

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CONSEJERO PONENTE: DR. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

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

Radicación: 11001-03-28-000-2011-00003-00.-

Actor: Ferleyn Espinosa Benavides.-

**Demandado: Viviane Aleyda Morales Hoyos -
Fiscal General de la Nación.-**

Acción Electoral.-

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

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

I. ANTECEDENTES.

LA DEMANDA

FERLEYN ESPINOSA BENAVIDES, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos¹:

- El proferido por la Corte Suprema de Justicia el 1° de diciembre de 2010, mediante el cual declaró elegida -en propiedad- a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, como Fiscal General de la Nación.
- El que dictó la misma Corporación el 14 de diciembre de 2010, en el que confirmó la elección de la Fiscal General de la Nación.

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

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

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

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

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

- Por lo anterior, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó a la Sala de

Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, pronunciarse sobre la posibilidad de que el Presidente de la República integrara una nueva terna para la elección del Fiscal General de la Nación. Dicha Sala conceptuó que resultaba viable que el primer mandatario nacional integrara un nuevo grupo de candidatos.

- En ese orden, el 5 de noviembre de 2010 se oficializó ante el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, la terna conformada por los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta Padilla.
- Previa convocatoria, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia procedió a votar para elegir al nuevo Fiscal General de la Nación. La sesión comenzó el 23 de noviembre de 2010 y se extendió hasta el 2 de diciembre siguiente, día en el que, con 14 votos de los 18 Magistrados que en ese momento integraban la Corporación, resultó electa la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos. La designación fue confirmada el 14 de diciembre de la misma anualidad.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

- De la Constitución Política de 1991, los artículos 6, 29, 40-6, 115 (inciso 3), 121, 122, 152 (literal c), 189, 234 y 249 (inciso 2).
- Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 84, 137, 138 y 229.
- Del Decreto 250 de 1970, el artículo 62 (modificado por el artículo 1 del Decreto 526 de 1971).
- Del Decreto 1660 de 1978, el artículo 14².

² El tenor literal de la norma citada es el siguiente: “Artículo 14. En las elecciones de funcionarios que hagan la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior de Aduanas, se procederá individualmente. No se considera elegido el candidato sino cuando haya obtenido a su favor los dos tercios de los votos de los miembros que integren la corporación respectiva reunida en pleno.

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

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

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

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

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

Manifestó que como el acto del 3 de noviembre de 2010 -a través del cual el Presidente de la República postuló a los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta Padilla-; solo está

firmado por el primer mandatario y no fue suscrito por el Ministro del Interior y de Justicia; adolece de nulidad.

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

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

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

“*confuso*”, razón por la cual el acto administrativo debe ser declarado nulo.

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

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

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

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

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

Cuestionó el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya llevado a cabo la elección de la Fiscal General de la Nación con tan solo 18 de los 23 Magistrados que integran la Corporación. Indicó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 234 de la Constitución, el alto Tribunal se *compone* del número impar de Magistrados que determine la Ley (23), de lo

que se infiere que su debida integración se da cuando funcione con todos sus miembros (en pleno).

Dijo que, teniendo en cuenta la anterior disposición, así como la contenida en el artículo 15 de la Ley 270 de 1996, la facultad de la Corte Suprema de Justicia para elegir válidamente al Fiscal General de la Nación suponía que estuviera integrada por los veintitrés Magistrados. En ese orden, como la elección se llevó a cabo con sólo dieciocho togados, la Corporación no estaba habilitada para ejercer la competencia electoral.

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

Señaló que el artículo 62 del Decreto 250 de 1970 (modificado por el artículo 1 del Decreto 526 de 1971) prevé: *“en la elección que hacen las Corporaciones Judiciales (...) el candidato no se considerará designado o escogido sino cuando se reúna las dos terceras partes de los*

votos de los miembros de la Corporación”, disposición que debe ser analizada conjuntamente con los artículos 152 (literal c) y 231 de la Carta Política, y con el artículo 14 del Decreto 1660 de 1970 (sic). Este último establece que “no se considerará elegido el candidato sino cuando haya obtenido a su favor los dos tercios de los votos de los miembros que integren la Corporación respectiva reunida en pleno”.

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

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

EL TRÁMITE DE LA DEMANDA

Radicado el escrito introductorio del proceso y, a solicitud del accionante, el 8 de febrero de 2011 el Magistrado Sustanciador ordenó requerir al señor Secretario General de la Corte Suprema

de Justicia para que remitiera, con destino al proceso de la referencia, la copia auténtica con la constancia de publicación, notificación, comunicación o ejecución de los actos administrativos demandados³.

Surtido el anterior requerimiento, mediante auto del 10 de marzo de 2011⁴, la Sección Quinta de esta Corporación resolvió:

i) Admitir la demanda.

ii) Notificar personalmente a:

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

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

³ Folio 18 del expediente.-

⁴ Visible a folios 35 a 41 del expediente.-

Dentro de la oportunidad legal, la Fiscal General contestó la demanda. Adicionalmente, la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Asociación de la Red Nacional de Veedurías y el ciudadano Víctor Velásquez Reyes; radicaron escritos en los que intervinieron en el asunto de la referencia. A través del auto de 2 de mayo de 2011, fueron aceptadas las intervenciones⁵.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En su escrito⁶, la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, quien obró mediante apoderado, se opuso a las pretensiones formuladas por el accionante con fundamento en los siguientes argumentos:

El Presidente de la República, al expedir el acto demandado, fungió en calidad de Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa, razón por la cual el acto de postulación de

⁵ Folios 101 a 104 del expediente.-

⁶ Visible a folios 54 a 68 del expediente.-

candidatos a Fiscal General de la Nación tiene pleno valor y fuerza vinculante con su sola firma. Así lo advirtió la Sala de Consulta y Servicio Civil, al señalar que la terna de candidatos sólo requiere de la firma del Primer Mandatario.

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

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

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

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

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

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

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

confirmación de la elección, el cual se produjo el 14 de diciembre de 2010.

LAS INTERVENCIONES

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

2. La **Asociación “Red Nacional de Veedurías”**, mediante escrito del 5 de abril de 2011⁸, intervino oponiéndose a los argumentos del actor.

⁷ El escrito de su intervención, obra a folios 49 a 53 del expediente.-

⁸ Visible a folios 71 a 73 del expediente.-

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

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

3. La Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial fundamentó su oposición⁹ a las pretensiones de la demanda, entre otros, en los siguientes argumentos:

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

⁹ El escrito obra a folios 77 a 86 del expediente.-

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

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

4. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, actuado a través de apoderado, solicitó¹⁰ negar las pretensiones de la demanda, por carecer de respaldo jurídico, con fundamento en las siguientes tesis:

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

¹⁰ Escrito visible a folios 94 a 98 del expediente.-

la forma de proponer la terna y la corporación destinataria de la misma.

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

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

PRUEBAS

Mediante auto de 2 de mayo de 2011 se abrió el proceso a pruebas¹¹, se decretaron y practicaron las siguientes:

1. A solicitud de la parte demandante:

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

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

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

2. A solicitud de la parte demandada:

¹¹ Folios 101 a 103 del expediente.-

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

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

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

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

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

- 2.4.** Renuncia del doctor Juan Ángel Palacio Hincapié, presentada el 13 de octubre de 2009 (folios 144 y 145).
- 2.5.** Oficio radicado ante la H. Corte Suprema de Justicia, el 26 de los mismos mes y año, por el que el Presidente de la República recompuso la terna con el doctor Marco Antonio Velilla Moreno, adjuntando para el efecto su hoja de vida (folios 146 a 150).
- 2.6.** Oficio de 26 de noviembre de 2009, suscrito por la doctora María Rosa Virginia Uribe Betancur, por el que solicitó la exclusión de su nombre de la terna (folios 151 a 155).
- 2.7.** Oficio de 9 de diciembre de 2009, mediante el cual el Presidente de la República incluyó en la terna a la doctora Margarita Leonor Cabello Blanco, anexando su hoja de vida (folios 156 a 160).
- 2.8.** Oficio de 13 de mayo de 2010, por el cual se incluyó en la terna al doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, adjuntando su hoja de vida (folios 162 a 167).
- 2.9.** Oficio radicado el 5 de noviembre de 2010, suscrito por el Primer Mandatario, por el cual envió nueva terna para la elección de Fiscal General de la Nación. Con el escrito se

acompañaron las hojas de vida de cada uno de los postulados (folios 168 a 215).

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

1). El demandante¹².-

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

¹² Folios 541 a 547.-

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

2). El apoderado de la Fiscal demandada doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos¹³. -

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

Con base en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 28 de octubre de 2010, afirmó que la

¹³ 526 a 539 del expediente.-

facultad del Presidente de la República no se agota con la postulación de una terna, sino que debe reconfigurarla cuantas veces resulte necesario para cumplir el fin de la norma, es decir, hacer posible la elección de Fiscal General de la Nación. Al ser el acto de postulación una competencia constitucional autónoma, discrecional y de trámite del Presidente de la República dentro del proceso de elección del Director de la Fiscalía, dicho acto es esencialmente revocable, pues no genera ningún derecho para los ternados.

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

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

El Reglamento de ésta última Corporación, adoptado mediante Acuerdo 006 del 12 de diciembre de 2002, establece que el quórum deliberatorio es de la mayoría de los miembros que

integran la Corte Suprema y que para la elección de algunos cargos, como el de Fiscal General de la Nación, se requiere el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes.

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

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

3). Los intervinientes.-

3.1). La Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial¹⁴.

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

Reiteró lo que expuso en el escrito de su intervención y afirmó que el acto de postulación del Presidente de la República no requiere, para su validez, la firma del Ministro del ramo.

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

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

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

Cuando se llevó a cabo la designación de la Fiscal General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia contaba con 18 Magistrados y no con 23, como *“extrañamente el demandante considera que debería*

haberlo estado”, por lo que la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos obtuvo la mayoría de los votos de los presentes, de acuerdo con la exigencia del Reglamento General de la Alta Corporación.

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

3.2). La Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República¹⁵. Sostuvo que es importante tener en cuenta que la demanda se dirige contra los actos mediante los cuales la Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó a la Fiscal General de la Nación porque de manera contradictoria el accionante cuestiona el acto de postulación del Presidente que, en esta oportunidad no se demanda, el cual no es susceptible de ser impugnado ni en sede administrativa ni en la instancia judicial.

Señaló que el señor Presidente de la República cuenta con un poder discrecional y exclusivo como Jefe de Estado para integrar la terna a efectos de elegir al Fiscal General de la Nación, sin que

¹⁵ Alegatos visibles a folios 522 a 522 del expediente.-

sea dable entender que se trata de un acto de gobierno que requiere, para su validez, la firma del Ministro.

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

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

3.3). El ciudadano Víctor Velásquez Reyes¹⁶. En su escrito, reiteró su solicitud de que se nieguen las pretensiones de la demanda. Al efecto, dijo que las causales alegadas no existen por cuanto: *i)* la firma del Ministro del Interior no es necesaria porque el Presidente de la República actúa como Jefe de Estado o primer funcionario del orden administrativo; y *ii)* la Ley Estatutaria señala que las decisiones de las Corporaciones Judiciales se toman por mayoría de votos y en el caso *sub-lite* así se actuó. Agregó que

¹⁶ Folios 540 del expediente.-

los ternados no tienen derechos adquiridos sino meras expectativas y que, por el principio general según el cual *“quien puede lo más puede lo menos, quien terna puede modificarla cuantas veces quiera”*.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación rindió concepto mediante escrito¹⁷ en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda, por cuanto no existe motivo constitucional ni legal para proceder a la nulidad del acto de elección de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos en el cargo de Fiscal General de la Nación.

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

¹⁷ Mediante escrito visible a folios 557 a 595 del expediente.-

suscripción y comunicación por parte del Ministro del ramo respectivo.

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

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

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

juicio, dicha interpretación no contravino las preceptivas jurídicas invocadas por el actor.

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

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

Finalmente, advierte que, pese a que el actor no lo alegó y, por tanto, la Corporación no puede pronunciarse sobre ese particular, quiere llamar la atención sobre el hecho que la discrecionalidad que tiene el Presidente de la República para elaborar la terna no opera para revocarla porque ésta es una actuación que tiene un carácter reglado. Así, del Decreto 1950 de 1973, concluyó que se requiere la configuración de alguna de las causales previstas en

el artículo 45 de esa normativa para revocar una designación, toda vez que las postulaciones que hace el Presidente de la República en una terna deben ser asimiladas a esa figura, cuya regulación se encuentra en la mencionada disposición. Al respecto señaló:

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

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

MANIFESTACIÓN DE IMPEDIMENTO

En consideración a que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en Sesión del pasado 14 de febrero de 2012,

asumió por importancia jurídica el conocimiento del proceso de la referencia; el doctor Marco Antonio Velilla Moreno, Consejero de Estado, manifestó el impedimento para conocer del presente asunto, mediante escrito del 21 de febrero de 2012¹⁸.

En Sesión adelantada el 28 de febrero del presente año, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por encontrarlo fundado, aceptó el impedimento manifestado¹⁹.-

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1). Competencia y oportunidad.-

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

¹⁸ Folio 629 del expediente.-

¹⁹ Folios 645 y siguientes *ibidem*.-

1984, reformado por el artículo 38 de la Ley 446 de 1998. En efecto, el precepto en cita dispone lo siguiente:

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

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

Actos demandados.-

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

Caducidad de la acción electoral.-

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

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

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

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

Por lo anterior, el plazo que tenía el actor para presentar la demanda incluyó 2 días de diciembre de 2010, y a partir del 11 de enero del siguiente año, se cuentan los 18 días restantes, de este modo, el término de caducidad venció el jueves 3 de febrero

de 2011. Como la demanda se presentó el 2 de febrero de dicha anualidad, la acción se ejerció en tiempo.-

2). Del fondo del asunto.

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

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

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

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

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

Con el objeto de abordar la censura planteada, la Sala se ocupará de los siguientes aspectos: **(i)** Alcance del artículo 249 inciso 2º de la Constitución Política, y, **(ii)** Naturaleza de la función de

postulación atribuida al Presidente en el artículo 249 inciso 2º de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 115 *ibídem*.

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

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

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

Es así como, dentro de una concepción de racionalización del poder, con el objeto de evitar los excesos evidentes en un sistema en el que una autoridad (unipersonal o colectiva) pueda concentrar el ejercicio de varias de las funciones centrales que

debe ejercer el Estado, resulta de vital trascendencia el establecimiento de un marco normativo (constitucional, legal y reglamentario) de asignación de competencias a cada una de las autoridades estatales. La sujeción a dicho marco competencial quedó claramente configurado en el artículo 6º de la Constitución Política, que dispone:

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

Lo anterior equivale a dar por sentado que, mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido por la Constitución y la Ley, los servidores públicos tan solo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas. Es natural que ello sea así, pues quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos y esto opera por medio de la autorización legal o constitucional²⁰.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aplicando dichas reglas, vigentes y pertinentes al caso en la medida en que la Constitución está dotada de fuerza normativa²¹ y por tanto es Ley en sentido material, se encuentra que la facultad conferida por el artículo 249 de la Constitución Política recae en el Presidente de la República, a título personal, y no en el Presidente de la República y el Ministro del ramo, concurrencia que, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 115 *ibídem*, conforma el Gobierno.

En conclusión, la Carta estableció que esta atribución de presentar la terna emana del Primer Mandatario del Estado, sin

²¹ La Corte Constitucional, en Sentencia C-037 de 2000, consideró: “El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Tenemos entonces que, de manera general, la normatividad jurídica emanada de autoridades administrativas o de entes autónomos, debe acatar las disposiciones de la ley, tanto en su sentido material como formal. Aunque existe una jerarquía normativa que se desprende de la Constitución, ella no abarca, de manera completa, la posición de todas y cada una de las disposiciones que conforman el orden jurídico; es decir el orden de prevalencia normativa no ha sido señalado en su totalidad por el constituyente”.

que como lo pretende el actor, se pueda derivar otra interpretación de la norma constitucional que la establece.

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

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

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

Dichas calidades, aunque están enunciadas en la Carta Fundamental, presentan una dificultad práctica a la hora de determinar cuáles de las funciones atribuidas al Presidente de la

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

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

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

En efecto, de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 489 de 1998, corresponde al Presidente de la República la suprema dirección, la coordinación y el control de la actividad de los organismos y entidades administrativas, atribuciones que le son asignadas a título personal.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, aun cuando se pretenda encasillar la facultad de postulación que ostenta el Primer Mandatario de la República con miras a la elección del Fiscal General de la Nación en alguna de las calidades a las que ya se hizo referencia²³, considera la Sala que la atribución de integrar la terna, está asociada a su condición de Suprema Autoridad Administrativa, pues está íntimamente relacionada con la gestión que el Presidente efectúa para el buen funcionamiento de la administración pública, entendida esta como *“una **organización** cuya actividad se hace presente en la mayoría de los ámbitos y facetas de la vida social, siendo, así, fundamental para el desarrollo de la vida de las personas en la sociedad actual. Pues tiene como misión desarrollar funciones y proveer servicios.”²⁴*. (Negrillas y subrayas fuera del texto).

En ese orden de ideas, el término administración implica organización, esto es, un conjunto de autoridades y servicios que

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

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

determina una estructura²⁵. Referirse a “*organización administrativa*” supone aludir al conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo, siendo la finalidad esencial, la coordinación entre los distintos organismos. Adicionalmente, en cualquier forma de organización debe existir una suprema autoridad que coordine y “**administre**” -en el caso colombiano es el Presidente de la República- y, ese jefe administrativo debe tener condiciones de habilidad, entre otras para **a)** ver la administración como un conjunto, **b)** tomar decisiones, **c)** delegar su autoridad y **d)** atraer la lealtad de sus colaboradores²⁶.

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

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

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

de los intereses públicos²⁷ y el adecuado funcionamiento de los distintos órganos que integran la estructura del Estado.

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

De este modo, la Carta Política de 1991 le otorgó al Primer Mandatario (a título personal y en razón de su cargo) la función de integrar una terna con miras a la elección del Fiscal y que, si se quiere ubicar la aludida facultad dentro de las calidades que el artículo 115 superior le asignó al Presidente de la República, la

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

misma encuadra dentro del carácter de “*Suprema Autoridad Administrativa*”. El acto de postulación no requería para su validez la firma del Ministro del ramo y, por ende, el mismo adquirió valor y fuerza con la sola firma del Presidente de la República²⁸.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

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

Sostuvo el libelista que, de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 249 de la Constitución Política, el Presidente de la República solo está facultado para elaborar una terna, por lo que en el presente asunto se presentó una irregularidad (en el procedimiento) *i*) al haber postulado dos listas de tres candidatos de manera simultánea y *ii*) al someter a consideración de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, seis (6) aspirantes al

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

cargo de Fiscal General de la Nación. A continuación, en el cargo tercero afirmó que la anterior situación materializa la vulneración al derecho al debido proceso [artículo 29 de la Carta Política], el desconocimiento del principio de colaboración armónica y, por tanto, la comisión de un desvío de poder.

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

(i) Lo probado en el proceso.-

- Ante la solicitud del Presidente de la Corte Suprema de Justicia efectuada el 16 de junio de 2009²⁹ el entonces

²⁹ Folios 108 y 109.

Presidente de la República presentó, el 7 de julio del mismo año, una terna de candidatos para elegir el remplazo de quien se venía desempeñando como Fiscal General de la Nación (cuyo periodo vencía el 31 de julio de la misma anualidad), la que estuvo integrada por los doctores María Rosa Virginia Uribe Betancur, Camilo Alfonso de Jesús Ospina Bernal y Juan Ángel Palacio Hincapié³⁰.

- Mediante escrito del 13 de octubre de 2009 el candidato Juan Ángel Palacio Hincapié renunció a la postulación³¹, por lo cual, a través de Oficio radicado ante la Corte Suprema de Justicia el 26 de los mismos mes y año, quien fungía como Presidente de la República recompuso la terna con el doctor Marco Antonio Velilla Moreno.³²
- El 26 de noviembre de 2009, la doctora María Rosa Virginia Uribe Betancur solicitó la exclusión de su nombre de la terna puesta a consideración de la Corte Suprema de Justicia para la elección del cargo del Fiscal General de la Nación³³. Por ende, el Presidente de la República postuló en su remplazo a la doctora Margarita Leonor Cabello Blanco.³⁴

³⁰ Folios 110 a 112.

³¹ Folios 144 y 145.

³² Folio 146.

³³ Folios 151 a 155.

³⁴ Folio 156.

- Posteriormente, y ante la renuncia del doctor Camilo Ospina Bernal el 13 de mayo de 2010, el doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego fue postulado por la autoridad competente³⁵. De este modo, la nueva terna quedó integrada así: los doctores Margarita Leonor Cabello Blanco, Marco Antonio Velilla y Jorge Aníbal Gómez Gallego.

- Teniendo en cuenta la composición previamente citada, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia efectuó votaciones en las sesiones celebradas los días 27 de mayo³⁶; 10³⁷, 17³⁸, 24³⁹ y 30 de junio⁴⁰; 8 de julio⁴¹; 3⁴², 12⁴³ y 25 de agosto⁴⁴, 16⁴⁵ y 23 de septiembre⁴⁶ y 7 de octubre de 2010⁴⁷, respectivamente.

- Mediante Oficio del 5 de noviembre de 2010⁴⁸, el actual Presidente de la República, con sustento en el Concepto de 28 de octubre de 2010 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del

³⁵ Folio 162.

³⁶ Folios 277 a 279.

³⁷ Folios 280 a 282.

³⁸ Folios 283 a 285.

³⁹ Folios 286 a 288.

⁴⁰ Folios 289 a 291.

⁴¹ Folios 292 a 294.

⁴² Folios 299 a 301.

⁴³ Folios 302 a 304.

⁴⁴ Folios 305 a 308.

⁴⁵ Folios 309 a 311.

⁴⁶ Folios 312 a 315.

⁴⁷ Folios 316 a 318.

⁴⁸ Folios 25 a 27.-

Consejo de Estado, puso a consideración de la Corte Suprema de Justicia una nueva terna conformada por los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Con tal objeto, argumentó:

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

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

Ciertamente como es de público conocimiento, el actual trámite para la elección del Fiscal General de la Nación se inició con la solicitud del entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en la que se señaló que era necesario que el Presidente de la República presentara una terna para elegir al Fiscal General de la Nación, toda vez que el periodo del que estaba en ejercicio vencía el 31 de julio de 2009, debiendo asumir su rol el nuevo Fiscal a partir del 1 de agosto siguiente, cuya designación por mandato constitucional estaba a cargo de la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República.

(...)

*Debe observarse que del número de votaciones que sobre esta nueva terna ha llevado a cabo la Corte, sin que ninguno de los nombres allí propuestos haya sido elegido, permite inferir la **falta de una voluntad colectiva de esa corporación judicial para elegir a algunos de los nombres allí propuestos**, independientemente de las calidades personales y profesionales de cada uno de ellos.*

*Ahora bien, dentro del ánimo que me orienta de respetar a cabalidad al independencia y la dignidad de la Rama Judicial, **antes de presentar a la Corte Suprema de Justicia la nueva terna que he conformado, mi Gobierno formuló una pregunta ante la Sala de Consulta y Servicio***

Civil del h. Consejo de Estado, relativa a la validez jurídica de esta nueva postulación. Esta Sala respondió indicando que la posibilidad de conformar una nueva terna, se ajustaba plenamente a derecho y que podía proceder a ello (...)⁴⁹. (Las negrillas son de la Sala).

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

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

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

Esta configuración exige la colaboración armónica de todas las autoridades (independientemente de la rama u órgano autónomo al cual pertenezca) con el objeto de cumplir, entre otros fines,

⁴⁹ Folios 25 a 27.-

“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios – derechos y deberes consagrados en la carta fundamental” (artículo 2º); y, al mismo tiempo, evitar la acumulación de funciones en una misma persona o cuerpo colegiado, propendiendo así por la garantía del principio de pesos y contrapesos, en el que se configura un escenario de control mutuo.

En efecto, de acuerdo con el artículo 113, la Constitución no solo admite sino que promueve la existencia de controles recíprocos entre las distintas ramas y órganos autónomos por medio del clásico mecanismo de pesos y contra pesos⁵⁰

El principio de división del poder público en tres ramas y otros órganos autónomos e independientes, está acompañado desde su origen del de equilibrio entre los mismos, con fundamento en el cual mediante un sistema de *“checks and balances”*⁵¹, cada órgano tiene la posibilidad de controlar a los demás en el ejercicio de sus funciones⁵².

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

⁵¹ Pesos y contrapesos.

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

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

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

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

calidades constitucionales y legales de cada uno de los aspirantes.

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

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

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

Análisis del sub-lite.-

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

Transcurridas 13 Salas y varias votaciones sin que se hubiera logrado la elección del Fiscal General de la Nación, el nuevo

Primer Mandatario del Estado, motivado en el clamor nacional, la conveniencia institucional y el interés general y; apoyado en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, presentó una nueva terna integrada por los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta.

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

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

Por otra parte, por las razones que anteceden, no se puede afirmar, como lo pretende el demandante, que existieron simultáneamente dos ternas pues, como ya se vio, con la radicación de la última, el Presidente de la República revocó tácitamente la primera. En efecto, del escrito que presentó el primer mandatario el 5 de noviembre de 2010⁵³, en el que postuló a los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta; se desprende claramente su intención de “*conformar una nueva terna*”, y de sustituir, en su integridad, la anterior. Sostener lo contrario resultaría

⁵³ Visible a folios 25 a 27 del expediente.

ilógico, si se tiene en cuenta que la misma Corte Suprema de Justicia, ante el cambio de la terna, votó y eligió de la nueva.

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

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

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

cuales motivaron el cambio de la terna, que se tradujo en su revocatoria.

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

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

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

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

Así, el artículo 58 de la Carta Política, modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999, preceptúa que *“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”*. A su turno, la Ley 153 de 1887, en el artículo 17, dispone que *“las meras expectativas no constituyen derecho”*. (Las negrillas son de la Sala).

En relación con el contenido de las anteriores disposiciones, la jurisprudencia ha entendido que *“la garantía de los derechos adquiridos se predica de aquellos derechos que una vez consolidada la situación jurídica particular y subjetiva o individual y constituido así el derecho*

concreto, resultan infrangibles frente a una nueva legislación. Esto no significa que la regulación legal no pueda cambiar y que toda variación normativa desconozca derechos adquiridos, pues nadie tiene derecho a una cierta y eterna reglamentación de sus derechos y obligaciones”⁵⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 5º. Modificado. Acuerdo 005 de 2002, Art. 2. Quórum. El quórum para deliberar será la mayoría de los miembros de la Corporación. Las decisiones se tomarán por igual mayoría, salvo en los siguientes casos en los cuales se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de sus integrantes: elección del Presidente y Vicepresidente de la Corte, de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los integrantes de las ternas para Magistrados de la Corte Constitucional, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República y Auditor de la Contraloría; las reformas al presente Reglamento y los proyectos de ley de iniciativa de la Corte.”.

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

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

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

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

Para el momento de elección de la Doctora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS, como Fiscal General de la Nación, la H. Corte Suprema de Justicia se encontraba integrada por 18 magistrados, y no por 23 como

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

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

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

(i) La estructuración del cargo invocado.-

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

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

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

Así, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tiene un marco procesal que debe observar, contenido en los artículos 137 y siguientes del C.C.A. y, en materia del contencioso electoral, en los artículos 223 y siguientes *ibídem*. Lo anterior no implica que el Juez pase por alto los derechos sustanciales de las partes como el que se refiere al acceso efectivo a la administración de justicia. En este sentido, y tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, en los eventos en los que se encuentre de por medio la violación a un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, el Juez está

obligado a proceder a su protección aunque el actor no haya cumplido con la obligación de señalar las normas violadas y el concepto de violación de que trata el artículo 137 numeral 4º del C.C.A. Tampoco puede olvidarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta Fundamental, cuando el Juez advierta incompatibilidad entre una norma de la Constitución y otra que debe sujetarse a ella, tiene la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad. En otro escenario, es válido afirmar que, en tratándose de situaciones en las que la finalidad de la acción consiste en la protección de la integridad del ordenamiento jurídico y de por medio se encuentra un interés superior al de aquellos que puedan estar conformando la *litis*, es obligación del Juez actuar como un agente activo en la consecución de la justicia material, pues dentro de un Estado Social de Derecho el funcionario judicial no es un mero espectador de la actuación de las partes dentro del proceso.

A su turno y, de manera concurrente, no puede obviarse que la garantía del derecho al debido proceso constituye un pilar esencial de la función jurisdiccional, en virtud del cual, en todo caso, se limita al Juez en la asunción de una amplia potestad a la hora de fallar, pues de por medio se encuentra el interés de quien se viera perjudicado en los resultados del proceso, que puede exigir

la interpretación irrestricta de las formas que pudieron no cumplirse a cabalidad dentro del trámite.

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

Concretamente, la acción de nulidad electoral es entendida como una especie de la acción de simple nulidad, contemplada en el artículo 84 del C.C.A., a la cual es imperativo acudir cuando se debata la legalidad de nombramientos o de actos administrativos de naturaleza electoral y para cuyo trámite tiene disposiciones específicas, no excluyentes⁵⁶, a partir del artículo 223 *ibídem*.

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

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

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

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

*El decreto 250 de 1970, en su artículo 62, modificado por el artículo 1º del Decreto 526 de 1971 dice que “en la elección que hacen las corporaciones judiciales (...) el candidato no se considerará designado o escogido sino cuando reúna **las dos terceras partes de los votos de los miembros de la corporación.** (Se resalta) la norma hace parte del título primero sobre las funciones de la carrera judicial.*

*Esta disposición hay que compaginarla con los artículos 152 literal c) de la carta y el 231 de la misma. Por su parte el artículo 42 del decreto 1660 de 1970 enfatiza que en las elecciones de funcionarios que haga la Corte, “no se considerará elegido el candidato sino cuando haya obtenido a su favor los dos tercios de los votos **de los miembros que integren la Corporación respectiva reunida en pleno.** (Se resalta).*

*Por lo demás y como continuación de la constante y perseverante conducta a que se ha hecho relación, el decreto ley 901 de 1969 que fue derogado por el decreto ley 250 de 1970 dispuso en su artículo 2º que la elección de funcionarios y empleados judiciales que corresponda hacer a la Corte Suprema de Justicia “requiere, en cada caso, el voto afirmativo (...) **de los miembros que la integran**” (Se resalta).*

*Y para reforzar aún más el marco argumental sobre el requisito de integración de la Corte con el número de sus miembros viable para la competencia de elección de Fiscal, viene el decreto 3272 de 1985 que tomó medidas urgentes para la integración de la Corte, **desintegrada** abruptamente por los hechos del Palacio de Justicia. Allí se previó que para ocupar las plazas vacantes se requería un número determinado de votos “de los Magistrados **que en la actualidad integran la Corporación, integrada por todos los sobrevivientes**”.*

El fin del decreto de emergencia fue permitir que, tras los eventos de la toma del palacio, la Corte ejerciera su función electoral a pesar de no contar, por fuerza mayor, con la totalidad de sus miembros, lo cual resulta útil hoy en día para contrastar el hecho de que a regulación ordinaria solo permite a la Corte ejercer dicha función cuando está integrada por la totalidad de sus miembros.

La Corte Suprema de Justicia introdujo un elemento extraño en el mecanismo de elección de fiscal al acudir al concepto de quórum como sustento de la decisión. El concepto de quórum responde al número mínimo de miembros de la corporación que se requiere para deliberar o para adoptar válidamente una decisión, por lo que implícitamente hace alusión al número máximo de ausencias permitidas para el ejercicio de dichas competencias. (...).”.

De la lectura del referido cargo, encuentra la Sala que la censura a la que se refiere el actor bajo la denominación de “*incompleta integración de la Corte Suprema de Justicia para la elección de*

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

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

Advierte la Sala que el Decreto 1660 de 1978 contiene disposiciones sobre administración de personal de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, norma que sería suficiente para resolver el problema jurídico aquí planteado dado el contenido del artículo 204 de la Ley 270 de 1996 que preceptúa: *“Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, **continuarán vigentes**, en lo pertinente*

el Decreto-ley 052 de 1987 y Decreto 1660 de 1978, siempre que sus (las) disposiciones (que) no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley.” (Las negrillas son de la Sala).

Sin embargo, y sin desestimar la norma anterior, el Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia, contenido en el Acuerdo No. 006 de 2002, establece, en el artículo 5º, una disposición de idéntica literalidad a la citada, cuando señala: “*Artículo 5º. Modificado. Acuerdo 005 de 2002, Art. 2. Quórum. El quórum para deliberar será la mayoría de los miembros de la Corporación. Las decisiones se tomarán por igual mayoría, salvo en los siguientes casos en los cuales se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes (2/3) de sus integrantes: elección del Presidente y Vicepresidente de la Corte, de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, del Fiscal General de la Nación, de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los integrantes de las ternas para Magistrados de la Corte Constitucional, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República y Auditor de la Contraloría; las reformas al presente Reglamento y los proyectos de ley de iniciativa de la Corte.*”.

Por su parte, el artículo 14 del Decreto 1660 de 1978 establece: “*En las elecciones de funcionario que hagan la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Superior de Aduanas, se procederá individualmente. No se considera elegido el candidato sino cuando haya obtenido a su favor los dos tercios de los votos de los miembros que integren la corporación respectiva reunida en*

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

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

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

En conclusión, el problema jurídico planteado versa sobre la integración de la H. Corte Suprema de Justicia al momento de la elección del Fiscal General de la Nación, de cara a establecer si

se cumplió con el requisito de mayoría establecido en el artículo 5º del Acuerdo No. 006 de 2002.

(ii) Lo probado en el proceso.-

- En Sesión Extraordinaria de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 23 de septiembre de 2010, contenida en el Acta No. 35, al final de la votación respectiva sin que se lograra la elección del Fiscal General de la Nación, el entonces Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que “(...) *había necesidad de hacer un esfuerzo adicional, en ese momento en que había 20 Magistrados, pues como ya se sabía en pocos días tres magistrados cumplirían el periodo constitucional y por tanto no estarían presentes en el recinto.*” Adicionalmente, citó a una sesión extraordinaria para estudiar las dificultades en el tema de las elecciones pendientes (folios 492 a 495).
- De conformidad con el Acta N° 36 de 27 de septiembre de 2010, en sesión extraordinaria con la participación de 20 Magistrados (teniendo en cuenta que dos de ellos se encontraban en comisión de servicios) se consideró que el objeto era abordar el problema electoral. Con tal

propósito, previa votación, decidió conformar tres grupos y designar un coordinador que presentara las fórmulas y deliberaciones en cada una de las Salas Especializadas sin que finalmente, presentadas varias propuestas, se llegara a ninguna decisión, levantándose la sesión (folios 496 a 499).

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

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

- En sesión ordinaria de 23 de noviembre de 2010, Acta No. 40, con la participación de 18 Magistrados, se declaró la Corte en sesión permanente para buscar fórmulas que condujeran a tomar decisiones en los temas electorales.
- El día 29 de noviembre de 2010 se reanudó la sesión con 18 Magistrados, se acordó votar en bloque las elecciones pendientes (Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia, 5 cargos de Magistrados vacantes y Fiscal General de la Nación). También se modificó el orden del día aprobado el 23 de noviembre y se propuso desarrollar la sesión en el siguiente orden: 1. Escuchar por 30 minutos en audiencia pública, transmitida por el canal institucional, a los integrantes de la terna enviada por el actual Presidente de la República; 2. Reintegrar la H. Corte Suprema de Justicia, efectuando la elección de las magistraturas vacantes, y 3. Elegir al Fiscal General de la Nación (folios 506 a 515).
- El 1º de diciembre de 2010, la sesión fue reanudada y en ella se agotó el primer punto del orden del día. Previamente a las votaciones pendientes, el Presidente de la Corporación designó una comisión escrutadora y decretó un receso para que *“efectuara el conteo y verificara si todas ellas arrojaban un resultado de 16 votos*

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

“(…)

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

(…)” (Negritas y subrayas de la Sala).

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

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

Dicha propuesta de interpretación del Reglamento fue “**por esta única vez**” sometida a consideración de la Sala y adoptada con **13 votos**. Agotado dicho aspecto, se consignó en el acta lo siguiente:

“(...)

III. ELECCIÓN DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN.

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

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

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

Diago quien venía ejerciendo en encargo.” (Folios 514 y 515).

- A través de Oficio PCSJ No. 2230 de 2 de diciembre de 2010 el Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia le informó a la persona electa la designación (folio 33).
- Por último, en sesión extraordinaria de la Sala Plena del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria, celebrada el 14 de diciembre de 2010 (Acta No. 42), se confirmó el nombramiento en propiedad de la Fiscal elegida.

(iii) Análisis del cargo.-

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

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

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

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

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

del Acuerdo N° 006 del 12 de diciembre de 2002) y de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento.

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

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

- De las actas de votación concluye la Sala que al interior de la Corte Suprema de Justicia existía certeza sobre las consecuencias de la disminución del quórum decisorio, razón por la cual, para obviar tal circunstancia, se propuso la “*reforma al Reglamento*”. En efecto, en sesión de 23 de septiembre de 2010,

el Presidente (E) de la Corporación hizo un llamado invitando a efectuar un esfuerzo adicional para llevar a cabo la designación, “(...) *pues en pocos días 3 magistrados cumplirían su periodo constitucional*”. Por tal motivo, en algunas sesiones, para superar dicha situación, se habló de la posibilidad de reformar el Reglamento, tal como da cuenta el Acta No. 36 del 27 de septiembre de 2010, en la que se aprobó la propuesta de conformar tres grupos que presentaran fórmulas para solucionar el “*tema electoral*”, uno de los cuales (el grupo dos) propuso “*que las elecciones se hicieran con 12 votos pero aclaró que frente al tema de reforma al Reglamento, ésta no debía hacerse por una situación coyuntural*” (folio 497).

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

“ (...) una alternativa para superar la dificultad **era adoptar por única vez, el criterio de que las dos terceras partes de los votos** (mayoría exigida por el Reglamento), **se calculara no sobre los 23 Magistrados**

que deben integrar la Corte Suprema de Justicia, sino sobre los 18 que actualmente la componen.

(...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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

- Es evidente que toda autoridad encargada de aplicar el derecho debe efectuar un proceso hermenéutico que le permita pasar de un grado de abstracción -dado por el tenor literal de la norma- a una disposición concreta en el asunto estudiado⁵⁷. Bajo esta premisa, es dable afirmar que a la H. Corte Suprema de Justicia le es connatural, como intérprete autorizado de su propio Reglamento, fijar el alcance al mismo con el objeto de materializarlo en los asuntos sujetos a su consideración.

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

⁵⁷ Al respecto ver en la “*Teoría pura del Derecho*”. Hans Kelsen. Traducción de Roberto Vernengo de la edición alemana de 1960. México, Ed. Porrúa. Capítulo VIII.

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

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

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

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

En el presente asunto, si se revisa la decisión que sobre la “*interpretación*” de su Reglamento adoptó la Corporación, en sesión del 1º de diciembre de 2010, ésta recayó sobre el concepto “*integrante*”, porque decidió calcular las dos

terceras (2/3) partes sobre 18 y no sobre 23 Magistrados, desconociendo así la jerarquía normativa.

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

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

Así, de acuerdo con los antecedentes de las discusiones dadas dentro del proceso electoral que ahora se analiza, se

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

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

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

El doctor William Namen Vargas: “(...) *voto negativamente la proposición de interpretación*” para disminuir las mayorías vigentes en las elecciones, porque en mi sentir, los artículos 1º y 3º del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia, son claros, explícitos e inequívocos a propósito,

y la sugerida disminución, únicamente puede y debe adoptarse mediante reforma expresa, la cual sugiero a la Sala Plena”.

El doctor Edgardo Villamil Portilla: *“Mi voto es negativo.”.*

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

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

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

de Justicia, 62 del Decreto Ley 250 de 1970, 14 del Decreto 1660 de 1978⁵⁸); es por ello que se impone declarar la nulidad de los actos demandados.

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

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

Sin embargo, mientras no se cumpla el rigor del trámite allí establecido, el texto original de Reglamento es de rigurosa aplicación. Sobre el particular, es pertinente la referencia a la denominada *“teoría de la intangibilidad del Reglamento”*, que es propia del Derecho Administrativo y se considera exacta para explicar el fenómeno que aconteció en este caso. Lo que subyace a esta teoría es que la administración –en el *sub-lite* la Corte Suprema de Justicia ejerció la función administrativa- debe respetar la legalidad que ella misma crea y no le es dable separarse de sus propias reglas.

⁵⁸ Se reitera que el ya mencionado artículo 14 del Decreto N° 1660 de 1978 se encuentra vigente, al tenor del artículo 204 de la Ley 270 de 1996. Adicionalmente, el contenido material de la primera de las disposiciones citadas, fue reproducido en su integridad, en el Artículo 5 del Acuerdo N° 006 de 2002 (Reglamento de la Corte Suprema de Justicia).-

Hacerlo significa violar el principio de legalidad de las actuaciones administrativas, para actuar por fuera del derecho vigente en el momento.

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

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

De ninguna manera es admisible que el Reglamento vigente se inaplique a un solo supuesto fáctico, porque actuar así deja entrever la arbitrariedad de la administración, ya que en lugar de aplicar el Reglamento vigente, modifica su texto (sin haberlo

derogado o cambiado previamente y de manera general), sólo para un caso concreto⁵⁹.

En el caso de autos, la Corte Suprema de Justicia, incurrió, precisamente, en ésta prohibición, porque estando vigente el artículo 5 de su Reglamento, pretendió inaplicarlo sin derogarlo, es decir, conservando su vigencia, solo que en la elección que se viene analizando no regiría como dispone su tenor literal. Esto vulneró el principio de legalidad, representado, en esta ocasión, en la regla contemplada en su propio Reglamento interno, cuya vinculación tiene que imponerle ahora el Consejo de Estado⁶⁰.

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

En efecto, es innegable que el ejercicio de la interpretación normativa por parte de la autoridad llamada a aplicar el derecho

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

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

está mediada por un cierto margen, el cual será mayor o menor dependiendo de aspectos tales como la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje o el grado de abstracción de la norma. Sin embargo, es incuestionable que dicha actividad encuentra límites dentro del mismo ordenamiento jurídico. Así, atendiendo a un sistema de jerarquía normativa y a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política, puede afirmarse que existe un principio de “interpretación conforme”⁶¹, en virtud del cual el ejercicio cognitivo será ajustado y válido dentro de un sistema jurídico con pretensión de coherencia y consistencia en la medida en que respete los principios constitucionales⁶².

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

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

⁶² Dos grandes obras marcan la actualización de la discusión sobre el papel de los principios en la interpretación y aplicación del derecho: Los derechos en serio, de Ronald Dworkin y La Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. El primero, señaló que además de reglas con supuesto de hecho plenamente definido, en los casos que representan dificultades al aplicador, este puede obtener la respuesta correcta mediante el recurso a los principios del derecho (Dworkin no se refiere exclusivamente a principios constitucionales. Su interés es

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

De este modo, todo sistema jurídico -si lo que pretende es ser un instrumento generador de convivencia perdurable- debe irradiar en el máximo grado posible, certidumbre a sus destinatarios, con el objeto de que de manera previsible éstos actúen de conformidad a él. Así mismo, y tal como se deduce del preámbulo,

discutir la tesis positivista de la discrecionalidad del juez, pues, a su juicio, el recurso a los principios le permite, al menos potencialmente, alcanzar la unidad de respuesta correcta. Esa potencialidad, representada por el ideal Juez Hércules es una idea regulativa, lo que significa que los jueces no pueden alcanzarla pero sí deben perseguirla en su trabajo cotidiano). Alexy, por su parte, investiga a fondo la estructura de los principios y, mediante un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, explica a profundidad el principio de proporcionalidad como herramienta para evaluar la legitimidad de la intervención en los derechos fundamentales. Las obras de ambos autores han suscitado amplias discusiones teóricas que escapan a los alcances de esta providencia. Relevante resulta, sin embargo, recalcar que a partir de ellas, la discusión sobre la interpretación y aplicación de la ley se ha enriquecido pues a la tradicional discusión entre la pertinencia vs la insuficiencia de la interpretación literal y mecánica, se agrega, actualmente, la importancia de incorporar herramientas que asuman la mayor vaguedad e indeterminación de los principios, y las opciones valorativas que la aplicación acarrea.

dicho sistema de normas (entendido este concepto en su sentido material) tiene, además, una pretensión de corrección, de justicia material, cuyo contenido no puede ser otro, en principio, que el catálogo de valores, principios y reglas intrínsecos a la Carta Superior, (sin olvidar, por supuesto, todos aquellos que por vía del artículo 93 de la Constitución Política se convierten en referente de validez e interpretación).

En este sentido, la seguridad jurídica adquiere trascendencia en la vida misma de la organización estatal y ello se logra cuando el poder se ejerce mediante normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios y, en consecuencia, los individuos receptores de las mismas tienen la capacidad de predecir la respuesta del ordenamiento y actuar en consecuencia⁶³. Al respecto, en Sentencia del Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-, de 1º de abril de 1997⁶⁴, se afirmó que la seguridad jurídica *“no es sino certeza de que la regulación normativa se cumplirá a todo trance, es reflejo del orden en las*

⁶³ Para Kelsen, la seguridad jurídica consiste: *“en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales predecibles”*. *Teoría Pura del Derecho*. Hans Kelsen. Traducción de Roberto Vernengo de la edición alemana de 1960. México, Ed. Porrúa. Pg. 260. Vale resaltar que aunque la presente cita se refiere exclusivamente a la actividad judicial, es perfectamente aplicable en tanto pretensión de todo el ordenamiento jurídico.

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

*situaciones individuales, el cual hace que el sujeto sepa a qué atenerse en el ámbito de sus relaciones*⁶⁵.

Íntimamente relacionada (sin que sea dable confundir la seguridad jurídica con el principio al que a continuación se hará referencia, pues cada uno de ellos conserva sus características propias⁶⁶), “*la confianza legítima*” adquiere gran relevancia en el presente análisis. Dicha máxima se deriva del principio de la buena fe regulado en el artículo 83 de la Constitución Política (que viabiliza la construcción de una relación de confianza de doble vía entre la Administración y los particulares) y es entendida como aquella obligación a cargo de las autoridades administrativas de no alterar

⁶⁵ En la misma providencia, en relación con este tópico, se afirmó: “*La Sección Segunda en la sentencia recurrida no se detuvo a valorar la importancia que para el derecho tiene “la seguridad jurídica”, respecto de la cual se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 22 de mayo de 1979, en los siguientes términos: “Sobre la función de la seguridad jurídica como legitimación de legalidad, se han pronunciado especialmente en la época moderna, destacados tratadistas (...) Así, la función del derecho es siempre seguridad, aseguración, lo mismo en un régimen tradicionalista, que en un régimen revolucionario, pues, tanto en un caso como en otro, se trata de asegurar la realización de determinadas tareas, bien que éstas sean radicalmente diversas en uno y otros casos... No hay derecho sin seguridad; pero además el derecho debe ser justo, porque lo que importa asegurar no es cualquier cosa, sino un orden que precisamente sea justo (Mayúsculas de la Sala) (Estudio sobre Filosofía del Derecho, Págs. 235 y ss.)”.*

⁶⁶Al respecto, en Sentencia del Consejo de Estado - Sala Plena, de 15 de febrero de 2011, C.P. doctor Enrique Gil Botero, radicado No. 2010-01055-00 (PI), se afirmó: “*Desde este punto de vista, la confianza legítima se inspira en el deber que tiene la administración de observar sus propias decisiones, en relación con los casos futuros, siempre que compartan entre sí las mismas condiciones y supuestos de configuración. En buena medida, este principio, introducido primero por la doctrina colombiana-que lo trasladó del derecho español, y éste, a su vez, lo incorporó del alemán-se apoya en la seguridad jurídica, sin confundirse con ella, pues cada uno tiene su propio contenido. Lo que acontece es que casi siempre la confianza legítima genera seguridad jurídica, y por eso se tiende a asimilarlos, pero equivocadamente. De hecho, no es extraño que en el caso concreto el demandado aduzca que los conceptos jurídicos en los que se apoyó para la decisión de postularse a la Cámara de Representantes le produjeron “seguridad jurídica” y “confianza”.*

las reglas de juego que regulan sus relaciones con los particulares sin que previamente se otorgue un periodo de transición para que el comportamiento de los destinatarios de la norma se ajuste a lo que ahora exige el ordenamiento jurídico. Esta garantía, adicionalmente, parte de la idea de proteger expectativas legítimas que surgen de los hechos positivos de las autoridades que aplican -a una situación particular- el derecho. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-478 de 1998, consideró, en relación con este principio que: *“(...) pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.”*

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

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

Dentro de este marco, no obstante, es oportuno resaltar que los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima así como el principio – derecho a la igualdad no son óbice para la evolución del derecho, por lo que, de manera razonada, es válido que el ordenamiento rectifique o valore nuevamente sus decisiones previas en pro de dotar de mayor justicia material y coherencia interna al sistema normativo.

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

comprendiendo un amplio complejo de garantías como la defensa y el juez natural.

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

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

Por lo anterior, dada la actuación reiterada de dicha Corporación en este aspecto y en desarrollo del principio de confianza legítima,

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

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

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

- La razón que motivó la “interpretación” del Reglamento por parte de la Alta Corporación fue la reducción de los Magistrados debidamente elegidos y posesionados en sus cargos; por lo que debe advertirse que esta situación, si bien se agravó cuando había un quórum de 18, se presentó a lo largo del proceso electoral, incluso en vigencia de la primera terna, en la medida en que la Sala en Pleno fue desintegrándose paulatinamente [de ello da cuenta el Acta No. 37 de Sesión ordinaria de 7 octubre de 2010, momento en que también se efectuaron votaciones]; por lo que, bajo el imperativo de la igualdad la posibilidad de ser elegidos con las dos terceras (2/3) partes de los Magistrados en actividad debió considerarse desde el momento en que el supuesto fáctico se presentó.
- Desde otro punto de vista, revisada el Acta contentiva de la sesión extraordinaria en la que resultó elegida la Fiscal General de la Nación, se evidencia que una vez aprobada

la “*interpretación*” al Reglamento sólo se consideraron los nombres de los dos postulados que habían obtenido previamente las mejores votaciones. Ello permite afirmar que, si bien es válido que en el curso de procesos electorales se efectúen este tipo de ejercicios en aras de lograr su propósito, lo cierto es que en el presente asunto no se le permitió a uno de los integrantes la terna participar en la dinámica electoral con sujeción a una nueva regla, (esto es, la oportunidad a que su nombre fuera considerado).

Contra las dos referidas conclusiones podría argumentarse que **la aplicación de la nueva regla** cuando empezó a desintegrarse la H. Corte Suprema de Justicia no permite inferir que se hubiera llegado a una decisión diferente a la de ahora (teniendo en cuenta para el efecto las votaciones que se presentaron) y que, en consecuencia, no se vulneró materialmente el bien constitucional aludido. Al respecto, no obstante, ha de afirmarse que la validez o no de una interpretación a la luz de los postulados constitucionales no puede regularse por criterios consecuencialistas, máxime cuando ello desconocería el desarrollo imprevisible de estos ejercicios electorales, (lo que permite afirmar que no es lo

mismo que a una persona le falten tres votos a que le falte solo uno).

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

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

(iv) La **modificación** del alcance de la mayoría requerida para la elección del Fiscal General de la Nación, cambiando su propio precedente, tuvo una incidencia directa en la seguridad jurídica que no era admisible en el estado en el que se encontraba el proceso de elección.

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

Tan evidente es que dicha consideración de excepcionalidad fue lo que motivó la “*interpretación*” de la Corte Suprema de Justicia a su Reglamento -sin desconocerse que lo efectuó con el objeto de

conseguir un fin constitucionalmente válido como lo era la elección del Fiscal General de la Nación- que estimó que la aludida interpretación la haría por **“una sola vez”**, lo cual revela que en una situación similar no aplicaría regla idéntica, con lo que genera, nuevamente, inseguridad en el ordenamiento jurídico.

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

- De conformidad con lo sostenido por el doctrinante Cabanellas⁶⁷, la convalidación ha sido definida en los diccionarios jurídicos como *“hacer válido lo que no era. La convalidación constituye un acto jurídico por el cual se torna eficaz otro que estaba viciado de nulidad relativa. Ahora bien, si el acto que se intenta convalidar es nulo, de nulidad absoluta, también lo será la convalidación; de tal manera que solo cabe realizarla en aquellos actos cuya nulidad sea saneable.”*.

Por su parte, el tratadista Manuel María Díez sostiene que:

⁶⁷ “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” Tomo II, página 364.

“La convalidación es una declaración de voluntad del órgano administrativo competente, por medio de la cual reconoce la existencia de un vicio en el acto administrativo y lo considera eliminado desde su origen mediante la supresión de la ilegalidad cometida. Si al acto le faltan ciertos requisitos estos serán cubiertos por la convalidación.

(...)

La convalidación en sentido estricto está constituida o resulta de una sucesiva determinación volitiva de la administración, destinada a confirmar el procedimiento inválido, eliminados los efectos de la invalidez que le afectaba⁶⁸.

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

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

⁶⁸ “Derecho Administrativo, Tomo II Organización Administrativa - Actos Administrativos”. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires - Argentina. 1965. Pág. 396.

A su turno, mediante el acto de elección se designa a la persona que de la terna, por decisión de la mayoría legal y reglamentaria, ocupará el cargo de Fiscal General de la Nación; y, el acto de confirmación tiene por objeto la verificación de los requisitos y calidades constitucionales y legales de quien resultó elegido con el objeto de alcanzar su posesión, tal como lo establece el artículo 133 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que a la letra en su inciso 3º dispone:

“(…)

La autoridad competente para hacer la confirmación sólo podrá negarla cuando no se alleguen oportunamente las pruebas mencionadas o se establezca que el nombrado se encuentra inhabilitado o impedido moral o legalmente para el ejercicio del cargo.” (Las negrillas son de la Sala).

Por lo anterior, en el presente asunto no se evidencia una voluntad de la Corte Suprema de Justicia de subsanar irregularidad alguna pues, según el acta de confirmación visible a folios 31 y 32 del expediente, nunca hubo una manifestación de subsanar vicios. Se reitera, con éste acto solo se verificó el cumplimiento de unos requisitos y calidades del que fue elegido para que pudiera posesionarse en el cargo y, en consecuencia tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia el acto de elección y confirmación lo que configura es un acto complejo⁶⁹.

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

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

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

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

FALLA

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

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

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Presidente.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE
VALENCIA

SUSANA BUITRAGO

HUGO F. BASTIDAS BÁRCENAS
VALENCIA

MARTHA TERESA BRICEÑO DE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
GONZÁLEZ

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

ENRIQUE GIL BOTERO
GIRALDO

WILLIAM GIRALDO

CARMEN TERESA ORTÍZ RODRÍGUEZ
DE PÁEZ

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH
LASSO

MARIA CLAUDIA ROJAS

JAI ME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
CUERVO

MAURICIO TORRES

OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORERO
QUINTERO

LUIS RAFAEL VERGARA

Impedido

ALBERTO YEPES BARREIRO
BARRERA.-

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO