglamento. El reglamento es una ley. Una ley menor, pero ley. Las leyes son objeto de interpretación, los reglamentos también. De hecho, el numeral 24 del artículo 10 del reglamento de la corte suprema de justicia dice que corresponde a ese organismo interpretar su propio reglamento.

La facultad de la corte para darse su propio reglamento incluye forzosamente la potestad de interpretarlo. Sería inane que la corte, como cualquier otro órgano o autoridad, estuviera limitada a aplicar mecánicamente el reglamento, sin considerar las circunstancias especiales de cada caso, como un organismo automático y sin inteligencia propia. Ninguna instancia de la administración actúa ni debe actuar así.

La discusión, en el caso concreto, se presentó respecto de la mayoría necesaria para la elección del fiscal general de la nación, pues habían dos posibles y razonables interpretaciones. La primera, que la mayoría cualificada debía calcularse sobre el número de magistrados que conforman la corporación (16 de 23 magistrados). La segunda, que la mayoría debía calcularse sobre el número de magistrados efectivamente posesionados (12 de 18 magistrados). Esta encrucijada no era fruto del capricho de los magistrados ni respondía a simples veleidades internas del órgano. La situación se daba porque la corte había intentado durante más de un año y medio hacer la elección con base en la mayoría tradicional de 16 votos y debido, entre otros hechos, a un quórum deficitario no podía sacar adelante la elección.

Ya con una nueva terna, la que finalmente presentó el nuevo presidente de la república, y después de examinar cada una de las posturas, la corte interpretó y decidió que, para facilitar la elección —y por esa sola vez—, las dos terceras

partes debían calcularse sobre el número de magistrados que la integraban, pero sin contar las vacantes que estuvieran pendientes por proveer, esto es, los posesionados: 18 magistrados.

En efecto, al momento de la elección del fiscal general de la nación, la corte suprema de justicia estaba realmente compuesta por 18 miembros, habida cuenta de las vacantes existentes. De interpretarse que la única vía era la reforma del reglamento para bajar o disminuir el número de votos necesarios para elegir fiscal general de la nación, según la integración real y no la integración formal, todavía estuviéramos quizá esperando la elección porque la reforma al reglamento hubiera necesitado una mayoría cualificada de votos: 16.

Que hubiese sido preferible llenar las vacantes primero hasta alcanzar el número de 23 magistrados, que es el número de miembros de la corte. Esta solución también resultaba dilatoria, puesto que, por un lado, era evidente que el país reclamaba la inmediata elección del fiscal y, por otro, la elección de los 5 magistrados restantes habría tomado meses, con lo cual se debilitaba más la institucionalidad inmersa en la elección del fiscal general de la nación.

En cambio, la interpretación del artículo 5 en el sentido de que los integrantes de la corte serían sin contar las vacantes y de ahí derivar la mayoría de las dos terceras partes, me parece una solución acorde con el principio de las mayorías y conforme con las circunstancias por las que atravesaba la corte suprema de justicia y el país entero, que, insisto, reclamaba la urgente presencia de un fiscal general de la nación.

Sí, si es importante este último elemento. No puede ser que la sociedad quede expuesta al crimen, al hampa, a la delincuencia común y a la delincuencia organizada, la de cuello sucio, que te quita el reloj en la calle, la de cuello blanco, que te quita hasta la dignidad, mientras la autoridad que elige el fiscal, el funcionario que combate la delincuencia, se enredaba en un problema reglamentario, teniendo una interpretación válida a la mano y la competencia para hacerlo.

Lo ideal hubiese sido que la corte suprema de justicia hubiera podido reformar el propio reglamento, pero el artículo 5 de ese estatuto señala que aún para modificarlo se requieren las dos terceras partes de los integrantes. Luego, la corte se vio envuelta en lo que se conoce como un círculo vicioso. La pretensión de reformar el reglamento solo agrandaba el problema. Si no había mayoría para elegir tampoco había mayoría para reformar el reglamento.

Esperar una reforma al reglamento no era una salida que se viera acorde con las circunstancias que vivía el órgano encargado de elegir al fiscal. La salida más adecuada era interpretar el reglamento para que la mayoría se calculara a partir de los miembros que en ese momento integraban la corte, pues eso facilitaba la elección.

No dudo, entonces, que la interpretación que hizo la corte sea legal, constitucional. Sin duda, era la más conveniente. No puede calificarse como contraria a las normas en que debería fundarse el acto de elección ni contraria a los principios de legalidad, confianza legítima y de seguridad y certeza jurídica.

Es cierto que los integrantes de la terna esperaban que el procedimiento de elección se llevara a cabo conforme con las reglas de mayoría que venía aplicando la corte, pero también lo es que la corte debía buscar soluciones razonables para elegir, a pesar de que no estaba conformada por los 23 magistrados que determina la ley. La nueva interpretación que se dio se aplicaba a todos los integrantes de la terna. Luego, ningún derecho subjetivo fue violado.

Ahora bien, en la sentencia se dice que la "sociedad en general" también tenía interés en que la elección del fiscal se hiciera conforme con las reglas previamente definidas por la corte. Y que como así no se hizo se violaron los principios de legalidad, seguridad jurídica, confianza legítima, en fin[73]. El hecho es que la corte

[73] En la página 71 de la sentencia se dijo que: "*… dada la actuación reiterada de dicha Corporación* (la corte) *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 destinatarios que asumen en 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 de Derecho*."

hizo la elección conforme una interpretación del reglamento que en su momento se miró válida por la propia corte y ahora por los magistrados que salvamos el voto. La sentencia no es contundente ni clara en identificar la forma en que se presentó la violación de esos principios.

En efecto, conviene resaltar que la sentencia es contradictoria porque sostiene, por una parte, que los candidatos enlistados en las distintas ternas nunca tuvieron derechos adquiridos, que solamente tenían meras expectativas. Pero, por otra parte, termina diciendo que la interpretación del reglamento que hizo la corte violó derechos subjetivos como el de la igualdad y el de la confianza legítima. Vale la pena recordar que esta es una acción de nulidad simple. No se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la sentencia razona largamente como si se tratara de defender derechos subjetivos que inicialmente dijo que no existían.

Tampoco es consistente la alusión de la violación de unos supuestos derechos de la sociedad en general. De ninguna manera existe en el proceso un referente más o menos identificable sobre el personero de esos derechos ni cuáles son en concreto los que se pretende defender. Si se trata, por ejemplo, de derechos colectivos, para eso está la acción popular, que no fue la que aquí se ventiló. Si se tratara de derechos predicables de un conjunto de personas, para eso está la acción de grupo. Creo que la sentencia se extravía en esto de la defensa de la sociedad en general para justificar que simplemente no quiere aceptar como válida la interpretación razonable que hizo la corte del reglamento.

No desconozco que existían normas que señalaban el número de integrantes de la corte suprema de justicia y que, además, determinaban la mayoría necesaria para la elección del fiscal general de la nación. Pero también es cierto que la potestad de interpretación permitía que, para ese caso puntual, la corte calculara la mayoría sobre 18 magistrados y no sobre 23, debido a las circunstancias especiales que, repito, habían impedido hasta ese momento la elección de fiscal.

No obstante, lo que realmente ha debido importar es que, a pesar de la interpretación especial del reglamento, la elección se hizo con el voto de la mayoría y eso preservaba la presunción de legalidad del acto de elección.

Por igual, considero que las razones que sirvieron para respaldar la sustitución de la terna también sirven para defender las razones que tuvo la corte suprema de justicia para interpretar su propio reglamento y establecer que la mayoría necesaria para elegir fiscal se entendería frente a los magistrados efectivamente posesionados.

En varias partes de la sentencia se alude a que la sustitución de la terna "obedeció al ejercicio de una facultad constitucional (no arbitraria), que consultó los fines de la norma así como razones de conveniencia institucional y de interés público (la interinidad se había prolongado mucho tiempo y la Corte no elegía Fiscal)"[74].

Es decir, inicialmente la mayoría avaló la sustitución de la terna, por las razones circunstanciales que atravesaba esa elección, pero calificó de ilegal la facultad de interpretación que ejerció la corte, a pesar de que la finalidad tanto en el cambio de la terna como en el cambio de interpretación de la regla era la misma: facilitar la elección del fiscal, pues eran notorias e incuestionables las difíciles situaciones que en ese momento vivía el país frente a la interinidad de ese importe órgano. He ahí una gran contradicción argumentativa.

Insisto, la elección del fiscal general de la nación no es una cuestión de poca monta. Se trata, nada más y nada menos, del funcionario encargado de dirigir la política criminal del país. El problema, por ende, precisaba de grandes soluciones.

Contra lo expuesto en la sentencia, estimo que el reglamento de la corte no se reformó. La mayoría de la sala plena de la corte suprema de justicia interpretó el artículo 5º del reglamento y de ese hecho se dejó constancia en el acta respectiva. El acta del 1º de diciembre de 2010, que reproduce la sentencia, dice que la

---

[74] Página 41 de la sentencia.

mayoría de sala plena de la corte suprema de justicia acogió la propuesta de interpretar el reglamento y aceptó que la mayoría para elegir el fiscal general de la nación debía calcularse sobre 18 magistrados y no sobre 23[75].

Luego, no hubo el acto de reforma que censura la sentencia de la que me separo, contra toda evidencia.

En el procedimiento de elección tampoco se vulneró el derecho a la igualdad por el hecho de que en la última votación sólo se sometieron a consideración los nombres de los señores Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Viviane Aleyda Morales Hoyos, pero no se incluyó el nombre del señor Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

A mi juicio, ese hecho no trae per se la violación del derecho a la igualdad, pues en ese tipo de procedimientos electorales es legal que se opte por incluir sólo los nombres de las personas que hubiesen obtenido las mayores votaciones. Esa fórmula electoral es comúnmente adoptada para que se produzca la elección, en los casos en que ningún candidato ha obtenido la mayoría necesaria.

Considero que, en todo caso, la violación del derecho a la igualdad debió invocarla el afectado, esto es, alguno de los integrantes de la terna que estimara que no se le permitió participar en el procedimiento de elección en igualdad de condiciones. Pero la sentencia no podía protegerse el derecho a la igualdad que nadie estimó violado ni amenazado y cuya violación o amenaza nunca se probaron.

Es más, el demandante nunca pudo señalar con nitidez la acusación contra el acto acusado, pues ni siquiera invocó como vulnerado el reglamento de la corte suprema de justicia. En rigor, este solo hecho ha debido servir para denegar las pretensiones.

---

[75] Páginas 56 y 57 de la sentencia.

Por cierto, la sentencia debía tocar el tema del periodo del fiscal, pues este tema sí se planteó en la demanda. La lógica de las demandas de nulidad dice que el juez, si encuentra fundado uno de los cargos hechos por el demandante contra el acto acusado, declarará la invalidez del acto con base en ese cargo y no estudiará los cargos o acusaciones que no prosperan. Es obvio: ¿para qué estudiar un cargo cuya conclusión será “no prospera” si enseguida se va a estudiar otro cuya conclusión será “sí prospera” y, por ende, declárese la nulidad del acto? Otra cosa sucede cuando ninguna de las acusaciones prospera: el juez debe estudiarlas todas.

Eso no sucedió en este caso. En rigor, ha debido solo estudiarse el cargo que prosperó. Pero se estudiaron otros que no prosperaron, salvo el del periodo del fiscal.

Las anteriores son las razones del salvamento de voto, pues creo que tampoco debió prosperar el tercer cargo de la demanda.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Fecha ut supra

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Con el acostumbrado respeto me permito aclarar voto a la decisión adoptada por la Sala Plena de esta Corporación en la providencia de fecha 6 de marzo de 2012, por las siguientes razones:

Consta en el proceso que, a solicitud del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, formulada el 16 de junio de 2009, el Presidente de la República, el 7 de julio de ese año presentó una terna para la elección de Fiscal General de la Nación, compuesta por los doctores María Rosa Virginia Uribe, Camilo Alfonso de Jesús Ospina y Juan Ángel Palacio Hincapié. Esa terna, inicialmente presentada a instancias de la Corte Suprema de Justicia, fue recompuesta, atendiendo a diferentes razones, por el Presidente de la República, quedando finalmente conformada por los doctores Margarita Cabello, Marco Antonio Velilla y Jorge Aníbal Gómez.

Para obviar dificultades relacionadas con la elección del Fiscal General de la Nación, presentadas en la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la República elevó consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, corporación que lo emitió el 28 de octubre de 2010, fijando, de algún modo, los alcances del artículo 249 de la Constitución Política en lo que se refiere a la competencia del Presidente de la República para elaborar y enviar a la Corte Suprema de Justicia la terna para la elección del Fiscal General de la Nación. Dicha regla constitucional de competencia, a mi juicio, no es susceptible de ser enmarcada por un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Con base en ese concepto el Presidente de la República, sin previa solicitud de la Corte Suprema de Justicia, que es lo acostumbrado, conformó y envió una nueva terna conformada por los doctores Viviane Morales, Juan Carlos Esguerra y Carlos Gustavo Arrieta, de la cual resultó la primera electa como Fiscal General de la Nación.

A mi juicio esa facultad del Presidente de la República no es absoluta, máxime cuando ya había elaborado y enviado una terna, que sustituyó en circunstancias discutibles, puesto que el hecho de estar incluidos un una terna creó en favor de los doctores Marco Antonio Velilla, Margarita Cabello y Jorge Aníbal Gómez, una situación jurídica de carácter particular y concreto, derivada de un acto

administrativo, que solo podía ser revocado observando las limitaciones plasmadas en el inciso primero del artículo 73 del C.C.A.

La mencionada situación jurídica de carácter particular y concreto devino de la situación de ternado, que confería a tres personas la vocación de ser elegidos para el cargo de Fiscal General de la Nación.

El acto de conformación de la terna, que llamaremos inicial, al ser integrada una segunda terna, fue revocado sin sujeción a la aludida norma.

Fecha ut supra,

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Respetuosamente disiento de la posición mayoritaria de la Sala plena del Consejo de Estado que decidió la acción electoral formulada en contra de la elección de la señora Fiscal General de la Nación, Doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, al declarar la prosperidad del cuarto cargo de la demanda, tercero de la sentencia, referido a la incompleta integración de la Corte Suprema de Justicia para la elección de la Fiscal General de la Nación, por desconocimiento de los artículos 234 de la Constitución Política, 62 del Decreto Ley 250 de 1970 y 1 del Decreto 1660 de 1978, y de los Decretos 9012 de 1969 y 3272 de 1985.

Fundamentalmente disiento de la sentencia aprobada en relación con la argumentación esgrimida respecto al cargo referente a la integración de la Corte Suprema para cumplir su función electoral y la interpretación que la misma Corporación hizo de su reglamento., en cuanto a la definición de integrantes que se hace en el proveído y en cuanto al período del Fiscal general de la Nación sobre el cual no se pronunció la sentencia.

1. Sobre el reglamento de la Corte Suprema de Justicia y su integración.

Considera el actor que la Corte Suprema de Justicia estaba desintegrada cuando hizo la elección de la Fiscal general de la Naciòn al no estar constituida por los 23 miembros que exige la Ley 270 de 1996. Dice que la Corte a la que alude el artículo 234 de la Constitución Política es aquella que funciona con 23 Magistrados que la componen y agrega que no se puede estar integrada con un número menor de magistrados ni tampoco con un número par. El cargo se fundamenta en la falta de competencia de la Corte para elegir Fiscal General, por la falta absoluta de cinco de sus miembros.

Sobre este punto es preciso advertir que la competencia de la Corte para elegir fiscal se deriva precisamente del artículo 249 superior que le asigna directamente esa función sin establecer requisito alguno para cumplirla, razón por la cual la competencia no deviene del número de sus integrantes sino de la función constitucional asignada.

Se argumenta en la sentencia, que en el presente asunto la decisión de "interpretar" el reglamento de la Corporación con el objeto de considerar que la mayoría calificada requerida para elegir al Fiscal General de la Nación, debía considerarse sobre un numero de 18 Magistrados, vulneró los principios de confianza legitima y seguridad jurídica, así como los derechos a la igualdad y al debido proceso, en la medida en que de acuerdo con la regla de las mayorías que la Corte venia aplicando para elección de autoridades, la votación exigía 16 votos, es decir las dos terceras partes de los miembros de la Corporación (23), que fue como inició el proceso de elección con la primera terna enviada por el anterior Presidente de la República, regla que dice el proveído, la sociedad esperaba que se siguiera aplicando en el proceso de elección de todos los ternados.

Sobre este particular considero que la Corte Suprema de Justicia no se equivocó en la interpretación que hizo de su propio reglamento, si se analiza el contexto de las elecciones que se venían adelantando y ante la necesidad de preservar el principio de mayorías calificadas en una Corporación que para dicho momento estaba conformada por un número precario de Magistrados (18), lo que implicaba que sólo con tres de ellos –minoría- se hacía imposible la elección.

Al respecto, debe anotarse que efectivamente tal como lo venía aplicando la H. Corte Suprema de Justicia, se realizaron muchas sesiones para tratar de elegir al nuevo Fiscal general, y después de año y medio de desgaste judicial,

administrativo, económico, sin obtener resultados positivos del proceso de elección se generó para el país un estado de incertidumbre, inseguridad jurídica, desconfianza en el desarrollo de los procesos y malestar general por la imposibilidad de contar con un funcionario que ejerciera en propiedad la funciones asignadas a un ente de la envergadura e importancia para el país, como si el ordenamiento legal estuviera petrificado.

Con el fin de garantizarle al país y a la sociedad en general un fiscal en propiedad que garantice procesos firmes, que desarrolle con seguridad los planes y programas de la entidad y que le proporcione a la sociedad tranquilidad, la Corte Suprema en desarrollo de las funciones propias asignadas en el Reglamento interno de la Corporación, Acuerdo 006 de 2002, inició la sesión el día 23 de noviembre de 2010, planteando precisamente la discusión sobre las reglas contenidas en dicho Acuerdo, que hicieran viable y expedita la elección de Fiscal. Igualmente en desarrollo de su función judicial, como la que ejerce cualquier juez de la República, la discusión llevó a considerar una diferente interpretación sobre la regla de las mayorías para efectos de las elecciones agendadas para el día, entre ellas la de Fiscal General.

No puede desconocerse que la labor interpretativa del juez, se ejerce permanentemente en el cumplimiento de sus funciones y que en dicha labor desde luego constituyen soporte la carta magna, la ley, los reglamentos sobre los cuales se hace el análisis de juridicidad, que le permiten al fallador desentrañar, desatar, decidir los casos que se someten a su consideración. Ello es tan cierto que en un mismo caso un juez puede optar por una interpretación de la norma y otro decidir bajo su propio criterio apartándose de lo que ha dicho el primero, considerando diferentes circunstancias para llegar a un fallo final.

Pues bien la Corte Suprema en el asunto en referencia, no actuó de manera arbitraria, ni sorpresiva como se pretende en la sentencia , pues como se observa de los folios del expediente, de las actas de las diferentes sesiones realizadas con el fin de elegir Fiscal, y de lo decidido en la sesión del 23 de noviembre no solo tuvo en cuenta el tiempo transcurrido sin un fiscal en propiedad, el malestar general causado en la sociedad ante la ausencia de elección, el efecto nocivo de tener un fiscal provisional que no puede tomar todas las decisiones que se requieran, sino que advirtiendo estas circunstancias sometió a estudio el Reglamento de la Corporación, con el fin de dar un efecto útil a la regla de las mayorías para la referida elección.

De dicho análisis, estudio y discusión, de lo cual dan cuenta las actas, se concluye que se sometió a votación la decisión de la sala de tomar como regla para la votación , “ las dos terceras partes de los magistrados integrantes de la Corporación en dicho momento, lo cual suponía tener en cuenta la realidad de la Corporación, esto es que en la fecha, estaban elegidos y actuando 18 Magistrados y no 23. De tal manera que las dos terceras partes de esta realidad permitieran desentrabar un proceso que ya le costaba al estado año y medio de indefinición. Y fue así como la decisión de modificar esta regla se sometió a votación en la Corporación, igualmente con la realidad de magistrados actuantes, 18, y se obtuvo una votación de 13 a favor de interpretar el reglamento en el aparte de la mayoría calificada para la elección y 5 votos en contra, decisión con la cual se procedió a las elecciones convocadas, por respeto a una votación en la cual la regla de la mayoría también se aplicó. Siendo esa la decisión de la Corporación, se inició la elección de la Fiscal y de los Magistrados faltantes para integrar la Corporación. Para lo que nos atañe en este asunto, la persona elegida como Fiscal General, obtuvo una votación de 14, superando en dos votos el número exigido correspondiente a las dos terceras partes de los Magistrados elegidos y actuantes en la Corte.

Resulta entonces que sometida a votación la interpretación del artículo 5 del Acuerdo 006 de 2002, por voluntad de la mayoría de los Magistrados de la Corte, y con el fin de solucionar un tema agobiante para el país, la sentencia considera que se viola la confianza, la seguridad jurídica, el debido proceso y la igualdad. Pero me pregunto, qué es mas cuestionante que el país se viera sometido a otro largo período sin fiscal, con procesos en curso, sin definición, No es esto inseguridad para el país? No está por encima de los intereses particulares de los ternados o de los mismos votantes de la Corte, el interés nacional, la seguridad para el país, la conveniencia jurídica, social y política para definir un cargo de tal importancia para el estado colombiano? Cómo puede considerase que hubo violación del reglamento por parte de la Corte, si es que la situación del país ameritaba un análisis especial del reglamento de la Corte, el cual concluyó con una votación mayoritaria, como lo anoté, para optar por la regla de las dos terceras partes sobre una mayoría existente de magistrados, calificada y actuante, miembros que ostentaban la investidura de magistrados y que en forma efectiva integraban en dicha oportunidad la Corporación. No puede exigirse una mayoría sobre un número de magistrados que no existen, que no integran la Corporación, que están por elegirse. En efecto la Corte señaló que se entenderían como

“integrantes de la Corporación”, los miembros que ostentaran la investidura de magistrados y que en forma efectiva componían en ese momento la institución.

Nótese que la sentencia aprobada de la cual me separo, optó por una forma de interpretación novedosa y parcial pues como se evidencia, la interpretación tendiente a materializar los principios, los valores, el fin último, etc., sólo se tuvo en cuenta para desarrollar la intención del demandante, pero rápidamente se abandonó cuando se juzgó la interpretación que de la norma reglamentaria hizo la Corte Suprema de Justicia, porque el sistema hermenéutico que se empleó para resolver el “supuesto cargo” para nada consideró ni consultó esos mismos principios, valores o fines del precepto, le bastó a la mayoría hacer una lectura literal de la norma del reglamento, para concluir que aquella no era susceptible de interpretación, pues i) su texto es diáfano y ii) siempre se ha entendido que el término “integrantes de la Corporación”, en el caso de la Corte Suprema de Justicia está referido a los 23 magistrados a los que alude el artículo 15 de la Ley 270 de 1996.

Por ello, resulta contradictoria la sentencia, pues advierte que es connatural a la labor que ejerce la Corte Suprema de Justicia interpretar su propio reglamento para fijar su alcance, pero al tiempo afirma que dicha normativa no establece la posibilidad de ser interpretada, además de que su texto da a entender que para que proceda la interpretación es necesario exponer razonadamente las motivaciones y sujetarse a la norma interna, lo cual no se explica ni se sustenta.

En esta forma sobra anotar nuevamente que el reglamento fue interpretado y no reformado. Interpretar en sentido amplio es conocer, comprender el sentido de una determinada regulación o precepto para ser aplicado, por lo general, a un caso concreto. Es un proceso lógico para poder concretar su contenido, que no puede ser confundido con la modificación, el cambio, la sustitución, pues la interpretación no modifica, no cambia, no sustituye el objeto que es interpretado; éste se mantiene, pero su inteligencia, según las circunstancias que originen la interpretación puede variar, acorde con el contexto especial en donde aquella ha de aplicarse.

En teoría del derecho se admite que las disposiciones pueden ser objeto de interpretaciones, a partir de la indeterminación que puede darse en su contenido o partes de él, porque aquellas no siempre tienen un sentido unívoco o, porque a pesar de tenerlo, un caso concreto exige una exégesis diferente por las

circunstancias que lo rodean. Y fue, precisamente, este aspecto el que dejó de analizar la providencia de la que disiento, dado que se quedó con el supuesto de la claridad del precepto interpretado, para desconocer, que la interpretación también es posible cuando las circunstancias de un caso determinado exigen del juez o de los intérpretes, un razonamiento diverso. En el caso en análisis, el cumplimiento de una función constitucional por la falta absoluta de varios de los miembros que componen el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, estaba llamada al fracaso.

En ese sentido, corresponde al juez o intérprete desentrañar el significado o el sentido de precepto objeto de interpretación, bien con un efecto general –juez constitucional- o para un caso concreto –juez ordinario, intérprete, doctrinante, etc.- haciendo uso, entro otros, de los métodos clásicos de interpretación; i) histórico; ii) gramatical; (iii) lógico y (iv) sistemático, o como algunos que contemporáneamente están en boga y que buscan hacer efectivos los principios y valores constitucionales o los que hablan de una interpretación conforme a la Constitución, estos dos juicios, en últimas, tienen la misma finalidad: hacer realizable la Constitución. (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-450 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao, entre otras.)
Bajo esa idea, se ha debido entender que la compresión que acogió la mayoría de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de su normativa interna, fue aquella según la cual la regla de las mayorías, en el caso de las elecciones que en ese momento tenía que afrontar la Corporación, debía entenderse a partir de quienes efectivamente eran miembros o hacían parte del órgano colegiado.

Este entendimiento del reglamento tuvo como fundamento y sustento, el acaecimiento fatal de un hecho atípico en un cuerpo colegiado como la Corte Suprema de Justicia: la falta absoluta de varios de sus miembros, 5 en total; ausencia que derivó en algo, igualmente atípico y excepcional: la imposibilidad real de conformación de las mayorías y la ausencia absoluta de gobierno por parte de las mismas. Era, bajo esta lógica, que ha debido analizarse la interpretación que se hizo del artículo 5 del Acuerdo 006 de 2002.

Mientras en la providencia de la que me aparto se dice que se imponía una interpretación restrictiva del precepto reglamentario –sin reparar en el significado de ésta-, considero que lo que hizo la Corte Suprema fue una interpretación extensiva del precepto de su reglamento para lograr la realización del principio de

mayorías, hecho éste que no controvierte el fallo, pues le bastó aseverar que esa interpretación era contraria a su literalidad.

Con este argumento la sentencia concluye que el concepto de integrantes está definido en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, artículo 15, razón por la que no puede ser interpretado; que la Corte Suprema interpretó el término integrantes y no su regla de mayorías, olvidando que, precisamente, sobre dicho concepto está construida aquella regla; y que si lo que se pretendía era advertir que la acepción "integrantes" hacía referencia a las magistraturas efectivamente ocupadas, lo que procedía era la reforma o modificación de la norma interna, como lo solicitaron algunos de los magistrados que para ese momento componían la Sala Plena del máximo órgano de la justicia ordinaria y no su interpretación; asunto que como se advierte en las mismas discusiones de ese órgano, era imposible, dado que la reforma estaba atada a la misma regla de mayorías de la elección, las 2/3 partes de los integrantes de la Corporación, lo que se tornaba imposible de lograr precisamente porque se impuso el gobierno de las minorías.

Considero respetuosamente que los razonamientos expuestos en la ponencia derrotada, con la cual estuve de acuerdo, son suficientes para demostrar que la actuación de la Corte Suprema fue ajustada al ordenamiento legal vigente .

2. Sobre los integrantes, las mayorías y el quórum

El Acuerdo No. 006 de 2002, Reglamento de la Corte Suprema de Justicia, establece en su artículo 5 lo siguiente:

> "El quórum para deliberar será la mayoría de los miembros de la Corporación. Las decisiones se tomaran 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."

Esta disposición refundió en un solo texto dos conceptos diversos: el de quórum y el de la regla de mayorías. El quórum ha sido definido como el número mínimo de miembros que debe estar presente en una corporación, agrupación o asociación para que pueda deliberar o decidir. Es por ello que se habla de dos clases: quórum deliberatorio y quórum decisorio. El primero faculta para que el órgano

correspondiente pueda ejercer sus funciones y el segundo se impone para que pueda asumir la toma de decisiones.

Este precepto establece, igualmente, el número de votos mínimos que requiere un candidato para ser electo en esa corporación judicial, -la que por cierto es la misma que se emplea en el Consejo de Estado-, es decir, consagra la denominada regla de las mayorías, entendida como el mínimo de votos que por disposición constitucional, legal o reglamentaria se necesita para que una medida o decisión se entienda aprobada en un cuerpo colegiado, en donde, como su nombre lo indica, se debe dar juego a las mayorías y minorías para que, después de un proceso dialéctico, se llegue a una decisión colectiva a partir de las voluntades individuales que concurren en su construcción.

Los conceptos de quórum y mayorías no son coincidentes, el quórum es un requisito de procedibilidad para que un ente colegiado pueda válidamente desarrollar sus funciones o competencias, para que no las asuma con un número exiguo de las partes que lo componen y que, por ende, no presupone la regla de aprobación, porque aquel es un requisito mínimo indispensable para el funcionamiento y organización de cualquier cuerpo colegiado, mientras que ésta hace referencia a la votación mínima para que una determinada decisión o medida sea aprobada.

La falta o ausencia de quórum como requisito de procedibilidad impide que la corporación, grupo o asociación pueda reunirse válidamente para cumplir sus tareas, mientras las mayorías inciden frente a una decisión específica o propiamente dicha.

El quórum es, entonces, un elemento objetivo que parte del total de miembros que por disposición constitucional, legal o reglamentaria conforman un cuerpo colegiado, cuya definición está en la Constitución, en la ley o en la norma de constitución del respectivo órgano y que define el marco de sus competencias. La naturaleza del quórum impide que éste pueda ser objeto de interpretaciones, porque precisamente su carácter objetivo es el que determina cuándo puede sesionar y decidir en forma válida un órgano en el que la voluntad colectiva se construye a partir de la reunión de las voluntades individuales. Es por esta razón que el Constituyente derivado, en la reforma que introdujo a las vacancias en los cuerpos colegiados de elección popular, señaló expresamente que “Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no pueda ser reemplazado un miembro elegido a una Corporación Pública, para todos los efectos de

conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas." (negrilla fuera de texto) (Articulo 134 de la Constitución, reformado por el Acto Legislativo No. 01 de 2009, articulo 6).

En otros términos, si no hay quórum no hay ninguna posibilidad de que el respectivo cuerpo se reúna para el cumplimiento de sus funciones, y, en el evento en que lo haga, éstas no tendrán validez, pues se requiere de un mínimo de sus componentes o partes para acometer sus funciones.

Lo expuesto hasta este punto, permitía disentir de una afirmación del escrito de demanda, según la cual era impropia o errada la utilización de la expresión quórum en una corporación de administración de justicia cuando cumple la función electoral. Es cierto que este término fue acuñado inicialmente en el leguaje parlamentario, pero se fue extendiendo a todo tipo de asociaciones, agrupaciones, órganos colegiados tanto de derecho público como privado para referirse al número de miembros, socios, etc., que se requieren para que éstas puedan deliberar y decidir.

Hecha la anterior aclaración, se imponía el análisis de si en la elección que hizo la Sala Plena de la Corte de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación, se observaron las reglas del quórum y mayoría que exige el reglamento interno. Como se anotó el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia refundió antitécnicamente los conceptos de quórum y mayorías, pues efectivamente, el quórum deliberatorio y decisorio en esa Corporación es el de la mayoría de los miembros de la Corporación.

La Constitución defirió en el legislador estatutario la facultad de señalar el número de miembros que conformarían el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, con una sola condición, que ese guarismo fuera impar, artículo 234. En desarrollo de esa delegación, el artículo 15 de la Ley 270 de 1996 señaló que aquel estaría integrado por veintitrés (23) magistrados.

Esa cifra fija el quórum deliberatorio y decisorio en la Sala Plena de esa Corporación, toda vez que, a partir de él, se determina el número mínimo de miembros que se pueden reunir para considerar los asuntos de su competencia al igual que para decidirlos. Por tanto, basta con que la plena de esa Corporación sesione con doce (12) de sus miembros para que se considere válida la reunión y puedan, igualmente, adoptar decisiones. Un número inferior le impide asumir el

ejercicio de sus funciones por la ausencia de un requisito necesario para que la voluntad colectiva se conforme.

En cuanto a la regla de la mayoría, el reglamento estableció dos clases: una mayoría simple, constituida por los votos afirmativos de la mayoría de los miembros de la Corporación y una mayoría cualificada, definida como el voto afirmativo de las 2/3 partes de sus integrantes. Mediante esta mayoría, la Plena de ese órgano debe cumplir la función electoral, así: elección de Presidente y Vicepresidente de la Corporación; los magistrados de las distintas salas de casación; magistrados del Consejo Superior de la Judicatura y candidatos para la terna de Contralor y Procurador. Esta misma mayoría se exige para la reforma de su reglamento.

Ahora bien, la pregunta a contestar consistía en establecer si se podía interpretar la acepción "integrantes o miembros" que emplea la norma en comento para constituir el requisito de mayorías. Este interrogante surgió porque, precisamente, el acto demandado se produjo después de que la Corte Suprema de Justicia llegó a la conclusión según la cual la norma del reglamento era susceptible de ser interpretada para entender que el número de integrantes a los que se refiere su estatuto, lo era, en ese caso, en relación con los miembros que efectivamente estaban en ejercicio de la función y no frente a los que legalmente deben componer el tribunal, disquisición que les permitió, ante la falta absoluta de cinco (5) de sus miembros por vencimiento del período, elegir Fiscal General de la Nación y hacer otras elecciones, después de un año y medio de sesiones para tal fin.

Se plantea entonces que ocurre en un cuerpo colegiado con la regla de las mayorías cuando faltan varios de sus miembros y las decisiones no se pueden tomar porque es imposible la conformación de la voluntad colectiva? La respuesta no puede ser otra que si la finalidad de la regla de las mayorías es la construcción de una voluntad colectiva a partir de quienes componen el respectivo órgano, y ella se hace imposible porque ese parámetro resulta impidiendo su consolidación, cuando la minoría encuentra en él un mecanismo para bloquear el querer colectivo, se impone un entendimiento diferente de aquel, a efectos de hacer realizable su telos.

No entenderlo así, generaría en la práctica una modificación de la regla que se busca proteger, porque: i) una decisión que, en principio, requería de una votación cualificada, irá demandando de la unanimidad para lograr su construcción,

unanimidad frente a la cual, precisamente, se ideó la fórmula de las mayorías y que permite a cada uno de los componentes de un todo, expresar su opinión y decisión de forma autónoma, para no ser forzado a adherir a aquello frente a lo cual no cree o, lo que resulta más grave, ii) se termina dejando en manos de quienes no están de acuerdo con la decisión o medida la facultad de bloquearla, de vetarla, en últimas, de impedirla. Es por ello que Kelsen apuntaba que el principio o regla de las mayorías permitía satisfacer de una mejor manera los grados de libertad del individuo, en procura de la libertad política definida como "la concordancia entre la voluntad individual y la voluntad colectiva, expresada en el orden social" Asunto que no resulta tan claro cuando la decisión demanda la unanimidad.

En consecuencia el razonamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia, al interpretar la norma de su reglamento, satisfizo el principio democrático que tiene en la regla de las mayorías uno de sus instrumentos para la formación de la voluntad social, por cuanto esa compresión de su normativa interna, permitió que la minoría no bloqueara la conformación de la voluntad colectiva, al tiempo que permitió asegurar la institucionalidad y permitir que el órgano colegiado cumpliera después de un tiempo prolongado la función que constitucionalmente le fue asignada, pese a la oposición o el querer en contrario de unos pocos, los cuales, si bien tuvieron la oportunidad de exponer las razones de su disentimiento; participar; proponer otras soluciones, no podían impedir la toma de una decisión definitiva mediante el ejercicio de un derecho al veto que legítimamente no ostentan.

Finalmente debo anotar que los principios de igualdad y debido proceso no fueron desconocidos por la Corte Suprema de Justicia. Sobre el punto resulta igualmente errada la posición mayoritaria, cuando afirma que se varió la regla del juego en el proceso electoral que condujo a la elección de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, porque la interpretación del reglamento, de ser válida, ha debido presentarse con anterioridad a darse inicio al proceso. Pues bien, ello no era posible dado que la interpretación que se hizo se dio precisamente después de que se evidenció que la Corporación estaba en la imposibilidad de lograr las mayorías requeridas por sus normas internas de seguir aplicándose la comprensión que siempre se había hecho del número de integrantes, dado que ya no contaba con 5 de sus miembros. Entonces, ¿qué sentido tenía exigir una interpretación que se diera previamente?

No debe olvidarse que este hecho atípico se concretó a finales del mes de octubre de 2010 y el proceso electoral del que da cuenta la providencia mayoritaria había comenzado en julio de 2009. Entonces, de cual abuso o desviación de poder parte la tesis mayoritaria para sostener que se vulneró el debido proceso. No se repara en el hecho en que la interpretación cobijó a quienes estaban en ese momento en la terna y que antes no se había propuesto, toda vez que durante el estudio de los primeros nombres que fueron ternados, la composición de la Corte no había variado. Y no se cambiaron las reglas de juego, pues lo que ocurrió fue una interpretación de la norma que se aplicaría a la elección y que tenía como único propósito que ésta se realizase. Entonces, me pregunto, ¿a quien le cambiaron las reglas del juego y cómo se vio afectado éste?

Esos interrogantes no se absuelven en la providencia, pues ella se resguarda en la presunta necesidad de mantener la seguridad jurídica y la confianza legítima de los candidatos y de la sociedad general que, en el entender la mayoría, resultaron afectados con la interpretación que hizo la Corte Suprema de Justicia, para desconocer la validez de algo que no tenía tacha.

A ninguno de los candidatos se le vulneró ni el debido proceso ni mucho menos el derecho a la igualdad, pues la interpretación que hizo la Corte Suprema trasladada a las votaciones que se dieron durante los meses anteriores no permitían la elección de ninguno de los candidatos para ese momento, pues incluso con dicha exégesis ninguno alcanzaba la votación requerida.

3. En cuanto al período del Fiscal General de la Nación:

Discrepo totalmente de la decisión contenida en el fallo en relación con la abstención de la sala para pronunciarse sobre el período del Fiscal General de la Nación fundamentada en que la nulidad de la elección de la Fiscal General de la Nación relevaba al pleno de la Corporación de pronunciarse sobre el período de quien ejerce dicho cargo. Esta decisión de la sala no solo se aparta de la lógica y razonable interpretación que debió darse a este punto, que aunque débilmente planteado en el escrito demandatorio, si hubiera solucionado otro impasse para el país pues lo coloca nuevamente ad portas de otra larga decisión o conceptualización que indefectiblemente deviene en otro acto administrativo seguramente demandable ante esta jurisdicción. Y es que siendo un aspecto de trascendental importancia para el país, y ante la decisión tomada por la mayoría de la sala plena al anular la elección, lo que implicaría necesariamente ternar y elegir y por consiguiente proferir otro acto administrativo, la lógica imponía definir

en la misma providencia si el período de dicho cargo es personal o institucional, para concretar así el tiempo durante el cual el nuevo fiscal iba a permanecer en tal cargo.

En relación con este punto, debo reiterar que de acuerdo con la normatividad vigente y especialmente con la reforma constitucional que se surtió en el año 2003, en la que mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2003, se introdujo un parágrafo al artículo 125 superior, el período del fiscal es institucional.

Esa reforma se refirió a todos los cargos de elección, para señalar que el período de ellos es institucional, diferentes a los de elección popular, los cuales por una reforma constitucional anterior, Acto Legislativo No. 2 de 2002, también habían sido definidos como institucionales.

En ese orden de ideas, el parágrafo que se adicionó al artículo 125 constitucional dejó de lado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación76, por cuanto señaló expresamente que los períodos establecidos en la Constitución para los cargos de elección eran institucionales, por tanto, quienes fueran designados o elegidos para ocuparlos en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo haría por el resto del período para el cual éste fue electo. Con la aprobación de esta reforma se puso fin, entonces, a la discusión sobre el carácter personal o institucional del período de los cargos de elección, pues fue decisión del Constituyente derivado que éste fuera institucional.

En el caso del Fiscal General de la Nación, indica que su período es institucional, hecho que reiteró el legislador al expedir la Ley 938 de 2004 que en su articulo 9, señala: “El Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de cuatro (4) años.” Ahora, surgen los siguientes interrogantes: i) qué implicaciones tiene que dicho período sea institucional y ii) qué efectos tiene la naturaleza de ese período en el caso de la Fiscal General de la Nación.

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

---

[76] CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejera ponente: CLARA FORERO DE CASTRO. treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Radicación número: S-553. Actor: PEDRO MIGUEL RAMIREZ MARTINEZ. Demandado: ALFONSO VALDIVIESO SARMIENTO y CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-011 de 1994, C-037 de 1996, C-178 de 1997, Auto 80 de 2000, entre otras.

Para determinar cuál es la fecha de inicio del período del Fiscal General de la Nación, es importante advertir que, una vez vigente el Acto Legislativo No. 1 de 2003, el legislador ordinario expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, Ley 938 de 2004, en cuyo artículo 9 señaló que el período del Fiscal General de la Nación era institucional por cuatro años, sin establecer un término en el que se entendería que aquel habría de comenzar.

Se podría concluir, entonces, que ante la ausencia de una norma específica sobre el particular o que, por lo menos, permitiera inferir una fecha, se requiere de un desarrollo legal que haga posible la aplicación de la reforma. Razonamiento que, con sustento en una posible omisión legislativa, forzaría a la conclusión según la cual el período de cuatro años del Fiscal General de la Nación debería contarse a partir de la fecha de posesión del electo.

En otros términos, esta posición defiende la tesis según la cual mientras el legislador no desarrolle el parágrafo del artículo 125 constitucional, no existe un parámetro objetivo para señalar con precisión el período de los cargos de elección, específicamente el de Fiscal General de la Nación y, en consecuencia, ante la omisión legislativa que existe en relación con el precepto constitucional en comento, no podría esta Corporación señalar la fecha de inicio del período de este funcionario, razón por la que se debería concluir que el período de quien antes de la sentencia de nulidad ejercía el cargo de Fiscal General de la Nación, comenzó el 12 de enero de 2011, día de su posesión y terminaría el 11 de enero de 2015.

Así mismo, señala el agente del Ministerio Público, que la ausencia de una fecha no obsta para dar cumplimiento al parágrafo del artículo 125 constitucional, porque si en el trascurso del período de la Fiscal General de la Nación se llegaré a presentar una falta absoluta, el nuevo fiscal que llegue a elegirse sólo lo será por el término que le faltaré para cumplir el período de cuatro años. Es decir, aplicada dicha tesis a la nulidad de la elección de la doctora Morales Hoyos, quien resultaré electo debe serlo por el período que le faltare a aquella, es decir, hasta enero 11 de 2015.

Esta tesis propugna por una mixtura, en el sentido de entender que mientras no se fije una fecha para el comienzo del período, éste seguirá siendo personal o subjetivo, pero que en el evento en que en el transcurso del ejercicio de ese período se llegue a prestar una falta absoluta del titular la función, tendría

aplicación la norma constitucional si se entiende que el sucesor debe ser elegido por el lapso que le faltare a quien venía ejerciéndola.

Si bien la anterior, puede ser una posición razonable, considero que existe un parámetro objetivo que permite aplicar de manera directa la reforma constitucional que se introdujo al artículo 125 constitucional en relación con el período institucional. Según esta interpretación, es posible observar la nueva regla del artículo 125 constitucional sin necesidad de un desarrollo legal. Este enfoque permite afirmar que, a partir de la expedición de la reforma constitucional, la que expresamente señaló que el período de los cargos de elección son institucionales, el Constituyente derivado introdujo con esa modificación un hecho cierto y determinable: la modificación de la naturaleza de los períodos de estos cargos en los que el institucional estaría determinado por la fecha de terminación del período de quien, para el momento de la expedición de la reforma, estaba en ejercicio del respectivo cargo, en la medida en que, por decisión del Constituyente su período pasó de ser personal o subjetivo a institucional.

Bajo esta lógica, los períodos de los cargos de elección a los que expresamente no se refirió el Constituyente en la reforma -como el del Fiscal, Procurador, Defensor, etc.-, o no tuvieren una fecha cierta asignada por una ley posterior a la reforma, adquirieron la naturaleza de institucionales con la reforma y, por tanto, la terminación del período de quien para ese momento era el titular de la respectiva función marcó el inicio del período institucional de su sucesor.

Lo anterior aplicado al caso de la Fiscalía General de la Nación, me permite inferir, como se manifiesta en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil (Concepto 2095 de marzo 12 de 2012. Consejero Ponente: William Zambrano Cetina), que para la época en que se aprobó el Acto Legislativo No. 1 de julio de 2003, estaba en ejercicio de ese cargo el doctor Luís Camilo Osorio Isaza, quien hizo dejación del mismo el 31 de julio de 2005 por vencimiento del período.

Por tanto, en sana lógica, es fácil concluir que el 1 de agosto de 2005 comenzó el período institucional en la Fiscalía General de la Nación, hecho que se corrobora con la posesión en esa fecha del doctor Mario Iguarán Arana, y cuyo período terminó el 31 de julio de 2009. Esta interpretación de la norma constitucional permite, por demás, materializar un principio propio de los sistemas democráticos en cuanto al sistema de pesos y contrapesos, en la medida en que el

nombramiento del Fiscal General de la Nación, como titular de la función de investigación y parte de la rama jurisdiccional estará mediado por la mitad del período presidencial correspondiente, con reelección o sin ella.

Además con esta interpretación se impide que tanto nominador como elector, en ejercicio de la competencia concurrente que les asiste en la designación de Fiscal General de la Nación, fijen a su atojo el comienzo del período de este funcionario, pues cada uno puede prolongar la decisión de su competencia, para incidir de esa forma en el normal desarrollo de la respectiva entidad. La institucionalidad exige la objetividad del período y su no disponibilidad por quienes intervienen en la elección. Admitir que mientras no exista norma expresa que establezca la fecha de comienzo de este período, éste será determinado por la posesión de quien resulte electo es aceptar que lo que el Constituyente derivado quiso que fuese institucional, quede al arbitrio de nominador y elector, quienes podrían generar con la dilación en dicha designación, una modificación al diseño constitucional, pese a no tener la competencia para ello. El único llamado a establecer esa clase de modificaciones es el Constituyente quien tiene la capacidad para analizar la conveniencia política y jurídica de ellas, a través de los canales democráticos diseñados para tal efecto. Mientras ello no suceda, la institucionalidad del período en este cargo, no puede pender de la surte de su titular.

Por lo expuesto, considero y es mi convencimiento que el período institucional en la Fiscalía General de la Nación comenzó a regir el pasado 1 agosto de 2009 y vence el próximo 31 de julio de 2013.

En los anteriores términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ
Consejera de estado