ACTO ADMINISTRATIVO ELECTORAL - Características y control judicial / ACTO ADMINISTRATIVO ELECTORAL - Cuando se trata de elección sujeta a período, el término o plazo tiene relación directa con la competencia y el contenido del acto electoral / ACTO ADMINISTRATIVO ELECTORAL - El término por el cual se confiere ejercicio de funciones públicas al elegido y su forma de contabilización, integran su materia / FISCAL GENERAL DE LA NACION - El acto administrativo de su elección adolece de contenido preciso del plazo por el que le conceden potestades públicas / PERIODO DE ELECCION - Lo puede precisar el juez electoral mediante sentencia cuando no lo define el elector

En nuestro sistema jurídico el control judicial del acto administrativo electoral se caracteriza por ser público, pues está al alcance de cualquier persona someterlo a estudio de constitucionalidad y/o legalidad ante el juez administrativo, previa demanda, cuando se considere que presenta desajustes en tal sentido. Por ello, el contencioso electoral no tiene exigencia de legitimación en la causa por activa, más que el interés de cualquier ciudadano en proteger y mantener la legalidad en abstracto. Tampoco tiene por objeto el reconocimiento de un derecho subjetivo o el restablecimiento del mismo. No obstante lo anterior, la posibilidad de acudir a este medio de control judicial para pretender la nulidad del acto electoral, está sujeta a término de caducidad. Tiene por finalidad este límite temporal evitar que el acto de elección este expuesto a impugnación judicial de manera indefinida pues se impone conceder certeza sobre la legitimidad de la elección en razón de la seguridad jurídica que reclaman el elegido y sus electores, quienes confiaron que al depositar el voto, la elección a la que apostaron atendía las exigencias constitucionales y legales. El aspecto término o plazo, cuando se trata de elección sujeta a período, tiene una relación directa con la competencia y con el contenido del acto electoral. Respecto a lo primero, pues atañe al órgano competente no solo que el acto emane de una autoridad estatal que actué en función administrativa, sino que ese órgano se mantenga en los límites de su competencia: solo está legalmente autorizado para conferir potestades de ejercicio público en el desempeño del cargo al elegido por el término que la norma determine. Si las normas en este sentido no fueren claras, ello impone un ejercicio hermenéutico del órgano elector a fin que el elegido y la sociedad en general no resulten afectados por la falta de certeza sobre la duración de dicha gestión, por cuenta de que el acto electoral tampoco la especificó. En cuanto al contenido del acto administrativo electoral la Sala precisa que el término por el cual se confiere ejercicio de funciones públicas al elegido y su forma de contabilización, integran su materia, son implícitos, acorde con la norma jurídica que regule dicho aspecto. Pero se convierte en elemento no implícito, sino que requiere determinación expresa, cuando el ordenamiento jurídico vigente sobre la materia propicia diversos alcances o cuando no preceptúa todas las situaciones que, atinentes a este aspecto, pueden presentarse. Así, cuando frente al período existe divergencia frente a la comprensión de las normas vigentes regulatorias de la materia, como ocurre en la elección objeto del presente debate, se debe entender que en este evento no se trata de un elemento que esté implícito en el acto, motivo por el cual se impone que como la Corte Suprema de Justicia, órgano elector, no lo individualizó con certeza y determinación en el acto acusado, le corresponde precisarlo al juez electoral mediante sentencia. El artículo 227 del C.C.A. preceptúa que el proceso de nulidad electoral es escenario válido para que el juez corrija o adicione actas o registros electorales. Entonces, no es jurídicamente admisible elegir a un servidor público cuyo cargo es de período fijo sin establecer, en concreto, la duración de éste, y la forma de contabilizarlo, cuando quiera que para el efecto el cuerpo elector recurre a la Constitución y a la ley, siendo que las disposiciones en tal sentido no son univocas. En este especial evento el acto

administrativo electoral adolece de contenido preciso en cuanto al plazo por el que concede potestades públicas a quien elige. En conclusión, para esta Sala resulta jurídicamente viable ejercer el contencioso electoral para situaciones como la que en esta oportunidad los demandantes someten a consideración.
NOTA DE RELATORIA: En relación con la existencia de antecedentes de demandas con pretensión de anulación parcial del acto de elección, sustentadas en el aspecto "período" por el cual fueron elegidas las autoridades públicas respectivas, sentencia de 30 de noviembre de 1995, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, Radicado número S-553, Demandado Alfonso Valdivieso Sarmiento; y la sentencia de 4 de febrero de 2010, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, Rad. 76001233100020090045702, Demandada Gloria Gallego L., Personera de Candelaria.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Antecedentes sobre su creación / FISCAL GENERAL DE LA NACION - Su período es de 4 años

El estudio de los antecedentes sobre la creación de la institución Fiscalía General de la Nación, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991; sobre las principales incidencias que en el seno de la Asamblea– según lo que registran las Gacetas- tuvo la proposición sobre la creación de la Fiscalía General de la Nación, permite a la Sala concluir que la voluntad mayoritaria que quedó plasmada en el texto final fue la de adscribir esta nueva institución acusatoria e investigadora de los delitos, como perteneciente funcionalmente a la rama jurisdiccional del poder público, a fin de garantizar la autonomía e independencia de su función, y que en esta dirección su naturaleza jurídica se materializó como la de un ente judicial con autonomía administrativa y presupuestal. Asimismo se evidencia que la intención del constituyente al señalar la manera de elegir al Fiscal General fue la de propender por el equilibrio entre los poderes públicos, en coherencia con el sistema de pesos y contrapesos, y a fin de evitar que tuviese vínculo o cercanía con lo político como garantía de su autonomía e independencia, razón por la que determinó que su elección se cumpliera mediante un procedimiento conjunto entre el Presidente de la República, que elabora la terna, y la Corte Suprema de Justicia, que lo elige de entre los candidatos ternados. Es de destacar en este sentido como representativo, el hecho de no haber obtenido aprobación la ponencia inicial que pretendía la coincidencia de los períodos del Fiscal General de la Nación y del Presidente de la República, la Sala colige que esta decisión debió obedecer al interés del Constituyente por deslindar políticamente la institución, otorgándole la autonomía e independencia propias de la naturaleza jurídica que se le asignó al nuevo organismo. Ahora bien, en las gacetas no aparece ningún registro que permita a la Sala inferir que durante la exposición de motivos de las ponencias o en los debates existiera discusión en relación con la cualificación del período del Fiscal General. Unicamente se registra que sin calificarlo como institucional o individual, simplemente se consideró que 4 años era el plazo o término que debía cumplir el elegido en propiedad como titular de la dirección de esa institución, y sin que el mismo fuera coincidente con el del Presidente de la República.

FISCAL GENERAL DE LA NACION - El periodo del elegido en propiedad, es de cuatro años contados a partir de su posesión

Se presentaron en total 4 demandas, todas dirigidas a solicitar la nulidad parcial de las actas de las sesiones cumplidas por la h. Corte Suprema de Justicia los días 22 y 26 de marzo de 2012, que contienen la declaratoria de la elección y la confirmación, respectivamente, como Fiscal General de la Nación del doctor Eduardo Montealegre L., constituyen "el acto acusado" en este proceso. Fundada

en el análisis y en la valoración del recorrido por los antecedentes constitucionales que informaron la expedición tanto del artículo 249 de la Carta como del parágrafo del 125 ibídem, este último fruto de la reforma política 01 de 2003; y de los precedentes jurisprudenciales existentes sobre el punto en debate; en aplicación de los principios axiológicos que rigen la garantía del derecho fundamental a participar en el ejercicio del poder político que está inmerso en toda elección, y acorde con las reglas de la hermenéutica sobre la prelación de normas, según sea su carácter, la Sala Plena concluye en el caso concreto, lo siguiente: que se declare que la expresión "por el período constitucional y legal que le corresponda", contenida en el acta de 22 de marzo de 2012, donde consta la elección que cumplió la Corte Suprema de Justicia, está ajustada a derecho, en el entendido que el período del Fiscal General de la Nación doctor Eduardo Montealegre Lynett, elegido en propiedad, es de 4 años contados a partir de su posesión. Con esta precisión se adiciona el acta electoral, acorde con lo antes explicado. En consecuencia, deben denegarse las súplicas de las demandas 2012-00027 y 2012-00028, en tanto que en ambas sus pretensiones apuntan a que ante el vicio de nulidad parcial que alegan afecta el acto de elección, el juez electoral deba adicionarlo en el sentido de precisar que el doctor Montealegre Lynett fue elegido para desempeñar la función de Fiscal General de la Nación por el lapso que falta para completar cuatro años que se cuentan a partir del 1° de agosto de 2009, o en su defecto, desde cuando hizo dejación de su cargo la doctora Viviane Morales Hoyos, censura que no resultó probada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., dieciséis (16) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ)

Actor: MARIA DEL PILAR DIAZ SUAREZ Y OTROS

Demandado: FISCAL GENERAL DE LA NACION

Agotados los trámites correspondientes, y sin que se observe causal que invalide lo actuado, por razones de importancia jurídica la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asume la definición del proceso (acumulado) de nulidad electoral de la referencia.

I. ANTECEDENTES.-

1. LAS DEMANDAS.-

Se presentaron en total 4 demandas, todas dirigidas a solicitar la nulidad parcial de los actos administrativos de elección y de confirmación del doctor Eduardo

Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, expedidos por la Corte Suprema de Justicia en los días 22 y 26 de marzo de 2012, respectivamente.

La acumulación se decretó por auto de 4 de octubre de 2012, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

1.1. EXPEDIENTE No. 11001-03-28-000-2012-00027-00

PRETENSIONES

La ciudadana María del Pilar Díaz Suárez, en nombre propio, ejerció la acción pública de nulidad en electoral para solicitar las siguientes pretensiones:

> *"PRIMERA: **Se declare la nulidad parcial** del acto declaratorio de la elección del señor EDUARDO MOONTEALEGRE (sic) LYNETT como Fiscal General de la Nación, "…por el período constitucional y legal que le corresponda en reemplazo de la Dra. Viviane Morales Hoyos, a quien se le aceptó la renuncia a partir de 13 de marzo de 2012", **en cuanto (…) se entienda que la elección corresponde a la terminación del período constitucional institucional iniciado con la posesión de doctor GUILLERMO MENDOZA DIAGO** elegido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en calidad de Fiscal General encargado el 1 de agosto de 2009 para reemplazar al doctor MARIO IGUARAN ARANA y fue continuado con la posesión de la doctora VIVIANE MORALES HOYOS en el mismo cargo el día 12 de enero de 2011, luego de haber sido elegida por la Corte Suprema de Justicia el 1 de diciembre de 2010, y se interrumpió con la aceptación de su renuncia por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia a partir del 13 de marzo de 2012. (Negrillas fuera del texto original)*
>
> *SEGUNDA: Que como consecuencia de la nulidad parcial deprecada **se determine que el período institucional para el cual fue elegido el FISCAL GENERAL DE LA NACION DOCTOR EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT es el comprendido entre el 1° de Agosto de 2009 y el 31 de julio de 2013.** (Negrillas fuera del texto original)*
>
> *PRETENSION SUBSIDIARIA.*
>
> *Se declare que el período de ejercicio del cargo del Fiscal constitucionalmente establecido de cuatro años como institucional, se inició con la posesión de la doctora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS el día 12 de enero de 2011 y consecuencialmente termina el 11 de enero de 2014, por lo que el doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT fue elegido para desempeñar el cargo de Fiscal General de la Nación entre la fecha de su posesión y el 11 de enero de 2014 fecha en*

que termina el período institucional establecido en la Carta Política del cargo de Fiscal General de la Nación."

1.1.1. FUNDAMENTO FACTICO.-

- *La actora hace un recuento cronológico desde el mes de agosto de 2009, cuando el Presidente Alvaro Uribe presentó terna ante la Corte Suprema de Justicia para la elección de Fiscal General, y hasta la aceptación de la renuncia por parte de esta misma Corporación que presentó la doctora Viviane Morales, oportunidad en la cual el actual Presidente de la República formuló terna para designar a su sucesor, de la cual se eligió, el 22 de marzo de 2011, al doctor Montealegre L.*

- *Dice que la reseña de estos datos la tomó parcialmente de internet.*

1.1.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.-

Alega que el acto acusado, que es de naturaleza compleja (elección y confirmación), **omite** precisar el período del cargo del elegido, pues afirma que la elección es *"por el período legal y constitucional que corresponda"*.

Que, por lo tanto, a fin de evitar una equivocada interpretación que pretenda tener elegido al Fiscal General para un período de cuatro años, contrariando los antecedentes jurídicos que sobre la materia existen, y que consideraron que el período es institucional, así como también para evitar que se contraríe la disposición constitucional que regula el tema, debe declararse parcialmente nulo dicho acto, con el propósito de que el juez contencioso administrativo determine qué parte del período institucional que ya está en curso, que corresponde le doctor Montealegre.

Como normas violadas señala el artículo 125 Constitucional, con la adición de que fue objeto por el artículo 6° del Acto Legislativo 01 de 2003, en cuanto dispone que los períodos que se establecen en la Constitución y en la Ley para los servidores públicos de elección son institucionales; la Ley 938 de 2004, orgánica de la Fiscalía General de la Nación, artículo 9°, de conformidad con la cual el Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de 4 años.

Con fundamento en lo anterior, la actora estima que al actual Fiscal General de la Nación le corresponde terminar el período institucional que inició el 1° de agosto de 2009 el Fiscal General encargado doctor Guillermo Mendoza Diago, y que continuó la doctora Viviane Morales Hoyos, quien lo desempeñó hasta el 12 de marzo de 2012. Por esta razón, alega que el período del doctor Montealegre debe concluir el 31 de julio de 2013.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, explica que al no existir norma jurídica que precise que la iniciación del período del Fiscal General es el 1º de agosto siguiente a la terminación del cuatrienio anterior, se asuma que el período institucional del Fiscal General de la Nación doctor Eduardo Montealegre Lynett se inició el 11 de enero de 2011 (fecha de posesión como Fiscal General de la doctora Viviane Morales), y que termina el 11 de enero de 2014".

1.1.3. ADMISION DE LA DEMANDA.-

Por auto de 7 de mayo de 2012 se admitió la demanda y se ordenó notificarla por edicto; y personalmente al elegido, al Presidente de la Corte Suprema de Justicia y al agente del Ministerio Público.

1.2. EXPEDIENTE No. 11001-03-28-000-2012-00028-00

PRETENSIONES

El señor Carlos Mario Isaza Serrano, en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral, solicitó las siguientes declaraciones:

> *"1. **Que se adicione o se rectifique**, según el caso, el acto de elección del doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, como Fiscal General de la Nación de fecha 22 de marzo de 2012, contenido en el acta número 12 correspondiente a la sesión ordinaria de la Sala Plena [de la Corte Suprema de Justicia] (…) junto con el de confirmación de la misma elección, de fecha 26 de marzo del mismo año, contenida en el acta número 13 correspondiente a la sesión extraordinaria de la Sala Plena (…) **en el sentido de establecer que dicha elección es hasta el 31 de julio de 2013 por tratarse de un cargo de período institucional.** (Negrillas fuera del texto original)*
>
> *2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene librar las comunicaciones del caso dando cuenta de la correspondiente decisión, al Presidente de la República y a la Corte Suprema de Justicia."*

1.2.1. SUSTENTO FACTICO.-

- *Luego de hacer alusión al origen que tuvo la terna que expidió el señor Presidente de la República, doctor Juan Manuel Santos, que incluyó al doctor Montealegre Lynett, precisa que éste fue elegido por la Corte Suprema de Justicia el día 22 de marzo de 2012, elección que se confirmó el 26 del mismo mes y año.*

- *Explica que la Corporación judicial electora* ***no determinó*** *en el acto de elección el período por el que fue elegido el doctor Eduardo Montealegre como Fiscal General,* ***con lo cual incurrió en una omisión.***

- *Pero que al invocarse en el acto de elección el artículo 249 Superior, ello podría dar a entender que se realizó por el lapso de cuatro años, que es equivocado.*

- *Que esta circunstancia impone* ***que el juez contencioso adicione o rectifique*** *el término, ajustándolo a la naturaleza* ***institucional del período*** *de dicho cargo.*

1.2.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.-

Alega como transgredidos los artículos 125, parágrafo de la Constitución Política, y 9° de la Ley 938 de 2004.

Como causales de nulidad invoca el artículo 84 del C.C.A., pues estima que existe violación de las normas en que el acto debió fundarse, así como incompetencia de la Corte Suprema de Justicia para hacer una elección por cuatro años.

Considera que el examen de constitucionalidad y de legalidad del acto que acusa debe hacerse **no para expulsarlo del ordenamiento jurídico**, sino para **modificarlo** haciéndolo producir los efectos que en derecho corresponden, posibilidad que dice está contemplada en el artículo 227 del C.C.A. vigente para la época de expedición del acto acusado, que prevé que los actos de las

corporaciones electorales pueden ser demandados para que se anulen, rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen.

Que, por lo tanto, el acto electoral que impugna requiere rectificación o adición, **en la que se determine el tiempo por el cual se hizo la elección.**

A juicio del demandante, como el período del Fiscal, doctor Iguarán A., venció el 31 de julio de 2009, porque el de su antecesor, doctor Osorio I., finalizó el 31 de julio de 2005, al no haberse elegido Fiscal en propiedad a partir del 1° de agosto de 2009, el tiempo transcurrido en elegir Fiscal en propiedad es imputable al periodo siguiente, razón por la que **la elección del doctor Montealegre Lynett debió hacerse por el término de 16 meses**, pues la doctora Morales H., permaneció en sus funciones hasta el 5 de marzo de 2012.

Para sostener esta tesis se apoya en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sobre el período del Fiscal General de la Nación, en la Consulta 2012-000-22-00 (2095), actor: Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

1.2.3. ADMISION DE LA DEMANDA.-

Por auto de 8 de mayo de 2012 se admitió la presente demanda. Ordenó notificarse así: por edicto, de conformidad con el numeral 1° del artículo 233 del C.C.A.; y personalmente al elegido y al agente del Ministerio Público. Y se dispuso que se le comunicara al Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

1.3. EXPEDIENTE No. 11001-03-28-000-2012-00019-00

PRETENSIONES

El ciudadano Germán Calderón España, actuando en su propio nombre, ejerció la acción pública de nulidad electoral, con las siguientes pretensiones:

> *"1. Que se declare por parte del Honorable Consejo de Estado, **que el período del señor Fiscal General de la Nación**, Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, elegido y confirmado por la Honorable Corte Suprema de Justicia mediante los actos administrativos acusados, **es personal, es decir, por 4 años a partir de su posesión.***

2. Que se ordene por parte del Honorable Consejo de Estado a la Honorable Corte Suprema de Justicia adicionar los actos administrativos acusados, en cuanto a que el período del señor Fiscal General de la Nación, Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT es personal, es decir, por 4 años a partir de su posesión".

1.3.1. HECHOS.-

Se remontan a la declaratoria de nulidad de la elección de la doctora Morales Hoyos como Fiscal General, por sentencia del Consejo de Estado de 6 de marzo de 2011, y de ahí desciende a la elección que produjo la Corte Suprema de Justicia el 22 de marzo de 2012 y que fue confirmada por esa misma Corporación judicial el 26 de igual mes y año, de Fiscal General de la Nación, que recayó en el doctor Montealegre Lynett.

Dice que estos actos no establecieron el período para el que fue elegido el Fiscal General de la Nación.

1.3.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.-

Artículo 249 Constitucional, inciso 2°. Considera que esta norma **establece que el período del Fiscal General es personal**, al contrario de lo que dispone el artículo 125 *ibídem* en su parágrafo, según el cual todos los cargos de elección tienen períodos de carácter institucional.

Que, ante un enfrentamiento normativo, se hace necesario acudir a la Ley 153 de 1887, la cual en el acápite "Reglas Generales" sobre la validez y aplicación de las leyes, artículo 2°, establece que la ley posterior prevalece sobre la anterior y que, entonces, el artículo 249 Superior debe prevalecer sobre el 125 *ibídem*, **esto es, que el período del Fiscal General de la Nación es de 4 años a partir de su posesión.**

Que, en este orden de ideas, así debe declararlo esta Corporación en la sentencia que profiera, a título de adición de los actos administrativos demandados.

1.3.3. ADMISION DE LA DEMANDA.-

Por auto de 12 de abril de 2012, se inadmitió y se ordenó corregirla. Luego de subsanada se admitió, mediante providencia del 8 de mayo de ese mismo año. Se dispuso notificarla: 1°) por edicto, y 2°) personalmente al elegido, al Presidente de la Corte Suprema de Justicia y al agente del Ministerio Público.

1.4. EXPEDIENTE No. 11001-03-28-000-2012-00021-00
PRETENSIONES

El señor Jaime Hernán Ramírez, en su nombre, ejercitó la acción pública de nulidad electoral, y reclama las siguientes peticiones:

> *"1. Que se declare **la nulidad parcial** de los actos administrativos de elección y confirmación del Fiscal General de la Nación Dr. EDUARDO MONTEALEGRE en lo que atañe al período del Fiscal, que no puede ser otro que el de 4 años a partir de su posesión, **dejando incólume en los respectivos actos administrativos su elección y confirmación pero adicionando el período que debe cumplir el actual Fiscal General de la Nación**.*
> *2. Que se ordene a la H. Corte Suprema de Justicia hacer claridad sobre el período del Fiscal en cada uno de los actos administrativos que involucran la elección y confirmación del Fiscal General de la Nación, debiendo para los efectos adicionar y aclarar tales actos en lo que atañe al período del Fiscal General de la Nación por cuatro años a partir de su posesión.*
> *3. Que en caso de no ordenarse la adición y aclaración del período del Fiscal General de la Nación a la H. Corte Suprema de Justicia para el caso sub judice, **por sentencia la Sala Plena del Consejo de Estado indique el período que debe cumplir** el Dr. Eduardo Montealegre como Fiscal General de la Nación."*

1.4.1. SOPORTE FACTICO.-

Concierne a la elección que produjo la Corte Suprema de Justicia, y que confirmó el 26 de marzo de 2012, recaída en el doctor Eduardo Montealegre como Fiscal General de la Nación.

El demandante destaca que, sin embargo, este acto complejo **no clarifica** el **período que debe cumplir el elegido**, lo que crea incertidumbre en una Estado social y democrático de derecho, y **ocasionaría la nulidad parcial de dicho acto.**

Que compete al Consejo de Estado, como guardián de la Constitución para estos casos, señalar por sentencia el período para el cual fue elegido, el doctor Montealegre L.

Que al doctor Montealegre Lynett no se le puede computar el tiempo que desempeñó como Fiscal General el doctor Mendoza Diago, pues éste estuvo en condición de encargado, y tampoco el de la doctora Viviane Morales, puesto que su elección fue declarada nula.

1.4.2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.-

El actor considera infringidos los artículos Constitucionales 6°; 40 numeral 6° y 125 parágrafo - adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2003.

Alega que como fue declarada nula la elección de Viviane Morales fue declarada nula y los anteriores Fiscales estuvieron en calidad de encargados y no de elegidos, la elección del doctor Montealegre no puede ser por un período diferente al de 4 años que indica la Constitución Política.

Que la demanda que ejerce pretende poner punto final a cualquier interpretación que por faltas absolutas del Fiscal General a futuro se presente, para evitar que se produzcan incertidumbres de índole jurídico-administrativas, e ilegitimidades en la elección de dicha autoridad.

Alega que se requieren actos administrativos caracterizados por la transparencia, la claridad y la motivación.

1.4.3. ADMISION DE LA DEMANDA.-

Por auto de 30 de abril de 2012 se ordenó corregir la demanda. El 29 de mayo de ese mismo año se admitió y se ordenó notificarla por edicto y; personalmente, al elegido, al agente del Ministerio Público, al Presidente de la Corte Suprema de Justicia y al señor Presidente de la República por conducto del Director de Departamento Administrativo de la Presidencia.

2. CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS.-

2.1. Expediente 2012-00027-00
Demandante: María del Pilar Díaz Suárez

2.1.1. Por la Corte Suprema de Justicia - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.-

La respuesta de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial obrante a folios 34 a 36 no es tenida en cuenta porque se presentó por parte de la apoderada judicial de tal entidad sin que para ese momento aportara el poder conferido.

2.1.2. Por el elegido.-

El doctor Eduardo Montealegre señala que es la Constitución Política la que regula de manera directa el período por el que se elige el Fiscal General de la Nación, determinándolo como personal, de 4 años, en el artículo 249, sin establecer condiciones para su aplicación, como así lo destacó la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996 que declaró inexequible el inciso 3° del original artículo 29 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, con fundamento en que de la Constitución Política no se infiere que su período deba coincidir con el del Presidente de La República. Que ese inciso era del siguiente tenor:

> *"En caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en su reemplazo lo será para terminar el periodo".*

Precisa que se trata de un período individual que empieza en el momento en que el Fiscal es elegido por la Corte Suprema de Justicia y toma posesión del cargo.

Que esa máxima corporación constitucional consideró que en este aspecto concreto del período del Fiscal General, el legislador estaba limitado para regularlo y que, respecto de los funcionarios que ejercen facultades jurisdiccionales, como ocurre con el Fiscal General, la determinación de si el período es institucional o personal está íntimamente ligada a la autonomía e independencia de este empleo.

Que los períodos institucionales en la Rama Judicial minan estos principios, razón por la que su modificación sólo puede abordarse cambiando las cláusulas constitucionales.

Alega que el artículo 9° de la Ley 938 de 2004, *"por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación"*, que establece que el período del Fiscal es institucional de cuatro años, viola el principio de cosa juzgada constitucional material y debe ser inaplicado pues reproduce una disposición que consagraba el mismo contenido normativo y que fue declarada inexequible en la citada sentencia C-037 de 1996, y porque dicha reproducción se dio sin que la norma constitucional que sirvió de fundamento a la Corte para declarar su inexequibilidad, hubiere sido modificada.

En lo que tiene que ver con el parágrafo del artículo 125 de la Carta, adicionado por el artículo 6° del Acto Legislativo 01 de 2003, estima que si bien a primera vista pareciera que la disposición abarca cualquier tipo de elección, en realidad, no cobija a la Fiscalía General de la Nación.

Sustenta esa aseveración en que el artículo 249 Superior es norma especial y por el contrario el l25 *ibídem,* es general para los cargos de elección. Luego debe primar es el artículo 249 de la Carta Política.

Que si el constituyente hubiera querido que el período del Fiscal General fuera institucional, habría modificado el contenido normativo del artículo 249 de la Constitución Política.

Alude a que si el constituyente incorporó los períodos institucionales para los cargos de elección, se refirió fue a los de elección popular, pues el Acto Legislativo 01 de 2003 adoptó una reforma política constitucional, tal y como se infiere de su propio título, que consistió en modificar los artículos de la Carta relativos solo a temas electorales.

Precisa que en el Acto Legislativo 01 de 2003 el Constituyente derivado estableció un período de transición para el cambio del período del Registrador Nacional del Estado Civil y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, pues determinó que tales cargos irían hasta el año 2006, y que si la intención del Constituyente hubiera sido la de modificar el período personal del Fiscal General por uno institucional, lo más lógico era que así lo hubiera incluido en un artículo transitorio lo que, sin embargo, no ocurrió.

Que la Fiscalía no puede estar incluida dentro de las instituciones electorales que cambiaron el período, pues no es un organismo que cumpla como función la organización y el control de las elecciones, sino una entidad que pertenece a la rama judicial y que ejerce funciones jurisdiccionales.

Menciona el antecedente del Acto Legislativo 01 de 2003, en cuanto a que la redacción original extendía el carácter institucional de los períodos establecidos en la Constitución y en la Ley para cargos de elección en la *"Rama Ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General",* no obstante lo cual esta regla excluyó al Fiscal en el texto final. Considera que ello obedeció a un querer explícito del constituyente derivado, consistente en no imponer tal tipo de período a la elección del Fiscal General.

Explica que los períodos institucionales que señala la Constitución fijan con claridad el momento en que empiezan a contabilizarse. Que así se evidencia del artículo 15 del Acto Legislativo 01 de 2003, en cuanto al período de los miembros del Consejo Nacional Electoral y del Registrador Nacional del Estado Civil.

Frente a la demanda que instauró el ciudadano Carlos Mario Isaza (Expediente No. 2012-00028), estima que ésta no pretende la nulidad del acto que declaró la elección, sino que busca que se defina una interpretación concreta sobre la contabilización del período para el cual fue elegido.

Que esa demanda no contiene ningún reproche sobre el contenido material del acto.

Observa que en los cargos de la demanda no se formulan reproches sobre contenidos normativos expresos, sino respecto de omisiones - por lo que el acto administrativo de elección dejó de decir-. No obstante, señala que, en efecto, en el acto que se acusa, la Corte Suprema de Justicia nada dispuso ni sobre el período ni sobre el término a partir del que debe contarse la elección. Que por tal razón, este acto administrativo contiene un vacío y que su validez resulta limitada.

Que, en este orden de ideas, le corresponde al juez electoral definir si la omisión que la demanda le atribuye al acto constituye un vicio de nulidad y si los vacíos del acto pueden ser subsanados por autoridad distinta a la que lo expidió.

Como argumento final sostiene que, antes de llegar a estas conclusiones el Consejo de Estado debe establecer si la Corte Suprema de Justicia tenía competencia para establecer el período del Fiscal General.

Fundado en todo lo expuesto, solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda en tanto que el período personal del Fiscal General de la Nación lo señala de manera directa el artículo 249 Superior.

Como petición subsidiaria principal, solicita que la sentencia declare que el período constitucional de cuatro años para el cual fue elegido se contabiliza desde su posesión, esto es, desde el 29 de marzo de 2012 y que abarca hasta el 28 de marzo de 2016.

Y, a título subsidiario de segunda opción, pide que la sentencia se abstenga de hacer un pronunciamiento de fondo y declare la inhibición, por ineptitud sustantiva de la demanda.

2.2. Expediente 2012-00028-00
Demandante: Carlos Mario Isaza

2.2.1. De la Corte Suprema de Justicia - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.-

La contestación de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial se tuvo por no presentada en el auto de 15 de noviembre de 2012 visible a folios 105 y siguientes del cuaderno principal, en razón a que el poder anexado con la misma se presentó sin los documentos que acreditaran la condición de representante legal del Director de dicha entidad.

2.2.2. Por el elegido.-

Contiene los mismos argumentos que expuso en la respuesta de la anterior demanda. Adicionalmente alega que el acto administrativo acusado no sólo no tiene vicios que alteren su validez, sino que, además, tampoco presenta vacíos normativos que ameriten una sentencia aditiva o interpretativa.

2.3. Expediente 2012-00019-00

Demandante: Germán Calderón España

2.3.1. De la Corte Suprema de Justicia - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.-

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en representación legal de la Rama Judicial - Corte Suprema de Justicia da respuesta a la demanda, a través de apoderado judicial. Alega que se opone a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que carece de razón jurídica, pues el período del Fiscal General de la Nación no es personal, sino institucional, tal y como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto 2095 de 2012. De esta manera solicita se declaren probadas la excepción de *ausencia de causa petendí* para demandar y las demás que aparezcan probadas.

2.3.2. Por el elegido.-

En este expediente el demandado contesta la demanda en iguales términos que lo hizo en el expediente 2012-00027.

2.4. Expediente 2012-00021-00
Demandante: Jaime Hernán Ramírez Gasca

El auto admisorio de esta demanda ordenó notificarla así: por edicto. Al elegido, al agente del Ministerio Público, al Presidente de la Corte Suprema de Justicia y al señor Presidente de la República, personalmente.

2.4.1. De la Corte Suprema de Justicia - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.-

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en representación legal de la Rama Judicial - Corte Suprema de Justicia a través de apoderado judicial se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que carecen de razón jurídica que las fundamente, reitera lo manifestado por el apoderado judicial de esta entidad en el expediente 2012-00019, pues estima que el período de Fiscal General de la Nación es institucional, como lo sostuvo la Sala de Consulta y Servicio y Civil del Consejo de Estado en Concepto de No. 2095 de 2012.

En esencia, reproduce la misma argumentación que se expuso en la contestación en el anterior expediente (2010-00019).

Como excepción de mérito o de fondo, alega la de ausencia de *causa petendi* para demandar, fundada en que la demanda nunca debió dirigirse contra la Nación - Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, pues al actor no le asiste razón jurídica fundamentada.

2.4.2. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.-

Por intermedio de apoderado judicial, contesta la demanda para oponerse a que se declaren nulos los actos de elección y de confirmación del doctor Montealegre L. como Fiscal General de la Nación. Estima que la pretensión anulatoria parcial carece de viabilidad jurídica.

Que el hecho de que en el acto de elección no se haya consignado con precisión el período por el cual fue elegido, no lo vicia de ilegalidad, pues no es la Corte Suprema de Justicia la llamada a definir el carácter de la elección.

Señala que, para la Presidencia de la República, la demanda padece de ineptitud sustantiva, pues en la formulación de sus pretensiones se incurre en una antinomia insalvable porque no se entiende cómo puede estar viciado de nulidad parcial el acto de elección por carecer de señalamiento del período, siendo que la Carta Política no lo exige como requisito para la validez formal o material de este acto, y máxime cuando el propio demandante pide que tales pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se mantengan incólumes.

Estima que el período del Fiscal General de la Nación está definido en la Ley 938 de 2004, que se presume constitucional y que obliga.

Que la pretensión anulatoria de la demanda no se funda en ninguna de las causales previstas en la Ley, y que el supuesto silencio sobre el período que debe cumplir el elegido no representa irregularidad alguna, lo que lleva a concluir que existe carencia de argumento jurídico, razón por la que el cargo no debe prosperar.

2.4.3. Del elegido.-

Manifiesta que “coadyuva” las pretensiones de esta demanda en cuanto a que se declare la nulidad parcial de los actos administrativos de su elección y confirmación como Fiscal General, en lo que atañe al período, que no puede ser otro que el de cuatro años, contados a partir de su posesión. Esto es, pide que se dejen incólumes tales actos pero que se les adicione este período.

Sostiene que si la ley no señaló como uno de los elementos fundamentales o estructurales del acto de elección que en éste se precise el período, el intérprete autorizado debe escoger la interpretación más favorable para el trabajador y para la institucionalidad de la Fiscalía General, por lo tanto, se debe concluir que es de cuatro años, como lo prevé la Constitución y la Ley, y que tal período se contabiliza desde la posesión.

En lo demás, el escrito de contestación de esta demanda reitera los mismos argumentos expuestos en las respuestas de las otras demandas.

3. TRAMITE DE INSTANCIA.-

Dando cumplimiento a lo que dispone el artículo 237 del CCA, la Sección Quinta del Consejo de Estado decretó por auto de 4 de octubre de 2012 la acumulación de los procesos de la referencia. El 15 de noviembre de ese mismo año se abrió el proceso a pruebas, posteriormente el 21 de enero de 2013 se corrió traslado para las alegaciones finales y se ordenó entregar el expediente al agente del Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo.

4. ALEGATOS DE CONCLUSION.-

4.1. Expediente 2012-00021-00

4.1.1. Demandante: Jaime Hernán Ramírez Gasca

Insiste en los hechos que expuso en la demanda en los que funda el vicio que hace parcialmente anulable los actos de elección y confirmación que acusa, habida cuenta no solo de la incertidumbre que ocasiona que la Corte Suprema de

Justicia no haya aclarado el período de la elección, sino porque era su deber precisarlo.

Considera que el acto de elección Fiscal General debe contener precisión sobre la duración del período puesto que es un aspecto propio de la motivación del mismo, y que al no expresarlo, se afecta este principio del acto administrativo.

Que la falta absoluta del Fiscal se produjo con la salida del doctor Iguarán Arana, a continuación de lo cual se produjeron nombramientos en calidad de encargados, que por su naturaleza no cuentan para el período institucional que indica el artículo 125 de la Carta.

Que, dada la declaratoria de nulidad de la elección de la doctora Viviane Morales, el período institucional de cuatro años que consagra la Constitución Política comienza a partir de la fecha de posesión del doctor Montealegre L.

Que el artículo 249 Superior establece que el Fiscal General se elige para un período de cuatro años, y no estipula que éste deba coincidir con el presidencial. Por lo tanto, se trata de un período independiente e indivisible. (Folios 307 a 310).

4.1.2. El elegido.-

El demandado señala que reitera las razones que expuso en las contestaciones de las demandas en las cuales sustentó que el período para ejercer el cargo de Fiscal General es de cuatro años.

Que así lo consagra de manera directa el artículo 249 de la Constitución Política. Que el mismo tiene carácter personal como lo han considerado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, puesto que solo de esta manera se garantiza la autonomía, la independencia judicial y la estabilidad institucional de la Fiscalía General de la Nación.

Que el artículo 9° de la Ley 938 de 2004, según el cual el período es institucional, contraría lo que establece el artículo 249 de la Constitución, razón por la cual debe ser inaplicado por inconstitucional.

Que la modificación del artículo 125 de la Carta que le introdujo el Acto Legislativo 01 de 2003, en cuanto establece que los *"cargos de elección"* tienen período institucional, es una disposición que está referida a los cargos de elección popular.

Que el período del Fiscal está regulado en norma especial, que es el artículo 249 Superior, que prevalece, regla de hermenéutica que también es aplicable al caso de los Magistrados de las Altas Cortes.

Y que aún si se admitiera que el período es institucional porque debe aplicarse el artículo 9° de la Ley 938 de 2004, tampoco existe un criterio legal para sostener desde cuándo rige ese período, razón por la que mientras no exista una reglamentación precisa sobre la materia, es una norma que no tiene efectividad.

En este orden de ideas, solicita que se denieguen las pretensiones de las demandas interpuestas y se señale que el período del Fiscal General de la Nación es de cuatro años contado desde su posesión.

4.2. Expediente 2012-00028-00

4.2.1. Demandante: Carlos Mario Isaza.-

Insiste en la alegación que expuso en su demanda, en el sentido de que sí es posible que por intermedio de la acción nulidad electoral se examine el acto administrativo de elección, no para expulsarlo del ordenamiento jurídico, sino para modificarlo en su origen y hacerlo producir los efectos que en derecho correspondan.

A su juicio está demostrado que no existen reparos de inconstitucionalidad contra el artículo 9° de la Ley 938 de 2004 porque a partir de la aprobación del Acto Legislativo 01 de 2003, una disposición de tal naturaleza podía ser reproducida. Se refiere al inciso 3° del artículo 29 original de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que fue declarado inexequible por la Corte.

4.3. Expediente 2012-00027-00

4.3.1. Demandante: María del Pilar Díaz Suarez.-

En su criterio, la Sección Quinta del Consejo de Estado no se debe inhibir de conocer de fondo la demanda de nulidad parcial puesta a su consideración con el fin de llenar el vacío de que adolece el acto de elección acusado, que expidió la Corte Suprema de Justicia.

Entiende que el hecho de que el artículo 249 inciso 2° Constitucional establezca que el Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años, no significa que determine si la naturaleza de este período es institucional o personal.

Se muestra en desacuerdo con que la elección de Fiscal efectuada para terminar un período de cuatro años pueda ser considerada como lesiva de su autonomía e independencia. Considera que un período institucional del Fiscal contribuye a garantizar que, por los menos, durante cuatro años existirá una voluntad política uniforme.

Que, por el contrario, un período individual de Fiscal resulta más proclive a generar situaciones como la ocurrida con ocasión de la provisión del reemplazo del Fiscal Iguarán.

Que no existe ninguna razón científica, técnica o semántica para considerar que, por razón del principio de unidad de materia del artículo 158 Superior, la reforma política del Acto Legislativo 01 de 2003 solo contenga normas referidas a la regulación de asuntos electorales.

Tampoco comparte el argumento según el cual para que un período sea institucional deba tener la fijación de la iniciación de éste, pues existen prácticas institucionales que suplen la ausencia de norma expresa y proveen una solución jurídica a esta carencia. Que tal es el caso de los períodos sucesivos de los Fiscales Generales doctores Luis Camilo Osorio y Mario Iguarán.

Finalmente, solicita que se le de prosperidad a una cualquiera de las pretensiones de su demanda, ya sea a la principal o a la subsidiaria: que el período del actual Fiscal expira el 31 de julio de 2012, o, en su defecto, que fue elegido para culminar el período iniciado por la doctora Viviane Morales el 12 de enero de 2011 y expira por tanto el 11 de enero de 2014.

4.3.2. Del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.-

Insiste en que hay una indebida invocación de la causal que justificaría la decisión de anular los actos administrativos, puesto que la demanda, en realidad, no formuló cargo de nulidad, o que por los menos, éste resultó insuficientemente demostrado.

Que la censura propuesta en la demanda no encaja en las causales propias que hacen anulable el acto de elección, ni en las genéricas previstas para todos los actos administrativos.

Que la omisión que se le atribuye al acto de no señalar la fecha de fenecimiento del período del Fiscal, desde ninguna perspectiva legal afecta su validez, pues solo la Constitución o la Ley pueden señalar la fecha específica de iniciación o finalización del término durante el qué se ejercerá el cargo.

Reconoce que la caracterización del período es un asunto fundamental para el ejercicio del cargo, pero sostiene que no hacerlo explícito dentro del acto, no supone la violación de normas de rango superior en las que se señale que es deber precisar el período o limitar en el tiempo el ejercicio del cargo.

Que guardar silencio sobre el período y acerca de si éste es institucional o personal, no está previsto en el ordenamiento jurídico como causal de anulación. Además, que como se observa, la solicitud de nulidad no comporta un reparo sobre la elección, sino que consiste en un reclamo de interpretación del acto administrativo, luego se trata de una pretensión ajena al objetivo de la acción.

Que, por lo expuesto, la Presidencia de la República solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que los actos administrativos de elección y de confirmación del doctor Montealegre L., como Fiscal General de la Nación, se encuentran sujetos a lo que dispone la Constitución y la Ley.

4.3.4. De la Corte Suprema de Justicia - Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.-

Según informe secretarial visible a folio 391, el apoderado judicial de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial presentó de forma extemporánea el escrito de alegatos.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.-

Comienza ocupándose de las excepciones, en primer lugar, la de ausencia de causa petendi *para demandar, que alega la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, sustentada en que el período del Fiscal General es institucional, como lo expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el Concepto No. 2095 de 2012. El sustento de esta excepción radica en que no existe fundamento jurídico para que la demanda se haya dirigido contra ese Organismo.*

Para la Procuraduría delegada, se trata de un argumento que concierne al fondo del asunto por resolverse cuando se decidan las demandas, razón por la cual, a su juicio, este medio exceptivo carece de vocación de prosperidad.

En cuanto a la ineptitud sustantiva de la demanda*, a la cual dice que "aluden" las repuestas del demandado en los expedientes 0019, 0027, 0028 todos del 2012, que fundan en que no está estatuida como causal que vicie de nulidad la omisión que se le atribuye al acto de elección, explica que aunque este argumento no fue expuesto de manera expresa a título de medio exceptivo, al calificar a las demandas como ineptas, lo asume con tal carácter.*

Considera que todas las demandas acumuladas se dirigen a que la elección quede incólume, pero que se declare parcialmente nulo el acto que la contiene, únicamente en lo que atañe a la omisión sobre el señalamiento del período para el cual fue elegido, pues, en sentir de los demandantes, para unos se transgrede el artículo 125 Superior y para otros el 249 ibídem.

A su juicio cuestionar el acto por la omisión que se le atribuye y ejercer de la acción de nulidad electoral como vía judicial para resolverlo, está plenamente indicado, puesto que en materia electoral es válido que ante la inconformidad o disparidad de criterios respecto del término para el cual fue o debió ser elegido un dignatario, es viable demandar la nulidad parcial de dicho acto a fin que el juez contencioso administrativo lo fije mediante sentencia.

Alude a que existen precedentes jurisprudenciales de demandas en sentido similar, respecto de períodos de algunos alcaldes municipales, instauradas para que se estableciera si habían sido elegidos para un período institucional o personal.

Con este razonamiento, recomienda desestimar la excepción propuesta por el demandado.

En lo atinente a que el juez administrativo no puede ocuparse de definir el complemento del acto electoral relativo al período, sin que incurra en coadministración, también desestima este medio exceptivo porque estima que es válido que en el proceso contencioso electoral, luego de realizarse análisis del legalidad del acto, si prospera la declaratoria de nulidad parcial, el juez determine el sentido en que debe ser entendida la elección, o las consecuencias que se derivan de la nulidad.

Indica que es el artículo 249 de la Carta el que establece que la elección del Fiscal General de la Nación se efectúa para un período de cuatro años, sin calificarlo de institucional o personal.

Que así lo precisó la Sala Plena de esta Corporación cuando conoció de una demanda instaurada por el período que debió cumplir el entonces Fiscal General de la Nación doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento.

Sostiene que si la norma citada no establece a partir de cuándo se empieza a computar el término de los cuatro años, no le es dable al operador judicial tal interpretación, sino que se impone contarlo a partir de la fecha de su posesión.

Señala que en igual sentido se pronunció la Corte Constitucional cuando ejerció control previo de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Corporación que al analizar el numeral 3° del original artículo 29 que consagraba que en caso de falta absoluta de Fiscal General antes de la terminación del período, quien fuere designado en su reemplazo lo sería para terminar el período, indicó que dicho parágrafo debería ser excluido del ordenamiento jurídico pues "(…) en modo alguno puede desprenderse o interpretarse que dicho período tenga que ser coincidente con el del Presidente de

la República, como ocurre, por ejemplo, con el del Contralor General de la Republica o el de los Congresistas, sino que por el contrario se trata de un período individual el cual, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte se debe contar a partir del momento en que el nuevo Fiscal, elegido por la Corte Suprema tome posesión del cargo, sin interesar si el anterior completó o no el período de cuatro años señalado en la Carta (…)"

Con fundamento en estos dos precedentes dice que no cabe duda que el período para el cual fue elegido el Fiscal General de la Nación es el de 4 años a partir de su posesión.

Que no desconoce la adición que tuvo el artículo 125 Constitucional con el 6° del Acto Legislativo 01 de 2003, pero que esta reforma se circunscribe a los cargos de elección popular, puesto que como lo indica el título del Acto Legislativo 01 de 2003, se trató de "una reforma política - constitucional"*, naturaleza que guarda relación con las normas allí contenidas.*

De esta consideración, concluye que la adición al artículo 125 Constitucional con el parágrafo, cuando se refiere a que los cargos de elección tienen el carácter de institucionales, tal alusión se circunscribe únicamente a los cargos que se proveen mediante elección popular, que son los de índole político.

Que el período personal refleja las garantías de independencia y de autonomía inherentes a la Rama Judicial, a la cual está adscrita la Fiscalía General de la Nación.

Que el artículo 9° de la Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, que establece que el Fiscal General será elegido por cuatro años para un período institucional, por contrariar el 249 de la Carta, debe inaplicarse por excepción de inconstitucionalidad.

Con fundamento en todo lo anterior solicita que se declare no probadas las excepciones propuestas y que igualmente se declare la nulidad parcial del acto declaratorio de la elección del doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación en cuanto al período por el cual fue elegido, que

corresponde a un periodo personal de cuatro años y que para el caso del elegido se deben contar a partir del día de su elección.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA.-

La competencia para definir este juicio de nulidad electoral (acumulado), que inicialmente le correspondió por reparto a la Sección Quinta, dada la especialidad de la materia, Sección donde fue admitido, tramitado y acumulado, la fijan los artículos 97 numeral 5º y 130 del C.C.A., (normas vigentes para la época en que se presentaron las demandas), y que autorizan a esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a asumir para fallo procesos por razón de su importancia jurídica y/o transcendencia social, como así lo decidió esta Corporación respecto de este proceso, en la sesión de 30 de octubre de 2012, que consta en el acta de tal fecha.

2. ASUNTO PREVIO.-

Los Consejeros de Estado doctores Mauricio Fajardo Gómez, Olga Valle de la Hoz y Marco Antonio Velilla Moreno manifestaron encontrarse impedidos para conocer y decidir de este proceso de nulidad electoral acumulado puesto que consideran que se encuentran incursos en la causal que preceptúa el numeral 1° del artículo 150 del C.P.C.

Los dos primeros, debido a que aunque sin su intervención, tienen un sobrino y un sobrino-nieto, respectivamente, que trabajan en la actualidad en la Fiscalía General de la Nación. Por su parte el tercero de los que alegan impedimentos, estima encontrarse en tal situación porque demandó en acción de reparación a la Nación en razón a que durante trece meses hizo parte de la terna para ser elegido Fiscal General de la Nación y ésta fue revocada.

La Sala sometió a discusión cada uno de los impedimentos señalados, tal y como quedó constancia en el acta de sesión de esta fecha, y resolvió declarar infundados los de los Consejeros Mauricio Fajardo Gómez y Olga Valle de la Hoz, pues de las manifestaciones realizadas por éstos no se evidencia la existencia de un interés directo o indirecto que afecte la imparcialidad en la decisión que deben

tomar. El del Consejo doctor Velilla Moreno sí se encontró fundado. En consecuencia, se le relevó de participar en esta discusión.

3. PROBLEMA JURIDICO - FIJACION DEL LITIGIO.-

Radica en determinar, primeramente, si en el acto de elección acusado debe estar explícito el señalamiento del término concreto por el cual fue elegido Fiscal General de la Nación el doctor Eduardo Montealegre Lynett, designación que está contenida en el acta del día 22 de marzo de 2012 y confirmada en la del 26 del mismo mes y año, correspondiente a las respectivas sesiones cumplidas por el órgano elector: la h. Corte Suprema de Justicia, y si las normas que los demandantes señalan como vulneradas por dicho acto debido a que al respecto éste únicamente señala *"por el periodo constitucional y legal",* son censuras que resultan o no probadas.

En segundo lugar, esclarecido este punto, debe la Sala ocuparse, en el evento de ser afirmativa tal conclusión, de cuál es la duración que corresponde a esa elección.

A fin de abordar la primera parte de la fijación del litigio, se debe realizar juicio de valor acerca de si jurídicamente es viable que se impugne el acto administrativo declaratorio de esta elección sujeta a período fijo, debido a que la regulación en el ordenamiento jurídico colombiano del cargo del Fiscal General de la Nación según los demandantes tiene diversos alcances sobre la duración de la función pública que se le confía al elegido. Para unos solo por el tiempo que resta para completar los cuatros años contados a partir de cuándo hizo dejación el Fiscal General Iguaran A. el 31 de julio de 2009, y para los otros de cuatros a partir de su posesión.

Para el efecto entonces es preciso que la Sala comience por identificar, en este caso *sui generis* sometido a su consideración, la connotación que representa en el acto de elección acusado, el señalamiento sobre cuál es la duración de la función pública que debe cumplir el servidor público a quien se le otorgó el acceso a ella, al ser elegido como Fiscal General de la Nación.

4. EL ACTO ELECTORAL (COMPLEJO) QUE SE ACUSA.-

Las actas de las sesiones cumplidas por la h. Corte Suprema de Justicia los días 22 y 26 de marzo de 2012, que contienen la declaratoria de la elección y la confirmación, respectivamente, como Fiscal General de la Nación del doctor Eduardo Montealegre L., constituyen "el acto acusado" en este proceso.

4.1. Del texto de estas actas:

4.1.1. La de elección:

"LA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, TRANSCRIBE A CONTINUACION LA PARTE PERTINENTE DEL ACTA NUMERO DOCE CORRESPONDIENTE A LA SESION ORDINARIA DE SALA PLENA CELEBRADA EL VEINTIDOS DE MARZO DE DOS MIL DOCE:

ACTA NUMERO DOCE CORRESPONDIENTE A LA SESION ORDINARIA DE SALA PLENA CELEBRADA EL VEINTIDOS DE MARZO DE DOS MIL DOCE.

En la ciudad de Bogotá D.C. a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil doce (2012), siendo las nueve y treinta y cinco (9:35 a.m.), se reunió la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sesión ordinaria. La Secretaria General de la Corte procedió a llamar a lista con el fin de verificar el quórum para la sesión de la fecha. Cumplido este acto, informó al doctor JAVIER ZAPATA ORTIZ, Presidente de la Corporación, que en el recinto se encontraban presentes 23 Magistrados.
(…)
VII. ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION.
(…)
2. CONSIDERACION DE LA TERNA
(…)
A continuación, el señor Presidente de la Corporación, Magistrado JAVIER ZAPATA ORTIZ, señaló a la plenaria que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 249 de la Constitución Política de Colombia, la Corte debe elegir al próximo Fiscal General de la Nación. Para tal efecto, puso a consideración de la plenaria la terna enviada por el Presidente de la República, para la elección del Fiscal General de la Nación en reemplazo de la doctora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS.

La terna está compuesta por los siguientes juristas:
Dra. MONICA DE GREIFF LINDO
Dra. MARIA LUISA MESA ZULETA
Dr. LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Efectuada la votación la comisión escrutadora informó el siguiente resultado:
(…)

MONICA DE GREIFF LINDO	*13 VOTOS*
VOTOS EN BLANCO	*10 VOTOS*
TOTAL	*23 VOTOS*
MARIA LUISA MESA ZULETA	*12 VOTOS*
VOTOS EN BLANCO	*11 VOTOS*
TOTAL	*23 VOTOS*
LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET	*16 VOTOS*
VOTOS EN BLANCO	*7 VOTOS*
TOTAL	*23 VOTOS*

En consideración al resultado obtenido, la Corte Suprema de Justicia, ***declaró elegido en propiedad, por el período constitucional y legal*** *que le corresponda al Dr. LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, como Fiscal General de la Nación, en reemplazo de la Dra. Viviane Aleyda Morales Hoyos, a quien se le aceptó la renuncia a partir del 13 de marzo de 2012.*

(…)" (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

4.1.2. La de confirmación:

"LA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, TRANSCRIBE A CONTINUACION LA PARTE PERTINENTE DEL ACTA NUMERO TRECE CORRESPONDIENTE A LA SESION EXTRAORDINARIA DE SALA PLENA, CELEBRADA EL VEINTIDOS DE MARZO DE DOS MIL DOCE:

ACTA NUMERO TRECE CORRESPONDIENTE A LA SESION EXTRAORDINARIA DE LA SALA PLENA CELEBRADA EL VEINTISEIS DE MARZO DE DOCE*.*

En la ciudad de Bogotá D. C., a los veintiséis (26) días del mes de marzo del año dos mil doce (2012), siendo las cinco y veinte minutos (5:20 p.m.), se reunió la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sesión extraordinaria. La Secretaria General de la Corte procedió a llamar a lista con el fin de verificar el quórum para la sesión de la fecha. Cumplido este acto, informó al doctor JAVIER ZAPATA ORTIZ, Presidente de la Corporación, que en el recinto se encontraban presentes 19 Magistrados. (…) Se dejó constancia de que la sesión fue convocada en forma verbal.
(…)
2. CONFIRMACIONES.
2.1. EXPEDIENTE No. 110010230 000 2012 00066 00

SOLICITUD DE CONFIRMACION DEL NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD DEL DOCTOR LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT COMO FISCAL GENERAL DE LA NACION. MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ.

Leída la ponencia y sometida a consideración por parte del Magistrado Ponente, fue aprobada y en consecuencia, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia confirmó el nombramiento en propiedad del Dr. Luis Eduardo Montealegre Lynett, como Fiscal General de la Nación.
(…)"

5. DE LAS CARACTERISTICAS QUE IDENTIFICAN AL ACTO ADMINISTRATIVO ELECTORAL, Y A SU MEDIO DE CONTROL JUDICIAL: EL CONTENCIOSO ELECTORAL.-

En el acto administrativo de elección cuando es de carácter popular por voto ciudadano, la administración da cuenta, ratifica o convalida la voluntad de los electores, ella no expresa su propia y autónoma intención. Son los ciudadanos quienes al depositar válidamente el voto producen la elección que luego la autoridad competente declara.

Por su parte, cuando la elección se produce por el voto de los integrantes de un cuerpo colegiado es este mismo órgano el que declara el resultado de la voluntad mayoritaria de sus miembros. El acto de elección que en este proceso se acusa de nulidad parcial se adscribe en esta última categoría.

Se trata de un acto que si bien en principio es de carácter particular pues autoriza el ejercicio de función pública a un ciudadano en específico, tiene sin embargo, connotación y transcendencia para el interés general, puesto que corresponde al acto que otorga legitimidad para el manejo de una atribución que es propia del Estado.

Otra característica que identifica el acto administrativo de elección tiene que ver con el aspecto *"duración o término"*, cuando se trata de una elección que está sujeta a período fijo. Es un elemento que la ley lo determina, y que por ende, cuando está claramente consagrado en el ordenamiento jurídico, le es inherente al acto electoral de manera implícita. En cambio, no ocurre lo mismo en el presente caso, pues la regulación legal en tal sentido para este empleo público no es univoca ni precisa respecto a cómo se contabiliza el tiempo por el cual el elegido

cumple la función pública asignada, como lo evidencian las demandas acumuladas, que al respecto alegan diferentes alcances.

Cuando se esté en presencia de esta circunstancia, compete al órgano elector determinar cual norma aplica al producir la elección. Si no lo específica así, el juez del contencioso electoral –proceso de naturaleza rogada-, es el llamado a establecerlo con el fin de que el acto administrativo contenga la plenitud de los elementos que lo identifican tanto en su contenido y objeto, como también frente a los límites de la competencia del cuerpo elector, y porque está autorizado para ello en esta clase de proceso especial, por el artículo 227 del C.C.A.

En nuestro sistema jurídico el control judicial del acto administrativo electoral se caracteriza por ser público, pues está al alcance de cualquier persona someterlo a estudio de constitucionalidad y/o legalidad ante el juez administrativo, previa demanda, cuando se considere que presenta desajustes en tal sentido.

Por ello, el contencioso electoral no tiene exigencia de legitimación en la causa por activa, más que el interés de cualquier ciudadano en proteger y mantener la legalidad en abstracto. Tampoco tiene por objeto el reconocimiento de un derecho subjetivo o el restablecimiento del mismo.

No obstante lo anterior, la posibilidad de acudir a este medio de control judicial para pretender la nulidad del acto electoral, está sujeta a término de caducidad. Tiene por finalidad este límite temporal evitar que el acto de elección este expuesto a impugnación judicial de manera indefinida pues se impone conceder certeza sobre la legitimidad de la elección en razón de la seguridad jurídica que reclaman el elegido y sus electores, quienes confiaron que al depositar el voto, la elección a la que apostaron atendía las exigencias constitucionales y legales.

El aspecto término o plazo, cuando se trata de elección sujeta a período, tiene una relación directa con la competencia y con el contenido del acto electoral. Respecto a lo primero, pues atañe al órgano competente no solo que el acto emane de una autoridad estatal que actué en función administrativa, sino que ese órgano se mantenga en los límites de su competencia: solo está legalmente

autorizado para conferir potestades de ejercicio público en el desempeño del cargo al elegido por el término que la norma determine.[1]

Ahora bien, si las normas en este sentido no fueren claras, como ya antes se indicó, ello impone un ejercicio hermenéutico del órgano elector a fin que el elegido y la sociedad en general no resulten afectados por la falta de certeza sobre la duración de dicha gestión, por cuenta de que el acto electoral tampoco la especificó.

En cuanto al contenido del acto administrativo electoral la Sala precisa que el término por el cual se confiere ejercicio de funciones públicas al elegido y su forma de contabilización, integran su materia, son implícitos, acorde con la norma jurídica que regule dicho aspecto. Pero se convierte en elemento no implícito, sino que requiere determinación expresa, cuando el ordenamiento jurídico vigente sobre la materia propicia diversos alcances o cuando no preceptúa todas las situaciones que, atinentes a este aspecto, pueden presentarse.

Así, cuando frente al período existe divergencia frente a la comprensión de las normas vigentes regulatorias de la materia, como ocurre en la elección objeto del presente debate, se debe entender que en este evento no se trata de un elemento que esté implícito en el acto, motivo por el cual se impone que como la Corte Suprema de Justicia, órgano elector, no lo individualizó con certeza y determinación en el acto acusado, le corresponde precisarlo al juez electoral mediante sentencia.

El artículo 227 del C.C.A. preceptúa que el proceso de nulidad electoral es escenario válido para que el juez corrija o adicione actas o registros electorales.

A su turno, los tratadistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomas - Ramón Fernández, en su obra "*Curso de derecho administrativo"*[2]*,* refiriéndose a los elementos objetivos del acto administrativo: la declaración, y su contenido y objeto, destacan que el contenido de la declaración de la administración debe acomodarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, y plantean la importancia

---

[1]Esta conclusión se efectúa a partir de los estudios que frente al acto administrativo ha realizado el tratadista Enrique Sayagues. Ver: Sayagues Laso, Enrique (2004): *"TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO"*, Fundación Cultural Universitaria.

[2] García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas-Ramón (2008): Curso de Derecho Administrativo – Tomo I, Temis – Palestra.

de las determinaciones accesorias de la voluntad: condición, plazo, modo, y reserva. A título de ejemplo citan que no cabría nombrar un funcionario de carrera con plazo resolutorio, o una autoridad académica aprobar a un alumno o expedir un título bajo condición suspensiva o con el gravamen de un modo de ejercicio.

Entonces, no es jurídicamente admisible elegir a un servidor público cuyo cargo es de período fijo sin establecer, en concreto, la duración de éste, y la forma de contabilizarlo, cuando quiera que para el efecto el cuerpo elector recurre a la Constitución y a la ley, siendo que las disposiciones en tal sentido no son univocas. En este especial evento el acto administrativo electoral adolece de contenido preciso en cuanto al plazo por el que concede potestades públicas a quien elige.

En conclusión, para esta Sala resulta jurídicamente viable ejercer el contencioso electoral para situaciones como la que en esta oportunidad los demandantes someten a consideración.

Ahora bien, la Sala pone de presente que, en relación con la existencia de antecedentes de demandas con pretensión de anulación parcial del acto de elección, sustentadas en el aspecto “período” por el cual fueron elegidas las autoridades públicas respectivas, existen precedentes tanto en la Sala Plena del Consejo de Estado como en la Sección Quinta de esta Corporación. Para citar solo algunos casos, al respecto pueden consultarse entre otras: la sentencia de 30 de noviembre de 1995, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, Radicado número S-553, Demandante Pedro Miguel Ramírez Martínez, Demandado Alfonso Valdivieso Sarmiento; y la sentencia de 4 de febrero de 2010, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, expediente número 76001233100020090045702, Demandante Edilberto Peralta Borja, Demandada Gloria Gallego L., Personera de Candelaria.

Además, cabe recordar, como lo ha sostenido de tiempo atrás la Sección Quinta del Consejo de Estado, que los actos de elección pueden afectarse en su validez no sólo cuando concurra alguna de las causales específicas de nulidad que prevé en razón a su naturaleza especial en el artículo 223 del C.C.A., que como se indicó era la norma vigente para la época de instauración de este proceso, sino también por las generales aplicables a la totalidad de los actos administrativos, que este estatuto contempla en el artículo 84, una de las cuales corresponde a

cuando el acto administrativo se aparta o contraviene las normas en que debería fundarse, lo que podría llegar a ocasionar que éste sea expedido en forma irregular.

En el presente caso los demandantes consideran que la elección del doctor Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación en lo que atañe a no contener precisión sobre la duración de su gestión se produjo, en este aspecto, apartándose de la norma en que ha debido fundarse.

Para los primeros demandantes, los ciudadanos María del Pilar Díaz y Carlos Mario Isaza (Expedientes 2012-00027 y 2012-00028), el acto de elección que acusan, en cuanto expresa que la elección de Fiscal General de la Nación se declara por *"el período constitucional y legal,* viola los artículos 125 constitucional, y 9° de la Ley 938 de 2004, "estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación", por no precisar en específico que la duración de su gestión es la que determinan esas disposiciones.

A su turno para los demandantes Germán Calderón España y Jaime Hernán Ramírez, la señalada expresión del acto de elección contraviene el inciso 2° del artículo 249 constitucional, pues a juicio de éstos debió expresarse en el acta de la Corte Suprema de Justicia que el período por el que fue elegido el doctor Montealegre Lynett es de cuatro años, e inicia con la posesión.

Hasta aquí la Sala ha resuelto la primera parte del problema jurídico que implica el control judicial del acto que le fue sometido a examen en este contencioso electoral, en el sentido de concluir, como ya antes se anticipó, que, en efecto, en el acta 012 de la sesión que cumplió la Corte Suprema de Justicia para elegir en propiedad al doctor Eduardo Montealegre L. como Fiscal General de la Nación titular, debido a que el ordenamiento jurídico colombiano no es unívoco en la forma como se contabilizan los cuatro años del ejercicio de la función pública por parte de este servidor estatal, dicho acto electoral debe adicionarse en tal sentido, con fundamento en el artículo 227 del C.C.A.

Precisado lo anterior, la Sala a continuación dedica su atención a resolver la segunda parte de la situación conflictiva que las demandas plantean, asunto que está ligado al mismo punto, esto es, determinar en concreto el término que corresponde a la **elección en propiedad** que efectuó la h. Corte Suprema de

Justicia y que recayó en el doctor Montealegre Lynett, como Fiscal General de la Nación.

Ello implica que se deba realizar un análisis del contenido del ordenamiento jurídico sobre la regulación de esta materia, en tanto éste prevé disposiciones normativas que pueden dar lugar a diferentes interpretaciones, y debido a que, como antes se indicó, tanto el elegido como el Gobierno Nacional, en su calidad de postulante de la terna (Presidente de la República), y como el propio cuerpo electoral (Corte Suprema de Justicia), así como también la sociedad colombiana en general, requieren certeza y claridad en tal sentido.

6. DE LA REGULACION CONSTITUCIONAL Y LEGAL SOBRE LA INSTITUCION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION-, Y LA ELECCION DEL FISCAL GENERAL.-

1.) La Carta Política, en el Título VIII denominado *"DE LA RAMA JUDICIAL"*, del cual hace parte el Capítulo VI *"DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION"*, consagra en su artículo 249 titulado *"**Organización de la Fiscalía General de la Nación**",* lo siguiente:

> *"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 período de cuatro años** por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.*
>
> *La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal."*

Este solo precepto dada su perentoriedad, bastaría para tener claro que la elección **en propiedad** del Fiscal General de la Nación como titular, solo es posible efectuarla para un período de cuatro años, como así lo alegan los demandantes Germán Calderón España y Jaime Hernán Ramírez.

2.) No obstante, en razón a que por conducto del Acto Legislativo 01 de 2003 "*por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones"*, a través de su artículo 6° se le adicionó un parágrafo al artículo

125 Superior, artículo que se titula *"Carrera Administrativa",* inmerso dentro del Título V "*DE LA ORGANIZACION DEL ESTADO*", Capítulo II *"DE LA FUNCION PUBLICA"*, y que es del siguiente tenor literal:

"Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la Ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido." han surgido diversos entendimientos de cuál debe ser el alcance del concepto *"Institucionales"* y de las expresiones *"en reemplazo"* y por *"falta absoluta del titular"*, respecto a cuándo una elección se hace *"por el resto del período",* los demandantes María del Pilar Díaz Suárez y Carlos Mario Isaza, estiman que, debido a que este parágrafo del artículo 125 constitucional se expidió después del 249 *ibídem*, y porque no distingue a cuales cargos de elección se aplica, ha de entenderse que involucra o abarca a la totalidad de los empleos que tienen esta forma de provisión, incluido, por lo tanto, la designación del Fiscal General de la Nación, que registra el acto administrativo que en este proceso se acusa.

3.) La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia - 270 de 1996-, consagra en el Título Tercero *"De las corporaciones y despachos judiciales",* del cual hace parte el Capítulo II "*De la investigación y acusación de los delitos"*, el artículo 29 titulado *"Elección",* del siguiente tenor:

> *"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 y no podrá ser reelegido.*
> *(…)"*

Y el artículo 130 *ibídem*, denominado *"CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS"*, que se encuentra en el título VI *"POLITICA CRIMINAL"*, consagra:

> " (…) **Son de período individual los cargos de** Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de **Fiscal General de la Nación** y de Director Ejecutivo de Administración Judicial. (…)" *(Negrillas fuera del texto original).*

4.) El Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, - Ley 938 de 2005-, dispone en el artículo 9° que:

> “El Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de cuatro (4) años.”

Si bien lo denomina institucional, no desarrolla la significación de tal concepto, ni tampoco establece cuándo inicia ni cuándo termina.

6.1. De los antecedentes sobre la creación de la institución Fiscalía General de la Nación, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.-

Con el propósito de desentrañar el espíritu del Constituyente originario al expedir la Constitución de 1991 respecto de la creación de la Fiscalía General de la Nación y sobre la consideración que tuvo frente al período por el cual desarrollaría su gestión el Fiscal General, consultada la Gaceta Constitucional No. 81 del 24 de mayo de 1991, que contiene el Informe - Ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente sobre este específico tema - ponente: Carlos Daniel Abello Roca, son destacables los siguientes aspectos:

Se propuso imponer un sistema acusatorio *“a la colombiana”,* esto es, ajustado a las condiciones y capacidades del país, y que tomando la idea de la Constitución Española de 1978 y especialmente de la Ley Orgánica del Ministerio Fiscal, la Fiscalía General de la Nación fuera un órgano autónomo integrado funcionalmente al poder judicial.

En cuanto a la designación del Fiscal General de la Nación, se propone en esta ponencia que dicha autoridad sea elegida por el Presidente de la República de terna enviada por el Consejo Superior de la Judicatura para un período de 5 años, sin posibilidad de relección en el período inmediato.

Esta misma gaceta registra, en la página 12, un artículo aprobado por la Comisión en este primer debate - Plenaria, conforme con el cual, la Fiscalía General de la Nación se incluye dentro de los organismos que administran justicia en forma permanente, como servicio público a cargo de la Nación, conjuntamente con el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Se señala que es autónomo e integrado funcionalmente al poder judicial. En cuanto a la forma de escogencia y el período del Fiscal se aprobó lo propuesto por el ponente antes reseñado: para período de 5 años, escogido por el Presidente de la República de terna enviada por el Consejo Superior de la Judicatura.

En el informe de Minoría,- Gaceta Constitucional No. 81, página 14, el Constituyente Fernando Carrillo Flórez al referirse al *"origen"* de la Fiscalía General de la Nación, llama la atención en el sentido de cuál debe ser la situación orgánica de esta institución dentro de los poderes públicos del Estado, y para concluir señala: *"(…) Lo que evidentemente queda muy claro es que para su designación deben intervenir el ejecutivo y el judicial. Ahora bien, considero que dentro de las formas aplicables la más conveniente es la relativa a la terna que el Presidente presentaría a la Corte Suprema de Justicia. Esta alternativa, en primer término, evita cualquier riesgo de politización. En segundo garantiza que el Tribunal de Casación Penal se pronuncie en la nominación del funcionario encargado de la investigación; y, por último vale decir que de tiempo atrás el Procurador se viene eligiendo de terna presidencial y ello no ha incidido de modo alguno en la independencia e imparcialidad de dicho funcionario (…)"*

La Gaceta Constitucional No. 84 del martes 28 de mayo de 1991 registra que el Constituyente Juan Gómez Martínez llegó a proponer incluso que el Fiscal General se eligiera por voto ciudadano directo, para un período de 4 años sin posibilidad de reelección.

En la Gaceta No. 99 del sábado 15 de junio de 1991, en la página 9, se registra con el título *"Aclaraciones sobre Fiscalía General"*, la exposición que al respecto hiciere el Constituyente antes mencionado, el día 11 de junio de 1991, oportunidad en la que se refirió a los siguientes temas: ¿Qué es la Fiscalía General de la Nación?, ¿Por qué es necesaria su creación?, y ¿Qué mecanismos existen para controlar sus actuaciones, asegurando al mismo tiempo su eficacia?

En relación con este último punto, el Constituyente Carrillo Flórez sostuvo: *"La Fiscalía General propuesta por la Comisión Accidental es una institución que tendría un pie en la rama ejecutiva (ya que en el nombramiento interviene el señor Presidente de la República, además de dirigir y controlar las funciones de policía judicial) y otro pie en la rama jurisdiccional (ya que en su nombramiento interviene la Suprema Corte, además de tener funciones judiciales como la de calificar y precluir investigaciones, acusar y adoptar medida de aseguramiento - incluyendo detención preventiva). Esta combinación de poderes permite la creación de una Fiscalía General de la Nación ágil, que tendrá una enorme capacidad para investigar y ejercer la acusación.*

Pero el articulado también asegura que esta entidad sea independiente y ejerza sus funciones en una forma autónoma de la Rama Ejecutiva y la Rama Jurisdiccional ya que se propone que esta institución tenga autonomía administrativa y presupuestal.
(…)
La independencia de la Rama Jurisdiccional ha sido una de las principales nociones que se ha deseado inyectar en la nueva Constitución."

En la Gaceta No. 109 del jueves 27 de junio de 1991 contentiva de los artículos de la Constitución Política de Colombia, aprobados en primer debate en la Asamblea Nacional Constituyente, en la página 19, del Capítulo V, del Título VII *"De la Rama Judicial"*, aparece consagrado que la Fiscalía General de la Nación es un órgano autónomo integrado funcionalmente al poder judicial, como se aprobó el 7 de junio de ese año.

En un artículo siguiente se señala su integración, y que el Fiscal General de la Nación será elegido por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República, para un período de **cuatro años, que coincida con el de éste,** y no será reelegible.

En la No. 115 del martes 16 de junio de 1991 aparece publicada la ponencia para segundo debate denominada: *"La Administración de Justicia"*, por parte de la Constituyente María Teresa Garcés Lloreda.

En la introducción de esta ponencia se explica que la reforma constitucional crea la Fiscalía General de la Nación como otro de los organismos que administran justicia, y que el Fiscal General será elegido por la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República, para un período de cuatro años y deberá tener las calidades de Magistrado de la Corte.

En el acápite 3°, titulado *"Propuestas de Modificación",* la ponencia para segundo debate de esta Constituyente incluye un aparte sobre la Fiscalía General de la Nación, en el que se registra que, de acuerdo con el proyecto aprobado en la Plenaria en la primera vuelta, la Fiscalía General de la Nación dependerá de la Rama Jurisdiccional.

En la Gaceta Constitucional No. 113 del viernes 5 de julio de 1991 se publicó la Codificación del Articulado de la Constitución de Colombia para segundo debate.

En este recuento de antecedentes se observa que en el artículo 258 perteneciente al Capítulo VI, aparece que a la elección de Fiscal General de la Nación se le suprimió con relación a lo aprobado en el primer debate, **el aspecto relativo a que el período de cuatros años debía ser coincidente con el del Presidente de la República**. Para la Sala, ello indica que se atendió a la ponencia de la constituyente antes referenciada.

Esta deducción se ratifica con lo que registra la Gaceta Constitucional No. 143 del lunes 1° de julio de 1991 *"Acta de Sesión Plenaria",* cuando al referirse a la Fiscalía General de la Nación, esta integrante de la Asamblea Constituyente explica que: *"(…) en el artículo 258 se recoge la totalidad de lo que estaba en el 257, 258 y 259. Señala que la única diferencia es que no se expresa en el texto de la Codificadora que el período del Fiscal deba coincidir con el del Presidente de la Republica, pero sí que sea de cuatro años (…)".*

El anterior estudio sobre las principales incidencias que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente - según lo que registran las Gacetas- tuvo la proposición sobre la creación de la Fiscalía General de la Nación, permite a la Sala concluir que la voluntad mayoritaria que quedó plasmada en el texto final fue la de adscribir esta nueva institución acusatoria e investigadora de los delitos, como perteneciente funcionalmente a la rama jurisdiccional del poder público, a fin de garantizar la autonomía e independencia de su función, y que en esta dirección su naturaleza jurídica se materializó como la de un ente judicial con autonomía administrativa y presupuestal.

Asimismo se evidencia que la intención del constituyente al señalar la manera de elegir al Fiscal General fue la de propender por el equilibrio entre los poderes públicos, en coherencia con el sistema de pesos y contrapesos, y a fin de evitar que tuviese vínculo o cercanía con lo político como garantía de su autonomía e independencia, razón por la que determinó que su elección se cumpliera mediante un procedimiento conjunto entre el Presidente de la República, que elabora la terna, y la Corte Suprema de Justicia, que lo elige de entre los candidatos ternados.

Es de destacar en este sentido como representativo, el hecho de no haber obtenido aprobación la ponencia inicial que pretendía la coincidencia de los períodos del Fiscal General de la Nación y del Presidente de la República, la Sala colige que esta decisión debió obedecer al interés del Constituyente por deslindar políticamente la institución, otorgándole la autonomía e independencia propias de la naturaleza jurídica que se le asignó al nuevo organismo.

Ahora bien, en las gacetas no aparece ningún registro que permita a la Sala inferir que durante la exposición de motivos de las ponencias o en los debates existiera discusión en relación con la cualificación del período del Fiscal General. Unicamente se registra que sin calificarlo como institucional o individual, simplemente se consideró que 4 años era el plazo o término que debía cumplir el elegido en propiedad como titular de la dirección de esa institución, y sin que el mismo fuera coincidente con el del Presidente de la República.

6.2.- De la unidad de materia del Acto Legislativo 01 de 2003, según sus antecedentes.-

Con el propósito de encontrar si en las Gacetas del Congreso aparecen registros de actas sobre exposición de motivos y debates que ilustren cuál fue el origen del parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política, esto es, qué alcance le otorgó el constituyente derivado al concepto *"institucional",* que introdujo para los *"cargos de elección"*, resulta de interés profundizar sobre este aspecto.

En la Gaceta del Congreso No. 406 del martes 1° de octubre de 2002 se registra la ponencia para primer debate - Senado, con la existencia de tres proyectos presentados: el Proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2002, *"Por el cual se adopta una Reforma Política y Constitucional y se dictan otras disposiciones"*; el No. 03 de 2002 *"Por el cual se dicta una Reforma Constitucional"*; y el No. 07 de 2002 *"por medio del cual se reforman los artículos 107, 109, 112, 113, 134, 171, 176, 258, 264, 266 y 281",* que se acumularon.

Aparecen en esta gaceta las *"Consideraciones de Carácter General"* para primer debate Senado. Obra que el Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2002 fue presentado por un grupo de más de 20 Congresistas de Partido Liberal; el 03 de ese mismo año por un grupo significativo de Senadores Conservadores; y el 07 de 2002 radicado por un grupo de Senadores de diferentes partidos políticos.

También se puede extraer de dicha gaceta que *"(…) este esfuerzo multipartidista de reforma política se enmarca dentro de un contexto coyuntural en el cual el tema de la modernización de nuestro sistema político fue uno de los ejes de la contienda electoral del primer semestre de 2002 (…)".*

En el texto que inicialmente se acumuló de estos tres proyectos en el acápite titulado *"De los partidos y movimientos políticos"* aparece que el artículo 8° proponía que se adicionara al artículo 125 de la Carta el agregado de que los períodos para los altos cargos del Estado son institucionales, sin otorgarle significación.

A reglón seguido, se advierte que la Comisión de Ponentes acoge la anterior propuesta en razón a que *"los períodos personales han producido un desorden al interior de las instituciones y, además,* ***han recargado innecesariamente el trabajo de la Registraduría Nacional****."*

Esta es la única alusión explicativa que aparece al respecto de los períodos.

Y en la misma gaceta en el folio 6 se registra que, en la ponencia de primer debate - Senado de los proyectos acumulados, se encuentra la siguiente explicación de parte del grupo de Senadores designados por la presidencia como ponentes del Acto Legislativo 07 de 2002: "*(…) de otra parte, es importante anotar que la Comisión de Ponentes decidió* ***suprimir*** *algunos artículos y propuestas por* ***considerar que, a pesar de su importancia, no eran propios del tema de la reforma política*** *(…)"*

Ahora bien, en la Gaceta del Congreso No. 540 del viernes 22 de noviembre de 2002 aparecen las ponencias para primer debate en Cámara, primera vuelta, del proyecto de Acto Legislativo 01 de 2002 Senado y 136 de 2002 Cámara. Como parte de la exposición de motivos la presentación de esta ponencia, contiene la siguiente explicación: *"(…) compartimos con los autores o gestores de la iniciativa que "el Proyecto interpreta la visión liberal del Estado de Derecho, de la democracia, del buen Gobierno y de la legitimidad del sistema político (…)"*

Además, señalan que en esta ponencia se encuentran plasmados los postulados que, una vez elevados a rango constitucional, *"(…) podrían permitir que nuestra*

sociedad avance por nuevas sendas, donde la democratización de los partidos y movimientos políticos han de jugar un rol destacado, estableciendo nuevas reglas de juego para el equilibrio y control del poder político y la representación de los departamentos en el Congreso colombiano (…)"

Y terminan diciendo que: *"(…) en este sentido la presente reforma asegura la viabilidad de un sistema político democrático, mediante el razonable fortalecimiento y modernización de los partidos políticos, la urgente reforma del sistema electoral, un severo robustecimiento de los mecanismos anticorrupción y la facilitación de los instrumentos de participación ciudadana (…)"*

Esta misma intención que inspiró a los legisladores para impulsar esta reforma se plasma en la Gaceta No 437 del martes 22 de octubre de 2002. Aparece registrado en el contenido de las ponencias para segundo debate - Senado al proyecto de Acto Legislativo 01 de 2002, la exposición al entonces Presidente del Senado de la República con el fin de explicar y de sustentar el texto aprobado por la Comisión Primera en primer debate.

En esta exposición los ponentes hacen saber la transcendencia de la reforma constitucional que se debate, en un momento histórico del cual los colombianos exigen de sus mandatarios un cambio en las costumbres políticas. Señalan que: *"(…) el funcionamiento de los partidos en bancadas, la financiación estatal de las campañas políticas, la reelección inmediata de gobernadores y alcaldes, las incompatibilidades de los Congresistas, el voto obligatorio (…) exigieron un juicioso análisis de conveniencia para los intereses de la Nación por parte de la Comisión."*

El anterior enfoque que tuvo el proyecto de Acto Legislativo, como una reforma de índole político-electoral, continua verificándose en el avance del trámite de la Reforma de Acto Legislativo, como se aprecia en la Gaceta No. 567 del viernes 6 de diciembre de 2002, que contiene las ponencias para segundo debate en primera vuelta.

Los ponentes de proyecto se dirigen al presidente de la comisión primera de la Cámara para señalarle que: *"(…) este proyecto de origen parlamentario contribuye a la depuración de las costumbres políticas y procura enaltecer el ejercicio de la política."*

En cuanto a la exposición de motivos de este proyecto de Acto Legislativo ante el Senado de la Republica en segundo debate, de fecha lunes 29 de julio de 2002, que se encuentra en la Gaceta del Congreso No. 303, los ponentes señalan, para justificar su aprobación, que: "*(…) en este sentido la presente reforma asegura la viabilidad de un sistema jurídico político democrático, mediante el razonable fortalecimiento y modernización de los partidos políticos, la urgente reforma del sistema electoral, un severo robustecimiento de los mecanismos anticorrupción y la facilitación de los instrumentos de participación ciudadana (…)".*

Explican que todos los temas constitucionales mantienen relación directa para conjurar el corrupto entorno en que se obtiene y ejerce el poder político en nuestra patria.

De manera concreta, frente al texto del artículo de Acto Legislativo que propuso modificar el 125 de la Carta, se observa que si bien es cierto que hasta este estado de los debates de Cámara y de Senado el proyecto incorporaba lo siguiente:

"Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o la ley para cargos de elección en la rama ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación, tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados para ocupar tales cargos en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto de período para el cual este fue elegido", no encontró la Sala que aparezca consignada motivación alguna explicativa del alcance de la noción *"carácter institucional"* del período ni tampoco que se señalen las razones del por qué extenderlo a todos los cargos de elección.

La Gaceta No. 271, del miércoles 1° de junio de 2003, en el folio 14 se registra que sobre este punto el Representante Zamir Silva dejó una constancia en el sentido de que la redacción del artículo se refiera *"simplemente"* a cargos de elección.

Ahora bien, los trámites de conciliación en primera y segunda vuelta registran:

En el informe de conciliación del trámite del proyecto de Acto Legislativo en primera vuelta que aparece en la *"Gaceta del Congreso No. 32 del 04 de febrero*

de 2003 - Acta de Plenaria 39 de 16 de diciembre de 2002-", sobre la aprobación del parágrafo 1° del artículo 125 de la Constitución que incluía a la Fiscalía General de la Nación dentro de los empleos de elección con carácter institucional, que el honorable Senador Mauricio Pimiento Barrera expresó: *"que lo que acabamos de observar señor Presidente, es una prueba palmaria de que la aprobación que se hizo (…) del informe de conciliación del proyecto de acto legislativo que reforma la Fiscalía, es irreglamentaria y afecta el trámite (…)"*

Y que en la Gaceta del Congreso No. 328 del viernes 11 de julio de 2003 se registra en el folio 59 el texto conciliado definitivo, con base en el aprobado en la Cámara de Representantes, y luego de la participación señalada de los Congresistas Mauricio Pimiento y Zamir Silva, con el siguiente tenor:

> *"El artículo 125 de la Constitución Política tendrá un parágrafo del siguiente tenor:*
>
> *Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido."*

Este texto definitivo conciliado, que aparece publicado en esta Gaceta, en los folios 60 a 62, contiene un total de 18 artículos modificatorios de la Carta.

El artículo **primero** del Acto Legislativo modifica el **107** de la Constitución, relativo a la prohibición de la doble militancia política. El **segundo** modificatorio del **108** Superior referente al reconocimiento de personería jurídica a partidos y movimientos políticos y su posibilidad de inscribir candidatos. El artículo **tercero,** que reforma el **109** en relación con la financiación de los partidos y de los movimientos políticos y los topes máximos permitidos. El **cuarto,** que varía el **111** Superior, relacionado con la utilización de medios de comunicación con uso del espectro electromagnético por parte de los partidos y movimientos con personería jurídica. El **quinto,** que modifica el **112** de la Carta sobre el ejercicio de la función crítica frente al gobierno por parte de los partidos y movimiento con personerías que se declaren en oposición. El **sexto,** que introduce el **parágrafo** antes transcrito al artículo **125** de la Carta. El **séptimo,** que modifica el **numeral 2°** del **135** Superior, relativo a la elección del Secretario General de cada una de las Cámaras (curiosamente este artículo sí precisa que el período comenzará a partir

del 20 de junio de 2002 y que se les elige para cuatro años). El artículo **octavo,** que modifica el **160** en lo pertinente a la votación de los proyectos de Ley. El **noveno,** que introduce cambios al **161** Superior acerca de la integración de las comisiones de conciliadores cuando surgen discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto. El **décimo,** que modifica el **numeral 8°** del artículo **179** Superior sobre prohibición de elección para más de una Corporación o cargo público, ni para una corporación o cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo así fuere parcialmente. El **once,** que modifica el **258** Constitucional en relación con el voto como derecho y como deber, y la libertad del sufragio, así como la repetición por una sola vez de la votación para elegir miembros de una Corporación pública, Gobernadores o Alcaldes, o primera vuelta presidencial cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos; y con la posibilidad de implementar el voto electrónico. El **doce,** que modifica el **263** de la Constitución, en cuanto, en adelante, solo se autoriza que los partidos y movimientos políticos presenten listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no exceda el de curules o cargos a proveer en la respectiva elección; sobre el sistema de cifra repartidora y la forma de asignar curules cuando ninguna lista supere el umbral. El **trece,** que introduce un nuevo artículo a la Carta: el **263-A**, que dispone la adjudicación de curules en las Corporaciones por el sistema de cifra repartidora y dice en qué consista éste. El **catorce** que varía el **264** Superior sobre la composición del Consejo Nacional Electoral, que su elección será para un período institucional de cuatro años mediante el sistema de cifra repartidora, y la adición de un parágrafo determinándole a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el plazo para decidir la acción de nulidad electoral en primera y única instancia. El **quince** que modifica el **266** de la Carta sobre la elección del Registrador Nacional del Estado Civil para un período de cuatro años, con posibilidad de relección por una sola vez, y que adiciona un parágrafo transitorio del siguiente tenor literal: *"el período de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral y del Registrador Nacional del Estado Civil irá hasta el año 2006. La siguiente elección de unos y otros se hará de conformidad con lo dispuesto en el presente Acto Legislativo"*. El **dieciséis,** que varía el inciso primero del **299** Superior, en relación con las Asambleas Departamentales y su composición. El **diecisiete** que adiciona el **306** Constitucional sobre la posibilidad de que el Distrito Capital, el departamento de Cundinamarca y los continuos a éste pueden asociarse en una región administrativa y de planificación especial. Y, por último, el **dieciocho,** que señala que el presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.

La anterior descripción pormenorizada del trámite para la aprobación y de la temática de todos y cada uno de los artículos de la Carta que se modificaron con el Acto Legislativo 01 de 2003 lleva a la Sala a la convicción, aunado a la exposición de motivos de los ponentes, que el contenido de esta reforma presenta una unidad de materia de carácter íntegramente político - electoral y que, por ende, no tuvo por finalidad incursionar en reformas a la Carta Política sobre la regulación de la Fiscalía General de la Nación, ni respecto del período del Fiscal General de la Nación así como tampoco sobre la forma de contabilizarlo, pues como se precisó durante el trámite de conciliación el involucrar a la Fiscalía General de la Nación en este Acto Legislativo conllevaría a la violación de los principios de unidad de materia y de consecutividad.

7. DE LOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL PERIODO DEL FISCAL GENERAL.-

1.) Del Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 30 de noviembre de 1995.-

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la Magistrada Clara Forero de Castro decidió, en el expediente S-553, una demanda que presentó el ciudadano Pedro Miguel Martínez N., obrando en su propio nombre, en la que solicitó declarar nulo el Acuerdo No. 013 de 26 de julio de 1994, expedido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, por el cual se designó en propiedad como Fiscal General de la Nación al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, **pero solo en la siguiente frase**: ***"(…) por el término restante del período constitucional iniciado el día primero de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo."***

En este fallo se explica que cuando la Sección Quita del Consejo del Estado conoció, en su momento, de la demanda, la interpretó **no** como de nulidad electoral, pues se entendió que el actor no perseguía únicamente que la elección demandada se ajustara a la Ley, sino también que se le reconociera al elegido el resto del tiempo del período constitucional, por lo cual la remitió a la Sección Segunda pues, a su juicio, una hipotética prosperidad de la demanda traería como consecuencia automática el restablecimiento de los derechos individuales del elegido, relativos al sueldo, primas, vacaciones, cesantías, derechos éstos, que

por su naturaleza, son de carácter laboral. La Sección Segunda aceptó la demanda, y más adelante, propuso que la Sala Plena asumiera el proceso por la importancia jurídica del asunto.

Al definir el proceso esta Corporación, sobre el fondo del asunto, consideró que procedía declarar parcialmente nulo el acto electoral acusado. Hizo la precisión previa, en el sentido de que el demandante tenía legitimación en la causa para actuar, pues no pretendía restablecimiento alguno de derecho, sino la preservación del orden jurídico, que consideró vulnerado al indicarse en el acto de elección una fecha de duración del período del Fiscal General que resultaba inferior a los cuatro años previstos en la Constitución Política.

Se pronunció en estos términos la Sala sobre la fijación del litigio:

> *"(…) Se circunscribe a saber si por haber sido designado el doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento* ***para reemplazar*** *en la Fiscalía General de la Nación a quien se retiró sin haber concluido su período, debe permanecer en el cargo únicamente hasta cuando venza ese período como lo indicó la Corte Suprema de Justicia al hacer la designación, o si con su posesión comienza un nuevo período de 4 años que es el que la Constitución señala para este funcionario. (…)"*

Y para resolver el punto sostuvo:

> *"(…) El período de permanencia del Fiscal General en el cargo está indicado en el artículo 249 de la Constitución Política en los siguientes términos: "El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de 4 años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido (…)"*
>
> *Ni en este artículo ni en el 27 transitorio de la Constitución, ni en ninguna norma legal se señala fecha de iniciación de tal período. Quiere ello decir, que cada vez que la Honorable Corte Suprema de Justicia elija Fiscal General de la Nación en propiedad, debe hacerlo por un período de 4 años como lo ordena la norma transcrita, porque esa Corporación carece de competencia para fijar esta fecha, cuestión que compete a la Constitución o a la Ley.*
>
> *Distinto fuera el caso, si la disposición constitucional hubiera señalado en forma precisa cuando debía comenzar y finalizar este término de los 4 años, pero no lo hizo.*

Recuérdese que una de las propuestas hechas en la Asamblea Nacional Constituyente, y que alcanzó a ser aprobada en sesión de 7 de junio de 1991 según consta en la Gaceta Constitucional No. 109 del 27 de junio de 1991, fue la de que el período del Fiscal coincidiera con el del Presidente de la Republica, propuesta que después fue derrotada. Esto indica que la intención del constituyente se orientó porque cada Fiscal General nombrado en propiedad, iniciara su nuevo período y dispusiera de la totalidad del previsto, para el cabal cumplimiento de sus funciones.

Por otra parte, en la rama judicial sus cabezas tienen período individual y el Fiscal General de la Nación, que es una de ellas, de acuerdo con el artículo 249 de la Constitución no está exceptuado de ese principio que además resulta benéfico para la continuidad en el ejercicio de la función. Si el constituyente hubiera pretendido señalar el período del cargo en forma inequívoca lo hubiera hecho; pero al no proceder así lo dejó individual y por vía administrativa o judicial esas situación no puede transformarse.

Por las anteriores razones la Sala cree que cada vez que la honorable Corte Suprema de Justicia elige Fiscal General de la Nación en propiedad, debe aplicar simple y llanamente el artículo 249 de la Carta Política, por lo menos mientras otra norma no disponga cosa distinta.

Así las cosas es preciso concluir que la designación del doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación en propiedad ha debido hacerse por 4 años como lo ordena la Constitución, y no por el resto de un período que ya había comenzado el anterior Fiscal porque ese período no tiene que estar necesariamente comprendido en unas fechas fijas, sino que lo inicia la persona que entra a desempeñar el cargo.

En este orden de idas es preciso concluir que debe declararse nula la expresión acusada del Acuerdo No. 013 de 26 de junio de 1994 por ser contraria al artículo 249 de la Constitución.
(….)
Falla: Es nulo el Acuerdo No. 13 de 26 de (…) únicamente en cuanto dispone: "(…) por el término restante del período constitucional iniciado el 1° de abril de 1992 fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Retrepo".
(…)"

2.) Corte Constitucional - **Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, de revisión previa de Constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia - 270 de 1996-.**

En relación con el original artículo 29 de este proyecto de Ley Estatutaria, que preceptuaba en su tercer inciso lo siguiente:

"En caso de faltas absoluta del Fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en su remplazo lo será para terminar el período", la Corte Constitucional declaró exequible el artículo, salvo este inciso respecto del cual estimó:

> *"Debe señalarse para comenzar, que la Carta Política estipula en su artículo 249 que el Fiscal General será elegido por la Corte Suprema de Justicia "para un periodo de cuatro (4) años". En modo alguno puede desprenderse o interpretarse que dicho período tenga que ser coincidente con el del Presidente de la República como ocurre, por ejemplo, con el del Contralor General de la Republica o con el de los Congresistas, sino que, por el contario se trata de un período individual, el cual de acuerdo con jurisprudencia de esta Corte, se debe contar a partir de cuándo el nuevo Fiscal elegido por la Corte Suprema, tome posesión del cargo, sin interesar si el anterior completó o no el período de cuatro años señalado en la Carta (…).*
>
> *Las anteriores consideraciones resultan aplicables al caso del señor Fiscal de la Nación. El hecho de que la Constitución, al señalar su período lo haya fijado sin condicionamiento alguno, es decir, lo haya previsto perentoriamente en cuatro años, no da pie para que el legislador establezca como lo hace en el inciso 3° del artículo bajo examen, que si faltare en forma absoluta antes de finalizar dicho período, el elegido en su remplazo por la Corte Suprema de Justicia, lo sea únicamente hasta terminar el período del anterior.*
>
> *Por lo demás, no sobra advertir que el señalar un período fijo individual para el ejercicio de las funciones por parte del señor Fiscal General de la Nación, es un asunto de naturaleza institucional - mas no personal- que guarda estrecha relación con el carácter de autonomía e independencia que la Carta Política le otorga para el buen desempeño de sus atribuciones y de la misma administración de justicia."*

3.) *Corte Constitucional - Sentencia C-822 de 31 de agosto de 2004.*

En esta sentencia no se analiza el período del Fiscal General de la Nación, pero en tal oportunidad la Corte se ocupó de conocer sobre la constitucionalidad del artículo 170 de la Ley 136 de 1994 *"por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"*, y en el examen que efectuó respecto de la transición en el tema de la elección de los personeros

municipales, la Corte Constitucional sostuvo frente a la noción de período y sus diferentes tipos, lo siguiente:

> ***"(…) 3.3.2. La Corte entiende por período "el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de la función pública.[3]***
>
> ***La jurisprudencia constitucional se ha referido en diferentes decisiones a la existencia de dos tipos de períodos: los objetivos o institucionales y los subjetivos o personales. La diferencia entre ellos se evidencia cuando se elige o se designa el reemplazo de quien incurra en causal de falta absoluta antes de la terminación del período correspondiente. Mientras que en el período institucional el reemplazo es elegido o designado por el resto del período, es decir por el lapso que le faltaba a su antecesor, en los eventos en que opera el período subjetivo o personal, cada elegido o designado se vincula al servicio público para todo el período señalado en la Constitución o en la Ley. Las elecciones de funcionarios de período institucional se realizan en la misma fecha para todos ellos y la de los de períodos personales en la medida en que cada titular culmine su período (…)".*** (Negrillas fuera del texto original).

4.) Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto de 12 de marzo de 2012. Radicación Interna 2095. Número Unico: 11001-03-06-000-2012-000022-00

No es precedente jurisprudencial pero si el concepto que emitió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el 12 de marzo de 2012, a solicitud del Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica.

Respecto del carácter del período del Fiscal General y acerca de cuál debería ser el término por el que se eligiera al sucesor de la doctora Viviane Morales, esa Sala acepta que, de conformidad con el artículo 249 Superior, el período de 4 años por el que la norma ordena que se elija al Fiscal General de la Nación **no está calificado** expresamente como institucional o como personal. Pero señala que la situación cambia a partir del Acto Legislativo 01 de 2003 y particularmente con la

---

[3] Corte Constitucional, sentencia C-194 de 1995, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Ley 938 de 2004, que adoptó el actual Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

Considera que la expresión *"cargos de elección"* que contiene el actual parágrafo del artículo 125 Superior por razón de la adición de que fue objeto por el Acto Legislativo 01 de 2003, es una expresión genérica y que no se limita a los cargos de elección popular, razón por la cual también comprende a los cargos cuyo período está fijado en la Constitución y en la ley, y que su provisión se hace por cuerpos colegiado o por la intervención de varias autoridades.

Que por la ubicación que presenta el artículo 125 de la Carta Política, en el capítulo que regula de manera general el ejercicio de la función pública, es predicable a toda clase de elecciones.

Que fue preocupación del constituyente institucionalizar los períodos de los altos funcionarios del Estado, y no solo los de elección popular, tal y como se observa del contenido del inicial artículo 8° del proyecto 01 de este Acto Legislativo

Que la reducción de que fue objeto el inicial artículo 8° del proyecto de Acto Legislativo, en cuanto quedó únicamente aludiendo a *"cargos de elección"*, con supresión de la Fiscalía General de la Nación, Organismos de Control, etc., obedeció a la simplificación de su redacción, mas no así a un propósito de excluir a los que no aparecen mencionados de manera expresa.

Concluye que prueba de ello es la expedición meses más tarde de la Ley 938 de 2004 que, en su artículo 9°, establece que el Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de cuatro años.

8. DE LA DECISION.-

8.1. Cuestión Previa.-

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial que representa a la Corte Suprema de Justicia propone en las contestaciones a las demandas radicadas con los números 2012-00019 y 2012-00021, como excepción, la *ausencia de causa petendi* para demandar de conformidad con los argumentos jurídicos de esta defensa, que radica en considerar que el período por el que se eligió al doctor

Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación es institucional y finaliza el 31 de julio de 2013. Alega que en este entendido no existe razón fundamentada para pedir la declaratoria de nulidad parcial del acto de elección que se acusa.

Comoquiera que este argumento pertenece al fondo del problema jurídico y que por ende no corresponde a una razón que impida el surgimiento de la pretensión, tal alegación no constituye, en realidad, un medio exceptivo y, por esta razón, la Sala la declarará no probada.

8.2. Cuestión de Fondo.-

Fundada en el análisis y en la valoración del anterior recorrido por los antecedentes constitucionales que informaron la expedición tanto del artículo 249 de la Carta como del parágrafo del 125 *ibídem*, este último fruto de la reforma política 01 de 2003; y de los precedentes jurisprudenciales existentes sobre el punto en debate; en aplicación de los principios axiológicos que rigen la garantía del derecho fundamental a participar en el ejercicio del poder político que está inmerso en toda elección, y acorde con las reglas de la hermenéutica sobre la prelación de normas, según sea su carácter, la Sala Plena concluye en el caso concreto, lo siguiente:

- El acta de la sesión del 22 de marzo de 2012 que registra la elección que produjo la Corte Suprema de Justicia y que recayó en el doctor Eduardo Montealegre L. como Fiscal General de la Nación, confirmada el 26 del mismo mes y año, requiere determinación en tanto no señala en expreso cuando inicia y cuando culmina el período asignado para que el elegido desempeñe la función pública, elemento indispensable de dicho acto en el presente caso, debido a que se trata de una elección que está sujeta a período fijo y cuya regulación al respecto en el ordenamiento jurídico, no es unívoca.

- El artículo 249 de la Carta Política es perentorio en establecer que el Fiscal General de la Nación se elige para un período de 4 años. El mandato Superior impone que no es jurídicamente posible que cuando se ejerce la facultad nominadora para proveer el cargo de su titular en propiedad, la

elección se haga por un período con duración diferente a 4 años contados desde la posesión.

- En la sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996 ya la Corte Constitucional determinó, al realizar el estudio previo de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que era inexequible el inciso que se encontraba consagrado en el original artículo 29 de ese proyecto, con el siguiente tenor: *"En caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en su remplazo lo será para terminar el período".*

- El parágrafo del artículo 125 Superior, en lo que concierne al punto en debate, no es norma especial sino disposición de carácter general que se dictó en el escenario de una reforma política de matiz eminentemente electoral. Por lo tanto, no es aplicable cuando hay regulación específica para esta elección, la del Fiscal General de la Nación, que es cabeza de este organismo y, funcionalmente, está adscrito a la Rama Jurisdiccional del poder público, servidor estatal que, como los Magistrados de las Altas Cortes, tiene un período fijo e individual.

- Como lo ha precisado la Corte Constitucional la calificación de institucional de un período de elección tiene alcance jurídico siempre que señale en concreto cual es el espacio temporal que abarca: la fecha de iniciación y la de terminación.

  Tal es el caso del período de la elección del Registrador Nacional del Estado Civil y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, que tienen fijado en específico la temporalidad del desempeño de la función pública asignada. De ello sí se ocupó la reforma política 01 de 2003 al establecer en el parágrafo transitorio del artículo 15 de dicha reforma que: *"El período de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral y del Registrador Nacional del Estado Civil irá hasta el año 2006. La siguiente elección de unos y de otro se hará de conformidad con lo dispuesto en el presente Acto Legislativo"*. Lo propio no aconteció respecto del período del Fiscal General de la Nación, en razón a la unidad de materia sobre temas políticos - electorales no atinentes por tanto a la rama judicial, que caracterizó esta

reforma, y atendiendo también al principio de consecutividad tal y como se destaca en los análisis que se llevaron a cabo durante el debate para su aprobación, en especial, en la etapa de conciliación del proyecto de Acto Legislativo.

- La duración del desempeño de un cargo pública es aspecto que siempre pertenece a la institución estatal, pues se consagra en función de la misión del Organismo o Entidad pública. Por tal sentido, no pertenece al servidor estatal.

- A las voces del artículo 40 de la Carta Política, la elección de un empleo público de esta naturaleza materializa el derecho a participar en la conformación y en el ejercicio del poder político, derecho que es de carácter fundamental. Es garantía para el goce con plenitud de este derecho, que a quien se elija en propiedad en cargo de período fijo, ejerza la función estatal conferida, conociendo en precisión la duración de su desempeñó.

- La certeza y la seguridad en este sentido le representa al elegido primordial transcendencia, pues es determinante en la aceptación de la postulación, a la vez que se traduce en aspecto esencial para planificar su gestión.

- La independencia y la autonomía como atributos *sine-qua- non* de la actividad judicial, que es servicio público permanente, exigen que el Fiscal General de la Nación, perteneciente funcionalmente a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, cuando se elige en propiedad, inicie como titular su período de 4 años a partir de la posesión. Esto asegura que desarrolle la política institucional que proyectó para esta duración.

- El artículo 9° de la Ley 938 de 2004 -Orgánica de la Fiscalía General de la Nación- que califica de institucional el período de 4 años del Fiscal General de la Nación, sin precisar el significado de tal carácter ni especificar la fecha de iniciación y de terminación de éste, requiere, como elemento esencial de tal cargo público de período fijo, armonizarse para su precisión y su ajuste a la Carta Política, con el inciso 2° del artículo 249 Superior, en conexidad con los artículos 29 y 130 de la Ley 270 de 1996, Estatuaria de la Administración de Justicia.

Estos razonamientos imponen que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declare que la expresión *"por el período constitucional y legal que le corresponda",* contenida en el acta de 22 de marzo de 2012, donde consta la elección que cumplió la Corte Suprema de Justicia, **está ajustada a derecho**, en el entendido que el período del Fiscal General de la Nación doctor Eduardo Montealegre Lynett, elegido en propiedad, es de **4 años contados a partir de su posesión**. Con esta precisión se **adiciona** el acta electoral, acorde con lo antes explicado.

En consecuencia, deben denegarse las súplicas de las demandas **2012-00027** y **2012-00028,** en tanto que en ambas sus pretensiones apuntan a que ante el vicio de nulidad parcial que alegan afecta el acto de elección, el juez electoral deba adicionarlo en el sentido de precisar que el doctor Montealegre Lynett fue elegido para desempeñar la función de Fiscal General de la Nación por el lapso que falta para completar cuatro años que se cuentan a partir del 1° de agosto de 2009, o en su defecto, desde cuando hizo dejación de su cargo la doctora Viviane Morales Hoyos, censura que no resultó probada.

Finalmente, se aceptará la renuncia del doctor Marco Antonio Gnecco Vieda como apoderado judicial de la Corte Suprema de Justicia - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en la demanda 2012-00021, en los términos del memorial visible a folio 392 del expediente 2012-00027.

Los Consejeros de Estado doctores Olga Mélida Valle de la Hoz y Mauricio Fajado Gómez participaron en la definición de este proceso, mas no así en la decisión sobre los impedimentos que ellos plantearon.

En mérito de 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

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADOS los impedimentos que para participar en la decisión de este proceso (acumulado), manifestaron los Consejeros de Estado doctores Olga M. Valle de la Hoz y Mauricio Fajardo Gómez, y **FUNDADO** el

impedimento que presentó el Consejero de Estado doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de *ausencia de causa petendi* que en los procesos Nos. 2012-00019 y 2012-00021 propuso la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

TERCERO: DECLARAR AJUSTADA A DERECHO la expresión ***"por el período constitucional y legal que le corresponda",*** que contiene el acta de la sesión del 22 de marzo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que el período por el cual eligió en propiedad como Fiscal General de la Nación al doctor Eduardo Montealegre Lynett, **es de 4 años que se cuentan a partir de su posesión**. Este señalamiento **adiciona** con tal precisión, el acta electoral. Todo ello de conformidad con lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NEGAR las súplicas de las demandas **2012-00027** y **2012-00028.**

QUINTO: ACEPTAR la renuncia del doctor Marco Antonio Gnecco Vieda como apoderado judicial de la Corte Suprema de Justicia - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el proceso 2012-00021.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

ALFONSO VARGAS RINCON
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA ***VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA***

HERNAN ANDRADE RINCON ***GERARDO ARENAS MONSALVE***
Aclaro voto

HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS ***MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA***

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Salvamento parcial

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Con salvamento de voto

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN
Con aclaración de voto

CARMEN T. ORTIZ DE RODRIGUEZ
Salvo voto

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

DANILO ALFONSO ROJAS BETANCOURTH
Salvamento parcial y aclaración de voto

JAIME O. SANTOFIMIO GAMBOA
Aclaración de voto

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

MAURICIO TORRES CUERVO
Aclaro voto

OLGA VALLE DE LA HOZ

GUILLERMO VARGAS AYALA
Salvamento parcial y aclaración

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALBERTO YEPES BARREIRO
Salvo voto

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

ACLARACION DE VOTO

Consejero: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, 14 de mayo de 2013

Sea lo primero señalar que comparto plenamente la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena en sentencia del 16 de abril de 2013, la cual no podía ser diferente frente a la situación fáctica demostrada, en cuanto que, debió declararse la nulidad parcial del acto complejo mediante el cual la Corte Suprema

de Justicia, dispuso la elección del señor Fiscal General de la Nación, para en su lugar, adicionar el acta electoral, en el entendido, como se dijo de manera expresa en la parte resolutiva de la sentencia, que el período por el cual la Corte Suprema de Justicia, eligió en propiedad como Fiscal General de la Nación al doctor Eduardo Montealegre Lynett, es de 4 años que se cuentan a partir de su posesión.

No obstante compartir en su esencia la decisión adoptada, me permito de manera respetuosa, como lo manifesté en su oportunidad, efectuar algunas precisiones en punto a un aspecto que debió considerarse en el fallo, pero que en nada afecta la decisión.

El criterio de interpretación adoptado por esta Corporación parte de un análisis histórico, con el propósito de desentrañar el espíritu del Constituyente respecto de la institución de la Fiscalía General de la Nación. De dicho análisis se concluyó que de los registros que existen se puede inferir que durante la exposición de motivos de las ponencias o en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, no existió discusión respecto de la cualificación del período del Fiscal General de la Nación.

El artículo 249 de la Constitución Política señala de manera expresa que el Fiscal General de la Nación "será elegido para un período de cuatro años..", sin calificar dicho período como institucional o personal.

Para Sala Plena, luego del análisis de los antecedentes constitucionales que dieron origen tanto al artículo 249 de la Constitución Política, como del parágrafo del artículo 125 *ibídem*, con ocasión de la reforma política 01 de 2003, así como de los precedentes jurisprudenciales existentes sobre el punto objeto de debate en el presente proceso, la interpretación del mencionado artículo 249 "impone que no es jurídicamente posible que cuando se ejerce la facultad nominadora para proveer el cargo de su titular en propiedad, la elección se haga por un período con duración diferente a 4 años contados desde la posesión".

La Corte Constitucional en sentencia C-822 de 31 de agosto de 2004 al referirse a la noción de período, precisó la existencia de dos tipos: "los objetivos o institucionales y los subjetivos o personales". Se indicó que, mientras que en el institucional el reemplazo es elegido por el resto de período, en otras palabras, por

el lapso que le faltaba a su antecesor, en los casos del subjetivo o personal, cada elegido o designado se vincula al servicio para todo el período que, en cada caso, señale la Constitución o la Ley.

En criterio de la Sala Plena, que igualmente comparto, la Ley califica de institucional el periodo de cuatro (4) años del Fiscal General de la Nación, sin precisar el significado de tal carácter, por lo cual, esta norma debe armonizarse "para su precisión y ajuste a la Carta Política, con el inciso 2 del artículo 249 Superior, en conexidad con los artículos 29 y 130 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.".

Precisamente por lo anterior, considero que la expresión "institucional" contenida en el artículo 9 de la Ley 938 de 2004, es incompatible con la interpretación que la Sala ha efectuado sobre el artículo 249 de la Constitución Política, por lo cual, dicha expresión ha debido inaplicarse, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4o. de la Constitución.

La expresión se torna inconstitucional, en primer lugar, porque introduce un calificativo que el artículo 249 de la C.P. no contiene, y en segundo lugar, porque el mismo contraviene el espíritu del mandato constitucional, pues, de acuerdo con la interpretación con los antecedentes de la norma, el período del Fiscal es individual, lo que quiere decir, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y la tesis que aquí reitera la Sala, se debe contar a partir de cuándo el Fiscal elegido tome posesión del cargo, sin importar si su antecesor completó o no el período de cuatro años señalados en la Carta. No de otra forma podría cumplirse con la misión atribuida constitucionalmente a la institución.

De atribuir efectos y aplicar la expresión contenida en el artículo 9 de la Ley 938 de 2004, la interpretación del calificativo "institucional", no podría ser otra diferente a la que le dio la Corte Constitucional en sentencia C-822 de 2004, cuando señaló que cuando se hace alusión al período institucional, debe entenderse que el remplazo o el elegido lo es por el resto del período que le faltare a su antecesor, interpretación que, como se ha visto no se ajusta al artículo 249 de la C.P., bajo la tesis que en el presente caso ha expuesto la Sala.

El artículo 249, inciso segundo, de la C.P. fijó en forma perentoria el período del Fiscal General de la Nación, en cuatro (4) años, sin condicionamiento alguno,

como sí lo hace el artículo 9 de la Ley 938 de 2004 al señalar que el período es "institucional", por lo cual dicha expresión, en mi criterio es contraria al precepto constitucional, razón por la que resultaba procedente aplicar frente a dicha expresión, la excepción de inconstitucionalidad.

Este criterio, por otra parte, permite entender la postura que en su momento tuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, la cual, en su función consultiva, estimó que los términos de la Ley 938 no daban a esa Sala margen interpretativo distinto al que señala su texto. En contraste, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en su papel de juez, está plenamente facultada para dar aplicación al artículo 4 de la Constitución Política y declarar que las expresiones que en la mencionada Ley aluden al período "institucional" del Fiscal General, son claramente contrarias a la Carta.

Como la sentencia no declaró esa excepción de inconstitucionalidad sino que dio una interpretación diferente a las expresiones de la Ley 938 de 2004, aclaro mi voto exclusivamente por ese aspecto de la decisión que, por lo demás, comparto plenamente.

En esta forma dejo expresadas las razones de mi aclaración de voto.

GERARDO ARENAS MONSALVE
Consejero

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Consejera: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Aunque debo destacar de antemano que comparto la decisión, esto es, la parte resolutiva del fallo, debo manifestar, de manera respetuosa, mi desacuerdo en lo que concierne a los siguientes aspectos de orden sustantivo y procesal que a continuación expongo.

1. **La Sala Plena desconoció el precedente jurisprudencial fijado en el Auto de 11 de septiembre de 2012[4] mediante el cual unificó su posición en**

[4] *Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 11 de septiembre de 2012, Rad. No. 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP), CP. Susana*

relación con la acumulación de procesos y sobre la figura del agotamiento de jurisdicción

Sea lo primero recordar que, mediante Auto fechado 11 de septiembre de 2012, la Sala Plena resolvió unificar su jurisprudencia en materia de acumulación de acciones públicas y la figura del agotamiento de jurisdicción. Para tales efectos, destacó la importancia que adquiere adoptar un enfoque unificado sobre la materia y las consecuencias que de ahí se derivan. Recordó que, si se efectuaba un recuento histórico, pronto se podía constatar que la Sección Tercera inicialmente aceptó la procedencia de *"acumular procesos de acción popular que se promovieran por los mismos hechos y para la defensa de los mismos derechos colectivos: v.gr. auto del 22 de noviembre de 2001, rad. 2001-9218-01, AP-270"*. Más adelante señaló cómo esa misma Sección abandonó su postura inicial y resolvió aplicar la figura del agotamiento de jurisdicción[5].

Luego de mencionar que la creación jurisprudencial no ha sido un fenómeno extraño en el ámbito de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, recordó la Sala Plena que la Sección Quinta en un Auto fechado 18 de octubre de 1986, tras negar la acumulación de dos procesos electorales *"por tener la misma causa petendi e idénticas peticiones, expresó que cuando los particulares acuden al juez para que haga operar el servicio de justicia a un caso concreto, con la puesta en marcha del respectivo proceso que se promueva se agota la jurisdicción frente a dicho asunto o controversia"*.

En consonancia con lo establecido por la Sección Quinta, encontró la Sala, en la oportunidad traída a colación, que activar la jurisdicción con miras a llevar, ante

---

Buitrago Valencia S.V. presentado conjuntamente por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo y por el Consejero Danilo Rojas Betancourth.

[5] La Sala Plena ilustró estas dos perspectivas de la manera que a continuación se cita: "En el siguiente extracto de la providencia del 23 de julio de 2007 de la Sección Tercera se recogen estas dos posturas: '(...) la diferencia entre el agotamiento de jurisdicción y la cosa juzgada, radica en que con el primero se busca evitar un desgaste de la administración de justicia, de tal suerte que ante la existencia de dos procesos en curso, que versan sobre hechos, objeto y causa similares, el juez debe establecer cuál de ellos agotó la jurisdicción y, para ello, debe constatar en qué procedimiento fue notificada primero la demanda a los demandados, pues es a partir de dicho momento que se habla propiamente de la existencia del proceso como tal, en tanto en dicho instante se traba la Litis. Ahora bien, en la cosa juzgada, el operador judicial constata que un proceso sobre los mismos o similares hechos, objeto y causa ya fue fallado por la jurisdicción, situación que lo lleva a declarar, en la sentencia, la imposibilidad de acceder a las pretensiones, puesto que el asunto ya fue ventilado y decidido ante los órganos jurisdiccionales respectivos'. // Por su parte, la Sección Primera del Consejo de Estado ha considerado que las acciones populares sí pueden acumularse, pues por remisión expresa del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 145 del C.C.A., el cual dispone que en todos los procesos contencioso administrativos procederá la acumulación de pretensiones en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil, así como la acumulación de procesos a instancia de cualquiera de las partes o de oficio, en los casos establecidos por el mismo código; y por tal razón no aplica la figura del agotamiento de jurisdicción (providencia del 22 de abril de 2009, radicados acumulados 15001-23-31-000-2004-00080-01; 2004-00414, 2004-03319, y 2005-02012, MP. Marco Antonio Velilla Moreno; del 28 de abril de 2011, rad. 2005-01190-01, MP. María Elizabeth García González, y del 11 de agosto de 2011, rad. 2002-01685-01, MP. María Claudia Rojas Lasso)".

la misma, igual reclamo o la protección de los mismos derechos no podía calificarse como un ejercicio racional de la acción, tanto más cuanto la pretensión tenía que ver con *"la preservación de la legalidad en abstracto afectada por causa idéntica*". Así las cosas, sostuvo la Sala: *"el proceso que se inicie con posterioridad a otro que ya se encuentra en curso y que se instauró por los mismos hechos y derechos está viciado de nulidad 'por agotamiento de jurisdicción'".*

En relación con las acciones populares manifestó que, acorde con lo establecido por el artículo 5º de la Ley 472 de 1998, según el cual las acciones populares se tramitarán observando los principios de economía, celeridad y eficacia, lo correcto tenía que ver con la negación de la acumulación *"de una nueva demanda cuando se trate del mismo reclamo de protección fundado en igual situación fáctica a la que inspiró la instauración de un proceso que ya está en curso, descansa en los parámetros de celeridad, eficacia y de economía procesal, en tanto propende por racionalizar la justicia en demandas de acción popular que se refieran a los mismos hechos, objeto y causa, dirigidas contra igual demandado".*

Dijo la Sala que la garantía de acceso a la administración de justicia se obtenía una vez admitida la primera demanda, pues el control judicial ejercido sobre la actividad o la omisión de la autoridad pública y/o del particular en relación con la protección de los derechos colectivos que se estimaron amenazados de vulneración o fueron efectivamente desconocidos, es el mismo y los hechos demandados también lo son[6]. Con sustento en lo hasta acá reseñado la Sala Plena unificó su postura, destacando la necesidad de que la función judicial fuera regida por los principios de celeridad y de eficacia, de suerte que "*cuando se esté ante demandas de acción popular en las cuales se persiga igual* causa petendi*, basada en los mismos hechos, y contra igual demandado, lo que procede es dar aplicación a la figura del agotamiento de jurisdicción".*

---

[6] Sobre este extremo afirmó la Sala Plena: *"El actor popular que demanda lo que otra persona ya trajo a la justicia, es decir 'que repite' lo ya 'denunciado', bien puede constituirse en coadyuvante de ese primer proceso en trámite. Porque carece de sentido lógico y no consulta la racionalización de recursos integralmente considerados que implica la tramitación de un proceso, ni consulta el principio de eficacia que también rige la función judicial, el que paralela y simultáneamente se adelante hasta cierta etapa un nuevo proceso, otro proceso, siendo que deriva de una demanda popular que se funda en los mismos hechos, contra el mismo demandado y que aspira a amparar iguales derechos de naturaleza colectiva, y que si el primero va más avanzado, deba esperar a que los demás se hallen en la misma etapa para poderlos acumular al inicial. // Como se sabe, en estas acciones cualquier persona en defensa del derecho 'difuso', denominado así por la doctrina por ser el que no se radica en específico en nadie, sino que pertenece a todos, está habilitado para promover esta acción que, por tanto, no tiene exigencia de legitimación en la causa por activa, más que el ser persona. Esta acción o mecanismo judicial de protección de derechos colectivos, se insiste, no opera por la amenaza o la lesión de un derecho subjetivo. // El proceso de acción popular no consiste en estricto sentido en una controversia con presencia de 'partes' opuestas entre sí y donde exista 'litis'. Es más un reclamo de protección para la garantía de derechos colectivos cuya existencia no es materia de debate, lo que discute el actor popular es que dichos derechos están siendo amenazados o vulnerados por la accionada".*

Si bien es cierto respecto de la decisión adoptada en el Auto comentado exterioricé mi desacuerdo, motivo por el cual salvé voto –salvamento a cuya lectura ahora remito–[7], considero y, lo he manifestado en repetidas ocasiones, que una vez adoptada por mayoría la decisión de unificación, ésta se convierte en precedente y debe ser acatada incluso por parte de quienes no estuvieron conformes con ella, lo que, desde luego, no significa abstenerse de *"exteriorizar de manera clara, precisa y completa los motivos de disenso, bien a la manera de aclaración o en la forma de salvamento de voto".* Y ello *"aun si se trata de una providencia encaminada a unificar jurisprudencia sobre un punto de derecho específico por quienes estuvieron en desacuerdo"* [8]*.* Es que como lo he recordado en varias oportunidades[9]:

> *"[e]l contenido de las providencias judiciales que se convierten en precedente de obligatorio cumplimiento y, con sustento en las cuales se unifica jurisprudencia, adquiere… importancia capital, pues ellas fijan la doctrina que se debe observar forzosamente en posteriores procesos en los que se decidan casos iguales o similares. // Son varias las ventajas que suelen conectarse con la técnica de la unificación jurisprudencial. Si todos los demás jueces deben seguir la providencia por medio de la cual se fijó mayoritariamente una posición unificada en relación con un específico aspecto jurídico y no pueden apartarse de lo en ella resuelto, a menos que ofrezcan en las motivaciones de sus decisiones suficientes razones de peso que lo justifiquen, se contribuye a generar seguridad jurídica y se propicia el logro de la paz social. Así las decisiones no sean perfectas e incluso pueda dárseles el calificativo de incorrectas, injustas o teñidas de las preferencias ideológicas de quienes las elaboran, ayudan a zanjar discusiones que, de otra manera, serían interminables, brindando garantía de estabilidad y de confianza. // Pero ello no es todo. La idea que le subyace a la unificación jurisprudencial tiene otros beneficios. Genera la posibilidad de conferir un trato igual. Las personas que se hallan en las mismas circunstancias en la que se encontraban quienes fueron cobijados por la decisión que ha de ser observada obligatoriamente por los*

---

[7] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 11 de septiembre de 2012, Rad. No. 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP), CP. Susana Buitrago Valencia S.V. presentado conjuntamente por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo y por el Consejero Danilo Rojas Betancourth.

[8] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, Auto de 27 de septiembre de 2012, Rad. No. 08001233100020080055701 (44.541), CP. Enrique Gil Botero. S. V. presentado conjuntamente por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo y por el Consejero Danilo Rojas Betancourth. Actor: Robert Enrique Zamora Zapata y otros. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación y otros Asunto: Acción de reparación directa. Mediante el mencionado Auto de septiembre 27 de 2012, la Sección unificó su jurisprudencia en relación con la participación de los agentes del Ministerio Público en el marco de procesos contencioso administrativos y, más concretamente, acerca de los alcances de su facultad de impugnar las decisiones que en tales procesos recaigan.

[9] Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 11 de septiembre de 2012, Rad. No. 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP), CP. Susana Buitrago Valencia S.V. presentado conjuntamente por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo y por el Consejero Danilo Rojas Betancourth; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera–, Auto de 27 de septiembre de 2012, Rad. No. 08001233100020080055701 (44.541), CP. Enrique Gil Botero. S. V. presentado conjuntamente por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo y por el Consejero Danilo Rojas Betancourth.

demás integrantes de la jurisdicción, saben de antemano cómo se decidirá su caso; en consecuencia, la unificación de jurisprudencia no solo impide tratos desiguales, sino que afianza la predictibilidad del derecho. Adicionalmente, reduce los tiempos de decisión y disminuye sus costos, por lo que se convierte en un vehículo para obtener la realización de los principios de eficacia y de economía procesal. // En general, pueden enumerarse las siguientes ventajas de la unificación jurisprudencial: i) afianzar la seguridad jurídica y la paz social; ii) asegurar la igualdad y uniformidad en la aplicación del derecho; iii) disminuir la litigiosidad; iv) servir de orientación cuando se trate de fijar el sentido y alcance del derecho aplicable y, en tal medida, restringir la discrecionalidad de las autoridades judiciales y v) contribuir a aumentar la legitimidad del poder judicial".

En el presente caso, salta a la vista que no se observó el precedente de unificación jurisprudencial, pues se tramitaron cuatro acciones de nulidad electoral que contemplaban igual reclamo y la protección de los mismos derechos[10], motivo por el cual ha debido aplicarse el precedente en el sentido de declarar que, con la primera acción de nulidad electoral presentada en el tiempo, operó el fenómeno del agotamiento de jurisdicción y los demás actores han debido obrar como coadyuvantes de la misma.

Que esto no haya sucedido de esa manera resulta tanto más sorprendente cuanto el criterio de unificación adoptado en Auto de 11 de septiembre de 2012 se extrajo, precisamente, de la jurisprudencia sentada por la Sección Quinta y entonces lo que parece es que la sentencia de 18 de octubre de 1986, utilizada como modelo para la unificación jurisprudencial, no era tal, pues, como la magistrada ponente lo expresó en la Sala, en las acciones electorales hay una etapa de acumulación cuando existen varias demandas sobre el mismo hecho, de donde no cabe sino reiterar los fundamentos del salvamento de voto presentado en aquella oportunidad y lamentar que la Sala Plena, en lo que toca con una supuesta jurisprudencia de la Sección Quinta, haya sido inducida a error.

De esta manera estimo que los principios de transparencia, consistencia, coherencia, confianza y seguridad jurídica han quedado seriamente lesionados. A lo anterior se suma que, en aras de hacer valer un precedente inexistente de la Sección Quinta, se introdujo un recorte significativo e injustificado de la protección que, por vía constitucional y legal, se le confiere a las acciones populares en nuestro país, como fue expuesto en aquella oportunidad[11].

2) El impedimento es una figura legal sobre la que debe resolverse con total seriedad y en Auto separado

---

[10] En los antecedentes del fallo se lee claramente: "Se presentaron en total 4 demandas, todas dirigidas a solicitar la nulidad parcial de los actos administrativos de lección y de confirmación del doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, expedidos por la Corte Suprema de Justicia en los días 22 y 26 de marzo de 2012, respectivamente// La acumulación se decretó por auto de 4 de octubre de 2012, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado".

[11] Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 11 de septiembre de 2012, Rad. No. 41001-33-31-004-2009-00030-01(AP), CP. Susana Buitrago Valencia S.V. presentado conjuntamente por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo y por el Consejero Danilo Rojas Betancourth.

En el *sub lite* formularon impedimento para conocer y decidir el proceso de nulidad electoral acumulado los Consejeros Olga Mélida Valle de De la Hoz, Mauricio Fajardo Gómez y Marco Antonio Velilla Moreno. Consideraron que estaban incursos en la causal primera del artículo 150 del C.P.C. En el caso del Consejero Mauricio Fajardo y en el de la Consejera Valle de De la Hoz por cuanto *"aunque sin su intervención tienen un sobrino y un sobrino-nieto respectivamente, que trabajan en la actualidad en la Fiscalía General de la Nación".* En el caso del Consejero Velilla, pues *"demandó en acción de reparación a la Nación en razón a que durante trece meses hizo parte de la terna para ser elegido Fiscal General de la Nación y ésta fue revocada".*

Encuentro que la discusión que tuvo lugar respecto de los impedimentos presentados por los magistrados Valle de De la Hoz y Fajardo Gómez no fue seria, en cuanto alude a que no podía aceptarse los impedimentos formulados respecto de la causal primera, pues esta de ordinario se utiliza por elegancia, al igual que para evitar suspicacias. De donde, salvo que se explique con detenimiento en qué consiste el interés, no respondería en realidad a un impedimento. Sobre el punto se sostuvo, por parte de uno de los intervinientes, en relación con el impedimento formulado por él mismo, en un asunto que al parecer de algunos integrantes de la Sala constituía precedente:

> *"yo creo que es una acto de cortesía, de elegancia en el tráfico de la normalidad, para que la Sala* (sic.) *realmente de delicadeza, para que la Sala precisamente decida no aceptar y eso fue lo que yo hice, pero la Sala me lo aceptó, entonces yo no iba a venir a decirles cuando me convocaron –no, yo me muero de ganas por participar– no, simplemente si la Sala en su sabiduría consideró que no era bueno, pues yo lo acepté pero realmente en esos eventos desde el punto de vista mío, frente a una situación objetiva que se pone de presente, la Sala debe realmente ver que por el talante, la esencia y las virtudes que ha destacado (…) del juez, realmente no se le debe aceptar, gracias señor Presidente"*[12]*.*

Otro Consejero expresó:

> *"es que la causal de impedimento no está montada sobre el hecho de tener un pariente trabajando en alguna parte, la causal está montada es* (sic.) *sobre el interés que el juez o el pariente pueda tener en el asunto, por eso, el juez o el pariente, yo me pregunto ¿el doctor Fajardo tendrá interés en que el doctor Montealegre permanezca 4 años o solo un mes más, o 2, en la Fiscalía? Yo no lo entiendo manifestado por él en ese sentido, por lo menos no con lo que se plantea en el proyecto, ¿será que el sobrino tiene interés en que el doctor Montealegre dure ahí 4 años o 2 meses? tampoco veo que esté expuesto en el proyecto, de manera tal que el impedimento como tal no lo veo configurado, de pronto al manifestar el impedimento se hubiera dicho –oiga es que si la cosa sale mal para el señor Fiscal, corre peligro el puesto de mi sobrino, entonces yo mejor no me meto, uno diría pues hasta sí, mejor no armar problemas familiares y dejar al pobre muchacho sin el puesto, en una decisión que en un sentido x o y se tome acá, es que ese no es el caso, es que lo que estamos discutiendo es, oiga como está allá el sobrino, aceptemos el impedimento sí o no, ese no es el problema, el problema es el interés que pueda tener y quien es el*

---

[12] *Transcripción Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sesión del 16 de abril de 2013, p. 12.*

interesado aquí, pues el doctor Montealegre quien es al que le interesa quedarse 1 mes o 4 años, ahí nadie más tiene interés hasta donde yo vislumbro, ahora yo comparto con (…) que uno por elegancia uno puede (sic.) *aceptar a veces algún tipo de impedimento, a veces uno no se ve compelido ni siquiera por elegancia hacerlo* (sic.)"[13]*.*

Y también se sostuvo:

"Sí, muchas gracias Presidente, yo vuelvo a insistir y es lo que ha dicho (…), una cosa es que por elegancia, como dice (…), yo diga hombre tengo un sobrino en la Fiscalía, perfecto, pero otra cosa es que diga, tengo interés porque tengo un sobrino que es Vicefiscal, eso es otra cosa, pero si yo hago el impedimento sólo sobre el parentesco por elegancia juris, pues no hay ningún problema, es que eso no es causal de impedimento, pero si yo formulo ese impedimento sobre la base, no sé cuál, no sé el artículo, que dice que hay un interés, manifiesto que tengo interés porque es una persona dentro de la Fiscalía, pues ya la causal se vuelve subjetiva, averiguar si es que el sobrino es Fiscal, Vicefiscal, Director del CTI o Viceprocurador, etc., que cualquier cosa que dependiendo del objeto del proceso que se tramite pero realmente allí si yo digo que tengo un interés, es porque tengo una causal objetiva, pero si digo simplemente y llanamente, es que tengo un pariente, pues eso no constituye causal y evidentemente por elegancia juris eso no se debe aceptar, hay que revisar, por eso comparto lo que (…) ha manifestado aquí, comparto su preocupación de que existen diferentes posiciones en las Secciones, en la Sección Primera, Segunda y que con base en el artículo 270 si debe de haber un precedente, para ver cómo nos atenemos en las Secciones, en cada una de las Secciones para declararnos impedidos o no, en el entendimiento de que esa causal de interés pues (sic.) *debe expresarse por unas razones cuando haya parentesco o no o simplemente decir que hay interés, etc., etc., etc., pero la preocupación del (…) pues es válida y yo comparto que si se tiene que hacer un auto hoy, independientemente de este proceso para fijar un criterio que sea el precedente, pues que se haga, gracias Presidente"*[14]*.*

Una magistrada intervino para sostener:

"Gracias Presidente, pues yo recuerdo que cuando el impedimento del (…) yo salve (sic.) *voto porque yo no estaba de acuerdo, con que se lo declararan fundado, esto para decir que pues para mí la norma, tiene toda la razón el (…) cuando dijo en su exposición, que uno normalmente, no hablemos de elegancia, lo que pasa es que uno por curarse en salud, si uno tiene un nieto por allá uno dice bueno yo me voy a declarar impedido porque después me meten en el problema, de todas formas yo si tengo que tener una transparencia en ese sentido eso no es solamente lo que decía (…) ahora, porque no es solamente tener un pariente, mi nieto allá, pero mi nieto es el que reparte los tintos, entonces por lo menos yo tengo la transparencia de decir: mire es que el cargo es tal porque a nosotros es a quien le toca analizar* (sic.), *si existe o no un interés, eso, no solamente porque manifesté que tengo un nieto allá que es el que sirve los tintos, entonces tiene en alguna forma nosotros saber* (sic.) *si realmente porque es que la causal es esa, la causal no es tener el pariente, la causal es tener un*

---

[13] *Ibíd., p. 13.*
[14] *Ibíd. p.p. 14-15.*

esto (sic.) *y no es que allá en el fondo me quede que sí que tengo el interés pero no lo voy a decir, por lo menos tengo que decirle, el cargo es este, entonces un chino que está ganándose 200 mil pesos, entonces si quitan al Fiscal se quedan sin puesto* (sic.)*, entonces no tampoco es eso, eso sería una cuestión de cada caso, esto no es de precedente, esto es de cada caso que hay que analizar, entonces yo quería preguntarle a la doctora Susana exactamente por ejemplo a la (…) al (…) si manifestaron el interés o simplemente hicieron referencia a la norma porque eso es lo que tenemos que aclarar si realmente ellos dijeron –es que realmente tenemos interés– o simplemente dijeron –no, estoy en la causal del artículo tal y tal del Código, entonces eso sería importante como aclarar".*

Ahora, quien elabora este salvamento sostuvo:

"Gracias señor Presidente, lo que pasa en realidad es que me sorprenden muchas cosas que estoy oyendo aquí, somos jueces, estamos bajo el imperio de la ley, estamos obligados a trabajar con los ojos vendados y con los oídos tapados, hay unas normas que nos formulan unos impedimentos y resulta que aquí se afirma –es que nosotros manifestamos el impedimento por elegancia– no, los jueces no nos separamos de los procesos por elegancia, los jueces nos separamos de los procesos cuando estamos impedidos y tenemos que formular impedimentos serios y no importa lo que diga la gente y no importa lo que diga la prensa, esos son los jueces que necesita el país y por eso nos nombraron, entonces de tal manera que, no, yo formulé el impedimento y resulta que me lo aceptaron y resulta que yo no tenía interés, después yo no pude decir que no y entonces ahora estamos diciendo que el doctor Fajardo formuló impedimento simplemente por elegancia, pues el doctor Fajardo nos está diciendo que está incurso en la causal del artículo 160 numeral 1º, ahora si por costumbre se utiliza que uno formula impedimentos por elegancia, acabemos con eso, los impedimentos se formulan porque uno está impedido y punto, y de lo contrario yo no me separo del proceso cuando yo tengo pariente pero no importa porque no tengo interés y puedo ser imparcial, si así se acostumbra y lo que ordinariamente pasa es que tenemos que ser elegantes y formular impedimentos, por si acaso y por lo que pueda suceder para evitar la maledicencia, esa no es la manera de trabajar los jueces, los impedimentos se formulan si hay causal y si la causal se cumple la causal se declara por parte de nosotros a quien nos corresponde analizar, yo no sé lo que ha dicho la doctora Olga porque en el auto no aparece lo que la doctora Olga formuló, pero el doctor Fajardo está diciendo: –tengo un sobrino en la Fiscalía y estoy incurso en la causal del artículo 160 numera (sic.) *1º y yo voy al artículo 150 numeral 1º y me encuentro con que dice: tener pariente y tener interés directo o indirecto ahí está en la causal, no es que el doctor Fajardo nos formuló eso fue por elegancia, no, es que los jueces no trabajamos por elegancia, o estamos impedidos o no, y si nos declaramos impedidos sin que haya causal de impedimento, pues estamos incumpliendo nuestro deber, gracias"*[15]*.*

Uno de los magistrados replicó:

"A lo que dice el (…) en relación con lo que acaba de mencionar, hay que tener en cuenta que no es una rectificación de la Sala Plena porque el impedimento a mí me fue aceptado en la sala de la Sección Tercera, eso

[15] *Ibíd. p.p. 15-16.*

debe quedar claro, entonces no solo es de Sala Plena y el otro punto, muy específico que no voy a entrar en un debate, si no es un asunto de elegancia jurídica o de la conducta que deben asumir los jueces, sí creo que el juez está en un contexto de realidad y no en un plano realmente de idealización y en ese entendimiento yo creo que para mí seguirá siendo sano poner de manifiesto situaciones objetivas, por qué, porque como se ha dicho hay parientes con los que ni siquiera tiene buena relación, ni los conoce, ni se habla, y sin embargo yo creo que se debe, frente a esa situación objetiva, poner en conocimiento y al margen viene todo el otro elemento, entonces pues no voy a entrar como en ese juego, entrar en una discusión de orden lingüístico, de postura [ética] estética o estética (sic.)*, porque en términos de [Wittgenstein] Bigestein* (sic.)*, se confunden, porque siempre en mi caso lo pondré de presente la situación objetiva para cada quien* (sic.) *o el juez de turno decida si lo acepta o no, gracias Presidente"*[16]*.*

En este orden la ponente, magistrada Buitrago, sostuvo:

"Gracias señor Presidente, pues ciertamente son interesantes los debates en torno a la situación, pero me parece muy inteligente el aporte de una solución concreta que da (…), en primer lugar pues que hay suficiente ilustración sobre la materia y en segundo lugar que se acoja pues la posición que está plasmada, enriqueciéndola, lo cual acepto de muy buena gana, porque es válida, creo que podría complementarse, señalando ninguno de los impedimentos que se están proyectando declarar infundados (sic.)*, van más allá de decir o de señalar, mire es que porque tengo un sobrino, estoy incurso en la causal, pero no explican en que consiste ese interés directo o indirecto en el cual se tipificaría su caso, simplemente lo ponen en conocimiento y desafortunadamente aunque tiene razón la doctora Stella Conto, que los impedimentos deben ser serios y manifestarse cuando se tenga plena certeza de estar incurso en él, pues la situación de tanto ataque por presunta corrupción ha hecho que el juez se cure en salud, como dijo (…), y aunque intrínsecamente no lo vea tan preciso y tan claro, considera que es de mucha mayor ética, decir mire –por si acaso– lo entenderían estructurado, yo lo pongo de presente aunque ya estoy diciendo que acojo, señor Presidente, la proposición (…) de enriquecerlo agregándole que los escritos de impedimentos no precisan en qué consiste el interés directo o indirecto y también agregándole que se acoge y se ratifica la postura del precedente en el caso de (…), lo cierto es que quiero referirme mínimamente, a que si fuese de verdad que todo impedimento que se propone, que surge del fuero interno tuviera que aceptarse, entonces no tendría nada que hacer el juez que le sigue en turno, para definir dentro del margen de su autonomía y de discrecionalidad razonable, si es fundado o no es fundado y lar regla es asumir el conocimiento, no separarse de él, de otro lado la preocupación de (…), es válida pero ni en la misma Corte Constitucional, ni en ningún Tribunal internacional, que esté dividido por secciones o por salas, sea posible pretender que en todas las secciones tengan una uniformidad de pensamiento, de postura, será natural que aquí en las diferentes secciones se tomen diferentes posiciones porque esa es la autonomía y la discrecionalidad razonable y proporcional de juez, ya con el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, los temas deben tender a eso, mientras tanto es difícil, entonces acepto señor Presidente, la propuesta de (…) y discrepo un poco de (…), en cuanto dice que no hay que decir que rectifica, con relación al último tema del tercer*

[16] *Ibíd. p. 16.*

canal, porque si bien ahí se dijo que se conservaba el impedimento ya presentado en la sección tercera, hubo todo un debate de si se levantaba o se conservaba, y para decir que se conservaba, que se seguía considerando impedido hubo una sustentación, yo le pedí al señor Secretario, si me recordaba en qué términos quedó esa sentencia, la ratificación de la declaratoria de fundado de ese impedimento de (…), él me dice que en el acta quedó figurando simplemente que se consideró que como ya estaba declarado o aceptado como fundado en la sección tercera, aquí no se levantó, sino que se conservó, ¿es así? Y que dice la sentencia en ese sentido no sé, no dijo nada, la están trayendo, bueno señor Presidente en conclusión si le parece a la Sala, dentro de su soberanía, no me hago matar tampoco (sic.)*, la Sala es soberana para resolver, creo que hay suficiente ilustración y que se puede pasar al campo con esos complementos que yo acepto incorporarle a la providencia, gracias"*[17]*.*

Las manifestaciones anteriores una vez que la ponente concluyó, sometidas a votación, fueron aprobadas por 14 de los magistrados presentes. Finalmente el magistrado (…) planteó que, según lo decida la ponente, *"las particularidades de la ponencia sobre el impedimento… podrían no ir necesariamente en la sentencia, sino como parte del acta de sesión"*[18]*.* Aspecto último acogido por la ponente así:

"Pues yo revisando el precedente creo que en el tema del tercer canal, donde varios estuvimos en desacuerdo no levantarle el impedimento ya aceptado en la Sección Tercera, nunca hicimos con salvamento de voto escrito o aclaración el disentimiento, nunca lo expresamos de esa manera, el señor Secretario le pido, con su venia señor Presidente, que de fe de ello, el Secretario da fe de ello y de las situaciones que consta en las actas, ahí en ese caso quedó fue en acta, que tales y tales estuvimos en desacuerdo, con el no levantamiento del impedimento de (…), pero jamás y se puede revisar la sentencia, tiene anexos ni aclaraciones, ni salvamentos, de los que estuvimos en esa postura, entonces aquí sigamos el mismo procedimiento creería yo porque es una situación accesoria al proceso, no, y de esa manera no tiene la connotación de representar pues que obre en el expediente como anexo a la sentencia una aclaración o salvamento en ese sentido, sino que basta con que quede en el acta, gracias"[19]*.*

Sin embargo, según se lee en la decisión, los impedimentos formulados fueron declarados infundados, siendo que, porque así se deduce de las anteriores transcripciones de las intervenciones, tendría que haberse procedido a su rechazo. Y es que ello tampoco se puede derivar, como se debería, de una línea jurisprudencial cuya construcción se echa de menos. En ese sentido, nuevamente considero que la decisión adoptada en el *sub lite*, respecto de los impedimentos, no fue precedida de motivación no obstante que, como ya lo señalé en otra oportunidad[20]:

---

[17] *Ibíd. p.p. 16-17.*

[18] *"Presidente una aclaración, las particularidades de la ponencia sobre el impedimento ¿forman parte del acta?, quedamos que eso iba a ir decidido en la sentencia, pero me imagino que no los detalles o ¿sí?, o como usted lo considere doctora Susana, pero podrían no ir necesariamente en la Sentencia, sino como parte del acta de la sesión, de acuerdo a lo que usted misma había propuesto, de que quedara todo resuelto en la misma sentencia". Ibíd., p. 17.*

[19] *Ibíd. p. 18.*

[20] *Cfr. el Salvamento de Voto presentado por la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo en relación con la providencia dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo*

"uno de los deberes de las autoridades judiciales –quizá el más importante–, es el de motivar jurídicamente las decisiones adoptadas en los procesos puestos a su consideración y resolución. Y es que no puede perderse de vista que las autoridades judiciales son depositarias –en representación del pueblo–, del poder jurisdiccional del Estado y, si para efectos de cumplir con la misión que por Constitución se les confía gozan de un amplio margen de configuración –desde luego no despojado de límites–, la legitimidad de sus decisiones se califica a partir de la manera como las motiven. En tal sentido también se ha recordado:

> *'El instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que no en vano ha sido calificada como el 'signo más importante y típico de 'racionalización' de la función judicial'. Por ello, desde otra perspectiva, la motivación representa la cláusula de cierre para la protección de los derechos. Es más, hay quien concibe la motivación incluso como uno de los principios rectores de la ética judicial'"*[21]*.*

Una decisión que no está precedida de motivación no solo exhibe un déficit de legitimidad, sino que priva a la ciudadanía de los elementos materiales para establecer cuán correcta desde el punto de vista jurídico fue, esto es, cuán acertada jurídicamente resulta al contrastarse con el referente normativo derivado del ordenamiento constitucional que es, finalmente, el que la gobierna y la rige.

En materia de impedimentos, como en todos los demás aspectos relacionados con el desarrollo de su actividad, el Consejo de Estado está sometido al imperio del derecho. Por ello mismo, las cuestiones relacionadas con la presentación de impedimentos, deben resolverse con total seriedad y de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; además, ello debe suceder mediante Auto separado y no como una cuestión marginal –con la categoría de asunto previo– en la sentencia. Por el motivo antes señalado solicité que el Acta responda a la transcripción textual de la grabación.

Empero, aunque se considere que lo que consta en el Acta resulta suficiente, la providencia se adoptó y notificó sin que el Acta se hubiese aprobado, lo que confirma mi postura según la cual el asunto relativo a los impedimentos formulados por los magistrados Fajardo Gómez y Valle de De la Hoz no fue resuelto, precisamente porque la decisión adoptada careció de motivación.

Lo expresado hasta este lugar ilustra las razones que me llevaron a apartarme parcialmente de la decisión mayoritaria.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

---

del Consejo de Estado, el 11 de septiembre de 2011, Rad. No. (AP) 17001333100320100020501, CP. Mauricio Fajardo Gómez.

[21] *Marina GASCÓN ABELLÁN, Cuestiones Probatorias, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 175.*

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Honorable Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, procedo a exponer las razones por las cuales no compartí la sentencia que se dictó dentro del asunto citado en la referencia.

Aunque la razón principalísima –relacionada de manera directa con el fondo del asunto– que me llevó a apartarme del criterio mayoritario de la Sala consiste en considerar que, a mi juicio, según las normas constitucionales y legales vigentes el período del Fiscal General de la Nación es de carácter institucional y, por lo tanto, el mismo no podía ni debía computarse a partir de la posesión de quien en la actualidad dirige tan importante ente público, tal como lo consideró la Honorable Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, lo cierto es que existen otros aspectos, igualmente importantes, que se consignaron en dicha sentencia en relación con cuyo contenido debo expresar mi disentimiento.

1.- La desestimación de mi manifestación de impedimento NO ha debido insertarse en el mismo fallo en cuya votación intervine y al cual se refiere el presente voto individual.

Tal como expresamente lo recoge el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia a la cual se refiere el presente voto individual, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió declarar infundado el impedimento que, en su momento y con sujeción a las formalidades establecidas para el efecto por la ley, me permití expresar ante la imposibilidad en la cual estimé encontrarme para participar en el debate y la votación de la decisión con la cual se puso fin, en única instancia, al proceso de la referencia.

Como resulta apenas obvio, no tuve participación alguna y menos efectué intervención de cualquier especie durante los debates y la votación de la respectiva manifestación de impedimento, al punto que durante el examen y la decisión de tal aspecto no estuve físicamente presente en la sesión de la Honorable Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, tal como lo debe reflejar el acta correspondiente; no obstante lo anterior, lo cierto es que la determinación de declarar infundada mi manifestación de impedimento sorprendentemente se insertó de manera expresa dentro del mismo fallo que lleva mi firma –aunque con

salvedad de voto–, cuestión que, de una parte, podría generar la equivocada impresión de que yo mismo habría tenido participación activa en la adopción de la decisión por cuya virtud se desestimó mi propio impedimento, asunto que, además de no reflejar la realidad de los acontecimientos en modo alguno, resultaría repugnante a la luz tanto de la normativa aplicable como de los más elementales principios de ética y de moralidad por cuya preservación propende, precisamente, el régimen jurídico de los impedimentos y las recusaciones.

Imagínese por un instante que el mismo Juez que manifiesta su impedimento para participar o para intervenir en el examen de un determinado asunto, se auto-erigiera en el juez de su propio impedimento y en tal calidad procediera a auto-negarse o a auto-desestimarse su respectiva manifestación de impedimento; una circunstancia de tal naturaleza sólo llevaría a empañar la pulcritud que debe acompañar todas las decisiones de las autoridades públicas –incluidas las de los jueces de la República–, amén de que convertiría en un rey de burlas al régimen de los impedimentos y de las recusaciones, régimen que, muy por el contrario, merece las mayores atención, respeto, acatamiento, rigor y responsabilidad al momento de su aplicación, puesto que de su observancia depende, en buena medida, la efectividad de la imparcialidad con que, para garantía de las partes y de la sociedad en general, estamos obligados a proceder en todas nuestras actuaciones todos los Jueces y Magistrados de la República.

Por ello no sólo no puedo compartir que desde el punto de vista formal se hubiere incorporado en la misma sentencia que dictó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo una decisión bien diferente y anterior, que precisamente y a manera de presupuesto sirvió para esclarecer quiénes podrían intervenir en la adopción de la decisión de fondo y, por ello mismo, sirvió para resolver cómo habría de conformarse entonces el quórum de los Magistrados llamados a resolver sobre las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

Así pues, aunque esa decisión previa fue proferida por el mismo Juez colegiado, lo cierto es que se adoptó en un momento diferente y con un quórum distinto al que se tuvo para la votación del fallo; baste reiterar, al respecto, que en mi caso personal NO estuve presente ni participé en la votación de la decisión que se profirió frente a mi manifestación de impedimento, pero que sí hice presencia y tomé participación activa cuando se verificó la votación de la decisión con la cual se resolvió el fondo del litigio planteado.

Lo expuesto me sirve de apoyo para reafirmar, tal como lo he expresado en anteriores oportunidades[22], que la decisión que resuelva sobre la desestimación de una manifestación de impedimento debe adoptarse a través de un auto separado e independiente de la providencia que contenga la correspondiente decisión de fondo, auto que, por lo demás, debe notificarse y darse a conocer oportunamente a las partes y demás interesados en las resultas del proceso, con el fin de que, antes de que se discuta y se decida sobre el fondo del asunto que se ha sometido a conocimiento del respectivo juez, se garantice de manera efectiva a esas partes y a esos interesados el derecho que les asiste a conocer quién será exactamente el juez que ha de decidir su causa y exigirle a ese juez la imparcialidad y la neutralidad que el ordenamiento impone a todo juzgador, para cuya efectividad se ha dispuesto el régimen de las recusaciones.

Así pues, a mi juicio no sólo no tiene presentación alguna, amén de que pugna con las normas vigentes y los dictados éticos y morales que deben informar e inspirar la actuación de todos los Jueces, que la providencia que decide desestimar una manifestación de impedimento lleve la firma de quien ha formulado tal manifestación, sino que ese proceder altera, tergiversa o al menos distorsiona la verdad de los hechos, puesto que da a entender que el propio manifestante del impedimento habría tomado parte activa en la resolución de su propia manifestación, cuanto lo cierto es que ello no ocurrió de esa manera.

2.- La confusa o equívoca individualización de la "duración o término" del período de elección del Fiscal General de la Nación, como característica que identificaría el *"acto administrativos electoral"* o *"acto de elección".*

Con el propósito de fijar el objeto del litigio y decidir acerca de la procedencia de la acción ejercida, la Honorable Sala Plena de lo Contencioso Administrativo precisó que la decisión demandada –contenida en las actas de las sesiones de la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia, correspondientes a los días 22 y 26 de marzo de 2012, por cuya virtud se declaró la elección y la confirmación,

---

[22] En este mismo se encuentran las manifestaciones que yo mismo he consignado en las aclaraciones de voto que me he permitido formular, entre otros, en relación con las providencias proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dentro de los siguientes procesos: Expediente No. 11001-03-15-000-00103-00. s-103; naturaleza: recurso extraordinario de súplica; actor: AEROSUCRE S.A. Demandada: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN–. Consejera Ponente: Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Expediente No. 2010-00470; naturaleza: recurso extraordinario especial de revisión; asunto: recurso ordinario de súplica – auto; actor: MIGUEL MARIA GOMEZ ACOSTA Y OTROS; Consejera Ponente: Dra. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

respectivamente, del doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación–, correspondía a un típico *"acto de carácter electoral"* o *"acto de elección"* que no compartiría los conocidos y reiterados elementos que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han resaltado como esenciales para la generalidad de los actos administrativos y que, por tanto, resultan comunes a todos los de esa especie,; así pues, en el fallo de la referencia se partió de la existencia de una categoría diferente: la de los *"actos electorales"* o *"actos de elección"*, no obstante lo cual ocurre que tan importante y trascendente pronunciamiento, que tiende a dividir o a desechar para esta nueva categoría la teoría general de los actos administrativos, no aporta, a mi juicio, elemento alguno que permita en lo sucesivo saber con precisión cuándo se estará frente a un acto de tal naturaleza y cuándo no, toda vez que el marco teórico que al respecto se desarrolla en la sentencia no arroja luces al respecto.

Ciertamente, en la sentencia de la referencia se sostiene, de manera categórica, que *"*[o]*tra característica que* ***identifica*** *el acto administrativo de elección tiene que ver con el aspecto "duración o término", cuando se trata de una elección que está sujeta a período fijo. Es un elemento que la ley lo determina, y que, por ende, cuando está claramente consagrado en el ordenamiento jurídico, le es inherente al acto electoral de manera implícita".*

En este punto resulta de la mayor importancia traer a colación el significado natural y obvio del verbo ***identificar****,* el cual, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, corresponde a lo siguiente: *"(De idéntico, con supresión de la última sílaba, y -ficar).* ***1.*** *tr. Hacer que dos o más cosas en realidad distintas aparezcan y se consideren como una misma. U. m. c. prnl.* ***2.*** *tr. Reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca.* ***3.*** *prnl. Llegar a tener las mismas creencias, propósitos, deseos, etc., que otra persona. Identificarse CON él.* ***4.*** *prnl. Dar los datos personales necesarios para ser reconocido.* ***5.*** *prnl. Fil. Dicho de dos o más cosas que pueden parecer o considerarse diferentes: Ser una misma realidad. El entendimiento, la memoria y la voluntad se identifican entre sí y con el alma".*

En el mismo sentido se encuentra el significado de ***identidad,*** así: *"(Del b. lat. identĭtas, -ātis).* ***1.*** *f. Cualidad de idéntico.* ***2.*** *f. Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás.* ***3.*** *f. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás.* ***4.*** *f.*

Hecho de ser alguien o algo el mismo que se supone o se busca. ***5.*** *f. Mat. Igualdad algebraica que se verifica siempre, cualquiera que sea el valor de sus variables".*

Es por ello que en el campo filosófico, al hacer referencia al ***principio de identidad*** se alude a la unidad en sí misma, a la unidad del ser, esto es a las cosas cuya materia hacen que sea una y, por lo tanto, no puedan ser al mismo tiempo otra diferente, dado que resultaría absolutamente contradictorio e ilógico que una cosa sea y no sea a la vez, por lo cual una cosa es, y aquello que la ***identifica*** es, precisamente, lo que le dá u otorga su propia ***identidad.***

Siguiendo pues los más elementales derroteros de la lógica formal, de lo expuesto y transcrito se impone concluir, de manera necesaria, que si según el fallo de la referencia uno de los elementos que **identifica** el *"acto administrativo electoral"* o *"acto de elección"* lo constituiría su *"duración o término"* –de tal manera que sin ese elemento no se adquiriría tal **identificación**, por lo cual el acto correspondería entonces a otra clasificación o no alcanzaría jamás existencia jurídica por cuanto carecería de uno los elementos que le otorgarían **identidad**–, de ninguna manera podría tenerse como *"acto administrativo electoral"* o *"acto de elección"* aquel que carezca de dicho elemento o característica que lo **identifica.**

Dicho de otra manera: la explicación que acerca del *"acto administrativo electoral"* o *"acto de elección"* se plasmó en la aludida sentencia, obliga a concluir que únicamente podría considerarse como tal aquél acto administrativo que contare con la característica que lo identifica, esto es su *"duración o término",* cuestión que *"… cuando está claramente consagrado en el ordenamiento jurídico, le es inherente al acto electoral de manera implícita".*

Frente a ese panorama teórico, a mi juicio resulta palmariamente contradictorio sostener, como también lo hace el fallo de la referencia, que el que se demandó en esta oportunidad ***sí*** es un típico *"acto administrativo electoral"* o *"acto de elección"* a pesar de que carece del elemento característico que lo identifica, esto es su *"duración o término"*, a lo cual se agrega que en el presente caso dicho elemento no les es inherente de manera implícita por considerar que la regulación vigente *"no es unívoca ni precisa".*

Así pues, si según la sentencia a la que se refiere el presente salvamento de voto, el que se demandó en esta oportunidad no cuenta –ni explícita ni implícitamente, esto último por la supuesta falta de claridad del ordenamiento jurídico al respecto–, con la determinación del tiempo o período para el cual se efectuó la elección de quien ocupa el cargo de Fiscal General de la Nación, período o término que según se había dicho previamente constituiría una característica para **identificar** el *"acto administrativo electoral"* o *"acto de elección"*, no es posible entender entonces por qué razón en ese mismo fallo se insiste en sostener que las decisiones objeto de demanda sí pertenecerían a la novísima clasificación de los *"actos electorales"* o *"actos de elección"*.

Si la sentencia en cuestión hubiera guardado un mínimo de consistencia para con sus propios planteamientos teóricos acerca de la *"característica que **identifica** el acto administrativo de elección"*, después de haber verificado que dicha característica consistente en la *"duración o término"* no está presente –ni explícita ni implícitamente– en las decisiones objeto de demanda, ha debido concluir entonces que tales *"actos electorales"* habrían devenido inexistentes para el mundo jurídico, por carecer de uno de los elementos de los cuales dependería supuestamente su propia ***identidad.***

Sin embargo, en mi opinión todos esos esfuerzos que se desplegaron para tratar de explicar una clasificación nueva y especial que llevaría a descubrir la existencia de los *"actos administrativos electorales"* o *"actos de elección"*, además de resultar confusos, en realidad no se requerían –no al menos para abordar el estudio y decisión del caso concreto en examen– y por ello, sin duda, son dignos de mejores causas.

Ciertamente, para examinar y decidir acerca de la validez de los actos administrativos demandados en esta oportunidad, consistentes en la elección y posterior confirmación que efectuó la Honorable Corte Suprema de Justicia respecto de la persona que desempeña el cargo de Fiscal General de la Nación, no hacía falta acudir –no al menos en este caso– a una teoría diferente a la clásica del Acto Administrativo, la cual ha sido suficientemente decantada y trabajada en el ámbito nacional tanto por el ordenamiento positivo vigente como por la Jurisprudencia tradicional, reiterada y consolidada que al respecto ha desarrollado la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en general y la del Consejo de Estado en particular, así como por los valiosísima sistematización que de la misma

han realizado, junto con extraordinarios e inocultables aportes, los doctrinantes nacionales y extranjeros que a lo largo de los años se han ocupado de esta materia.

En cualquier caso, lo cierto es que en la sentencia de cuyo contenido y sentido me aparto mediante la presente salvedad de voto, no se explica ni se permite ver con claridad –no al menos para el caso concreto de cuya decisión esa providencia se ocupó– cuál es o cuál puede llegar a ser la utilidad práctica y/o la importancia de generar una nueva clasificación de actos como la del tantas veces mencionado *"acto electoral"* o *"acto de elección"* y cuáles, por tanto, serían las consecuencias de estar frente a una de tales decisiones, por oposición a la circunstancia de identificar la decisión correspondiente, simplemente, como un *acto administrativo.*

En línea con lo expuesto considero que el tema relacionado con la determinación específica del período para el cual se realizó la elección, en cuanto su determinación corresponde únicamente al Constituyente o al legislador –que no al órgano elector–, no puede ni debe considerarse como un elemento distintivo y menos de la existencia o **"identidad"** del acto administrativo de contenido electoral, tal como desafortunadamente se plasmó en el fallo cuyas consideraciones y decisiones no pude acompañar por las razones que aquí me permito consignar.

No menos significativa e insalvable resulta, a mi entender, la contradicción en que incurrió la sentencia que finalmente pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado frente a los argumentos y planteamientos teóricos que invocó como su fundamento, puesto que a propósito del comentado elemento de ***identidad*** del denominado *"acto administrativo electoral"* o *"acto de elección"*, clasificación en la cual el fallo en cuestión ubicó las decisiones demandadas, la sentencia en referencia puntualizó:

> ***"Entonces, no es jurídicamente admisible elegir a un servidor público cuyo cargo es de período fijo sin establecer, en concreto, la duración de éste, y la forma de contabilizarlo,*** *cuando quiera que para el efecto el cuerpo elector recurre a la Constitución y a la ley, siendo que las disposiciones en tal sentido no son univocas*. ***En este especial evento el acto administrativo electoral adolece de contenido preciso en cuanto al plazo por el que concede potestades públicas a quien elige".***

Así pues, si fue la propia sentencia en cuestión la que consideró, de manera categórica, que ***"no es jurídicamente admisible elegir a un servidor público***

cuyo cargo es de período fijo sin establecer, en concreto, la duración de éste, y la forma de contabilizarlo, *cuando quiera que para el efecto el cuerpo elector recurre a la Constitución y a la ley, siendo que las disposiciones en tal sentido no son unívocas"*, no resulta posible entender cómo la misma sentencia resolvió ***"DECLARAR AJUSTADA A DERECHO*** *la expresión* ***"por el período constitucional y legal que le corresponda"****, que contiene el acta de la sesión del 22 de marzo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia …"*, si se tiene presente que en este mismo caso la propia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo concluyó: ***i).-*** que la Honorable Corte Suprema de Justicia, como cuerpo elector, no estableció en concreto el período para el cual eligió al servidor público que habría de cumplir las funciones de Fiscal General de la Nación, y ***ii).-*** que en este evento específico *"… la regulación legal en tal sentido para este empleo no es unívoca ni precisa respecto a cómo se contabiliza el tiempo por el cual el elegido cumple la función pública asignada …"*, por lo cual, precisamente, no habría sido factible tener como *"inherente al acto electoral de manera implícita"* la fijación del período del servidor público elegido.

3.- La procedencia de expedir un fallo de fondo encontraba apoyo en una razón distinta a la que se infiere del contenido de la sentencia de la referencia.

Para que la Honorable Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado procediera a dictar un fallo de fondo, en relación con las pretensiones de las demandas de nulidad electoral parcial formuladas en contra de la decisión que en su momento adoptó la Honorable Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, decisión consistente en elegir en propiedad al Fiscal General de la Nación, del contenido del fallo al cual corresponde la presente salvedad de voto es posible inferir –al menos en buena parte– que la referida procedencia de un fallo de fondo estaría íntimamente ligada a y/o dependería de la naturaleza de *"acto electoral"* o *"acto de elección"* que hipotéticamente podría predicarse de la aludida decisión parcialmente demandada, comoquiera que el problema jurídico a resolver giraría en torno a la verificación de la presencia o ausencia, según fuere el caso, del señalamiento del período para el cual se realizó la correspondiente elección, elemento del cual –como ya se indicó extensamente– dependería la ***identidad*** del tipo de acto que finalmente se atribuyó a la decisión parcialmente demandada.

Además de las razones que más adelante expondré en detalle para explicar por qué el fallo en referencia ha debido acoger las pretensiones de las demandas

correspondientes, en mi criterio tanto la procedencia como la prosperidad misma de la mencionada acción de nulidad electoral y en especial de las pretensiones que en esta oportunidad se formularon en ejercicio de aquella, no devenía de la ausencia, o no, del señalamiento que del respectivo período se hubiere hecho dentro del propio acto administrativo de elección, sino que para el caso *sub lite* derivaba de la ambigüedad de las expresiones contenidas en la decisión que al respecto adoptó la Corte Suprema de Justicia.

Ciertamente, según lo refleja el acta No. 12 correspondiente la sesión ordinaria de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia celebrada el día 22 de marzo de 2012, dicha Corporación *"… declaró elegido en propiedad,* ***por el período constitucional y legal que le corresponda*** *al Dr. LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, como Fiscal General de la Nación …"* (se destaca).

De acuerdo con la forma en la cual quedó consignado el acto de elección, resulta claro que la decisión en cuya virtud se eligió al doctor Montealegre Lynett en el cargo de Fiscal General de la Nación no precisó de manera alguna a cuál período se refirió la Corte Suprema de Justicia dentro de su acto de elección, cuestión que naturalmente propició diversas y contrarias interpretaciones acerca de tal aspecto y por esa razón resultaba perfectamente claro que al Consejo de Estado le correspondía, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, avocar el conocimiento del asunto y proferir una decisión de fondo para despejar el tema.

Así pues, estimo que a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación le correspondía dictar un fallo condicionado, dependiendo de la interpretación que se le atribuyera a la expresión ***"por el período constitucional y legal que le corresponda",*** contenida en la decisión controvertida.

En consecuencia, si la aludida expresión se entendía en el sentido de que el período para el cual resultó electo el doctor Montealegre Lynett había sido un período individual o personal, la decisión demandada –o mejor, esa comprensión de la decisión cuestionada–, a mi juicio, debía anularse, porque tal entendimiento, según lo expondré a continuación, contraría los textos expresos que al respecto consagran tanto la Constitución Política como la ley; por el contrario, si a la expresión *"por el período constitucional y legal que le corresponda"*, se le atribuyera la comprensión de que se trataba de un período institucional –como en

mi sentir lo es–, las pretensiones debían denegarse, porque ello no contravendría el ordenamiento jurídico.

4.- EL ASUNTO DE FONDO: la decisión demandada debió entenderse en el sentido de que la elección del Fiscal General de la Nación se hizo para un período institucional y no para un período individual o personal.

Tal como ya lo dejé señalado, en mi criterio la sentencia que dictó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado debía corresponder a un fallo condicionado o modulado, por cuya virtud ha debido anularse la decisión que profirió la Honorable Corte Suprema de Justicia pero únicamente en cuanto se entendiera que la elección contenida en dicha decisión se hubiera realizado para un período personal.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado consideró todo lo contrario.

En ello radica otra de las discrepancias –naturalmente la más importante– que tuve para con esa decisión, lo cual me impidió acompañarla.

Acerca del período para el cual se debe efectuar la elección del Fiscal General de la Nación, el artículo 249 constitucional dispone:

> *"ARTICULO 249. 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 período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia**, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal".* (Se destaca).

Como se aprecia con facilidad de la simple lectura de la disposición constitucional transcrita, su contenido en nada colide y menos riñe con el parágrafo del artículo 125 de la misma Carta Política, a cuyo tenor:

> *"PARAGRAFO. **Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales.** Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el*

resto del período para el cual este fue elegido"[23]*.* (Dejo destacado en negrillas y en subrayas).

En efecto, el artículo 249 constitucional se limitó a establecer en 4 años la duración del período para la elección del Fiscal General de la Nación, sin agregarle calificativo alguno que delimitara el carácter de dicho período –institucional o personal–, razón suficiente y necesaria para que, ante la existencia del parágrafo del artículo 125 *ibídem*, debiera efectuarse una interpretación armónica y sistemática entre las disposiciones contenidas en la misma Constitución Política, de lo cual se desprende, sin esfuerzo intelectual alguno, que el período de cuatro (4) años que señaló el aludido artículo 249, tiene el *carácter de institucional*, tal como lo dispuso el también transcrito parágrafo del artículo 125 para TODOS los cargos de elección.

Según resulta con prístina claridad de su lectura, las mencionadas disposiciones constitucionales lejos de oponerse o de resultar antinómicas o contradictorias, resultan perfectamente compatibles, armónicas y concordantes entre sí, motivo por el cual estimo que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no podía, ni debía –como desafortunadamente lo hizo– otorgarles una aplicación aislada, toda vez que el artículo 249 constitucional determina la **duración del período** al paso que el parágrafo del artículo 125 *ejusdem* se ocupa de un aspecto diferente pero complementario, cual es el de **calificar el carácter de dicho período.**

La Honorable Sala Plena de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado –desafortunadamente, en mi criterio– no lo entendió así y decidió aplicar el artículo 249 de la Constitución Política con total apartamiento del parágrafo del artículo 125 superior, para efectos de concluir entonces que el período para el cual fue elegido el doctor Montealegre Lynett habría sido individual –y no *institucional* como expresamente lo dispone la norma constitucional–, todo porque el tantas veces aludido artículo 249 se limitó a señalar que ***"[e]l Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, …"****.*

De esta manera –aunque por supuesto entrañando grave riesgo para el sistema democrático colombiano, para el mantenimiento de su institucionalidad y para el respeto de la Constitución Política y de las leyes vigentes– el Consejo de Estado

---

[23] Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo No. 1° de 2003, publicado en el Diario Oficial No. 45.237, de 3 de julio de 2003.

sentó un precedente jurisprudencial cuyos efectos, si en adelante se mantiene un mínimo de coherencia y de consistencia para con los razonamientos que determinaron la expedición del fallo citado en la referencia, obligatoriamente deberán proyectarse a otros cargos de elección cuyos períodos se encuentran regulados exactamente en los mismos términos en que la Constitución Política reguló la duración del período del Fiscal General de la Nación.

Ciertamente, en la Carta Política se encuentra regulada la duración del período de elección tanto de los Diputados que integran las Asambleas Departamentales como de los Concejales –distritales y municipales– sin que en dichas disposiciones se haga referencia alguna al carácter de dichos períodos.

Así lo evidencia el texto del inciso 2º del artículo 299 constitucional, al referirse al período de los diputados departamentales:

> *"El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados será fijado por la ley. No podrá ser menos estricto que el señalado para los congresistas en lo que corresponda.* ***El período de los diputados será de cuatro años*** *y tendrán la calidad de servidores públicos".* (Se destaca).

No menos claro resulta el texto del artículo 312 constitucional, en cuanto se ocupa de definir la extensión del período de elección de los concejales, así:

> *"Artículo 312.- En cada municipio habrá una corporación político administrativa* ***elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal,*** *integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal". (Se destaca).*

Tal como se puede apreciar, en las normas constitucionales que se acaban de transcribir **NO** se menciona siquiera el carácter –institucional o individual– de esos períodos, luego, si resulta perfectamente claro que en materias jurídicas necesariamente debe aplicarse –como desarrollo directo del Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la Igualdad, amén de que se erige en fundamento central de la teoría de la fuerza normativa de los precedentes jurisprudenciales–, aquella máxima que enseña que *'allí donde cabe la misma disposición cabe la misma razón'*, en adelante debería concluirse entonces que en cuanto los citados artículos 299 y 312 de la Constitución Política establecen simplemente en cuatro (4) años la **duración del período de elección** de los

diputados y concejales –de idéntica manera en que lo hizo el artículo 249 para la **duración del período** del Fiscal General de la Nación– a esos períodos no hay por qué aplicarle lo dispuesto en el parágrafo del artículo 125 de la misma Carta Política y, por tanto, siguiendo esa misma lógica que se aplicó en el asunto de la referencia –respecto de la cual me aparto por completo– ante la ausencia de una norma constitucional expresa que califique el carácter de dichos períodos, debería concluirse entonces que los de los diputados y los de los concejales –de idéntica manera al del Fiscal General de la Nación– deben tenerse como períodos individuales o personales, que no como institucionales.

Y cómo no aplicar ese mismo e idéntico razonamiento, que en el fallo de la referencia plasmó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, para efectos de definir en futuras oportunidades el **carácter del período de la elección** del Presidente de la República, puesto que en la Constitución Política no existe norma especial que lo defina, en tanto su artículo 190 –en idéntica forma en que lo hizo el artículo 249 para el caso del Fiscal General de la Nación– únicamente se ocupó de establecer –en los mismos cuatro (4) años– **la duración del período**, de conformidad con el siguiente texto:

> *"ARTICULO 190.* ***El Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años,*** *por la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos.*
>
> *"En caso de muerte o incapacidad física permanente de alguno de los dos candidatos con mayoría de votos, su partido o movimiento político podrá inscribir un nuevo candidato para la segunda vuelta. Si no lo hace o si la falta obedece a otra causa, lo reemplazará quien hubiese obtenido la tercera votación; y así en forma sucesiva y en orden descendente.*
>
> *"Si la falta se produjese con antelación menor a dos semanas de la segunda vuelta, ésta se aplazará por quince días".* (Se deja resaltado).

Con el fin de afianzar esas conclusiones que, como se ha expuesto, se desprenden de manera directa e inmediata del mismo razonamiento con el cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado concluyó que el artículo 249 de la Constitución Política se limitó a establecer en cuatro (4) años

el período del Fiscal General de la Nación y que dicha disposición no tendría por qué entenderse complementada con los dictados del parágrafo del artículo 125 de la misma Carta Política –continuando con la argumentación por vía del absurdo–, bien podría añadirse en pro de esa tesis que sólo deberán tenerse por institucionales los períodos calificados como tales por las normas constitucionales específicas, tal como sucede, por vía de ejemplo, con el caso de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, con los Gobernadores y con los Alcaldes.

Evidentemente, si se revisa el inciso primero del artículo 264 de la Carta Política, fácilmente se advierte que en esa norma además de establecer la **duración** del período de la elección, también se calificó expresamente su **carácter**, de conformidad con los siguientes términos:

> *"ARTICULO 264. El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros* ***elegidos*** *por el Congreso de la República en pleno,* ***para un período institucional de cuatro (4) años,*** *mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos. Sus miembros serán servidores públicos de dedicación exclusiva, tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y podrán ser reelegidos por una sola vez".* (Se deja subrayado y destacado).

De la misma manera se encuentra la regulación contenida en el inciso primero del artículo 303 constitucional, según el cual:

> *"ARTICULO 303. En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será jefe de la administración seccional y representante legal del departamento; el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público y para la ejecución de la política económica general, así como para aquellos asuntos que mediante convenios la Nación acuerde con el departamento.* ***Los gobernadores serán elegidos*** *popularmente* ***para períodos institucionales de cuatro (4) años*** *y no podrán ser reelegidos para el período siguiente".* (Se ha subrayado y destacado).

La misma apreciación cabe efectuar en cuanto corresponde al inciso primero del artículo 314 de la Carta Política, a cuyo tenor:

> *"ARTICULO 314. En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que* ***será elegido*** *popularmente* ***para períodos institucionales de cuatro (4)***

> ***años,*** *y no podrá ser reelegido para el período siguiente".* (Se deja subrayado y destacado).

Lo expuesto permitiría reafirmar la tesis, a mi juicio sugerida con claridad en el fallo de la referencia aunque por vía del razonamiento *contrario sensu*, que en cuanto la Constitución Política calificó de *institucionales*, a través de normas específicas, el carácter de los períodos de elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, de los Gobernadores y de los Alcaldes, en los demás eventos, es decir en aquellos en los cuales la Carta Política no determinó a través de normas especiales el carácter de los respectivos períodos de elección, debería entenderse que el carácter de tales períodos es personal, por lo cual habría que admitir que para el caso del Presidente de la República, de los Diputados o de los Concejales, su período sería individual porque, al igual que ocurrió con el caso del Fiscal General de la Nación, no existe en la Constitución una norma especial que hubiere definido tal carácter.

Las conclusiones que se han expuesto con el único propósito de evidenciar la debilidad y la inconsistencia del razonamiento que les sirve de fundamento, razonamiento que, bueno es reiterarlo, no comparto en forma alguna pero que es el mismo que la mayoría de la Sala acogió para considerar que en los exclusivos y aislados términos del artículo 249 de la Carta Política el del Fiscal General de la Nación sería un período *individual* o *personal*, además de poner de presente lo absurdo que resultaría entonces considerar también como *individuales* o *personales* los períodos de elección de los diputados, de los concejales y hasta el del propio Presidente de la República, llevaría a la conclusión, todavía más inaceptable –si se me permite esta expresión–, de que el parágrafo del artículo 125 de la misma Constitución Política **no** tendría efecto, **ni** importancia, **ni** utilidad **ni** aplicación en caso alguno y que, por tanto, además de ser letra muerta, se lo dejaría de lado por completo sin reparar en que se trata de una norma constitucional que por ende participa de los mismos atributos, de la misma fuerza normativa, de la misma importancia, de la misma jerarquía y del mismo linaje que cabe predicar respecto de los demás preceptos constitucionales, incluido su artículo 249, sin que exista entonces razón, argumento o fundamento válido alguno que autorice dejar de lado sus dictados, como sí puede ocurrir excepcionalmente y en virtud de los mandatos de la propia Constitución (artículo 4) con la inaplicación de determinadas disposiciones infraconstitucionales.

Muy por el contrario, frente a esas conclusiones y al razonamiento que les ha servido de apoyo, me asiste la firme convicción de que los dictados del parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política gozan de pleno vigor y que –al igual que ocurre con todas las normas constitucionales–, merecen respeto y acatamiento por parte de TODAS las autoridades públicas del país, empezando, claro está, por los Jueces y las Corporaciones Judiciales que tienen la difícil, exigente, importante y a la vez delicadísima responsabilidad de aplicarlos y de velar por su efectividad, de lo cual depende, como cabe predicar de la aplicación efectiva de TODOS los mandatos constitucionales, tanto la estabilidad como la supervivencia misma del Estado Social y de Derecho que rige en Colombia y de las Instituciones Democráticas en que él se funda.

Para el caso concreto al que se refiere el presente voto individual, resulta completamente clara e indiscutible la existencia y la vigencia del parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política, así como clara e indiscutible resulta también la regla general que dicho parágrafo contiene, según la cual los ***"cargos de elección"*** –sin que al respecto quepan distinciones no contempladas en la norma, como la que artificialmente se ha querido establecer entre los 'cargos de elección popular' y los que no lo son–, ***"… tienen el carácter de institucionales …"*** y, por consiguiente, en esos precisos términos debió resolverse la confusión derivada de las expresiones incluidas en la parcialmente demandada decisión que en su momento y sin precisión al respecto adoptó la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Ciertamente, en tanto el del Fiscal General de la Nación corresponde, precisamente y sin excepción alguna que le resulte válidamente aplicable, a uno de esos ***"cargos de elección"*** a los cuales se refiere de manera clara, precisa y expresa el parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política, naturalmente debe predicarse la consecuencia correspondiente que consagra de manera expresa e imperativa ese mismo precepto constitucional, esto es que ese período de cuatro (4) años, *establecido en la Constitución Política*, concretamente en su artículo 249, ***tiene el carácter de institucional.***

Nótese que cuando el Constituyente en realidad quiso excluir de la aludida regla general –contenida en el parágrafo del artículo 125 constitucional– unos específicos cargos de elección para, excepcionalmente, determinar que el carácter de sus períodos sería *personal* o *individual*, así lo hizo, de manera nítida y desde

luego expresa, como debe efectuarse toda excepción, cuya interpretación debe realizarse por demás en forma restrictiva.

Evidentemente, con claridad meridiana el artículo 233 de la Constitución Política estableció que *"*[l]*os Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado* ***serán elegidos para períodos individuales de ocho años …"***, disposición que, bueno es precisarlo, no fue si quiera mencionada y mucho menos considerada dentro de la sentencia a la cual se refiere el presente voto individual y cuyo análisis resulta de la mayor importancia para resaltar que esta norma contiene una excepción a la regla general plasmada en el parágrafo del artículo 125 constitucional, sin que sea dable por tanto tratar de construir la regla general por la vía de las inferencias al considerar que la misma estaría configurada por el carácter *individual* o *personal* que en cada caso se podría deducir del silencio que habría guardado el Constituyente en sus normas específicas, mientras que la excepción estaría constituida por aquellas normas que de manera expresa calificaran de *institucional* el carácter de ciertos períodos de elección, normas estas que en realidad, lejos de corresponder a una excepción, tan solo se limitan a reafirmar la regla que para TODOS los ***"cargos de elección"*** consagró el tantas veces citado parágrafo del artículo 125 constitucional.

4.1.- La verdadera finalidad del mandato consagrado en el parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política, adoptado mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2003.

Según la sentencia de la referencia de cuyo contenido me aparto mediante el presente salvamento de voto, el tantas veces aludido parágrafo que al artículo 125 de la Carta Política introdujo la reforma adoptada a través del Acto Legislativo No. 01 de 2003, no habría tenido la finalidad de cobijar en su regulación el período del Fiscal General de la Nación; así se lee en el fallo mencionado:

> *"La anterior descripción pormenorizada del trámite para la aprobación y de la temática de todos y cada uno de los artículos de la Carta que se modificaron con el Acto Legislativo 01 de 2003 lleva a la Sala a la convicción, aunado a la exposición de motivos de los ponentes, que el contenido de esta reforma presenta una unidad de materia de carácter íntegramente político - electoral y que, por ende,* ***no tuvo por finalidad incursionar en reformas a la Carta Política sobre la regulación de la Fiscalía General de la Nación, ni respecto del período del Fiscal General de la Nación así como tampoco sobre la forma de contabilizarlo****, pues como se precisó durante el trámite de conciliación el involucrar a la Fiscalía General de la Nación en este Acto Legislativo*

conllevaría a la violación de los principios de unidad de materia y de consecutividad". (Se destaca).

Al respecto estimo pertinente precisar que si bien es claro que la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 01 de 2003 tuvo un propósito eminentemente político, ello de ninguna manera constituye razón suficiente para sostener que el cargo del Fiscal General de la Nación, a pesar de que también es un ***cargo de elección,*** hubiere quedado excluido del alcance de los dictados del novísimo parágrafo del artículo 125 constitucional.

Lo anterior por cuanto resulta evidente que TODAS las definiciones que normativamente se adopten en relación con la organización, la estructura y el funcionamiento del Estado y de sus diversos órganos del poder público –incluida la Fiscalía General de la Nación, claro está– naturalmente son decisiones de carácter político, razón por la cual participan de esa misma naturaleza las definiciones y las reformas que se incorporen a la Carta Constitucional para efectos de regular los requisitos y las calidades que deban reunir los titulares de determinados cargos, la forma de acceder a ellos, la determinación de sus períodos y la calificación del carácter de tales períodos, cuestiones inherentes a cualquier clase de 'reforma política'.

Así pues, considero equivocado e insuficiente el argumento que se esgrimió en el fallo de la referencia para efectos de tratar de justificar la no aplicación, al caso concreto, del parágrafo del artículo 125 constitucional, bajo el entendimiento de que el Acto Legislativo No. 01 de 2003 habría contenido una reforma eminentemente política y, por tanto, no habría tenido la finalidad de incidir en el carácter del período del cargo de Fiscal General de la Nación.

Muy por el contrario, como ya lo he expuesto, encuentro que en el caso sometido a examen de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo **no** se configuró una sóla excepción que justifique o que al menos explique de manera satisfactoria la razón por la cual al cargo de Fiscal General de la Nación no deberían aplicarse y extenderse los dictados del referido parágrafo del artículo 125 constitucional, norma que debía respetarse, acatarse y cumplirse sin restricciones.

Pero es más, la convicción que me asiste en el sentido de que al cargo del Fiscal General de la Nación también le resulta plenamente aplicable lo dispuesto en el parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política, corresponde a una

conclusión que además de encontrar sólido respaldo en el texto, suficientemente amplio, claro y sin distinción alguna del referido parágrafo del artículo 125, texto en el cual, a no dudarlo, se plasmó una regla general que debe extenderse a TODOS los ***cargos de elección***, también se apoya en el estudio de los antecedentes que dieron lugar a la aprobación de la aludida reforma constitucional.

Ciertamente, al revisar y verificar tales antecedentes se evidencia, sin lugar a la menor hesitación, una realidad diametralmente opuesta a la que sostuvo la mayoría de la Sala, comoquiera que el Constituyente derivado siempre tuvo el propósito de catalogar como **institucional** el período del Fiscal General de la Nación.

Así se registró en la ponencia para segundo debate al proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2002 Senado, 136 de 2002 Cámara[24], por la cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones:

> *"Discusión del artículo 7º*
>
> *El texto propuesto por los ponentes en el informe para primer debate en segunda vuelta en la Comisión Primera de la Cámara, fue el siguiente:*
>
> > *'Artículo 7º. El artículo 125 de la Constitución Política tendrá un parágrafo del siguiente tenor:*
> >
> > *Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o la ley para cargos de elección en la rama ejecutiva, los organismos de control* ***y la Fiscalía General de la Nación, tienen el carácter de institucionales****. Quienes sean designados para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido'.*
>
> *El Representante Zamir Silva dejó una constancia en el sentido de que la redacción del artículo* ***se refiera simplemente a cargos de elección*** [como lo es el del Fiscal General de la Nación].
>
> ***La Comisión aprobó el artículo como fue presentado en la ponencia, sin que se presentaran proposiciones****. Por efecto de la supresión del artículo anterior, este artículo pasa a convertirse en el 6º"".* (Se destaca).

---

[24] La Gaceta del Congreso No. 271, de 1° de junio de 2003.

En ese sentido, se tiene que en el texto del proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2002 Senado, 136 de 2002 Cámara, el artículo 6° –por la supresión del artículo que le precedía– quedó de la siguiente manera:

> *"Artículo 6º. El artículo 125 de la Constitución Política tendrá un parágrafo del siguiente tenor:*
>
> *Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o la ley para cargos de elección en la rama ejecutiva, los organismos de control* ***y la Fiscalía General de la Nación, tienen el carácter de institucionales****. Quienes sean designados para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido"*[25]. (He destacado).

Posteriormente se presentó un pliego de modificaciones al aludido proyecto de reforma constitucional dentro del cual se afectó el artículo 6 del proyecto de Acto Legislativo No. 01 de 2002 Senado, 136 de 2002 Cámara, el cual quedó de la siguiente manera:

> *<<Artículo 6º. El artículo 125 de la Constitución Política tendrá un parágrafo del siguiente tenor:*
>
> > *'Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales.*
> >
> > *Quienes sean designados para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido'>>*[26].

Como fácilmente se desprende de la simple lectura de los antecedentes que se dejan transcritos, lo cierto es que durante el trámite del proyecto de norma constitucional que finalmente se convirtió en el parágrafo del artículo 125, siempre se tuvo la intención de extender de manera expresa los efectos de dicha disposición al cargo de Fiscal General de la Nación y si bien al final de todos los debates la redacción definitiva no mencionó dicho cargo, ello no obedeció al propósito de excluirlo del alcance de sus dictados sino que respondió a un aspecto eminentemente pragmático, consistente en consagrar una norma constitucional suficientemente amplia, genérica, comprensiva de la totalidad de los **cargos de elección**, incluido el del Fiscal General de la Nación.

---

[25] Ibídem.

[26] *Gaceta del Congreso de la República No. 328 de 2003.*

4.2.- La disposiciones de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en relación con el carácter personal del período del Fiscal General de la Nación.

El artículo 130 de la mencionada Ley 270 de 1996, en su inciso primero, prevé:

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

Por su parte la Corte Constitucional, al llevar a cabo el control previo y automático de constitucionalidad del transcrito precepto legal, declaró su exequibilidad a través de sentencia 037 de 1996, dentro de la cual, en punto a dicha disposición, señaló:

> *"El inciso 1o del precepto bajo examen se aviene a lo dispuesto en los artículos 233 de la Carta Política y 98 y 99 del presente proyecto de ley. Sin embargo, en lo que se refiere a los magistrados de las salas administrativas de los consejos seccionales de la judicatura, éstos deberán pertenecer al régimen de carrera, de acuerdo con lo señalado en el artículo 83 de este proyecto de ley estatutaria".*

No obstante la existencia de la disposición legal antes descrita y de su consiguiente declaratoria de exequibilidad, en cuyo sentido habría de entenderse, por fuera de cualquier duda, que el período del Fiscal General de la Nación sería de carácter personal, lo cierto es que tanto el artículo 130 de la Ley 270 de 1996, como la sentencia 037 de 1996 que lo declaró ajustado a la Carta Política, son anteriores al Acto Legislativo No. 01 de 2003, el cual, como ya se mencionó, adoptó el parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política, por lo cual resulta claro que dicha disposición no puede oponérsele a ese nuevo precepto constitucional y, por ende, no hay forma alguna de predicar la aplicación de la citada norma legal al caso *sub lite*, como si el nuevo parágrafo constitucional no existiera.

Y es que si ello fuere de esa manera, es decir, si la única disposición vigente para el momento en el cual debía resolverse la controversia hubiere sido el artículo 130

de la Ley 270 de 1996, no habría existido mayor dificultad jurídico-dialéctica para dirimir la situación y en tal sentido ni siquiera habría sido necesario analizar otras disposiciones de índole constitucional y legal para arribar a una única interpretación y conclusión posible, lo cual evidentemente no ocurrió en este caso, precisamente por la existencia de una disposición posterior, jerárquicamente superior, dado su rango constitucional, que claramente modificó el tema concerniente al carácter del período del Fiscal General de la Nación, contenido inicialmente en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

4.3.- La Ley 938 de 2004, por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación.

Por si todo lo anterior no fuese suficiente –que en efecto lo es– ocurre que la mencionada Ley 938, en su artículo 9, dispuso de manera clara y diamantina:

> *"ARTICULO 9o. PERIODO. El Fiscal General de la Nación es elegido para un* ***período institucional*** *de cuatro (4) años".* (Se ha destacado).

En relación con esta disposición legal, dentro de la sentencia de la referencia se sostuvo:

> *"Si bien lo denomina institucional, no desarrolla la significación de tal concepto, ni tampoco establece cuándo inicia ni cuándo termina".*

Y más adelante, el fallo concluyó:

> *"El artículo 9° de la Ley 938 de 2004 –Orgánica de la Fiscalía General de la Nación– que califica de institucional el período de 4 años del Fiscal General de la Nación, sin precisar el significado de tal carácter ni especificar la fecha de iniciación y de terminación de éste, requiere, como elemento esencial de tal cargo público de período fijo, armonizarse para su precisión y su ajuste a la Carta Política, con el inciso 2° del artículo 249 Superior, en conexidad con los artículos 29 y 130 de la Ley 270 de 1996, Estatuaria de la Administración de Justicia".*

A partir de esas apreciaciones, que en mi opinión no justifican y menos autorizan en modo alguno el que se dejara de lado el cumplimiento de los clarísimos e imperativos dictados del transcrito artículo 9 de la Ley 938, norma legal de carácter especial que se ocupó de definir el carácter del período del Fiscal General, que además es posterior a la Ley 270 –en el punto modificada por el parágrafo del artículo 125 de la Carta Política y/o afectada de una evidente inconstitucionalidad sobreviniente– y que se limitó a desarrollar de manera

concreta, en el plano legislativo, el mandato constitucional consagrado en el pluricitado parágrafo del artículo 125, lo cierto es que la mayoría de la Sala no le dio aplicación alguna al referido artículo 9 de la Ley 938 de 2004 pero, paradójicamente, sin que se hubiera expresado o invocado razón o argumento de constitucionalidad alguno para decidir acerca de la inaplicación de la norma legal en cita, por manera que aunque no se resolvió sobre su inaplicación en la práctica no se le dio cumplimiento.

5.- El fallo no debió declarar ajustada a derecho la decisión demandada sino que debió limitarse a desestimar las pretensiones de nulidad de las demandas.

Finalmente debo señalar que la decisión contenida en la parte resolutiva del fallo materia de mi salvedad de voto no corresponde a una de las determinaciones propias de un juicio de legalidad de aquellos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aspecto que aunque de naturaleza formal no deja de cobrar significado, toda vez que la decisión de ***"DECLARAR AJUSTADA A DERECHO"*** la decisión enjuiciada no guarda consonancia con las pretensiones de la demanda, mediante la cual se solicitó la declaratoria de nulidad –parcial– del acto proferido por la Corte Suprema de Justicia, en cuya virtud se eligió al doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, por manera que la decisión, precisa y correcta, que debió adoptar la Honorable Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado era la de desestimar las pretensiones de la demanda, pues en el evento en el cual éstas hubieren prosperado resultaba claro que la decisión debía ser de carácter anulatorio.

En relación con este tema conviene recordar que los fallos que profiere la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo dentro de los juicios de legalidad por vía de la acción de nulidad son distintos de las sentencias de constitucionalidad que profiere la Corte Constitucional, en cuya virtud se declara que una determinada norma se ajusta o no a la Constitución Política y, por ende, se declara su consiguiente exequibilidad o inconstitucionalidad, según corresponda, en tanto que en los juicios de legalidad a través de los cuales se pretende la anulación de determinado acto administrativo que en el mundo jurídico permanece amparado por la presunción de legalidad, solo esa declaración permite desvirtuarla y si ello no se obtiene sencillamente deben denegarse las pretensiones de la demanda, con las cuales debe tener perfecta consonancia y coherencia el fallo correspondiente.

Por consiguiente, la decisión que se adoptó dentro del caso citado en la referencia, consistente en *"**DECLARAR AJUSTADA A DERECHO**"* la decisión demandada, no resultaba técnicamente procedente.

6.- Conclusión.

De acuerdo con lo expuesto, estimo que la Sala debió anular, a través de un fallo condicionado, la decisión demandada en cuanto se entendiera que las expresiones ***"por el período constitucional y legal que le corresponda"***, hicieran referencia a un período **personal**, por cuanto dicha interpretación resulta abiertamente violatoria de los dictados tanto del parágrafo del artículo 125 de la Constitución Política, como del artículo 9 de la Ley 938.

En consonancia y como complemento necesario de esa decisión, considero que han debido desestimarse entonces las pretensiones de la demanda en cuanto la expresión cuestionada ***"por el período constitucional y legal que le corresponda"***, se hubiera interpretado en el sentido de que el período de elección es de carácter ***institucional.***

De hecho la conclusión que he venido exponiendo y defendiendo a lo largo del presente salvamento de voto, encuentra apoyo adicional y fuerte en una puntualización contundente y precisa que realiza el propio fallo del cual disiento, cuestión que sólo evidencia una grave contradicción entre los razonamientos que en él se exponen y la decisión que finalmente se adoptó, a la cual, como es evidente, no le sirven ni le pueden servir de fundamento.

Ciertamente, en el fallo en cuestión se sostiene:

> *"La duración del desempeño de un cargo público es aspecto que siempre pertenece a la institución estatal, pues se consagra en función de la misión del Organismo o Entidad pública. Por tal sentido, no pertenece al servidor estatal".*

Por consiguiente, dada la naturaleza institucional que constitucional y legalmente se impone predicar respecto del período del Fiscal General de la Nación, en el caso concreto sólo bastaba con un ejercicio de ubicación en el tiempo e identificar cuál fue la primera elección que en propiedad se efectuó después de la entrada en

vigor del Acto Legislativo No. 01 de 2003 para entonces y a partir de allí, contabilizar los períodos institucionales.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones por las cuales me separé abiertamente de la decisión adoptada dentro del asunto citado en la referencia por la Honorable Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación.

MUY RESPETUOSAMENTE,

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Consejero de Estado

ACLARACION DE VOTO

Consejero: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Pese a que me identifico con la decisión que resuelve el proceso de la referencia, específicamente en cuanto señaló que la elección del Fiscal General de la Nación producida en Acta de 22 de marzo de 2012, que recoge la sesión ordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, manifesté en la votación que aclaraba mi voto, razón por la que he de consignar enseguida las reflexiones que a tal efecto me conducen:

I. El acto administrativo que contiene la elección del Dr. Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, expresa varios elementos decisorios, en todo caso, todos de contenido sustancial. Por supuesto, el acto de designación, inviste a un ciudadano en la situación jurídica de función pública para el ejercicio de un empleo preexistente, pero además, dada la oportunidad en que se produce la designación y consecuente con el régimen jurídico del empleo fija la condición de elección y determina la subsunción temporal para el ejercicio del cargo.

De estos componentes es fácil observar que el acto demandado, y de acuerdo a la causa petendi que motivo la presentación de la demanda únicamente constituyó el status jurídico en una persona singular y precisó que la condición de elección seria para el periodo legal y constitucional que corresponda, esto es señaló que la

elección era en propiedad y por el periodo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.

Desde el punto de vista objetivo, la decisión de la administración, se agota prematuramente al prescindir de indicar el espacio temporal del periodo de la elección en tanto de acuerdo a los antecedentes procesales el antecesor en el cargo había salido del ejercicio del empleo por renuncia y concomitantemente por la anulación de su elección, lo cual desde el punto de vista puramente practico, obligaba a una precisión diferenciadora en torno a las distinciones del periodo del antiguo fiscal y del ahora elegido. Como este supuesto no se preciso es evidente una circunstancia omisiva creadora de un espacio de duda que le resta la seguridad jurídica al funcionamiento institucional de la Fiscalía General de la Nación.

II. Por regla general, los principios de la competencia para el funcionamiento de las potestades públicas, implican que su ejercicio debe estar ligado objetivamente al precepto que la crea, sobre el objeto que al mismo tiempo se determina y por los procedimientos previstos para su ejercicio. Es decir, se trata de un ejercicio de la administración enteramente regulado por el derecho. No obstante, el caso en debate atribuye a la Corte Suprema de Justicia, la competencia para elegir al Fiscal General de la Nación siguiendo la actuación prevista en la normatividad, pero al determinar que se trata de un cargo de periodo fijo, la norma que establece la indicada competencia, no puntualizó el momento de su inicio, ni tampoco existe reglada la manera de resolver la asociación de periodos cuando la desvinculación del antecesor ocurre antes del vencimiento del periodo.

Estamos pues ante un dilema que el derecho debe resolver: *¿por tratarse el periodo del Fiscal un periodo institucional, la designación que nos ocupa se hará por lo restante del periodo que inicio la persona que desempañaba el cargo antes de generarse la vacancia o habrá de contarse, desde esta nueva elección, un periodo también nuevo?.*

En el escenario de la administración desde luego que se trata de una duda plausible, cuyo despeje no puede dejarse al albur de un pronunciamiento judicial que pueda o no producir el juez del acto administrativo, es claro que la competencia para definir todos los ingredientes jurídicos del designado, es de

la autoridad que crea dicha situación jurídica; en otras palabras estamos en forma tacita enfrentados a un verdadero deber legal de la administración, que como puede apreciarse no fue cumplido por el organismo elector al simplemente señalar que el periodo seria el que legalmente le correspondiese.

III. No puede negarse el problema que condensa las competencias asignadas a la administración no estipuladas de manera explicita, pero si derivadas de la reflexión lógica para el funcionamiento de la institucionalidad; pero aun así, el asunto problemático enunciado no exonera al poder administrador de garantizar a la sociedad la claridad indispensable para la seguridad jurídica. He aquí, que estos supuestos que dejan facultades denominadas en blanco, son los que justifican que la doctrina haya creado la teoría de los "*conceptos jurídicos indeterminados*", que sencillamente son competencias de la administración no descritas con la objetividad propia de la competencia, pero si, inequívocamente deducibles a la luz de la lógica racional para el funcionamiento de la actividad administrativa.

Se trata entonces de precisar que un concepto jurídico indeterminado, es en si mismo una competencia de la administración perfectamente delimitada e indicada en sus alcances aunque su presentación formal surja de un esfuerzo dialéctico por comprender la imperiosa exigibilidad de pronunciamiento administrativo como condición de plenitud para el ejercicio de las competencias y de la seguridad jurídica de las mismas. Dicho en termino prácticos, debe el órgano elector definir la elección del fiscal en una persona determinada, pero además de ello indicar la condición jurídica de la elección, esto es si es en propiedad, interinidad o en encargo y principalmente en el primer evento, aclarar la fecha de inicio de periodo en concordancia con el antecedente histórico de la función pública dentro de la que se produce la designación.

No hacerlo, como es fácilmente deducible supone que el organismo elector abdica una de sus competencias, que desde luego, no puede en modo alguno ser renunciable con lo que desde luego se origina una infracción al orden jurídico completamente reprochable y subsanado por el juez del acto administrativo.

Con este panorama la omisión descrita en el acto demandado que origina la petición de nulidad parcial otorga sustento suficiente a la declaratoria de

nulidad del acto administrativo por las razones descritas, lo cual a su vez origina la competencia del juez administrativo para restablecer el orden jurídico indicando la delimitación objetiva en los limites cronológicos del momento del inicio del periodo y de su terminación.

En este último componente la sentencia aprobada por la mayoría decidió recomponer el orden jurídico indicando en la interpretación del régimen constitucional del fiscal que el periodo institucional seria de cuatro años contados a partir de la fecha de la posesión en una decisión no anulatoria, sino modulativa, que no obstante la posición del suscrito consejero que abogo para que el fallo fuera de mérito, en el sentido de prosperar la anulación del acto y fijar la fecha de inicio y extensión del periodo, a la postre lo que detecto es un efecto útil concurrente a la tranquila dinámica de la institución dentro del marco jurídico sometido a discusión por los demandantes.
Es por ello que compartí la sentencia básicamente en su capacidad de transparentar el alcance de la expresión "*periodo institucional del Fiscal General de la Nación*", y su forma de contabilizar cuando se trata de una elección en propiedad, segmento que comparto íntegramente en función del efecto útil del fallo judicial.

Con toda consideración,

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN
Consejero de Estado

Fecha ut supra.

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 de nulidad electoral formulada en contra de los actos administrativos de elección y confirmación del Doctor Eduardo Montealegre

Lynett como Fiscal General de la Nación, expedidos por la Corte Suprema de Justicia y relacionados con la fijación del período para dicho cargo, en cuanto no fijaron a partir de cuando se inicia dicho periodo.

Fundamentalmente disiento de la sentencia aprobada en relación con la argumentación esgrimida respecto al cargo referente al período del Fiscal General de la Nación sobre el cual la sentencia considera y decide que es un período individual y determina que el periodo de cuatro años debe contarse a partir de su posesión.

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. Luego pretender considerar que el acto legislativo de 2003 solo aplica a los cargos de elección popular es desconocer el acto legislativo del 2002 que ya había considerado dicho tema y se encuentra vigente.

En ese orden de ideas, el parágrafo que se adicionó al artículo 125 constitucional mediante el Acto Legislativo de 2003, dejó de lado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación 27, 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 harían 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

---

[27] *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.*

tiene que dicho período sea institucional y ii) qué efectos tiene la naturaleza de ese período en el caso del 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.

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 el día 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.

Por su parte 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 del 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, en este caso el Dr. Montealegre Lynett, 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 de 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 antojo 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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO
Consejero: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Las dos razones que me llevaron a salvar parcialmente el voto están consignadas en el salvamento parcial hecho por la consejera Stella Conto Díaz del Castillo, a los cuales me remito. El primero está relacionado con la aplicación de un reciente precedente de la Sala Plena Contenciosa sobre acumulación de procesos y agotamiento de jurisdicción y el segundo con la forma como se resolvieron los impedimentos de los doctores Mauricio Fajardo y Olga Valle. Solo agregaría a lo allí expresado, que en éste último punto igualmente debió analizarse lo dicho por la misma Sala Plena Contenciosa en la sentencia de 14 de febrero de 2012, expediente 38924, ponente Jaime Orlando Santofimio, en la que se resolvió el impedimento del magistrado Enrique Gil, quien en su momento invocó la misma causal.

Igualmente aclaré el voto por no estar de acuerdo con los argumentos aceptados por la Sala para resolver el caso. Brevemente expondré las razones que considero habrían sido pertinentes para negar las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, debo registrar que la ponencia de mayorías no da cuenta del interesante debate presentado en Sala, en especial de las observaciones presentadas por los consejeros Enrique Gil y Mauricio Fajardo. Y me refiero sucintamente a ellas, pues son la base de mi argumento central para resolver el caso.

Una de las conclusiones principales de la sentencia es que el “parágrafo del artículo 125 Superior, en lo que concierne al punto en debate, no es norma especial sino disposición de carácter general que se dictó en el escenario de una reforma política de matiz eminentemente electoral. Por lo tanto no es aplicable cuando hay regulación específica para esta elección, la del Fiscal General de la Nación, que es cabeza de este organismo y, funcionalmente, está adscrito a la Rama Jurisdiccional del poder público, servidor estatal que, como los Magistrados de las Altas Cortes, tiene un período fijo e individual” (p. 66); esto es, que el debate se planteó, equivocadamente en mi entender, como un conflicto de reglas

en donde prevalecería la de carácter especial frente a la general. Vi en cambio en el argumento expuesto en Sala por el consejero Gil Botero, una forma de resolver más apropiadamente el tema por la vía de los principios en juego, en donde ganaban espacio la imparcialidad y la autonomía y por esa vía el carácter individual del período –luego el cargo debía ejercerse a partir de la posesión del mismo-.

Los contraargumentos fueron expuestos por el consejero Fajardo Gómez, quien entre otras razones, frente a la tesis de la norma especial, indicó que el debate debía resolverse bajo la consideración de que la regla general es lo indicado en el artículo 125 constitucional (A.L. 1/03) –período institucional- y la excepción estaría constituida por aquellos mandados normativos en donde claramente se indique el nombramiento de funcionarios con periodo individual. Respecto de la tesis expuesta por el consejero Enrique Gil, manifestó que la imparcialidad y autonomía no pueden estar sujetas al alargue del periodo.

El debate así expuesto puso de presente las debilidades tanto de la tesis que traía la ponencia sobre la regla especial, como lo expuesto sobre la ponderación de principios entre la imparcialidad-autonomía versus la representatividad. Al terciar en esta parte del debate, expresé mis dudas en torno al carácter de regla general del artículo 125 constitucional, pues la modificación expresada en el A.L. 1/03, no solo le daba un tinte de regla especial al estipular el carácter institucional de los períodos para cargos de elección, sino que constituía una regla posterior a la establecida en el artículo 249 ibídem, que en relación con el carácter del período del fiscal general no hace distinción alguna. Igualmente puse de presente que la sugestiva salida por la vía de ponderación de principios, además de tener que enfrentar el razonable argumento sobre que la imparcialidad y autonomía debe garantizarse independientemente de lo que dure el fiscal en el cargo, no resolvía bien el enlace sugerido entre imparcialidad-período individual, pues el principio de representatividad –y su correspondiente enlace con el período institucional- con el que se enfrenta el de imparcialidad en ese ejercicio de ponderación, muestra excepciones difíciles de rebatir, como que según el artículo 277 numeral 3, el procurador general de la Nación a pesar de cargar con la representación de la sociedad, sin embargo ni es elegido popularmente y se encuentra en una situación semejante a la del fiscal general en cuanto al período. Por el contrario, el artículo 266 caracteriza el período institucional de las autoridades particularmente orientadas por la representatividad como son el Consejo Nacional Electoral y la

Registraduría Nacional del Estado Civil. De modo que no resulta fácil sostener los enlaces imparcialidad-período individual y representatividad-período institucional, para luego darle peso de precedencia en las circunstancias del caso –que es como opera la ponderación- al primero de ellos, en perjuicio del segundo.

En todo caso, tanto la ponencia –y ahora la sentencia- como lo expuesto en el debate en Sala –no solo lo que aquí se resume, sino en general lo planteado por otros consejeros-, pusieron y ponen de presente dos extremos de la discusión; y que la escogencia de uno de ellos llevaría a buen puerto la solución del caso: de una lado el argumento de la sentencia sobre conflicto de reglas, el de la ponderación de principios y otros más expuestos en el debate, confluían en sostener la tesis del período individual cuya consecuencia necesaria sería el conteo del mismo a partir de la posesión del cargo; y de otro, el argumento orientado a sustentar la tesis del período institucional y la también consecuencia necesaria consistente en contar su inicio desde que debió proveerse el cargo por falta absoluta de quien lo desempeñaba –en el caso concreto, desde la aceptación de la renuncia de la fiscal anterior, o desde que se produjo el fallo que anuló su elección-.

Para resolver el asunto propuse en su momento y ahora lo reitero, una relectura del artículo 125 constitucional (A.L. 1/03) conjuntamente con el artículo 250 de la misma Carta Constitucional, a lo cual puede sumársele un argumento práctico que le dan sentido –efecto útil- a normas constitucionales como la del 249.

Me parece que el debate acerca de si el parágrafo del artículo 125 es una norma especial o general, resulta problemática en el presente caso y no contribuye a resolver el problema. Hay buenos argumentos para sostener una u otra tesis, dependiendo la institución con la que se quiera poner en juego. Así, en la medida en que la norma se relaciona con instituciones ajenas a una reforma política –v.g. el periodo del fiscal general de la Nación-, estaríamos ante una norma general no aplicable al caso, tal como lo plantea la sentencia. Si en cambio se la relaciona con instituciones propias de una reforma política –v.g. los periodos de los miembros del Consejo Nacional Electoral o del Registrador Nacional del Estado Civil-, su comportamiento es el de una norma especial, pues rige, precisamente, asuntos político-electorales y no otros. Incluso podría afirmarse que aún en este escenario es posible hablar de la existencia de una norma general –o que establece una regla general- y que las excepciones serían aquellas normas

estipuladas para asuntos relativos a una reforma política. En esta hipótesis estaría justificado que se establezca un periodo institucional que comporte que el reemplazo del titular por falta absoluta lo haga por el resto del período para el cual éste fue elegido –regla-, sin perjuicio de que igualmente se estipule –excepción- (i) un periodo institucional de cuatro años para los miembros de las autoridades electorales, pero con corte a un año determinado, tal como lo establece el parágrafo transitorio del artículo 266 constitucional, conforme con la modificación introducida por el artículo 15 del A.L. 1/03: "El período de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil irá hasta el año 2006"; (ii) un período institucional de cuatro años para gobernadores y alcaldes, pero con regla especial y expresa en caso de que la falta absoluta se encuentre o no a mas de 18 meses de la terminación del período (artículos 303 y 314 ibídem).

Si se admite que el parágrafo del artículo 125 constitucional es general, lo cierto es que la norma especial que sería aplicable, el artículo 249 ibídem, tampoco parece resolver el asunto, pues allí no hay una estipulación clara sobre el carácter del período y menos del momento a partir del cual debe contarse el mismo. Y si en cambio se admite que es especial, el contexto político-electoral al que debería entonces restringirse su aplicación, hace imposible que regule en caso objeto de este proceso.

Esta situación pone de presente el trilema existente en torno a la aplicación de la norma pertinente para resolver el asunto: o se aplica insularmente el artículo 249 –como regla especial que regiría el caso del período del fiscal general- y entonces la norma sigue siendo muda en relación con el carácter del periodo y el momento de su iniciación; o se aplica insularmente el artículo 125 y entonces los periodos institucionales solo cobijan funcionarios afines a instituciones político-electorales; o se aplican ambas normas armónicamente y entonces debe justificarse la mezcla de instituciones políticas con las judiciales, lo que no parece deseable en un Estado con división de poderes.

Lo decisivo parece ser no la diferencia entre período institucional y período personal, sino el momento a partir del cual se debe contar el mismo –cualquiera sea su denominación-. El parágrafo del artículo 125 pareciera mostrar la relevancia de la diferencia, pero ya se advirtieron los problemas hermenéuticos

que se presentan al intentar aplicar dicha norma de manera insular o sistemática con instituciones que le son ajenas a su ámbito de aplicación.

La sentencia intentó argumentar en tal dirección pero se quedó corta, pues privilegió la tesis ya esbozada de regla especial. En efecto, dos de las conclusiones señaladas en la sentencia así lo confirman. En una de ellas afirmó: "Como lo ha precisado la Corte Constitucional la calificación de institucional de un período de elección tiene alcance jurídico siempre que señale en concreto cual es el especio temporal que abarca: la fecha de iniciación y la de terminación", y a continuación pone el caso ya explicado de los miembros de los órganos electorales. A renglón seguido igualmente expresó la sentencia de modo sugestivo, aunque no suficientemente desarrollado: "La duración del desempeño de un cargo público es aspecto que siempre pertenece a la institución estatal, pues se consagra en función de la misión del Organismo o Entidad pública. Por tal sentido, no pertenece al servidor estatal" (pp. 67-68).

Quizá sea un argumento normativo proveniente del artículo 250 de la Constitución y otro práctico –o de consecuencias de la decisión que llegue a tomarse-, lo que ayude a resolver de mejor forma el asunto. Esta norma atribuye el poder punitivo del Estado a la Fiscalía General de la Nación, lo que comporta el diseño, la planeación y la ejecución de la política pública en materia de criminalidad. Y no parece sensato que ello pueda realizarse de modo adecuado sino es en y para un período razonable y bajo la dirección del máximo jerarca de la institución. Algo de esto igualmente se indicó en la sentencia:

> *La certeza y la seguridad en este sentido le representa al elegido primordial trascendencia, pues es determinante en la aceptación de la postulación, a la vez que se traduce en aspecto esencial para planificar su gestión.*
>
> *La independencia y la autonomía como atributos sine-qua-non de la actividad judicial, que es servicio público permanente, exigen que el Fiscal general de la Nación, perteneciente funcionalmente a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, cuando se elige en propiedad, inicie como titular su período de 4 años a partir de la posesión. Esto asegura que desarrolle la política institucional que proyectó para esta duración (pp. 67-68).*

Por último, un argumento práctico es igualmente orientador de la decisión. A diferencia de lo que ocurre con funcionarios de elección popular –presidente de la República, gobernadores y alcaldes- y de manera especial del contralor general de

la República a quienes la Constitución y la ley les fija el momento exacto del inicio del período, en el caso del fiscal general de la Nación no ocurre lo mismo. Consecuencia de ello ha sido, en parte, que el órgano elector no se ha visto particularmente compelido a elegir en un tiempo determinado. La experiencia reciente mostró que la Corte Suprema de Justicia, por distintas razones, demoró la elección del fiscal general un tiempo lo suficientemente prolongado que llevó a que el nuevo presidente de la República cambiara la terna presentada con anterioridad.

Esta constatación permite elucubrar la posibilidad de que la elección del fiscal general pueda demorarse hasta límites insospechados –para exagerar, digamos que hasta faltando un mes o un día para el vencimiento del período institucional, o incluso ir más allá de éste-. ¿Cuál debería ser la situación de la institución en una situación extrema como ésta? ¿Qué el fiscal sea nombrado por ese brevísimo periodo? Incluso que, ¿bastaría con demorar un poco la elección para que el periodo sea de un día o de cuatro años? La insensatez de este escenario lleva a considerar, definitivamente, que por razones prácticas igualmente el momento de inicio del período –personal o institucional o como se le quiera llamar- de un fiscal general elegido, sea a partir del momento de su posesión.

DANILO ROJAS BETANCOURTH

ACLARACION DE VOTO
Consejero: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, catorce (14) de mayo de dos mil trece (2013)

Referencia: Aclaración de voto de la sentencia de 16 de abril de 2013. Consejera Ponente: Doctora Susana Buitrago Valencia.

Con toda consideración para con la mayoría de los integrantes de la Sala, me permito exponer las razones de orden jurídico que me llevan a aclarar el voto en la providencia de la referencia.

En primer lugar resalto que por la forma equivocada como se sometió a votación el proyecto y sus diferentes tesis, sin votación individual, no es posible determinar cuál o cuáles tesis de la ponencia obtuvo la mayoría requerida que constituya jurisprudencia del Consejo de Estado, pues se aprobó la parte resolutiva. Por consiguiente, no es posible afirmar que con esta providencia exista un criterio jurídico que se pueda considerar antecedente o precedente jurisprudencial, de allí las múltiples salvedades y aclaraciones de la sentencia.

En segundo lugar, y refiriéndome a una de las tesis del fallo, de manera equivocada, afirmó que:

> "*Otra característica que identifica el acto administrativo de elección tiene que ver con el aspecto "duración o término", cuando se trata de una elección que está sujeta a período fijo. Es un elemento que la ley lo determina, y que por ende, cuando está claramente consagrado en el ordenamiento jurídico, le es inherente al acto electoral de manera implícita. En cambio, no ocurre lo mismo en el presente caso, pues la regulación legal en tal sentido para este empleo público no es univoca ni precisa respecto a cómo se contabiliza el tiempo por el cual el elegido cumple la función pública asignada, como lo evidencian las demandas acumuladas, que al respecto alegan diferentes alcances.*
> *Cuando se esté en presencia de esta circunstancia, compete al órgano elector determinar cual norma aplica al producir la elección. Si no lo específica así, el juez del contencioso electoral –proceso de naturaleza rogada-, es el llamado a establecerlo con el fin de que el acto administrativo contenga la plenitud de los elementos que lo identifican tanto en su contenido y objeto, como también frente a los límites de la competencia del cuerpo elector, y porque está autorizado para ello en esta clase de proceso especial, por el artículo 227 del C.C.A."*

Y agregó:

> *"El aspecto término o plazo, cuando se trata de elección sujeta a período, tiene una relación directa con la competencia y con el contenido del acto electoral. Respecto a lo primero, pues atañe al órgano competente no solo que el acto emane de una autoridad estatal que actué en función administrativa, sino que ese órgano se mantenga en los límites de su competencia: solo está legalmente autorizado para conferir potestades de ejercicio público en el desempeño del cargo al elegido por el término que la norma determine."* (Subrayas fuera del texto)

Es absolutamente equivocado afirmar que por vía jurisdiccional se pueden fijar o determinar el período de los actos de elección o nombramiento, tesis que sin mayor explicación hizo parte de la ratio decidendi *de la providencia, pues jamás la jurisprudencia o la doctrina han aceptado dicho aserto.*

Al respecto, es importante resaltar que en nuestro Estado Social de Derecho ***todos los períodos para elección o nombramiento de cargos públicos están definidos en la Constitución Política y la Ley****, jamás podrán quedar al arbitrio o a la voluntad de los electores, nominadores o de los jueces* ex post facto*, como lo entiende la sentencia.*

El período del Fiscal General de la Nación sí está previsto en la Constitución Política y en la Ley, pues el artículo 249 de la Carta previó que **"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 y no podrá ser reelegido"** *y la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia" en su artículo 130 dispuso:* **"Son de período individual los cargos de (…) Fiscal General de la Nación…."**

Además, la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996[28] dijo:

> *"Debe señalarse, para comenzar, que la Carta Política estipula en su artículo 249 que el fiscal general será elegido por la Corte Suprema de Justicia "para un período de cuatro (4) años". En modo alguno puede desprenderse o interpretarse que dicho período tenga que ser coincidente con el del presidente de la República, como ocurre, por ejemplo, con el del contralor general de la República o con el de los congresistas, sino que, por el contrario,* ***se trata de un período individual, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte[29], se debe contar a partir del momento en que el nuevo fiscal, elegido por la Corte Suprema, tome posesión del cargo, sin interesar si el anterior completó o no el período de cuatro años señalado en la Carta****."* (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Es decir, en el ordenamiento claramente estaba definido que el período del Fiscal General de la Nación es individual de cuatro (4) años, razón por la cual la Corte Suprema de Justicia con el acto acusado no vulneró por omisión precepto constitucional o legal alguno.

Ahora, si bien el artículo 6º del Acto Legislativo 01 de 2003 adicionó un parágrafo al artículo 125 de la Carta, según el cual "Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. (…)" *lo cierto es que dicho artículo no modificó el período del Fiscal General de la Nación.*

En efecto, en el asunto en estudio el texto propuesto para segundo debate en primera vuelta de la reforma constitucional preveía: "Los períodos establecidos en la Constitución Política o la ley para cargos de elección en la rama ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación, tienen el carácter de institucionales.*(…)*"*; no obstante, en el trámite de la reforma, se modificó el artículo de la manera como quedó redactado finalmente, es decir, sin aludir al período de los organismos de control ni al de Fiscal General de la Nación, pues es claro que el texto de dicho Acto Legislativo refiere a una reforma eminentemente de contenido político, dentro de la cual resulta ajeno el tema del período del Fiscal General de la Nación.*

Por otra parte, si bien el artículo 9º de la Ley 938 de 2004 "Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación" *dispuso que el período del Fiscal General de la Nación es* "institucional de cuatro (4) años"*, lo cierto es que dicha ley es de inferior rango normativo a las disposiciones de la ley estatutaria que previamente había establecido que el período del Fiscal General de la Nación era individual de cuatro (4) años; por consiguiente, se imponía claramente su inaplicación.*

---

[28] Que se ocupó del control constitucional previo del proyecto de ley número 58/94 Senado y 264/95 Cámara, luego Ley 270 de 1996.

[29] Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-011 del 21 de enero de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Es importante recalcar que el período del ejercicio de un cargo al que se accede por elección, es la materialización del derecho fundamental de participación política y ciudadana, el cual únicamente puede restringirse por el inequívoco mandato del Constituyente o del Legislador.

La Corte Constitucional en sentencia C-822 de 2004, que fue citada como uno de los fundamentos del fallo, explicó la diferencia entre los períodos objetivos o institucionales respecto de los subjetivos o personales, pero no referido al tema objeto de estudio, sino a la elección de personeros municipales[30]*.*

Por último, resalto que para el examen de legalidad del acto electoral acusado en sede jurisdiccional, bastaba con estudiar el asunto en la parte considerativa de la sentencia y luego negar la nulidad de las pretensiones de las demandas "por las razones expuestas en la parte motiva" *como se ha declarado siempre. No obstante, la ponencia original declaraba en forma equivocada la nulidad parcial del acto de elección por cuanto la Corte Suprema de Justicia no señaló de manera expresa el período del Fiscal General de la Nación. Luego de las discusiones en Sala Plena se acordó la forma de la parte resolutiva y se dijo que* "era un avance*"; pero en verdad no advierto cuál es el "avance" porque es innegable que no se mutó la decisión de la Corte Suprema de Justicia contenida en el acto acusado.*

En los anteriores términos dejo sentada mi posición frente a la decisión adoptada por la Sala.

H.H. Consejeros, con toda consideración.

MAURICIO TORRES CUERVO
Consejero de Estado

Fecha Ut supra.

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACION DE VOTO

Consejero: GUILLERMO VARGAS AYALA

1.- SALVAMENTO PARCIAL *(Impedimentos)* y ACLARACION DE VOTO *(Sentencia)*.-

Con todo respeto me permito manifestar, que me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala y en consecuencia **SALVO VOTO,** sobre la determinación de declarar

---

[30] *Artículo 170 de la Ley 136 de 1994* "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

infundados los **impedimentos** manifestados por los Consejeros de Estado doctores Olga Mélida Valle de la Hoz y Mauricio Fajardo Gómez para deliberar y decidir en el proceso de la referencia. Y, de otra parte **ACLARO VOTO** sobre la **motivación** de la **sentencia** por la cual fue considerada ajustada a derecho la expresión *"por el período constitucional y legal que le corresponda"* de las actas de elección y confirmación de la elección en propiedad del doctor Eduardo Montealegre Lynnet como Fiscal General de la Nación, por las razones que paso a analizar:

2.- SALVAMENTO PARCIAL (IMPEDIMENTOS).-

Estoy de acuerdo con la sentencia en considerar fundado el impedimento manifestado por el Magistrado Marco Antonio Velilla por los motivos allí señalados. Sin embargo discrepo de lo decidido con respecto a los Consejeros de Estado Olga M. Valle de la Hoz y Mauricio Fajardo Gómez, quienes manifestaron tener sobrinos vinculados laboralmente a la Fiscalía General de la Nación y por ello consideran estar incursos en la causal prevista en el artículo 150 numeral 1º del C. de P. C. causales de recusación:

> *"Tener el juez su cónyuge o uno de su parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso"*

Comparto el análisis hecho en el auto sobre la presencia de dos elementos, uno **objetivo** y otro **subjetivo** que deben concurrir para que se configure la causal de impedimento:

En efecto, se requiere de un factor ***objetivo*** que es el parentesco derivado de las reglas establecidas en el Código Civil. Y, un criterio o factor ***subjetivo*** referente *al "interés directo o indirecto en el proceso"* que está sometido a una valoración para determinar si el "*interés*" afecta la ecuanimidad es quien plantea el impedimento. Por eso si se plantea un impedimento debe aceptarse, y considero que así debe procederse en este caso con la situación planteada por las honorables consejeras.

En opinión del suscrito Consejero la Sala ha debido declarar fundados los impedimentos antes mencionados, porque el sólo hecho de que los H. Consejeros hayan alertado que su autonomía, imparcialidad e independencia pueden eventualmente estar comprometidas en el juicio por la circunstancia de tener

parientes cercanos que laboran en esa entidad, era en mi opinión, como lo ha venido sosteniendo la Sección Primera, una razón más que suficiente para dispensarlos de participar en la deliberación y votación de la providencia proferida el pasado 16 de abril del año en curso. En ese orden de ideas, el hecho de que se evidencie o no la existencia de un interés directo o indirecto resulta en estos casos irrelevante, pues la razón en que se funda el impedimento manifestado no puede ser soslayada por la Sala.

3.- ACLARACION DE VOTO (Sentencia)

El suscrito Consejero llega a las mismas conclusiones de la decisión mayoritaria de la Sala, pero se permite hacer las siguientes ACLARACIONES sobre la parte motiva de la providencia:

En el ordenamiento jurídico colombiano hay normas hacen dudar de si el período de cuatro años del Fiscal General en propiedad es ***personal*** o ***institucional***: En efecto, el Artículo 249 CP señala que el período es de cuatro años sin discriminar si es ***personal*** o ***institucional***. El Parágrafo del Artículo 125 de la Constitución Política y el artículo 9º de la Ley 938 de 2004 -Ley Orgánica de la Fiscalía General de la Nación- hacen pensar y disponen respectivamente que el periodo es ***institucional*** mientras que el Artículo 29 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- lleva a concluir que el periodo es ***personal***.

Pues bien, las normas y argumentos que sirven para determinar si el periodo del Fiscal **es *personal o institucional***, son estudiados con rigor en la Sentencia; unas interpretan su alcance y otras determinan que son inaplicadas, para llegar finalmente a la conclusión de que se trata de un análisis, que en su gran mayoría, respetuosamente considero irrelevante. En efecto,

3.1.-El Artículo 249 de la Constitución Política señala expresa y perentoria que *"El Fiscal General de la Nación será elegido (*Por la Corte Suprema de Justicia*) <u>para un período de cuatro años</u> …"* (Las subrayas no son del texto.)

3.2.- Teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que comparto plenamente sobre el hecho de que la Corte Suprema de Justicia no puede elegir un Fiscal General en

propiedad por un período inferior -o superior- a cuatro años. Cada vez que elige en propiedad debe y tiene que hacerlo para un período de 4 años.

3.3.- Ahora bien, se debe tener presente que el periodo del Fiscal General no está ligado al período de otro funcionario o corporación, como sí sucede con los períodos del Presidente de la República (cuatro años contados desde el correspondiente 7 de agosto), de los miembros del Congreso, del Registrador, del Contralor General de la República etc.

3.4.- De acuerdo con la arquitectura constitucional y legal y sin resquebrajar de manera alguna el esquema democrático en nuestra Carta fue diseñado un sistema según el cual un funcionario en propiedad (Fiscal General de la Nación) ejerce sus funciones judiciales durante un periodo fijo de cuatro años contados desde su posesión, independientemente de si su antecesor terminó o no terminó el periodo de cuatro años para el cual fue elegido.

3.5.- Por eso estimo que para el análisis del caso de la referencia en particular, no era menester entrar a discutir si la elección fue efectuada por un periodo *personal* o *institucional*, porque de ello no se deriva consecuencia práctica ni jurídica adversa para los actos acusados ni afectan el periodo de cuatro años del Fiscal General elegido en propiedad.

3.6.- Estos hechos conducen inexorablemente a concluir que la Corte eligió como Fiscal General en propiedad al Dr. Eduardo Montealegre Lynett por cuatro años que se iniciaron el 29 marzo de de 2012, día de su posesión, y culminarán, salvo algún evento excepcional de falta absoluta, cuatro años después, esto es el 29 de marzo de 2016.

En esos términos me permito con todo respeto dejo expuestas las razones de mi salvamento parcial y de mi aclaración de voto.

Atentamente,

GUILLERMO VARGAS AYALA

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO

Con el debido respeto que le profeso a la decisión mayoritaria tomada por esta Corporación en el proceso del vocativo referenciado, a continuación me permito dejar consignadas las razones por las cuales disiento en forma absoluta de la motivación y decisión contenida en la providencia de la referencia, según la cual el período del Fiscal General de la Nación es personal y no institucional, en un claro desconocimiento de la Constitución y de la ley.

A fuerza de ser repetitivo, dado que la posición sobre este aspecto quedó plasmada en el salvamento de voto que hube de consignar en la providencia en la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió sobre la nulidad de la elección de la doctora Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación[31], he de reiterar algunos de los argumentos expuestos en dicho voto individual y adicionalmente reflexionar en forma puntual a los argumentos consignados en el fallo del cual ahora también disiento.

No puedo compartir la providencia mencionada por las siguientes razones generales y especificas.

I. Razones generales del salvamento

1.1. Debo advertir que la sentencia en este proceso le dio a las demandas un alcance que no tenían, al interpretar las normas violadas así como del concepto de violación, por fuera de los causes propios que la Sala Plena y la misma Sección Quinta exigen.

En la mayoría de los casos, en mi criterio con excesivo formalismo. En efecto, soy de la posición según la cual el juez electoral debe responder a las características mismas de la acción pública electoral y, en consecuencia, debe intentar pronunciamientos de fondo. Sin embargo, veo con preocupación en aras a salvaguardar el principio de seguridad jurídica que en unos casos se interpreta el

---

[31] Salvamento de voto a la providencia que declaró la nulidad de la elección Radicación No. ***IJ-11001-03-28-000-2011-00003-00.*** *Radicado Interno No. 2011– 00003. Demandante: Ferleyn Espinosa Benavides. Demandado: Fiscal General de la Nación, doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos.* ***Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.***

concepto de violación y las normas aplicables bajo reglas sumamente estrictas que terminan minado la razón y naturaleza de la acción electoral, como en algunos casos lo hace la Sección de la que hago parte, en la que incluso se exige la expresa mención de preceptos que sin hacer parte del concepto de violación deben ser indicados por el demandante para que proceda el estudio de la demanda, pero en otros, se acude, como lo debería ser siempre, a la finalidad de la norma, a los principios y la prevalencia del orden constitucional a efectos de entender y dar respuesta a la respetiva pretensión.

Considero que todas las demandas de nulidad electoral deben ser analizadas bajo el prisma garantista antes enunciado, pero advierto que en la mayoría de casos se hace una indebida aplicación de rigorismos para decretar inhibiciones que no son propias de un juez en un Estado de Derecho como el que nos rige. No obstante, en este evento el juez se aleja del rigorismo que en otros predica a ultraza.

1.2. El fallo en algunos de sus apartes afirma que un periodo de cuatro años contados a partir de la posesión de su titular "*asegura que se desarrolle la política institucional que proyectó para esa duración",* en verdad es así y no desconozco que la Fiscalía General de la Nación en los últimos años se ha visto sometido a una serie de avatares en razón de los cambios abruptos de sus titulares, lo que para algunos, con razón, ha generado impactos negativos en el desarrollo de las funciones asignadas a ese ente y en la política criminal misma.

Sin embargo esas razones que reitero no dudo en aceptar como ciertas, son argumentos de conveniencia pero no jurídicos, y por tanto, no pueden servir de apoyo al juez electoral para sustentar una tesis contraria a la Constitución misma. En ese sentido, no encuentro en la ponencia una explicación clara, pero especialmente fundada en razones de derecho que informen el porqué el carácter institucional del período del Fiscal General de la Nación, atenta, por ejemplo, contra los principios de autonomía e independencia que le son propios a este ente, tesis expuesta en la Sala por algunos de sus miembros, insisto, sin fundamentos legales.

1.3. Igualmente, es inaceptable que se afirme, sin apoyo alguno, que impedir el ejercicio de la función pública por el período señalado por la Constitución, en este caso, los cuatro años a los que se refiere el articulo 249, puede ser contrario o afectar el derecho fundamental

consagrado en el artículo 40, constitucional en razón a que el ciudadano no puede conocer con precisión la duración de su desempeño. Pues si bien es cierto el tema del período puede estar atado a la forma como se ejerce un derecho fundamental como el que se señala en el mencionado artículo, la sentencia parecía abonar la conjetura según la cual los periodos institucionales son inconstitucionales, lo que a todas luces es inaceptable.

II. Razones especificas del salvamento

2.1. El acto electoral no es una especie del acto administrativo y en consecuencia no se pueden aplicar sus ortodoxas características porque estamos en presencia de una función autónoma como la electoral

Si bien debo advertir que el fallo intenta hacer una distinción entre el acto electoral cuando proviene de la voluntad popular y el acto administrativo, e intenta señalar su autonomía, esa precisión resulta contradictoria, dado que recurre a temas propios de este para señalar que cuando el acto de elección proviene de una cuerpo colegiado, la designación de quien ha de desarrollar la función pública es un típico acto administrativo, razón por la cual se acude a los elementos de este, para explicar que la determinación del período es un aspecto incidental del acto que no requiere ser explícito, salvo cuando no exista claridad sobre ese particular.

En ese sentido, se advierte que como en el caso concreto no existe claridad sobre el periodo ***"…*** *pues la regulación legal en tal sentido para este empleo público no es univoca ni precisa respecto a cómo se contabiliza el tiempo por el cual el elegido cumple la función pública asignada, como lo evidencian las demandas acumuladas, que al respecto alegan diferentes alcances…",* concluye errada y contradictoriamente que el cuerpo elector debe, entonces, señalar el periodo del respectivo cargo.

Esta argumentación de la providencia deja de lado asuntos inherentes a la función electoral que terminan desnaturalizándola.

En efecto, la función electoral como lo vengo sosteniendo de tiempo atrás[32], es diversa a la función administrativa, y su autonomía no puede pender del hecho que la voluntad popular medie en uno y otro caso, para a partir de esa equívoca conclusión hacer una distinción inadmisible, como la que intenta el fallo, al señalar que en casos como el que fue objeto de estudio, por ser una función administrativa, la determinación del período para el ejercicio de la función pública de investigación debía ser señalado por el órgano elector.

No. A fuerza de ser monotemático y reiterativo, insistió en que **la función electoral no se puede confundir** con la típica administrativa y, en consecuencia, las actuaciones de los órganos que ejercen esa función como sus actos no pueden entenderse en el sentido tradicional de aquella, porque los sujetos, objeto y finalidad son diferentes.

En efecto, **la función administrativa** tiene como característica esencial la de concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas. **La función electoral**, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta. Es decir, su propósito es concretar la democracia participativa y el diseño institucional, entre otros. En consecuencia, por esta y otras razones que no son del caso dejar consignadas aquí, no es posible equipar uno y otro bajo la teoría clásica del acto administrativo.

En ese orden, consideró que si se aceptara que el acto electoral es diverso del acto administrativo clásico, asuntos como **el del periodo** en que debe ejercerse un cargo es un elemento de la esencia del mismo, por tratarse de la habilitación que se hace para el ejercicio de una función que es vital en el desarrollo de la organización del Estado. Solo que desde esa óptica, ese elemento viene dado en la Constitución o en la ley, precisamente porque a partir de él se concibe todo el andamiaje del Estado, por ende, **no depende del cuerpo electoral llamase pueblo o cuerpo colegiado su determinación,** como erradamente lo plantea la sentencia de la que me aparte.

Nada más alejado de la realidad jurídica el asemejar una función típicamente constitucional, autónoma y directa de la Corte Suprema de Justicia, como lo es la elección del Fiscal General de la Nación, como una función administrativa, pues

---

[32] Ponencia en el Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, Bogotá Agosto-Septiembre de 2011, que se puede consultar en Instituciones Judiciales y Democracia. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Págs. 557 a 579.

ella tiene unos fundamentos constitucionales y razón de ser muy diferentes a la simple voluntad del cuerpo colegiado como intenta indicarlo la providencia.

En ese sentido, como lo señalé en salvamento de voto anterior[33], la facultad de elección que, en este caso, la Constitución Política asignó a la Corte Suprema de Justicia previa postulación del Presidente de la República, tiene su origen en el diseño institucional que orientó al Constituyente de 1991 en orden a buscar un equilibrio entre las distintas manifestaciones del poder público y hacer posible el sistema de pesos y contrapesos que se deriva precisamente del principio de división del poder, que busca impedir su concentración en un solo órgano.

Este equilibrio a través de controles mutuos, se manifiesta, entre otros, mediante la participación del Presidente de la República, el Congreso de la República y la Rama Judicial en la elección de los titulares de otros órganos que, junto a ellos, **cumplen funciones esenciales para la pervivencia del Estado, en forma autónoma e independiente,** pero basados en la colaboración armónica, como lo ordena artículo 113 constitucional.

El fundamento de esta competencia tiene su sustento, además, en el equilibrio entre los poderes, en el carácter democrático y representativo de nuestro Estado, porque en la conformación de los órganos de aquél, el pueblo, en quien radica la soberanía, tiene una participación indirecta en su selección, toda vez que sus representantes directos, Presidente y el Congreso de la República, intervienen de manera activa en su integración.

Es decir, la facultad que reconoció el Constituyente en la Carta Política al Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia para la designación de Fiscal General de la Nación, es una manifestación más de la soberanía popular, ejercida, en este caso en forma indirecta a través del Ejecutivo y de la rama judicial, expresión de la función electoral asignada a cada una de estos órganos y no de una función administrativa.

En ese sentido, considero equivocado que la ponencia sin una explicación mas allá del interés general que implica la elección del Fiscal General de la Nación señale que la designación de este funcionario por provenir de un cuerpo colegiado como lo es la Corte Suprema de Justicia es un típica actividad administrativa,

---

[33] *Ibídem.*

cuando en realidad es una ***función electoral*** que le corresponde ejercer como una expresión más del diseño institucional y específicamente del principio democrático.

Insisto, los actos que se producen en ejercicio la función electoral, por su misma naturaleza no pueden ser asimilables en el procedimiento de formación a los actos administrativos, porque si bien es cierto que el acto electoral tiene algunos rasgos de éste, no por ello puede ser catalogado como idéntico. Aquel tiene su génesis en la democracia participativa y en un derecho fundamental de carácter político: el de elegir o ser elegido, artículo 40, numeral 1 de la Constitución, y no en la mera y simple expresión de la voluntad derivada del ejercicio de una potestad destinada a la ejecución de políticas públicas o de mera administración, como lo puede ser el de dotar de talento humano a la administración púbica para su adecuado desarrollo.

Huelga advertirlo, una es la función electoral y otra, muy diversa, las relaciones de sujeción que surgen entre el administrado y la administración, a partir de la función administrativa de nombramiento y remoción.

Por tanto, una consecuencia de esta distinción, es que una atribución constitucional, como la que se le reconoce a la Corte Suprema de Justicia constituye una competencia eminentemente electoral y, por ende, autónoma, que no puede ser equipara con la relaciones de provisión para el ejercicio de un cargo público dentro de la administración.

Lo anterior, es necesario y útil para concluir que el período del Fiscal General de la Nación como lo es todos los casos de elecciones que fija la Constitución, viene establecido por la norma habilitante y, por ende, **no le corresponde al ente electoral su fijación** pues el Constituyente lo hizo por ese parte esencial de la estructura y organización estatal.

En este sentido ya se había pronunciado la Sala Plena de esta Corporación cuando indicó:

> "*El período de permanencia del Fiscal General de la Nación en el cargo está indicado en el artículo 249 de la Constitución Política en los siguientes términos:*
> *"El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de 4 años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido...".*

> *"Ni en este artículo ni en el 27 transitorio de la Constitución, ni en ninguna norma legal se ha señalado fecha de iniciación de tal período. Quiero ello decir, que cada vez que la honorable Corte Suprema de Justicia elija Fiscal General de la Nación en propiedad, debe hacerlo por un período de 4 años como lo ordena la norma transcrita, porque esa Corporación carece de competencia para fijar esta fecha, cuestión que compete a la Constitución o a la ley.* [34]

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

> "…*ii)* ***los períodos de los cargos, se establecen por el derecho objetivo,*** *independientemente de la situación personal de quien vaya a ocuparlos; por lo tanto, lo relativo a la regulación de dichos períodos es materia que concierne exclusivamente a la Constitución y a la ley, y pueden ser extinguidos o modificados por reformas a éstas, sin que se puedan alegar derechos adquiridos derivados de un período regulado por norma anterior; iii)* ***los actos de nombramiento o de confirmación del cargo, en consecuencia, no pueden determinar los períodos de los cargos, porque ello escapa a la competencia del órgano que hace el nombramiento o la elección****, quien se debe limitar simplemente a expedir el acto condición que coloca a la persona escogida para ocupar el respectivo cargo dentro de la situación general prevista por la Constitución o la ley; iv) en definitiva, los actos administrativos mencionados, esto es, los de nombramiento o elección para los referidos cargos, nada agregan ni innovan el ordenamiento jurídico que rige los períodos, pues éstos sólo concretan en cabeza de una persona, en razón del nombramiento de la elección los preceptos del derecho objetivo"*[35]*.*

Los anteriores pronunciamientos confirman que el señalamiento del período no puede pender del órgano elector. En ese sentido, el plenario modificó su precedente por uno nuevo sin advertirlo**.** Guardo la esperanza que aquel vuelva por sus fueron y acepte que nada más alejado a la institucionalidad que prescribir que quien debe fijar una asunto de tanta transcendencia para la organización estatal es el elector.

2.2. El período del Fiscal General de la Nación

En relación con este punto, debo advertir que en el salvamento de voto anterior, dejé sentado mi criterio sobre este punto. En esta oportunidad, las razones expuestas por la Sala no lograron que esa posición pudiera variar, razón por la

---

[34] **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.

[35] *Sala Plena. Auto 080 del 24 de agosto de 2000*

que me ratificó en ella, advirtiendo, por el contrario, que el punto de vista mayoritario resulta contrario a la Constitución misma.

En efecto, un análisis de la reforma que se introdujo mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2003, no permite sino una conclusión, **todo período es de carácter institucional, salvo las excepciones consagradas expresamente en la misma Carta**, v.gr**.** el artículo 233 que se refiere a períodos individuales.

Esa reforma, a diferencia de lo que se afirma en la ponencia, modificó los períodos que antes eran personales o individuales en **institucionales**, pues se refirió a **todos** los cargos de elección, diferentes a los de elección popular, los cuales por una reforma constitucional anterior, Acto Legislativo No. 2 de 2002, fueron 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 Corporación[36], en la que por cierto se basa la providencia para llegar a la conclusión que el periodo del Fiscal General de la Nación es subjetivo, por cuanto dicho precepto constitucional señaló expresamente que los períodos establecidos en la Constitución para los cargos de elección eran institucionales, por tanto, quienes fueran designados o elegidos para ocupar tales cargos en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo haría por el resto del período para el cual este fue electo.

La sentencia de la que me aparto, parte de una falacia en el análisis de los antecedentes de la reforma constitucional que se introdujo mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2003, para concluir que su finalidad no fue introducir modificaciones a la Fiscalía, a su periodo o su cuantificación, conclusión que desconoce la intención misma del Constituyente derivado, en el ánimo de llegar a una solución que no afectara la institucionalidad del ente de investigación, razón plausible pero inconstitucional, como lo expresan las mismas gacetas del Congreso a las que haré referencia posteriormente.

Lo primero que debo advertir es que en los antecedentes de dicha reforma sí se encuentran las razones de su adopción y sí se hizo expresa referencia al período del Fiscal General de la Nación. Veamos:

---

[36] 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.

Entre las razones que tuvo el Constituyente derivado para introducir esta transformación, se encuentran, entre otras, la necesidad de zanjar la disputa en relación con el carácter individual o institucional del período constitucional de los altos cargos del Estado[37]. La redacción del parágrafo que se propuso en relación con el artículo 125 fue el siguiente:

> **"Parágrafo 1°.** *Los períodos establecidos en la Constitución Política o la* ***ley para cargos de elección en la rama ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación****, tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido."*[38] *(negrilla fuera de texto)*

Este texto fue modificado en la segunda vuelta de discusión del proyecto de acto legislativo, para dejar una redacción más genérica, así: *los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales.* Esa redacción nunca se hizo con el fin de excluir al Fiscal General de la Nación o considerar que frente al titular de dicho ente investigativo no se aplicaría la norma como pretende plantearlo la posición mayoritaria[39].

En segundo término, entiendo que la sentencia pese a que no lo dice abiertamente, **inaplicó** el parágrafo del artículo 125 Constitucional por una supuesta violación al requisito de la unidad de materia –articulo 158 de la Constitución-, según el cual todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia-. En efecto, se sostiene en la providencia que el tema del período del Fiscal General de la Nación no guarda ninguna relación con el tema electoral y político, espina dorsal de la reforma de 2003.

En ese orden, lo primero que debo advertir es no hay nada más ligado al tema electoral que la determinación de la naturaleza del período de los altos cargos en el Estado, en donde su definición si bien no tiene que ver con elecciones de carácter popular, es de la esencia de la función electoral reconocida a los diversos órganos del Estado, como lo dejé esbozado en otro acápite de este salvamento, asunto que incide necesariamente en la estructura y composición de este.

---

[37] *Cfr. Gaceta del Congreso 540 de 2002, en la que se lee: "Artículo 8º.* Períodos institucionales. *Con el ánimo de zanjar definitivamente la discusión sobre el carácter de los períodos constitucionales, se consideró pertinente la aprobación de una proposición en virtud de la cual se eleva a categoría constitucional, el carácter institucional de los períodos para el ejercicio de los altos cargos del Estado. La propuesta fue adoptada en primer debate".*

[38] *Cfr. Gaceta del Congreso 437 de 2002.*

[39] Cfr. Gaceta 271 de 1 de junio de 2003. Representante Zamir Silva.

En consecuencia, no creo que se pueda afirmar como lo hace la providencia, sin argumento diferente al recorrido de cada uno de los preceptos de la reforma, que como los asuntos de que esta trató fueron íntegramente políticos-electorales, nada tenían que ver con el período del Fiscal General de la Nación ni con la rama judicial, allí comienza el error argumentativo.

Evidentemente el objeto de la reforma que se introdujo mediante el Acto Legislativo No. 2 de 2002 no fue el de instituir modificaciones directamente a la Fiscalía o su estructura, **pero sí a los períodos de los Altos Cargos** para evitar las disputas que se venían presentando sobre el particular, en especial, zanjar el interrogante de qué hacer en caso de falta absoluta de su titular cuando el período no había concluido. Esa modificación cobijaba expresamente el cargo de Fiscal General de la Nación, como expresamente se desprende de los antecedentes del parágrafo que se introdujo al artículo 125 constitucional.

En consecuencia, no era necesario que la reforma hiciera mención expresa a la modificación de la Fiscalía, su estructura o a la rama judicial como lo pretende hacer ver el fallo, para entender que la modificación cobijaba el período de este funcionario, como el de todos aquellos sujetos a este como es el caso del Defensor del Pueblo, del Procurador General de la Nación, etc.

Bajo la lógica de la providencia, entonces, tampoco son institucionales los periodos de los funcionarios mencionados en precedencia, en razón a que tampoco a ellos se refirió expresamente la reforma constitucional, es por esto que sostengo que se ha creado un nefasto precedente, pues, en el futuro, las faltas absolutas que se pueden presentar en dichos cargos seguramente generaran innecesarias discusiones sobre el lapso por el cual se ha de proveer la vacancia.

De la lectura del texto que aprobó la mayoría me surge un interrogante ¿a quiénes, entonces, se aplica el parágrafo del 125 constitucional? La respuesta, bajo el entendimiento del fallo, es que a ningún ente de período y elección diferente a los de voto popular, dado que según se desprende de él, era necesario que se hiciera expresa mención a su estructura, periodo, organización, etc.

Si lo que pretendía la sentencia era i**naplica**r por inconstitucional el mencionado parágrafo, así ha debido advertirlo y señalar expresamente las razones de esa

inaplicación, las que de hecho no existen, en la medida en que no es evidente la oposición del mencionado precepto con el texto constitucional, requisito que se impone para que proceda la inaplicación por inconstitucionalidad, junto con el artículo 9 de la Ley 938 de 2004, orgánica de la Fiscalía que así lo determinó.

Ante la ausencia de argumentos en el fallo para indicar que no hay unidad de materia entre el parágrafo del artículo 125 de la Constitución, considero, por el contrario, que existen razones teleológicas que permiten afirmar que este no solo podía hacer parte de la reforma política de 2003 sino evidentemente debe cobijar válidamente al Fiscal General de la Nación, pues es claro que el objetivo de esa modificación era unificar un tema que siempre se discutía en todas las elecciones de funcionario del Estado: el carácter institucional o personal de su periodo, en donde el escenario para aclarar el punto no era otro que una reforma a la Constitución como la que se entronizó en el año 2003.

Así, bajo la tesis peregrina de la ausencia de unidad de materia entre el parágrafo del artículo 125 y la reforma en la que él se incluyó, el fallo sostiene como conclusión que el artículo 125 no se puede oponer a un mandato claro como el artículo 249 que expresamente señala que el periodo es de 4 años.

Conclusión falaz, pues el que el período sea institucional o personal no tiene nada que ver con el lapso de duración de aquel, en razón a que una es la fijación del tiempo en que se ejercerá una determinada función, y otra, si por efectos de una falta absoluta del titular –punto sobre el que hay que volver- el que lo reemplace debe hacerlo para completar el período o para iniciar uno nuevamente –institucional o subjetivo-.

En el caso en estudio como el articulo 249 constitucional nada dice sobre ese particular, es decir, no hay norma especial para este caso –como si la hay para los Magistrados de las Altas Cortes, que señala que el periodo es individual- lo lógico era dar aplicación al parágrafo del artículo 125 que señala que todos los cargos de elección son de período institucional, como expresamente lo corrobora el artículo 9 de la Ley 938 de 2004 en el caso del Fiscal General de la Nación, que igualmente debió ser inaplicada con fundamentos claros y precisos, si de su desconocimiento se trata, como efectivamente lo hace la sentencia.

Sobre el particular no debe llamarse a dudas, pues si bien es cierto que, como lo señaló la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo cuando analizó el período del fiscal Valdivieso Sarmiento, la Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial, como expresamente lo establece el artículo 249 de la Constitución, ello no indica que después de la reforma constitucional de 2003, se pueda seguir sosteniendo que, al igual que los magistrados de las Altas Cortes, este cargo ostente un período individual. No. Expresamente el Constituyente derivado quiso dejarlo con un período institucional, como se desprende de los antecedentes de la reforma antes transcritos que, entre otros, permiten concluir que este cargo, como un cargo de elección, tiene desde la expedición de la reforma, julio 3 de 2003, un período de carácter institucional.

El que la reforma no hubiese hecho alusión al momento, tiempo o lapso en que comenzaría el período del Fiscal **no le quita su carácter institucional** como pretende hacerlo ver el fallo cuando afirma que lo que caracteriza un periodo de esta naturaleza es que se diga el espacio temporal que abarca, es decir, cuándo comienza y cuándo termina. Y que como esa determinación no se hace ni en la Constitución ni en la ley, no se puede hablar de período institucional en el caso del titular del ente de investigación.

Errada conclusión, pues si bien el periodo institucional se caracteriza por la existencia de un tiempo cierto de comienzo de la función. En el caso concreto dicho periodo era fácilmente determinable.

Para sustentar esta afirmación debo precisar que si bien la Corte Constitucional, desde sus primeros fallos, sentencia **C-011 de 1994**[40], afirmó que mientras un precepto constitucional o legal no estableciera una fecha oficial de iniciación de las funciones, el período debería considerarse subjetivo, distinción que la Sala Plena de esta Corporación en 1997 también sostuvo: "*Son períodos institucionales aquellos objetivamente establecidos entre fechas determinadas, e individuales los que se inician con la posesión del elegido o nombrado"*[41] *y* la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 18 de febrero de 1999, reafirmó al indicar que "*El período institucional requiere dos supuestos básicos que permiten identificarlo como tal; ellos son:* ***el término de duración y la fecha***

---

[40] *M.P. Alejandro Martínez Caballero*.
[41] *CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: MARIO ALARIO MÉNDEZ. Veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: IJ-746-S. Actor: LUIS EDUARDO GUTIÉRREZ ANGARITA Y OTROS. demandado: ALCALDE MAYOR DE SANTA FE DE BOGOTA.*

de iniciación*; en el período individual se señala su duración, no tiene fecha de iniciación y comienza siempre al tomar posesión la persona que entra a ejercer el cargo'*. (negrillas fuera de texto).

Línea jurisprudencial que imponía afirmar que el **período es institucional** cuando tiene una fecha de comienzo cierta, ya sea que la fije directamente la Constitución o el legislador. Por el contrario, es p**ersonal o subjetivo** cuando inicia con la posesión de quien asume la respectiva función.

Sin embargo, como la reforma constitucional de 2003 señaló expresamente que los periodos de los cargos de elección diversos a los populares era **institucional**, es decir, definió la naturaleza de éste, la pregunta que surgía era ¿cómo determinar ese período en el caso del Fiscal General de la Nación?

En mi discernimiento, fue la misma reforma la que al determinar que el período de los cargos de elección sería institucional, **transformó desde su vigencia el período subjetivo en institucional**, lo que hizo que la fecha de comienzo del período de cargos como el del Fiscal General de la Nación o el de Defensor del Pueblo o Procurador General de la Nación, por señalar solo unos ejemplos, estuviera determinado por el de quien ejercía la respectiva función al momento de la reforma.

Como en el caso en análisis, para la fecha de la reforma estaba el doctor Luís Camilo Osorio Isaza, quien hizo dejación del mismo el 31 de julio de 2005 **por vencimiento del período,** ello implicó que el período institucional en la Fiscalía debía contarse desde el 1 de agosto de 2005. Hecho que lo corrobora el que Mario Iguaran hiciera dejación del cargo el 31 de julio de 2009, es decir, al vencimiento del periodo institucional.

En otros términos, **el 1 de agosto de 2009** comenzó el período institucional que vence el próximo **31 de julio de 2013**. En consecuencia, ese era el período constitucional y legal al que se refirió la Corte Suprema de Justicia en los actos de elección del actual Fiscal General de la Nación y que dieron origen al fallo del cual disiento.

Esta interpretación, por demás, permitía: **i)** la no coincidencia del período presidencial y del Fiscal General de la Nación, como lo quiso el Constituyente. La providencia mayoritaria no repara en que la interpretación que hizo del período en

el ente de investigación, permitirá que salvo cuestiones extraordinarias, los periodos de Fiscal y Presidente corran de forma paralela, pues una vez posesionado este –agosto- deberá presentar la terna para escoger al sucesor de quien funja como fiscal –marzo-, es decir, el Presidente de turno elegirá el fiscal para su cuatrienio y **ii)** que el nominador o elector no determine el período de este funcionario como erradamente lo plantea el fallo, pues, obliga a que en el acto electoral se diga el período para el cual se hizo la correspondiente elección, cuando esa materia es de reserva de la Constitución y de la Ley.

Debo admitir, sí, que era posible que el fallo para llegar a la conclusión que arribó, hubiese tomando un camino argumentativo más seguro jurídicamente y menos peligroso por el que decidió transitar la mayoría de la Sala, al concluir que el periodo del Fiscal General de la Nación es personal y no institucional.

Esa vía no era otra que reconocer que la reforma constitucional de 2003 tenía aplicación en el caso del Fiscal General de la Nación, es decir, que el periodo de este funcionario **es institucional** como lo reafirma la misma ley orgánica, Ley 938 de 2004, en su artículo 9, y admitir, por ese mismo camino, que ante la ausencia de una norma específica que permitiera inferir una fecha cierta de comienzo de ese período, la reforma requería de un desarrollo legal para su aplicación.

Razonamiento que, con sustento en una omisión legislativa, podría eventualmente llevar a la conclusión, también muy dudosa, según la cual el período de cuatro años del Fiscal General de la Nación debería contarse a partir de la fecha en que el juez electoral supliendo la falencia del legislador señalare, hasta tanto este ejerza su competencia.

En otros términos, si la mayoría hubiese acogido esta tesis que por demás consideró razonable y jurídica, la institucionalidad no estaría hoy afectada tan gravemente como lo está por razón del fallo de la referencia.

Lo expuesto, me lleva a plantear que el legislador podría válidamente hoy insistir en el carácter institucional del período del Fiscal General de la Nación, mediante un precepto que indique la fecha en que este ha de comenzar, período que tendría que contarse desde la posesión del actual Fiscal General de la Nación, para que esta clase de controversias encuentre un punto final y volvamos por los fuero de la legalidad y observancia de las normas constitucionales.

Fecha ut supra.

ALBERTO YEPES BARREIRO