



NULIDAD ELECTORAL – Contra el acto de elección del Fiscal General de la Nación / NULIDAD ELECTORAL – Finalidad del medio de control / ACTO ELECTORAL – También demandables por las causales generales para demandar la nulidad de los actos administrativos comunes / NULIDAD ELECTORAL – Elementos de configuración de la causal de violación de norma superior / NULIDAD ELECTORAL – Hipótesis en las que se materializa la causal de violación de norma superior

La acción de nulidad electoral en términos de la Constitución Política artículo 237, o el medio de control de nulidad electoral como lo denomina el artículo 139 del CPACA, tiene como propósito reestablecer el orden jurídico en abstracto y preservar la legalidad –en la comprensión amplia de este principio, que incluye no solo la legislación sino toda norma de orden superior–, cuandoquiera que haya sido trastocada en actos de elección por voto popular–e inclusive decisiones que reflejan el resultado en el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana –, llamamiento o nombramiento. Los motivos por los que se consideran viciados de nulidad los actos electorales, que pueden ser “propios”, porque contienen la declaratoria de la voluntad de un determinado electorado (electoral propio), o “impropios” porque contienen la decisión de la administración de designar a un servidor o dignatario, se encuentran contenidas en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, que positivizó la postura jurisprudencial acogida por la Sección Quinta de esta Corporación, en cuanto estableció que, además de los motivos especiales definidos por el legislador, también podían ser atacados por las causales generales previstas para demandar la nulidad de los actos administrativos comunes. (...). Es claro entonces, que la anulación de los actos de elección, llamamiento y nombramiento puede sustentarse en los supuestos del artículo 137 *ejusdem*. (...). En relación con la causal de nulidad de los actos administrativos consistente en la infracción de las normas en que debían fundarse –también conocida genéricamente como “violación de norma superior”–, en el que se sustenta el único cargo de la demanda que da lugar al vocativo de la referencia, es menester precisar, tal y como lo señaló la Sala en sentencia del 27 de octubre de 2016, que consiste en el desconocimiento de las disposiciones normativas que componen el marco jurídico del acto administrativo-electoral. Dicho de otro modo, el cargo de nulidad se estructura en los eventos en que el acto enjuiciado se aparta de las normas superiores a las cuales “debía respeto y acatamiento en la medida en que éstas le imponen (...) su objeto y finalidad”. De allí que se admita por parte de esta Sala Electoral la existencia de dos elementos de configuración en relación con el mentado motivo de anulación. Por una parte, es preciso demostrar que los preceptos normativos que se aducen como vulnerados hacen parte del grupo de prescripciones normativas que reglan “la materia que es objeto de decisión administrativa.” En este orden, en tratándose del medio de control de nulidad electoral, dicha causal puede fundar la solicitud de anulación de un acto de elección o nombramiento cuando los preceptos normativos presuntamente infringidos pertenecen “a la regulación aplicable a esa elección o nombramiento. (...). Así las cosas, no se trata de cualquier manifestación del poder ordenador de la voluntad del Estado el que tiene la vocación de constituir un vicio atentatorio de la legalidad que debe revestir todo acto administrativo, sino de una que se da en una relación bidireccional y asimétrica en la que el objeto del examen judicial recaiga sobre el dispositivo de menor rango visto en perspectiva con la singularidad o el conjunto de elementos, según se trate, reflejada en locaciones jerárquicas que lo sobrepasen. De ahí que sea inadmisibles enfrentar en examen de legalidad dos normas de igual jerarquía, o pretender la nulidad de un acto que se opone a previsiones de una preceptiva situada en un nivel inferior. (...). Por otra parte, resulta indispensable para la prosperidad de este cargo que se acredite la no avenencia del acto bajo censura a las normas que constituyen su marco



jurídico de referencia. De allí que se deba probar que la prescripción jurídica que integra el concepto de violación alegado debía imbuir la expedición y contenido del acto, y que, contrario a ello, el acto terminó constituyendo una oposición directa o indirecta de aquel; disconformidad que puede tener lugar en las siguientes hipótesis: (i) Falta de aplicación de la norma, situación que se presenta luego de que la autoridad que profiere el acto ignora la existencia del presupuesto normativo, o conociéndolo, no lo aplica en el asunto que la ocupa; (ii) Aplicación indebida de la norma, la cual se presenta luego de que las reglas jurídicas empleadas por la autoridad para fundar el acto, no se conforman a la situación fáctica del caso a tratar, como consecuencia de una equivocación en la valoración y escogencia de la disposición normativa; (iii) Interpretación errónea de la norma, consistente en el entendimiento desatinado del precepto o preceptos que sustentan el asunto por resolver. De lo anterior se decanta que su materialización resulta del cotejo entre las normas invocadas como infringidas y el acto electoral acusado; peculiaridad propia de los vicios contenidos en el artículo 137 del CPACA.

PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES – Finalidad / PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES – Asignación de competencias específicas a las ramas del poder público: legislativa, ejecutiva y judicial / PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES – Sistema de frenos y contrapesos

La separación de poderes se presentó así como una cortapisa a la arbitrariedad del ejercicio de la autoridad pública que, por otro lado, garantizaba la eficacia de los derechos y libertades de la ciudadanía, al establecer límites concretos y exactos para la puesta en marcha del poder, que permitían, por contera, la existencia de espacios en los que el administrado podía desarrollarse libremente, sin ninguna interferencia estatal. El principio no solo racionalizó la actividad del Estado, sino que la hizo igualmente más efectiva, especializándola mediante la atribución de competencias específicas que llevaron al perfeccionamiento de los encargos efectuados. La separación pasó entonces por distinguir que mientras la creación del Derecho correspondía a la Rama Legislativa; la administración de los asuntos públicos dependía de las labores de una Rama Ejecutiva; que en muchos de los casos era representada por un Presidente. La resolución de las controversias y litigios fue asignada a los jueces, quienes deberían ostentar autonomía e independencia frente a las demás ramas del Poder, como sustrato para su funcionamiento. De esta manera, el principio de separación de poderes contó con tres significados diversos. En primer lugar, como elemento restrictor del abuso del poder, que impedía su concentración. En segundo lugar, como garantía de los derechos de los asociados, mediante la imposición de amojonamientos a las autoridades. Por último, como presupuesto que catalizó el correcto desempeño de las funciones públicas, a través de la especialización de las labores del Estado. (...). Así, el artículo 113 de la Carta Política de 1991 abrigó en su redacción el principio de la separación de poderes. (...). [L]a Constitución Política de 1991 se aparta de la concepción clásica de la separación de poderes –en la que el desarrollo de las competencias de los órganos estatales se realiza de forma independiente y autónoma, sin mediar relación alguna entre éstos–, para imponer una visión un tanto más dinámica, conocida como el sistema de frenos y contrapesos, en el cual la fiscalización mutua entre las autoridades y la cooperación para la materialización de los propósitos estatales, se constituye en la “piedra angular” de la estructura emergente. (...). Sin pretender la exhaustividad, una lectura detallada de la Norma Superior permite destacar como expresiones del sistema de frenos y contrapesos, la fiscalización judicial y política de la declaratoria de los estados de excepción por parte del Gobierno Nacional; las citaciones y requerimientos a ministros, jefes de departamentos administrativos y

superintendentes venidas del Congreso; las investigaciones y juzgamientos penales de congresistas adelantados por la Corte Suprema de Justicia; el control de las leyes por parte de la Corte Constitucional; la fiscalización de la legalidad y juridicidad, de los actos administrativos expedidos por la administración pública a cargo de los jueces administrativos. (...). En suma, el núcleo esencial de la separación de poderes, en su voz de pesos y contrapesos, es debidamente observado cuando el cumplimiento de las funciones estatales otorgadas a un órgano se desenvuelve en un ambiente de (i) independencia que excluya cualquier tipo de injerencia externa en los diferentes dominios que encubren la entidad – v.gr. funcional, organizativo, etc.–; y (ii) autonomía, en el sentido de poder desplegar su actividad por sus propios medios y autogobernándose.

CARGO PÚBLICO – Periodos objetivos o institucionales y subjetivos o personales / CARGO PÚBLICO – Diferencias entre período institucional y período personal

En palabras de la Corte Constitucional existen dos tipos de períodos: los objetivos o institucionales y los subjetivos o personales, resaltado que su diferencia radica en que, en los periodos personales, se elige o designa el reemplazo de quien incurra en causal de falta absoluta antes de la terminación del período correspondiente, mientras que en el período institucional, el reemplazo es elegido o designado por el resto del período hasta que se cumpla el lapso que le faltaba a su antecesor. A su vez destaca que en el período personal el elegido o designado se vincula al servicio público para todo el período señalado en la Constitución Política o la ley, que las elecciones de funcionarios de período institucional se realizan en la misma fecha y los nombramientos o elecciones de cargos de período personal se llevan a cabo cuando el titular culmine su período. Al respecto el Consejo de Estado, desde vieja data, señaló que el periodo personal se cuenta a partir de la posesión del elegido, se ejerce el cargo durante el tiempo que señala la norma correspondiente y la falta absoluta del funcionario da lugar a una nueva elección para un nuevo período y el institucional es señalado por la norma, parte “...de una fecha determinada y por consiguiente debe finalizar en una fecha determinable”. En este caso la falta absoluta del principal se llena automáticamente con el suplente, o en ocasiones por medio de nueva elección, pero siempre por el tiempo que resta para completar el período. Como lo dejó sentado el Consejo de Estado, Sección Quinta, en providencia de 12 de agosto de 2013, con el Acto Legislativo No. 2 de 2002 se estableció el período institucional para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles y todos los cargos de elección popular quedaron sujetos a periodo institucional, los que se vinieron a sumar a el del Presidente -artículo 190-, el Vicepresidente de la República -artículo 202- y los congresistas que el artículo 132 constitucional señala que su período inicia el 20 de julio siguiente a la elección. En lo referente a la naturaleza del período de los cargos de elección diferentes a la popular, se concluyó que la postura de la jurisprudencia, constitucional y contenciosa, resultaba coincidente, en señalar que eran individuales salvo que expresamente se hubiera instituido su carácter institucional

PRECEDENTE JUDICIAL – Tiene carácter vinculante para los operadores jurídicos / PRECEDENTE JUDICIAL – Concepto / RATIO DECIDENDI – Concepto / RATIO DECIDENDI – Finalidad

El reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones judiciales –que para el caso colombiano se circunscribe a aquellas proferidas por las Altas Cortes– no significó –ni significa aún– una desvalorización de la ley, comprendida en un sentido lato, en la pirámide de las fuentes formales del Derecho, que en un orden

normativo como el nacional, sigue ocupando una ubicación preponderante que irradia la totalidad del actuar público. No. El derecho de origen judicial tan solo demuestra que las disposiciones legislativas, (...) deben ser interpretadas y “complementadas”, mediante el trabajo hermenéutico de los jueces, con el propósito de que adquieran su fuerza normativa, conjugando sus prescripciones con lo factual que caracteriza a cada una de las causas sometidas a su escrutinio. Y es que como lo ha admitido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la literalidad de los textos legales solo adquiere sentido y vivencia, cuando son objeto de interpretación por parte de los operadores judiciales. (...). En su acepción más simple, el precedente judicial ha sido definido por esta Sección, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como “aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización-determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”. De lo anterior se desprende que la idea de precedente, así planteada, apareja un carácter vinculante para los operadores jurídicos, lo que quiere decir que las sentencias que anteceden la resolución de un caso particular constituyen un importante factor a considerar, que estimula la coherencia y congruencia del sistema, como base de su legitimidad frente a sus asociados. Luego, en ese marco, cobra total importancia la discriminación entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. De ellos, sólo los dos primeros tienen fuerza vinculante para los operadores jurídicos. Así, mientras el carácter vinculante de las sentencias, en lo que tiene que ver con el *decisum*, se comprende desde la óptica de las consecuencias jurídicas que la providencia irradia sobre los asuntos puestos a consideración del juez y la posible modulación de ellos ; en lo que atañe a la *ratio decidendi*, su vinculatoriedad cristaliza la teoría del precedente judicial. (...). [L]a *ratio decidendi* es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutoria” (negrillas propias). Se trata de un elemento que constituye el factor determinante para dar respuesta al problema jurídico que entraña la sentencia y que marida en una prescripción judicial los aspectos normativos y fácticos que han servido de base al juez para desatar los cuestionamientos que le fueron propuestos. Este elemento resulta de crucial importancia para el ejercicio de la actividad jurisdiccional, principalmente el de las altas cortes, en la medida en que de él derivan los presupuestos que deberán tener en cuenta los jueces y magistrados en los subsiguientes fallos. (...). Ahora, si bien en dicha providencia la Corte se refirió a la ratio de las sentencias de constitucionalidad, es lo cierto que las mismas pautas se pueden aplicar, *mutatis mutandi*, a cualquier tipo de providencia, bajo la estructura lógica conformada por (i) un presupuesto fáctico que pueda plantearse de forma genérica y (ii) una interpretación normativa que ofrezca solución a los cuestionamientos de iure que subyacen al expediente. Esa conjugación entre el presupuesto fáctico genérico y su consecuencia, conforman la *ratio decidendi*, esto es, el porqué de la decisión. Entonces, cuando se alude a una razón de la decisión planteada de forma genérica, realmente, se apunta a una regla jurisprudencial que pueda ser comprendida, aun sin las especificidades del caso concreto. (...). [L]a observancia del precedente (...) cuenta igualmente con la virtud de servir como mecanismo de reducción de la complejidad del ordenamiento, no solo al precisar el entendimiento particular de las normas y postulados jurídicos en un marco fáctico particular, sino al facilitar la sustanciación de las causas judiciales que se encuentran cobijadas por la *ratio decidendi* de una providencia previa, pues, en estos asuntos, el juez limitará su actuación a determinar de manera exclusiva si las semejanzas que se presentan entre los asuntos comparados, conllevan la aplicación de las enseñanzas que fueron compiladas en una decisión judicial que antecede al caso sometido a estudio. (...).

En fin, al precedente subyace un deber de acatamiento que solo en circunstancias excepcionales puede ser desatendido, como es propuesto y perseguido por los demandantes respecto de las decisiones de 16 de abril de 2013 de la Sala Plena del Consejo de Estado, C-037 de 1996 y C-166 de 2014 de la Corte Constitucional, en cuanto al carácter personal dado al periodo del Fiscal General de la Nación.

PRECEDENTE JUDICIAL – Eventos en que puede ser objeto de modificaciones / PRECEDENTE JUDICIAL – Alcance de la jurisprudencia anunciada / PROVIDENCIA JUDICIAL – Difiere de los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil / PROVIDENCIA JUDICIAL – Tienen carácter obligatorio y pueden llegar a constituir precedente / CONCEPTO - Constituyen doctrina administrativa

En lo que respecta a la providencia de 16 de abril de 2013, la Sala fija desde ya que se trata de una sentencia que dispone al interior de este cuerpo colegiado de una envergadura especial, (...) por lo que de antemano las elucubraciones allí propuestas orientan la labor judicial de las secciones y subsecciones de la Corporación, pues, de una u otra forma, señalan la posición unívoca del órgano de cierre en la Jurisdicción Contenciosa frente a la temática particular de este expediente, constituyendo, en principio, precedente vinculante; sino a la vez, porque su existencia responde a las exigencias del artículo 270 del CPACA, lo que permite considerarla como una sentencia de unificación jurisprudencial. (...). Ahora bien, su trascendencia no es óbice para considerar que, lejos de ser inmutable y perpetuo, el precedente fijado pueda ser objeto de modificaciones, de llegarse a presentar las situaciones que habilitan dichas alteraciones, siempre y cuando los cambios estén expresamente referidos y motivados y su aplicación se produzca para los casos venideros, proscribiendo sus efectos retroactivos. En lo que corresponde a los supuestos fáctico-normativos que pueden llevar a un viraje jurisprudencial, esta alta Corporación judicial ha establecido, haciendo uso de la doctrina decantada por la Corte Constitucional en sus fallos, que ello podrá ocurrir en los eventos que se describen enseguida: A. Cuando surjan razones convincentes que permitan advertir de manera clara y resuelta que las interpretaciones condensadas en la *ratio decidendi* de una sentencia se muestran como equivocadas, pues desfiguran el alcance normativo de las reglas, principios o valores que sustentaron la decisión. (...). B. Luego de que los parámetros normativos que sustentaban la *ratio decidendi* de la providencia examinada son derogados, modificados o subrogados, a través de los procedimientos establecidos para ello, desarrollados por las autoridades competentes, pues la validez del cambio jurisprudencial dependerá igualmente de la legitimización operada en el ordenamiento. (...). C. Cambios de las condiciones sociales y económicas que exijan una respuesta adecuada a las expectativas de la comunidad. Así, los supuestos descritos configuran las causas lícitas que deben conllevar las alteraciones del precedente, siendo su entendimiento restrictivo como elemento protector del derecho de los jueces contra las veleidades que, bajo un tono positivo, pretendan modificar los puntos nodales de las subreglas jurisprudenciales construidas por los operadores jurídicos. Pero, más allá de estos condicionamientos, la Sala Especializada en Asuntos Electorales del Consejo de Estado destaca que cualquier tipo de modificación recaída sobre el derecho pretor debe ser expresa y debidamente motivada, a las voces del artículo 103 del CPACA, y la irradiación de sus efectos solo podrá producirse, por regla general, hacia el futuro, eso sí anticipando su aplicabilidad a través del instituto, denominado como el de la jurisprudencia anunciada, que matiza las consecuencias de las alteraciones interpretativas de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, comoquiera que propugna por una

aplicación modulada en el tiempo –hacia el futuro – de las nuevas previsiones hermenéuticas. (...). Lo anterior, se presenta no sólo como una garantía en favor de los administrados, que se sitúan en los extremos de la Litis que origina el cambio, sino también como una salvaguarda en beneficio de los ciudadanos que encuentran en ésta, un periodo de transición, en el cual podrán adecuar sus actuaciones a las nuevas vicisitudes que caracterizan la realidad jurídica. (...). De esta forma, la jurisprudencia anunciada debe ser entendida como una figura que permite hacer mella a los traumatismos que acarrearán las transformaciones de las posiciones jurisprudenciales, en garantía siempre de los derechos de quienes pretenden acceder a la administración de justicia. (...). [E]l Consejo de Estado cuenta, además de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con la Sala de Consulta y Servicio Civil, que de acuerdo con las previsiones de la Constitución Política de 1991 se erige como “el cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración”. (...). La función consultiva desempeñada por sus miembros no puede ser equiparada con el ejercicio de la función judicial que compete a la Sala de lo Contencioso Administrativo, y prueba de ello lo constituye las consecuencias que se desprenden de cada uno de los actos que éstas producen, pues mientras las providencias de los jueces resultan ser obligatorias, al hacer tránsito a cosa juzgada –trascendiendo en ciertos aspectos las características fácticas de los asuntos en que son proferidas, cuando se constituyen en precedente judicial–, los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil son facultativos para sus destinatarios, como manifestación adicional de la prohibición de coadministración, que impide a ese órgano definir las directrices de dirección, organización y gestión que son competencia propia de cada una de las autoridades públicas. (...). Así, mientras las providencias de los operadores judiciales pueden llegar, por la fuerza de sus argumentos y la pertinencia para la resolución de casos posteriores, a constituir precedente, los conceptos adquirirán la naturaleza de doctrina administrativa, excepción hecha de que la ley prescriba una solución diferente.

NULIDAD ELECTORAL - Tesis jurisprudencial vigente respecto del periodo del Fiscal General de la Nación

[L]a tesis vigente respecto del periodo que aplica para el cargo de Fiscal General de la Nación se encuentra en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, signada el 16 de abril de 2013. (...). En ese orden, al amparo de las elucubraciones elaboradas por el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en aquella oportunidad, la Sección Quinta destaca la existencia de los siguientes elementos que, sin duda, permiten resolver el cuestionamiento de infracción a normas superiores propuesto por los demandantes, así: a. Dentro del sistema de frenos y contrapesos moldeado por el Constituyente de 1991, la independencia y autonomía en el desarrollo funcional y organizativo de la Fiscalía General de la Nación fue garantizado, mediante el establecimiento de un procedimiento eleccionario que involucra, además del Presidente de la República, a la Corte Suprema de Justicia, en una manifestación certera del principio de colaboración institucional erigido en el inciso final del artículo 113 Superior. De esta manera, la postulación política del Fiscal General de la Nación fue menguada por la participación efectiva de un órgano colegiado perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público, como estabilizador de los intereses proselitistas que pudieran surgir en su elección. b. El Constituyente de 1991 no incluyó, en aras de evitar cualquier tipo de injerencia externa en la puesta en marcha de las competencias del ente acusador, la coincidencia exacta de los periodos del Fiscal General de la Nación y el Presidente de la República, sin que la coincidencia parcial pudiera ser vista como ilegal, pues, en todo caso, su correcto funcionamiento dentro del engranaje

constitucional colombiano es asegurado por un procedimiento de designación que, desde su propio origen, pretende depurar la parcialidad política proveniente de la postulación hecha por parte del titular de la Rama Ejecutiva en el orden nacional. c. El alcance de la reforma operada por el Acto Legislativo N°. 01 de 2003 al artículo 125 constitucional no se extiende a la designación del Fiscal General de la Nación por tratarse de una reforma de origen político y, en ese orden, constituirse en un precepto general, cuya aplicación resulta secundaria frente a la eficacia normativa del artículo 249 Superior; prescripción especial que regula la elección de este funcionario. e. En su sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional estudió la juridicidad del inciso 3° del artículo 29 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, determinando que la interrupción absoluta del periodo del Fiscal –por ejemplo, por renuncia al cargo– no puede conllevar que la elección de su sucesor se produzca por el lapso que le faltare a éste, sino por un nuevo periodo de 4 años contados a partir de su posesión. En ese sentido, el alto Tribunal Constitucional erigió una regla judicial que se encuentra amparada en el concepto de cosa juzgada constitucional, lo que motiva el análisis de este instituto jurídico.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL – Concepto / FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN – Tiene periodo personal conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Argumentos

[L]a cosa juzgada constitucional busca satisfacer los mandatos normativos que se desprenden de los principios de buena fe y seguridad jurídica, y sus efectos irradian las decisiones que adopta ese tribunal en materia de control abstracto, gozando de un carácter inmutable, vinculante y definitivo, lo que significa que cuando la constitucionalidad de una norma ha sido objeto de estudio y decisión de fondo, surge una prohibición para volver a conocer y decidir sobre lo resuelto. (...). En consonancia, la Sección Quinta resalta que, de acuerdo con las enseñanzas reproducidas, el análisis jurisprudencial adelantado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, con base en las facultades atribuidas por el ordinal 8° del artículo 241 Superior, presenta visos de cosa juzgada absoluta que, excluye, en principio, cualquier tipo de debate interpretativo en relación con el carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación. (...). [L]a Corte Constitucional expuso, para sustentar la esencia subjetiva del periodo en el que el Fiscal General de la Nación desempeña sus funciones, 3 tipos de argumentos que se sintetizan enseguida: En primer lugar, la inexistencia de un condicionamiento por parte del Constituyente a la hora de concebir la literalidad del artículo 249 Superior y, en especial, la de su periodo, fijado en 4 años. (...). En segundo lugar, la ausencia de concomitancia entre los periodos del Fiscal General de la Nación y aquel del Presidente de la República, que imponía la existencia de un periodo personal para el primero, en contraste del institucional que caracterizaba las labores del segundo. (...). Por último, el hecho de que la autonomía e independencia de la Fiscalía General de la Nación eran mayormente salvaguardadas por la existencia de un periodo personal que redundaba en beneficio del desarrollo funcional y organizativo del ente acusador.

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA - Finalidad

[L]a confianza legítima propende por la evolución del ciudadano en un medio jurídico estable y previsible, del cual pueda fiarse. La Corte Constitucional ha enseñado que la confianza legítima rige la relación entre las autoridades estatales –lo que incluye a los jueces– y las personas, naturales o jurídicas. Su fundamento se encuentra en el principio de seguridad jurídica, establecido en los artículos 1° y 4° de la Constitución Política, en el respeto del acto propio y el principio de la

buena fe. (...). Lo anterior implica que se debe actuar con lealtad respecto de la relación jurídica vigente entre la administración y el administrado, lo que a su vez comporta la expectativa de la misma lealtad y respeto de la otra parte. En este sentido, una faceta de la buena fe es el respeto por el acto propio que se traduce en el deber de comportarse de forma coherente con las actuaciones anteriores, por lo que le está prohibido al sujeto que ha despertado en otra confianza con su actuación sorprender a la otra parte con un cambio intempestivo que defrauda lo que legítimamente se esperaba. Entonces, bajo el principio de confianza legítima, la administración está obligada a respetar las expectativas legítimas de las personas sobre una situación que modifica su posición de forma intempestiva. No obstante, las expectativas deben ser serias, fundadas y provenir de un periodo de estabilidad que permita concluir razonablemente que efectivamente se esperaba un determinado comportamiento por parte de la administración. (...). En este orden de ideas para el caso concreto no hay duda de que la base objeto del principio de confianza legítima en el asunto objeto de debate, está materializada en las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, ya referenciadas y que determinan que el periodo del Fiscal General de la Nación tiene carácter personal.

NULIDAD ELECTORAL – Contra el acto de elección del Fiscal General de la Nación / NULIDAD ELECTORAL – La coincidencia parcial del periodo del demandado con el del Presidente de la República es producto de la renuncia de quien venía desempeñando el cargo / NULIDAD ELECTORAL – Inexistencia de cambios normativos, sociales o económicos que conlleven a un viraje jurisprudencial sobre el periodo personal del Fiscal General de la Nación / NULIDAD ELECTORAL – No se demostró la transgresión alegada

[P]ara la parte actora y sus coadyuvantes, el acto de elección del señor FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO, en calidad de FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN, contenido en el ACUERDO N°. 1383 DE 30 DE ENERO DE 2020, expedido por la Corte Suprema de Justicia, incurre parcialmente en la causal de nulidad de infracción de norma superior. Lo anterior al considerar que la expresión "...de 4 años que se cuentan a partir de su posesión", plasmada en el acto que piden anular, resulta violatoria del principio constitucional de la separación de poderes y del sistema de frenos y contrapesos que rigen nuestro ordenamiento jurídico, planteado en el artículo 113 de la Constitución Política; así como del artículo 125 Superior que consagra que "...quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido". (...). Así las cosas, para la Sección Quinta del Consejo de Estado se tiene que la primera de las exigencias del cargo formulado, que impone demostrar que la normativa que se cita como vulnerada es aquella que regula "la materia que es objeto de decisión administrativa", se encuentra satisfecha, pues es lo cierto que, por su naturaleza constitucional, los artículos 113 y 125 Superiores resultan ser prescripciones normativas a las cuales debe someterse la producción de los actos administrativos y, para el caso concreto, el acto de designación del Fiscal General de la Nación; máxime cuando contienen en su literalidad principios axiales que sustentan la propia existencia del Estado Social y Democrático de Derecho, implantado tras la aparición de la Carta Política de 1991. Pero no basta la circunstancia descrita para tener por configurado el único cargo propuesto contra el acto de elección del demandado, puesto que, como fuera expuesto en las consideraciones generales de esta providencia, la causal de nulidad de infracción de las normas superiores exige la demostración exacta de la transgresión que se alega por los accionantes. Dicho ello, con el propósito de definir si la decisión administrativa que se acusa de ilegal quebranta, en efecto, los preceptos constitucionales erigidos en los artículos



113 y 125 de la Carta Política de 1991, la Sala Electoral desarrollará, teniendo en cuenta que la materia ha sido definida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pretéritas ocasiones, un estudio que le permita establecer si existen nuevos cargos o situaciones que habiliten la realización de un nuevo examen de transgresión sobre las normas presuntamente desconocidas, en el sentido en el que lo defiende la parte actora. En aras de lo expuesto, esta Judicatura recuerda que para la parte actora el periodo del fiscal no debe ser considerado personal sino institucional porque: 1. En procura de la defensa del principio de frenos y contrapesos, la elección por 4 años del señor FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO, como FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN, entorpece la vigilancia y colaboración recíprocas de quienes ejercen diversas funciones estatales, de lo que concluyen que su permanencia en el cargo no debe ser coincidente con el periodo institucional del Presidente de la República. En este sentido, la Sala destaca que, en este preciso caso, la coincidencia parcial de los periodos del demandado en el cargo de Fiscal General de la Nación con el actual Presidente de la República, quien lo incluyó en la terna que remitió a la Corte Suprema de Justicia y terminó con la designación que se acusa de ilegal, resulta ser una circunstancia derivada de la renuncia de quien venía desempeñando el referido empleo, sin que por esta circunstancia resulte válido afirmar que esta concurrencia entre el ejercicio del cargo por uno y otro funcionario devenga en que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional deban reevaluar su postura de que el periodo del fiscal es personal. (...). [L]a máxima instancia jurisdiccional de lo contencioso administrativo estimó que el equilibrio de poderes que debía caracterizar la relación institucional entre estas dos autoridades públicas, se encontraba salvaguardada por un trámite eleccionario particular que, al amparo de la colaboración armónica de los poderes, garantizaría el correcto funcionamiento del aparato estatal, incluso en los eventos en los que los periodos presidenciales y aquellos del fiscal concurrían en el tiempo, a través de la Corte Suprema de Justicia, como órgano autónomo e independiente en el marco del procedimiento de designación del regente de la Fiscalía. (...). Así las cosas, las acciones que realmente dispuso el constituyente, como lo determinó la Sala Plena del Consejo de Estado, para que la elección del Fiscal General de la Nación respete el sistema de pesos y contrapesos, carezca de vínculo o cercanía con lo político y sea garantía de su autonomía e independencia, radica en que en el proceso de su designación tengan injerencia el Ejecutivo y la Rama Judicial y no como pretende demostrarlo la parte demandante, que sea dable afirmar que la coincidencia en el ejercicio del cargo de quien terna y el elegido Fiscal resulte un acto que vicie de ilegalidad el acto de elección de este último. (...). Ahora bien, esta Judicatura tampoco comparte el hecho de que el carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación, que puede llegar a concurrir con el institucional del Presidente de la República, deba ser comprendido como una amenaza a la “ingeniería constitucional” diseñada por la Carta Política, si se toman en cuenta dos aspectos principales: En primer lugar, frente a las posibles “abstenciones” en que posiblemente podría incurrir el Fiscal en el desarrollo de sus funciones investigativas y acusatorias respecto del Presidente de la República. (...). [L]a investigación, acusación y juzgamiento del Presidente de la República y de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia –que intervienen en la elección del Fiscal– fue asignada al Congreso, de donde resulta que el carácter personal del periodo del Fiscal que puede llevar a la concomitancia censurada por los accionantes, no resulta ser un aspecto que irradie amenaza o ponga en peligro el control mutuo y recíproco; que caracteriza el sistema de frenos y contrapesos esculpido por el Constituyente de 1991, pues en todos los eventos las funciones del Fiscal no disponen de injerencia alguna en estas materias. (...). En segundo lugar, la Sala encuentra que las “abstenciones” o posibles “extralimitaciones” que hipotéticamente podrían resultar del ejercicio concomitante de las funciones del





Presidente y el Fiscal General de la Nación, como consecuencia del carácter personal del periodo del último, deben ser descartadas, si se entiende que, las actuaciones de la Fiscalía resultan ser absolutamente regladas y sometidas al control jurídico–normativo que sobre ellas es efectuado por la Rama Judicial. (...). En efecto, lejos de poder ser considerado como un juez, la Fiscalía actúa, sin perjuicio de los pocos procesos que seguramente se tramitan en la actualidad bajo la cuerda del antiguo régimen procesal penal, como una verdadera parte en un juicio adversarial que tiene por tercero imparcial al juez, único habilitado por el ordenamiento para la toma de decisiones que puedan llevar a la restricción de la libertad. En ese sentido, los jueces penales se presentan como titulares de las herramientas que vigilan, inspeccionan y examinan las tareas del ente investigador, precaviendo cualquier tipo de desbordamiento competencial que pueda afectar el equilibrio de poderes; por lo que la rigidez y seriedad se constituye en la garantía de la separación de poderes, en su manifestación de pesos y contrapesos. (...). De allí que las consideraciones expuestas por los demandantes puedan ser inscritas en el escenario de lo hipotético, pues las presuntas irregularidades en que podría incurrir el Fiscal General de la Nación, como consecuencia del reconocimiento del carácter personal de su periodo, no encuentran apoyo en prueba alguna, sino en suposiciones que desconocen que el ordenamiento jurídico contiene diferentes medios que permiten controlar los actos y omisiones del funcionario demandado; lo que se extiende incluso a la composición administrativa y, por consiguiente, organizacional de la Fiscalía a través de los mecanismos judiciales pertinentes. (...). Así las cosas, en este aspecto debe insistirse que se trata de una problemática ya expuesta y solucionada por el pleno de esta Corporación e incluso por la Corte Constitucional, sin que del contenido de la demanda se advierta la existencia de nuevas circunstancias que al menos den visos de la necesidad de abordar este reparo ante la presencia de circunstancias fácticas o jurídicas disimiles a las ya referenciadas. (...). Por otro lado, esta Judicatura tampoco identifica la existencia de cambios normativos que lleven a un viraje jurisprudencial en el asunto, comoquiera que los extremos de la pugna jurídica a la que puso punto con la decisión de 16 de abril de 2013 –artículos 125 y 249 de la Constitución Política– no han sido objeto de variaciones que hayan limitado, extendido o modificado sus alcances; autorizando una alteración jurisprudencial al respecto. Tampoco se identifican cambios sociales o económicos que alteren el entendimiento de las normas en cita y hagan dables mutaciones en el derecho pretor del Consejo de Estado. (...). 2. En acápite diferente la parte actora señala lo que denomina “...debilidades argumentativas del precedente judicial vigente”, en el cual se encarga de señalar que la conclusión a la cual arribó la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, según la cual el periodo del Fiscal General es personal porque así lo dispone la Constitución Política, es “equivoco”, pues entienden que la función del Fiscal no puede ser asimilable a la de Magistrado de Alta Corte. (...). Como quedó expuesto a lo largo de esta decisión, los argumentos a los que aluden los demandantes ya fueron objeto de análisis por parte no solo del Consejo de Estado sino también de la Corte Constitucional, concluyendo que los mismos carecen de vocación de prosperidad. Las peticiones anulatorias tampoco proponen argumentos adicionales, sean estos normativos, fácticos o jurídicos, diferentes a los ya analizados que adviertan o sirvan de fundamento para nuevamente abordar un estudio respecto de la necesidad de una modificación de la actual tesis según la cual el periodo del Fiscal General de la Nación es personal. Por el contrario, este juez de lo electoral advierte que el escenario constitucional y legal es el mismo que fuese objeto de análisis cuando esta Corporación judicial dictó la sentencia en abril de 2013, pues las normas que se citan como infringidas no han sido objeto de reforma alguna.



NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de nulidad de infracción de las normas en que debería fundarse o violación de norma superior, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 11001-03-28-000-2016-00038-00. Sobre la causal en mención y el hecho de que es preciso demostrar que los preceptos normativos que se aducen como vulnerados hacen parte del grupo de prescripciones normativas que reglan la materia que es objeto de decisión administrativa, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Filemón Jiménez Ochoa, Rad. 08001-23-31-000-2007-00972-01. Respecto de la misma causal y las hipótesis según las cuales la violación pudo tener lugar por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma, consultar: Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Rad. 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660). Sobre la distribución de las funciones del poder público y el sistema de frenos y contrapesos, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza. Respecto del alcance de la separación de poderes, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-630 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En cuanto a que existen dos tipos de periodos: los objetivos o institucionales y los subjetivos o personales, consultar: Corte Constitucional, sentencias: C-194-95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-457-98, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-822-04, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Sobre el mismo tema, igualmente consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo de 29 de septiembre de 2000, M.P. Roberto Medina López, rad. 246. En cuanto a los cargos que conforme al Acto Legislativo 02 de 2002 tienen periodo institucional, consultar: Consejo de estado, Sección Quinta, providencia de 12 de agosto de 2013, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2012-00012-00. Sobre la naturaleza del período individual de los cargos de elección diferentes a la popular, salvo que expresamente se hubiera instituido su carácter institucional, consultar: Corte Constitucional sentencias C-037 de 1996 y C-178 de 1997, ambas de ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa. Acerca de la literalidad de los textos legales y que solo adquieren sentido y vivencia, cuando son objeto de interpretación por parte de los operadores judiciales, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-312 de 2017, M.P. Hernán Correa Cardozo. Sobre la vinculatoriedad del precedente judicial, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de abril de 2018, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890). Con respecto a la definición de precedente judicial, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 5 de febrero de 2015, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-15-000-2014-01312-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 19 de febrero de 2015, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-15-000-2013-02690-01. En cuanto a que lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la ratio decidendi de esa sentencia previa, consultar: Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. En cuanto a las pautas a tener en cuenta para identificar la ratio decidendi en la providencia, consultar: Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre el precedente judicial y el carácter vinculante de la ratio decidendi, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, auto de 9 de marzo de 2014, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 11001-03-25-000-2013-01123-00. Sobre las circunstancias excepcionales en las cuales puede ser desatendido un precedente, consultar: Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Sobre los eventos en que el precedente judicial puede ser objeto de modificaciones, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de abril de 2018, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890). Sobre providencias en las que se ha puesto en ejercicio la jurisprudencia anunciada, consultar: Consejo



de Estado, Sección Quinta, sentencia de 7 de junio de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00. En cuanto a la cosa juzgada constitucional, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-601 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo; sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-468 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, y sentencia C-007 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Sobre la confianza legítima, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 6 de agosto de 2020, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. No. 11001-03-28-000-2020-00040-00.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 113 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 125 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 230 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 237 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 249 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 250 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2002 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 112 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 137 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 139 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 270 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 275

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-28-000-2020-00058-00

Actor: ESNEIDER RENÉ MATEUS FORERO Y GINA PAOLA ÁVILA SIERRA

Demandado: FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO, FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - La infracción de norma superior – Principio de separación de poderes – Sistema de pesos y contrapesos – Vinculatoriedad del precedente judicial – Cosa juzgada constitucional – Confianza legítima – Jurisprudencia anunciada – Diferencia entre conceptos y providencias judiciales – Carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Una vez agotados los trámites del proceso y no advirtiéndose la presencia de nulidad que impida abordar el fondo del asunto, se profiere fallo de única instancia, dentro del medio de control electoral ejercido contra el acto de elección del señor **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO**, como **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**, contenido en el **ACUERDO N°. 1383 DE 30 DE ENERO DE 2020**, expedido por la Corte Suprema de Justicia.



ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1. LA PRETENSIÓN

La parte actora presentó demanda de nulidad electoral con el siguiente objeto:

“(…) esta demanda está dirigida a solicitar la nulidad de la expresión demandada del Acuerdo 1383 de 2020, **debido a que el período que se definió para el ejercicio de funciones del señor Barbosa Delgado como Fiscal General de la Nación, es de cuatro (4) años contados a partir de su posesión y esta determinación no se encuentra en armonía con nuestro ordenamiento jurídico y constitucional.** Así pues, en este documento se argumentará que la elección realizada en esos términos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia **viola directamente la Constitución Política de 1991, en particular, el pilar fundamental del equilibrio de poderes y el sistema de pesos y contrapesos eje axiológico de nuestro orden constitucional**” (Negrilla fuera de texto).

1.2. LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Relataron los demandantes:

1.2.1. El señor Néstor Humberto Martínez Neira fue nombrado Fiscal General de la Nación por la Corte Suprema de Justicia mediante Acuerdo No. 871 de 11 de julio de 2016.

1.2.2. El 1º de agosto de 2016, el señor Néstor Humberto Martínez Neira se posesionó como Fiscal General de la Nación.

1.2.3. El 15 de mayo de 2019, el señor Néstor Humberto Martínez Neira presentó renuncia al cargo de Fiscal General de la Nación.

1.2.4. El 3 de diciembre de 2019, el señor Presidente de la República presentó, a la Corte Suprema de Justicia, la terna compuesta por los abogados Camilo Gómez Álzate, Clara María González y Francisco Barbosa Delgado, de la cual escogió al Fiscal General de la Nación.

1.2.5. El 30 de enero de 2020, la Corte Suprema de Justicia realizó la designación del señor **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO** como **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**, por medio del **ACUERDO No. 1383 DE 2020**, nombramiento que fue confirmado el 6 de febrero del mismo año, hasta este momento Fabio Espitia fungió como Fiscal General encargado.

1.2.6. El 13 de febrero de 2020, el elegido tomó posesión del cargo.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Los libelistas fundaron consideran que el Acuerdo N°. 1383 de 2020, en cuanto previene que el período para el cual fue el elegido el demandado es “*de 4 años que se cuentan a partir de su posesión*”, se encuentra viciado de nulidad en los términos del artículo 137 del CPACA, por haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, esto es, **del principio constitucional de la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que rigen nuestro ordenamiento jurídico, contenido en el artículo 113 de la Constitución Política y del artículo 125 de *ejusdem* que estipula como regla general que el período de los cargos públicos será institucional.**

Los demandantes pretenden que se aborde, con **finés de revaluación o cambio jurisprudencial**, la forma cómo se concibe el período del cargo de Fiscal General de la Nación, desde la perspectiva de **retomar la discusión de si es institucional o personal**, siendo la posición de los actores **que éste sea reputado institucional**, en contraposición a la tesis actual fijada por el Consejo de Estado en fallo de 16 de abril de 2013¹ que definió su carácter personal, lo que en sus disertaciones llevaría a que **el período del demandado como Fiscal General de la Nación habría finiquitado el 31 de julio del 2020.**

Argumentaron que todos los actos administrativos expedidos por autoridades públicas deben estar en concordancia con las normas constitucionales y, en especial, si se refieren a los pilares fundamentales o ejes axiológicos de nuestro orden. Este principio, además, puede verse reflejado en todo el diseño organizativo institucional que se encuentra en nuestra Constitución Política, así como en sus diversas manifestaciones presentes en normas de inferior jerarquía². Y detallaron sus censuras tal y como sigue.

La parte actora argumentó que concluir que el período del elegido, en este caso, es de carácter personal y no institucional, como se indica erradamente en el acto acusado, vulnera **el contenido del artículo 125 constitucional** según el cual, “...*quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido*”, porque no es dable desconocer que el demandado fue nombrado con ocasión de la renuncia del anterior fiscal; por tanto, la duración de su nombramiento se debe limitar al lapso faltante para **completar el período del saliente fiscal.**

Según los accionantes, **la mentada disposición constitucional refleja la lógica del sistema de frenos y contrapesos**, como desarrollo del principio de separación de poderes, al ser un mandato constitucional, debe entenderse que, en concordancia con este principio, **todos los períodos de las personas que ocupen cargos públicos, incluyendo los de elección (sea elección popular o no), deben ser de carácter institucional y no personal**, salvo cuando la ley disponga lo contrario. Haciendo referencia de manera expresa al período de aquellas personas que sean nombradas o elegidas en cargos como reemplazo de

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M. P. Susana Buitrago Valencia, 16 de abril de 2013, rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00.

² Para sustentar su afirmación, trajo a colación la Sentencia C- 141/10 de la Corte Constitucional, M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

su titular, como ocurre en la acusada elección.

En criterio de los demandantes, dotar al Fiscal General de la Nación de un periodo institucional contrario a afectar el sistema de pesos y contrapesos en Colombia *“lo fortalece”*. Para sostener esta afirmación expusieron que *“...la coordinación de periodos constitucionales de las principales autoridades del Estado garantiza una real y efectiva fiscalización mutua, que busca evitar la excesiva concentración de poder a manos de un órgano estatal”*.

Explicaron que la Constitución Política de 1991 y el desarrollo normativo que refiere al funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, buscan que sea un órgano desligado de *“coyunturas políticas”*, lo cual, en su criterio, se explica porque no tiene superior jerárquico y por el hecho de que las sentencias de la Corte Constitucional C-141 de 2010³ y C-232 de 2016⁴, concluyan que la autonomía y la independencia funcional son principios rectores de la labor del Fiscal General de la Nación.

En este orden de ideas, insisten que la conclusión del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, según la cual el periodo del Fiscal General de la Nación es personal *“...resulta ser contraria a preceptos de carácter constitucional y, más precisamente al principio de separación de poderes (...) pues entorpece la vigilancia y colaboración recíprocas de quienes ejercen las diversas funciones estatales, posibilitando la asimetría de poder y la desorganización del andamiaje constitucional”*.

Se refirieron, en su orden, a las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1996⁵ y C-166 de 2014⁶; a las providencias de 30 de noviembre de 1995⁷ y 16 de abril de 2013⁸, proferidas por el Consejo de Estado; así como al concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil N°. 2095 de 2012 para concluir que *“...la jurisprudencia no ha sido pacífica sobre este punto y por lo tanto es importante un pronunciamiento del Consejo de Estado que unifique estos criterios”*.

En consonancia, destacaron que: *“...la mejor interpretación a la luz de la Carta de 1991 respecto del problema jurídico que plantea esta acción es que el período del Fiscal debe considerarse institucional para proteger el sistema de pesos y contra pesos y con ello el equilibrio de poderes”*.

En relación con la necesidad de reajustar el precedente jurisprudencial⁹, sustentaron que el cargo de Fiscal no podía ser equiparado con *“...los puestos de miembros de Altas Corporaciones...”*, habida cuenta de las grandes diferencias políticas *“...que genera un cambio en quién ocupe el lugar del Fiscal General en*

³ Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-232 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-166 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso, Rad. S-553. M.P. Clara Forero de Castro.

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ). M.P. Susana Buitrago Valencia.

⁹ Con base en la relación de diversas providencias, la parte actora sostuvo que en diversos eventos las altas cortes judiciales habían desarrollado cambios jurisprudenciales, como el solicitado en esta oportunidad.

comparación a una sustitución hecha, por ejemplo, en un magistrado de la sala plena de la Corte Constitucional”.

Expusieron que, como sustento del sistema de pesos y contrapesos, existe la separación de poderes, la cual exige no sólo una delimitación precisa de funciones, sino también una constante y mutua intervención entre órganos, lo que conlleva la coordinación de los períodos de los distintos funcionarios que hacen parte de las ramas del Estado, con el fin de que se controlen mutuamente y se evite la concentración de poder.

Concluyeron que el sistema de frenos y contrapesos busca “...un diálogo diverso entre las distintas ramas del poder público y los órganos que la conforman (...) Así, en un modelo presidencial como el nuestro, la concentración de poder es más propensa a ocurrir a manos del Ejecutivo”.

En virtud de lo expuesto, para los actores resulta imperativo que los periodos del Fiscal General de la Nación y del Presidente de la República NO sean coincidentes “...pues el primero de estos tiene funciones inequívocas de articulación, control y vigilancia sobre la labor del poder Ejecutivo”.

Advertieron que del análisis del contenido del numeral 1º del artículo 251 de la Constitución Política se advierte que al Fiscal General le compete investigar y acusar a los altos servidores que gocen de fuero constitucional y que el numeral cuarto del mismo precepto dispone que le corresponde participar en el diseño de la política de Estado en materia criminal.

Recordaron que el Presidente de la República, es el único nominador y elaborador de la terna con la cual la Corte Suprema de Justicia elige al Fiscal General, entonces cuando el periodo constitucional del Presidente de la República es coincidente en su gran mayoría con el del Fiscal General implica que pueda presentarse una disminución de la independencia de éste último a quien la Constitución le encargó de la investigación y acusación de delitos cuando estos se presenten en la esfera del poder presidencial, ya que se trata de quien lo postuló como candidato al cargo que ocupa, lo que claramente **implica un desajuste en el equilibrio de poderes** y la afectación del sistema de pesos y contrapesos.

El anterior escenario es el que se presenta en el caso del demandado porque al ser elegido como Fiscal para un periodo personal y en razón de que su posesión data del 5 de febrero de 2020, es claro que compartirá la mayoría de su periodo con el que lo incluyó en la terna de la cual resultó elegido.

Situación que no se presenta frente al cargo de Defensor del Pueblo “...quien, aunque elegido por la Cámara de Representantes a partir de terna propuesta por el Presidente de la República, desempeña su labor durante un periodo institucional de 4 años, del cual la mitad se cumplió en el periodo presidencial anterior, y la otra mitad en el periodo presidencial actual; garantizando con esto articulación entre poderes e independencia de funciones.”

Acto seguido la demanda da cuenta de lo que se titula *“Debilidades argumentativas del precedente judicial vigente”*, para afirmar que *“La actual jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, específicamente las mencionadas C-037 de 1996 y C-166 de 2014, y la S-553 de 1995 y la Sentencia Rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ) del 16 de abril de 2013 del Consejo de Estado, se fundamentan en argumentos frágiles e insuficientes...”*.

En este acápite, se advierte que el cargo del Fiscal General no puede asimilarse al de magistrado de Alta Corporación judicial porque: i) *“las máximas autoridades judiciales son colegiadas, además, carecen de funciones omnímodas de gestión y tampoco son “cabeza responsable de toda la institución”, mientras que el Fiscal “...sí está regido por los principios constitucionales de unidad de gestión y jerarquía, lo que lo faculta y moviliza a que consolide un cuerpo institucional coherente que desarrolle la política criminal de la Nación y a su vez se haga responsable de la gestión integral de la Fiscalía General”*.

Luego refirieron a los Decretos N°S. 16¹⁰ y 20¹¹ ambos de 2014 para significar que el Fiscal General de la Nación se encarga de nombrar y remover al Vicefiscal General, pero también de varios cargos de libre nombramiento y remoción.

De lo anterior concluyen que *“...la figura del Fiscal General de la Nación, entonces, no puede verse subsumida en una comparación con los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema o del Consejo de Estado, en la que se equipara la funcionalidad de aquella con la de estos, pues como ya quedó demostrado, el Fiscal General posee facultades para moldear la estructura orgánica, política y funcional de la Fiscalía General de la Nación como institucionalidad, y los Magistrados de las altas cortes no cuentan con dichas facultades”*.

Sostuvieron que el Consejo de Estado, en la sentencia S-553 de 1995, determinó que el periodo del fiscal es personal porque funge como cabeza administrativa de la entidad que hace parte de la Rama Judicial; por tanto, debe aplicarse los preceptos propios de quienes gestionan los órganos de la administración de justicia. Sin embargo, consideran que esta tesis desconoce la naturaleza *sui generis* que la Constitución Política le reconoce a esta institución y de la cual se extrae no es técnicamente posible compararla con otros órganos de la rama judicial, lo que impone que el periodo de funciones del Fiscal General debe regirse por su integración a toda la estructura de la separación de poderes, y no por su ubicación formal entre las ramas del poder público.

También señalaron que el Consejo de Estado en sentencia de 16 de abril de 2013, validó el carácter personal del periodo personal del Fiscal General de la Nación aduciendo que: i) la intención del constituyente primario no fue la de cualificarlo como institucional ya que su pretensión fue la de deslindar políticamente la institución; el Acto Legislativo 01 de 2003 no modificó el periodo del Fiscal porque se trata de una reforma constitucional que gira en torno a la

¹⁰ “Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”

¹¹ “Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas”.

materia política electoral, que al hacer parte de la Rama Judicial es menester que todo aquel que sea nombrado en el cargo en propiedad, desempeñe sus labores por un periodo de cuatro años para garantizar el desarrollo de la política institucional que proyectó.

Para la parte actora, los anteriores argumentos resultan “incipientes” porque la intención del constituyente primario de deslindar políticamente la Fiscalía General de la Nación está garantizada por su independencia administrativa y presupuestal y el proceso de elección del Fiscal General es competencia articulada entre el Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, lo que deviene en que “...la concurrencia de periodos entre el fiscal general y el presidente de la República no menoscaba el deslinde político del primero, y sí garantiza la vigilancia recíproca de ambos”.

En suma para los demandantes el ejercicio de funciones asignadas al Fiscal General de la Nación afecta sensiblemente la vocación de imparcialidad de la institución que dirige e incide sustancialmente en el principio de autonomía e independencia de la Rama Judicial del Estado, consagrado en el artículo 5° de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, poniendo en entredicho la función del Fiscal General de determinar, de manera autónoma, la estructura y el funcionamiento de la institución.

Desde la Constitución Política de 1991, los desarrollos normativos en materia de funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación han propendido por desligarla de coyunturas políticas. Una muestra de ello es la ya mencionada Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y el artículo 2° del Decreto No. 16 de 2014, que ubica en la cabeza de su institucionalidad al Fiscal General de la Nación sin superior jerárquico alguno, así como las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, C-141 de 2010 y C- 232 de 2016, donde se expone que la autonomía y la independencia funcional son principios rectores de la labor del Fiscal General de la Nación.

La parte actora expuso que, si bien, tanto **la Corte Constitucional como el Consejo de Estado se han pronunciado a favor del carácter personal y no institucional del período del Fiscal General de la Nación**, con esta demanda buscan exponer argumentos de naturaleza jurídica y político-constitucional suficientes para **solicitar que se revise su propia jurisprudencia e interprete estas normas de la manera que más se ajusta a los principios que rigen nuestro ordenamiento**. Para esto, **si bien reconoció el carácter vinculante del precedente**, son casos como éste en los cuales las altas cortes pueden apartarse de sus propias decisiones según los desarrollos de la doctrina jurisprudencial.

2. EL TRÁMITE

2.1. Presentada la demanda de nulidad electoral, el 3 de julio de 2020, se repartió y pasó al Despacho de la Magistrada Ponente el mismo día, luego, por auto de 8 de julio de 2020, fue inadmitida por defectos formales.

2.2. La parte actora presentó subsanación de la demanda, el 13 de julio de 2020 y, en consecuencia, el 17 de julio de 2020, se admitió y se ordenaron las notificaciones de que trata el artículo 277 del CPACA, en concordancia con los artículos 2, 3 y 8 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

2.3. Vencido el término para contestar la demanda mediante auto de 18 de septiembre de 2020, el Despacho decidió que era lo procedente dictar sentencia anticipada, de conformidad con el artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, para lo cual corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que allegara su concepto.

2.4. Por auto de 1º de diciembre de 2020, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo negó la petición presentada por el Ministerio Público de *“someter a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el caso de la referencia, para que se revise el criterio en relación con el periodo del Fiscal General de la Nación, en cuanto debe considerarse como institucional y no personal, regla vigente, en los términos del numeral 3 del artículo 111 del CPACA”*.

3. CONTESTACIONES

3.1. EL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Alegó que, en efecto, el demandado fue escogido para un período de 4 años contados desde su posesión con base en lo establecido por el inciso 2º del artículo 249 de la Constitución Política, el artículo 29 de la Ley 270 de 1996, la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional y el fallo de 16 de abril de 2013¹², proferido por el Consejo de Estado en el caso del doctor Luis Eduardo Montealegre Lynnett, con lo cual se garantiza la independencia y autonomía predicable del ente investigador, que, de cambiarse, generaría inseguridad jurídica.

3.2. LOS CIUDADANOS REINALDO VILLALBA VARGAS, JOMARY ORTEGÓN OSORIO Y JUAN DAVID ROMERO PRECIADO

Los referidos ciudadanos coadyuvaron la demanda. Solicitaron que **i)** se *“...declare la nulidad del Acuerdo 1383 del 30 de enero del 2020”*, **ii)** se ordene a la Corte Suprema de Justicia convocar a una nueva elección de Fiscal y; **iii)** se exhorte al Congreso de la República a establecer *“...el término de inicio y terminación del periodo institucional del Fiscal General de la Nación con el objetivo de que no coincida con el periodo institucional del Presidente de la República”*.

Como sustento de sus pretensiones, en síntesis, arguyeron que se debe analizar contextualmente el sistema de frenos y contrapesos, teniendo en cuenta el período constitucional del primer fiscal, los cambios funcionales que sufrió la Fiscalía con el Acto Legislativo 02 de 2004 y los desajustes temporales que se han presentado por demoras en la elección y vacancias absolutas del cargo.

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00, M.P. Susana Buitrago Valencia.

Se refirieron a la necesidad de sentar un precedente sobre el carácter institucional del cargo de Fiscal General de la Nación por considerar que le es aplicable el artículo 125 de la Constitución Política, que existe reserva legal en la definición del asunto y que hay pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹³ que avalan esta postura, con la que se descarta la comparación con el período de los magistrados de altas cortes.

3.3. EL DEMANDADO, FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO

Mediante apoderado judicial, la parte accionada contestó la demanda, a cuyas pretensiones se opuso, alegando, en suma que: **i)** se debe tener en cuenta el precedente de unificación contenido en la sentencia de 16 de abril de 2013¹⁴ del Consejo de Estado, así como **ii)** las sentencias C-166 de 2014 y C-037 de 1996 de la Corte Constitucional; **iii)** cuyos supuestos de hecho y de derecho no han variado, **iv)** y deben respetarse por razones de seguridad jurídica y; **v)** en caso de que el juzgador optara por cambiar la jurisprudencia, “debería dar aplicación al principio de confianza legítima”.

3.4. IMPUGNACIÓN DEL CIUDADANO VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES

Solicitó “...desestimar las peticiones de la querrela, en razón a la reiterad [sic] jurisprudencia que, sobre el particular existe, de u l.do [sic] y, de otro, por cuanto el precedente [sic] judicial es obligatorio”, así como por razones de “economía procesal”.

III. FIJACIÓN DEL LITIGIO Y TRASLADO PARA ALEGAR

Como ya se expuso, en providencia de 18 de septiembre de 2020, el Despacho concluyó que el asunto de la referencia puede considerarse como de “puro derecho”, porque los fundamentos de la demanda electoral gravitan en torno a la presunta imperiosidad de apostar un viraje a la jurisprudencia del Consejo de Estado –e inclusive de la Corte Constitucional– en relación con la naturaleza del período establecido para el cargo de Fiscal General de la Nación.

De acuerdo con lo anterior, se fijó el litigio en los siguientes términos:

“Determinar si la expresión ‘**de 4 años que se cuentan a partir de su posesión**’, referida al período constitucional y legal del cargo de Fiscal General de la Nación, contenida en el **ACUERDO 1383 DEL 30 DE ENERO DE 2020** dictado por la honorable Corte Suprema de Justicia, por medio del cual se designó para ocuparlo al ciudadano **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO** –acto que fue confirmado en sesión de Sala Plena de esa misma Corporación llevada a cabo el 6 de febrero de 2020– debe ser anulada por materializar el vicio de ilegalidad contenido en el artículo 137 del CPACA, consistente en **haberse expedido el acto con infracción de las normas en que debía fundarse**’. Lo anterior con

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2185 del 3 de julio de 2014, M.P. Germán Alberto Bula Escobar, que reiteró la posición expuesta en el Concepto 2085 de 2012, M.P. William Zambrano Cetina.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M. P. Susana Buitrago Valencia, 16 de abril de 2013, rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00.

fundamento en el presunto **desconocimiento (i) del principio de equilibrio de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, consagrados en el artículo 113 de la Constitución Política, y (ii) de la regla general sobre el carácter institucional de los cargos establecida en el artículo 125 de la Carta Política**, reparos que conllevarían la **revisión del precedente decantado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional** sobre la materia, la **cosa juzgada constitucional, la confianza legítima y las demás instituciones jurídicas y procesales a que ella (sic) lugar**, a partir del concepto de violación reseñado en el vértice inicial del presente auto, junto con las razones de hecho y de derecho presentadas oportunamente por las partes e intervinientes, las cuales también fueron esbozadas en el capítulo de antecedentes de esta misma providencia”.

Además, en el mismo auto se ordenó correr traslado para alegar por escrito a las partes e intervinientes y al Ministerio Público para que presentara su respectivo concepto.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Reiteró su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda para lo cual señaló que el acto electoral que se pide anular se dictó con fundamento en los artículos 249.2 de la Constitución Política y 29 de la Ley 270 de 1996, que disponen que el Fiscal General de la Nación será elegido por esa Corporación para un período de cuatro (4) años, de terna enviada por el Presidente de la República y la elección del demandado la alcanzó con la mayoría reglamentariamente exigida.

Insistió que el periodo del Fiscal General de la Nación es de 4 años y de connotación individual, como lo señalan los artículos 249 de la Constitución Política y 29 de la Ley 270 de 1996, para lo cual incluso refirió a las consideraciones que la Corte Constitucional dejó plasmadas en la sentencia C-037 de 1996.

De igual manera, aludió al fallo del 16 de abril de 2013¹⁵, proferido por el Consejo de Estado contra la elección del entonces Fiscal General de la Nación **Luis Eduardo Montealegre Lynnett**, para concluir que, de conformidad con “...las orientaciones normativas y jurisprudenciales citadas líneas atrás, está claro que el acto demandado consulta el ordenamiento jurídico, en la medida que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia nombrar al Fiscal General de la Nación por el término de cuatro (4) años”.

De igual manera expuso que dicha conclusión “...garantiza los postulados de independencia y autonomía que orientan la función jurisdiccional, de la cual hace parte el Ente Investigador, permite proponer y adoptar por ese organismo directrices serias y a largo plazo sobre el funcionamiento del sistema penal, así como planes estratégicos de cara a enfrentar la criminalidad, al tiempo que contribuye al acceso a la administración de

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. No. 11001-03-28-000-2012-00027-00, M.P. Susana Buitrago Valencia.

justicia, aspectos que de ninguna manera pueden llevarse a cabo con funcionarios designados por espacio de unos pocos meses, como lo reclaman los acá accionantes”.

Afirmó que la propuesta de la parte actora de establecer para el cargo de Fiscal General de la Nación, un periodo institucional deviene improcedente porque “...no han cambiado los supuestos de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento para la decisión que fijó la postura del **periodo personal e individual**”.

Sumado a lo anterior, precisó que la tesis de los demandantes “...conlleva a generar inseguridad jurídica, y que cada elección sea sometida a un escrutinio que parte de reglas implementadas con posterioridad a la designación, circunstancia que, a su vez, quebranta el postulado de la confianza legítima.”

4.2. DEL IMPUGNANTE VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES

Sostuvo que las pretensiones carecen de vocación de prosperidad porque el periodo del Fiscal General de la Nación es de 4 años y personal, conclusión a la cual arribó “...aplicando e interpretando armónicamente la constitución, de un lado y, de otro, a que la misión de este servidor público (sic)”.

Destacó que “...el Fiscal no forma parte de ningún organismo u organigrama de pesos y contrapesos del estado (sic), como lo pretenden hacer ver los demandantes, por lo que carece de respaldo fáctico la querrela y a contrario sensu, forma parte de la rama judicial, en cuya elección participan dos de los poderes públicos: el ejecutivo y el judicial, el cual debe ser ajeno a la politiquería, que, es lo que se destila o vislumbra en el fondo de esta demanda precisamente, por emanar de miembros de un colectivo cuya participación política es ampliamente conocida por la opinión nacional y es, por lo que, un cargo de tanta responsabilidad, no puede tenerse como parte de un organigrama de pesos y contrapesos, pues, la justicia no puede ser considerada como elemento de retaliación, venganza o, simplemente de oposición a una de las ramas del poder público, digamos al ejecutivo”.

Indicó que no se puede desconocer que ya existen pronunciamientos que resultan de obligatorio cumplimiento y aplicación en este caso, refiriendo a los fallos dictados contras las elecciones de Alfonso Valdivieso Sarmiento, Viviane Morales y Eduardo Montealegre.

Afirmó que la demanda no debió ni siquiera admitirse “...porque no aporta nada a la justicia y porque los actores son concedores de la carencia de razón en sus alegaciones contra la elección del actual fiscal y porque sus alegaciones deben exponerse ante otros órganos del estado, pero, no en esta oportunidad, pues, quitan tiempo y oportunidad de descongestionar de litigios a esta corporación”.

4.3. DEL DEMANDADO, FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO

Su apoderado judicial precisó que la demanda se circunscribe a pedir la anulación de la expresión “...de 4 años que se cuentan a partir de su posesión”, contenida en el acto electoral demandado; es decir, la controversia recae en el carácter personal del periodo del fiscal elegido.

Lo anterior porque la parte actora solicita que se cambie la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin embargo, contrario al dicho de los demandantes, expuso que *“...no hay nada pendiente de unificar ya que este aspecto ya fue precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 16 de abril de 2013 mediante sentencia unificadora”* y advirtió que deviene innecesario dictar fallo de unificación cada vez que se elige un fiscal.

En lo demás expuso las razones por las que considera *“acertadas”* las conclusiones a las que arribó la Sala Plena del Consejo de Estado, en la mentada sentencia unificadora, para ultimar que en cumplimiento de la misma fue que la Corte Suprema de Justicia dictó el acto acusado con la precisión de que el periodo de 4 años se cuenta desde la posesión del elegido.

Aseveró que la Corte Constitucional, en sentencia C-166 de 2014, ratificó la constitucionalidad del precedente fijado por el Consejo de Estado y su decisión constituye cosa juzgada constitucional material, que debe ser respetada por los operadores jurídicos, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia al dictar el acto electoral que ahora se acusa de ilegalidad parcial.

Resaltó que con las sentencias C-166 de 2014 y C-037 de 1996 la Corte Constitucional declaró inexecutable las normas de estatus legal que establecían la institucionalidad del periodo del Fiscal General de la Nación y *“...cualquier proceso que se refiera directamente al periodo (...) y su naturaleza, encuentra ligada su resolución a las sentencias mencionadas puesto que constituyen una cosa juzgada constitucional material al haber agotado la discusión sobre la constitucionalidad del ‘periodo institucional’ de este funcionario”*.

Sumado a lo anterior puso de presente que desde 2014 y hasta la fecha nos encontramos frente a las mismas circunstancias fácticas y jurídicas que tuvo la Corte Constitucional a la hora de dictar los fallos antes reseñados, lo que impone que deben ser respetados por los jueces de la República.

Para finalizar, precisó que la jurisprudencia sobre el carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación es pacífica y reiterada y que un entendimiento en contrario resultaría violatorio de los principios constitucionales de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

4.4. DE LOS DEMANDANTES

Luego de transcribir la fijación del litigio y los fundamentos fácticos de la demanda, los accionantes solicitaron que esta Sala Electoral *“...evalúe los distintos elementos jurídicos y fácticos que determinan el carácter personal que actualmente se le atribuye al periodo del Fiscal General de la Nación, tanto en la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional, en aras de preservar el principio de separación de poderes y lograr una nueva interpretación, más justa y más acorde a los valores y principios de nuestra Carta...”*.

Insistieron que su demanda busca declarar nula la expresión “de 4 años que se cuentan a partir de su posesión”, contenida en el Acuerdo N°. 1383 de 2020, en la medida que con ella se infringen las normas en las que el acto acusado debió fundarse, porque:

“(i) el periodo del Fiscal General de la Nación, tal como se ha plasmado hasta la actualidad, no es personal, ni tampoco es institucional, sino que es una tercera categoría que se podría denominar periodo ‘singular o indeterminado’ (como se explicará en este escrito); (ii) porque el periodo de un Fiscal General no es el mismo cuando se anula (con efectos “ex tunc”) la elección del Fiscal anterior por vicios en su designación, que cuando se debe culminar un periodo por una renuncia del anterior Fiscal en un periodo constitucional que transcurría válidamente; y, (iii) porque el principio de confianza legítima que podría llegar a acoger al demandado, según se explicó en la contestación de la demanda, debe ceder ante el interés general, en tanto el actual carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación atenta contra el principio de separación de poderes, como pilar fundamental de nuestra Carta Política, y se vuelve necesaria una nueva interpretación sobre el mismo”.

Para fundar su pedimento expusieron que existen tres tipos de periodos para los cargos públicos; a saber, **periodo institucional** -Presidente de la República, Congresistas y cargos de elección popular...-; **periodo personal** -Magistrados Altas Cortes-, sumado a lo cual señaló que “...existe un conjunto de funcionarios que son designados por un periodo de tiempo, pero a los que la Constitución ni la Ley determinó si se trata de un periodo institucional o personal. Este es el caso de funcionarios como el Fiscal General de la Nación”.

No obstante lo anterior, expuso que los fallos dictados por la Corte Constitucional - C-037 de 1996 y C-116 de 2014-, y del Consejo de Estado -IJ-2012-00027 – IJ-2013-00011-, “...han adoptado una hermenéutica contraevidente y limitada, al sostener que existen tan sólo dos tipos de periodos, taxativos y excluyentes: personal e institucional (...) pues la Constitución establece de manera clara y expresa que existen cargos con periodos (i) institucionales, (ii) individuales y (iii) otros en los que no establece ni determina si el periodo es institucional o personal”.

Como desarrollo de su tesis, los accionantes sostuvieron la existencia de lo que denominan “periodo singular o indeterminado” el cual “...no está ligado a un término de tiempo establecido directamente por la Constitución ni la Ley y tampoco está sometida al periodo de otros funcionarios y servidores. Por esta razón no es institucional. Sin embargo, la Constitución ni la Ley tampoco señala que deba ser entendido de manera personal o individual, como sucede de manera excepcional con los funcionarios de las Altas Cortes. Y en caso que se quisiera equiparar el periodo indeterminado a alguna de las dos categorías, institucional o personal, existe una clara primacía del periodo institucional como regla general”.

Afirmaron que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el Concepto 2095 de 2012, “...brindan una interpretación de la discusión suscitada por medio de la cual se logra una garantía plena del principio de separación de poderes y del orden constitucional en su conjunto. Afirma, por un lado, que el Acto Legislativo 01 de 2003 buscaba institucionalizar los periodos de los altos funcionarios del Estado, otorgando un carácter amplio a la expresión cargos de elección”.

Expusieron que, si bien es cierto, no existe norma que defina el inicio del periodo del Fiscal General, esto no implica que el mismo deba ser personal, por el contrario insisten en que debe primar el periodo institucional, como se hizo en las *“...reformas constitucionales de 2002, Acto Legislativo 02 de 2002, mediante el cual se determinó que el periodo de los alcaldes y los gobernadores era institucional, y de 2015, Acto Legislativo 02 de 2015 -reforma de equilibrio de poderes-, que limitó la reelección de algunos cargos de periodo como el del Procurador General de la Nación. En suma, si se hiciera una interpretación teleológica de nuestra normativa constitucional, se tendría que concluir que nuestro ordenamiento superior establece como regla general que los periodos son institucionales y que la excepción son los periodos personales o individuales”*.

En razón de lo anterior, señalan que es lo procedente que el demandado termine el periodo que en su momento inició el señor Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación, en procura de salvaguardar *“... el sistema de pesos y contrapesos que da sentido al equilibrio institucional y a la limitación del poder que caracteriza a un Estado de derecho”*.

Destacaron que el caso del actual Fiscal General de la Nación, no es equiparable a los asuntos conocidos por el Consejo de Estado en anteriores oportunidades, en los que la elección demandada tuvo como origen la declaratoria de nulidad del anterior Fiscal, lo que no se presenta en esta oportunidad, *“...porque el periodo que venía desempeñando el anterior Fiscal General, el señor Néstor Humberto Martínez Neira, no estaba viciado por ninguna causal de ilegalidad o acto contrario a nuestro ordenamiento constitucional”*.

En este orden de ideas, afirman que *“...el periodo constitucional que legítimamente se venía desarrollando por el anterior Fiscal (Martínez Neira) debía completarse con la elección de un nuevo funcionario, en tanto no existe razón para considerar que su periodo debía reiniciarse (como sí ocurrió con los efectos de una declaratoria de nulidad electoral con efectos `ex tunc` en el caso de Vivian Morales Hoyos)”*.

Respecto de la necesidad de cambiar el precedente y formular una excepción al principio de confianza legítima reiteraron que el carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación atenta contra el principio de separación de poderes, que se materializa en el sistema de pesos y contrapesos, en tanto **no garantiza la independencia entre esta institución y las labores del poder Ejecutivo**, en los términos expuestos en la demanda.

Indicaron que el principio de separación de poderes *“debe estar por encima del principio de confianza legítima”* y que la Corte Constitucional en sentencia C-131 de 2004, explicó que el principio de confianza legítima parte de la buena fe, y busca proteger las expectativas de los ciudadanos, pero como cualquier otro principio debe ser ponderado con otros en cada caso concreto y *“en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático”*, postura que, en su criterio,

es avalada por el Consejo de Estado, como da cuenta la sentencia de 26 de septiembre de 2016¹⁶.

Entonces, para los actores es evidente la *“...afectación grave al principio de separación de poderes, como pilar fundamental de la Carta Política, la democracia y de nuestro ordenamiento jurídico, al darle un carácter de personal y no institucional al período del Fiscal General de la nación. Y, en ese orden ideas, el principio de confianza legítima, que se invocó a favor del demandado, debe ceder ante el principio de separación de poderes, que se ve materializado a través del correcto funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, pues la debida armonización en el control y vigilancia recíprocas que se ejerce entre los distintos órganos que conforman el poder público se constituyen como una garantía a la democracia, el interés general y la protección de los derechos de todos los ciudadanos”*. Lo que hace procedente el cambio jurisprudencial requerido con su demanda.

4.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Solicitó negar las pretensiones de la demanda, para lo cual comenzó su exposición aludiendo a los antecedentes, fundamentos, cargos de la demanda y a la fijación del litigio.

Indicó que la tesis del Consejo de Estado es que el periodo del Fiscal General de la Nación es personal.

Precisó que cuando se resolvió la demanda presentada contra la elección de **Viviane Aleyda Morales Hoyos**, como Fiscal General de la Nación no se analizó el cargo que cuestionaba su periodo.

Afirmó que en la sentencia¹⁷ en la cual se resolvió la legalidad de la elección, del entonces Fiscal General **Eduardo Montealegre Lynett**, el Consejo de Estado concluyó que devenía *“...ajustado a derecho el acto de elección de MONTEALEGRE LYNETT en el entendido que el período del Fiscal General, elegido en propiedad, es de 4 años contados a partir de su posesión. Con esta precisión, se adicionó el acto electoral demandado, para considerar que la elección del Fiscal General MONTEALEGRE LYNETT, lo fue por el período de 4 años, contados a partir de la posesión, por tratarse de un período personal”*. Precisó que dicho fallo fijó la regla actualmente vigente sobre el tema.

Luego, arribó al caso concreto y destacó que *“...el caso de la referencia debe ser resuelto aplicando el precedente existente y que se condensó en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 16 de abril de 2013, en aplicación del principio de confianza legítima, razón por la que se debe negar la nulidad parcial de la elección de FRANCISCO BARBOSA DELGADO como Fiscal General de la Nación”*.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Rad. No.: 11001-03-15-000-2016-00038-01, M.P: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 16 de abril de 2013. Rad. Acu. No. 11001-03-28-000-2012-00027-00, 11001-03-28-000-2012-00028-00, 11001-03-28-000-2012-00019-00, 11001-03-28-000-2012-00021-00. M.P: Susana Buitrago Valencia.

Lo anterior por considerar que la tesis jurisprudencial vigente conlleva que el periodo del Fiscal General de la Nación es personal, se cuenta a partir de la fecha de posesión, lo que deriva en que no existan razones por las cuales se deba anular, de manera parcial, el acto que se acusa.

Solicitó que el asunto fuera resuelto por la Sala Plena del Consejo de Estado, petición, que valga señalar, fue denegada según consta en el auto de 1º de diciembre de 2020.

Adujo que no compartía la postura según la cual el periodo del Fiscal General debe ser personal pero, a su vez, advirtió que era lo procedente denegar las pretensiones de la demanda “...*en tanto hay una clara expectativa sobre la actuación o forma en que debe fallar el juez electoral, a partir del mandato de buena fe establecido en el artículo 83 superior que, permite reconocer el principio de confianza legítima*”.

Empero, afirmó que “...*el período del Fiscal General de la Nación es **institucional** como lo ordena la reforma constitucional que se surtió en el año 2003, en la que mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, se introdujo un párrafo al artículo 125 constitucional que implicó una modificación en los periodos que antes eran personales o individuales, para ser institucionales, dado que se refirió a todos los cargos de elección diferentes a los de origen popular.*”

En efecto, como se advirtió en un salvamento de voto¹⁸, el Constituyente estuvo motivado, a la hora de introducir esta reforma, entre otras cosas, en la necesidad de zanjar la disputa en relación con el carácter individual o institucional del período constitucional de los altos cargos del Estado y, por ello, se considera que, con el acto legislativo en comento, se determinó que los cargos de elección, como el del Fiscal General, fueran institucionales”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 149 del CPACA y el artículo 13 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019, la Sección Quinta es competente para conocer en única instancia del presente proceso, en tanto la discusión recae sobre el acto de elección del **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**, que es efectuado por la Corte Suprema de Justicia.

2. ACTO DEMANDADO

Los demandantes requieren que se declare la nulidad parcial del **ACUERDO 1383 DE 2020** de la Corte Suprema de Justicia, por medio del cual se nombró a **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO** en calidad de **FISCAL**

¹⁸ Salvamento del Magistrado Alberto Yepes Barreiro a la sentencia del Consejo de Estado, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 6 de marzo de 2012, Rad. No. 11001-03-28-000-2011-00003-00, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

GENERAL DE LA NACIÓN, únicamente, respecto del aparte que expresa que su período será “...de 4 años que se cuentan a partir de su posesión”.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El litigio se fijó en “...determinar si la expresión ‘de 4 años que se cuentan a partir de su posesión’, referida al período constitucional y legal del cargo de Fiscal General de la Nación, contenida en el **ACUERDO 1383 DEL 30 DE ENERO DE 2020** dictado por la honorable Corte Suprema de Justicia, por medio del cual se designó para ocuparlo al ciudadano **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO** –acto que fue confirmado en sesión de Sala Plena de esa misma Corporación llevada a cabo el 6 de febrero de 2020– debe ser anulada por materializar el vicio de ilegalidad contenido en el artículo 137 del CPACA, consistente en haberse expedido el acto con infracción de las normas en que debía fundarse. Lo anterior con fundamento en el presunto desconocimiento (i) del principio de equilibrio de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, consagrados en el artículo 113 de la Constitución Política, y (ii) de la regla general sobre el carácter institucional de los cargos establecida en el artículo 125 de la Carta Política, reparos que conllevarían la revisión del precedente decantado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la materia, la cosa juzgada constitucional, la confianza legítima y las demás instituciones jurídicas y procesales a que ella lugar (sic), a partir del concepto de violación reseñado en el vértice inicial del presente auto, junto con las razones de hecho y de derecho presentadas oportunamente por las partes e intervinientes, las cuales también fueron esbozadas en el capítulo de antecedentes de esta misma providencia”.

Para resolver la anterior problemática, la Sala se referirá a: **(i)** la causal de nulidad de infracción de norma superior; **(ii)** el principio de equilibrio de poderes y el sistema de frenos y contrapesos; **(iii)** el carácter institucional de los cargos establecidos en el artículo 125 de la Carta Política; **(iv)** la vinculatoriedad del precedente judicial; **(v)** tesis jurisprudencial vigente respecto del periodo del Fiscal General de la Nación; **(vi)** cosa juzgada constitucional; **(vii)** confianza legítima y; **(viii)** caso concreto.

2.1. DEL MOTIVO DE NULIDAD ENROSTRADO AL ACTO ACUSADO: LA INFRACCIÓN A NORMA SUPERIOR (ARTÍCULO 137 DEL CPACA)

La acción de nulidad electoral en términos de la Constitución Política artículo 237, o el medio de control de nulidad electoral como lo denomina el artículo 139 del CPACA, tiene como propósito reestablecer el orden jurídico en abstracto y preservar la legalidad –en la comprensión amplia de este principio, que incluye no solo la legislación sino toda norma de orden superior–, cuandoquiera que haya sido trastocada en actos de elección por voto popular–e inclusive decisiones que reflejan el resultado en el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana¹⁹–, llamamiento o nombramiento.

Los motivos por los que se consideran viciados de nulidad los actos electorales, que pueden ser “propios”, porque contienen la declaratoria de la voluntad de un determinado electorado (electoral propio), o “impropios” porque contienen la

¹⁹ Así se positivizó en los artículos 24 y 28 de la Ley 2080 de 2021, que modificó en lo pertinente la Ley 1437 de 2011.

decisión de la administración de designar a un servidor o dignatario, se encuentran contenidas en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, que positivizó la postura jurisprudencial acogida por la Sección Quinta de esta Corporación, en cuanto estableció que, además de los motivos especiales definidos por el legislador, también podían ser atacados por las causales generales previstas para demandar la nulidad de los actos administrativos comunes, así:

“(…) Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.
2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.
3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.
4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.
5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.
6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.
7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.
8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política al momento de la elección”. (Negrilla fuera de texto)

Es claro entonces, que la anulación de los actos de elección, llamamiento y nombramiento puede sustentarse en los supuestos del artículo 137 *ejusdem*, que determina:

“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos **con infracción de las normas en que deberían fundarse**, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió...”.

En relación con la causal de nulidad de los actos administrativos consistente en la **infracción de las normas en que debían fundarse** –también conocida genéricamente como “violación de norma superior”–, en el que se sustenta el único cargo de la demanda que da lugar al vocativo de la referencia, es menester

precisar, tal y como lo señaló la Sala en sentencia del 27 de octubre de 2016²⁰, que consiste en el desconocimiento de las disposiciones normativas que componen el marco jurídico del acto administrativo-electoral.

Dicho de otro modo, el cargo de nulidad se estructura en los eventos en que el acto enjuiciado se aparta de las normas superiores a las cuales *“debía respeto y acatamiento en la medida en que éstas le imponen (...) su objeto y finalidad”*²¹.

De allí que se admita por parte de esta Sala Electoral la existencia **de dos elementos de configuración** en relación con el mentado motivo de anulación. Por una parte, es preciso demostrar que los preceptos normativos que se aducen como vulnerados hacen parte del grupo de prescripciones normativas que reglan *“la materia que es objeto de decisión administrativa.”*²²

En este orden, en tratándose del medio de control de nulidad electoral, dicha causal puede fundar la solicitud de anulación de un acto de elección o nombramiento cuando los preceptos normativos presuntamente infringidos pertenecen *“a la regulación aplicable a esa elección o nombramiento.”*²³

Para tal propósito es importante tomar en consideración que el orden jurídico se compone de una estructura piramidal y un sistema de fuentes que, a la manera más elemental de la lógica kelseniana, integra una serie de jerarquías normativas que para lo que al Estado Social de Derecho concierne toman como máximo referente al Texto Político de 1991, en virtud del principio de supremacía inserto en el artículo 4 ibidem, con integración de las disposiciones que se adhieren a ella en virtud del bloque de constitucionalidad; seguidas de las leyes, asimiladas de acuerdo con el valor que se les asigna a partir de su tipología y especialidad – orgánicas, estatutarias, marco, aprobatorias de tratados, ordinarias, etcétera– y demás disposiciones que comparten su fuerza material; las cuales, a su vez, se ubican en un nivel superior que los decretos y demás actos administrativos de carácter general, que tendrán que ser observados por otro tipo de actos que, de manera sucesiva priman sobre categorías de menor envergadura –circulares, resoluciones, directrices, acuerdos, ordenanzas, memorandos, doctrina institucional, etcétera–, cuyos matices no corresponde detallar en el presente proveído.

Así las cosas, no se trata de cualquier manifestación del poder ordenador de la voluntad del Estado el que tiene la vocación de constituir un vicio atentatorio de la legalidad que debe revestir todo acto administrativo, sino de una que se da en una relación bidireccional y asimétrica en la que el objeto del examen judicial recaiga sobre el dispositivo de menor rango visto en perspectiva con la singularidad o el

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 27 de octubre de 2016, rad. 11001-03-28-000-2016-00038-00, demandado: magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

²¹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tratado de Derecho Administrativo. Acto administrativo: Procedimiento, eficacia y validez. Universidad Externado de Colombia. 4ª ed. Bogotá. Pág. 375.

²² Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. N°. 08001-23-31-000-2007-00972-01. C.P. Filemón Jiménez Ochoa. Actor: Lourdes del Rosario López Flórez.

²³ *Ibidem*.

conjunto de elementos, según se trate, reflejada en locaciones jerárquicas que lo sobrepasen. De ahí que sea inadmisibles enfrentar en examen de legalidad dos normas de igual jerarquía, o pretender la nulidad de un acto que se opone a previsiones de una preceptiva situada en un nivel inferior.

Esto tiene como principio el hecho de que el ejercicio de funciones públicas, desde la reguladora y ordenadora, pasando incluso por la nominadora, responde al carácter reglado propio del Estado de Derecho y la forma de vinculación, en principio positiva –hacer solo lo que manda el ordenamiento; en contraposición a la negativa, que apunta a hacer todo lo que permite el ordenamiento– sobre la que, con todos los matices y discusiones que se embeben esta teoría, descansan las relaciones entre las autoridades públicas y el orden jurídico, que conjuga, entre otras premisas, los artículos 6, 29 y 123 de la Constitución Política, que en lo pertinente enseñan:

“**ARTICULO 6o.** 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.

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (...).

ARTICULO 123. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

Bajo ese entendido, el ejercicio de la función administrativa o electoral, según corresponda, se circunscribe al respeto por las reglas preexistentes, en el orden de importancia que el Constituyente les asignó por la misión y el tipo de temas que les fueron reservados, como límites racionales y democráticos frente a la arbitrariedad

Por otra parte, resulta indispensable para la prosperidad de este cargo que se acredite la no avenencia del acto bajo censura a las normas que constituyen su marco jurídico de referencia. De allí que se deba probar que la prescripción jurídica que integra el concepto de violación alegado debía imbuir la expedición y contenido del acto, y que, contrario a ello, el acto terminó constituyendo una oposición directa o indirecta de aquel; disconformidad que puede tener lugar en las siguientes hipótesis:

(i) **Falta de aplicación de la norma**, situación que se presenta luego de que la autoridad que profiere el acto ignora la existencia del presupuesto normativo, o conociéndolo, no lo aplica en el asunto que la ocupa;

(ii) **Aplicación indebida de la norma**, la cual se presenta luego de que las reglas jurídicas empleadas por la autoridad para fundar el acto, no se conforman a la situación fáctica del caso a tratar, como consecuencia de una equivocación en la valoración y escogencia de la disposición normativa;

(iii) **Interpretación errónea de la norma**, consistente en el entendimiento desatinado del precepto o preceptos que sustentan el asunto por resolver²⁴.

De lo anterior se decanta que su materialización resulta del cotejo entre las normas invocadas como infringidas y el acto electoral acusado²⁵; peculiaridad propia de los vicios contenidos en el artículo 137 del CPACA, “*metodología compuesta por dos momentos, a saber, (a) la determinación de la pertinencia y aplicabilidad de las normas invocadas respecto del procedimiento administrativo cuestionado; (b) su quebrantamiento por inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea*”²⁶.

Tales precisiones resultan cardinales para el *sub examine* en la medida en que, como se anticipó, los libelistas defienden que existe violación de normas constitucionales superiores inherentes al equilibrio de poderes que deriva del artículo 113 de la Carta y la autonomía del cargo de Fiscal General de la Nación en razón del tipo de período que se le atribuya en función de las reglas contenidas en el artículo 249 *ibidem* y demás normas concordantes. Por tal motivo, en este caso sería viable procurar el examen propuesto en la medida en que se confrontó un acto electoral –el que se enjuició– con una categoría jurídica indiscutiblemente superior, como lo es la *Norma Normarum*, bajo el auspicio de lo que sería una errada interpretación de su artículo 125, desde la lectura cristalizada por la jurisprudencia unificada por el Consejo de Estado en el año 2013 y los símiles que con esta presenta la emanada de la Corte Constitucional; lo cual deberá ser objeto de análisis en los sucesivos acápite del presente proveído.

2.2. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO DE PODERES Y EL SISTEMA DE FRENOS Y CONTRAPESOS

El principio de separación de poderes es una de aquellas marcas indelebles del constitucionalismo moderno aparecido a finales del siglo XVIII, que caracterizó los procesos revolucionarios estadounidense y francés²⁷, para venir, posteriormente, a alimentar la narrativa constitucional de las américas, y particularmente la colombiana²⁸.

Las prescripciones del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 de acuerdo con las cuales, “*una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución*”, fueron acogidas en gran parte de los textos

²⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. N°. 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660). M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Actor: ACCENTURE LTDA.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-24-000-2017-00173-00, M. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Demandados: Consejo Nacional Electoral y otro.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁸ Para ejemplificar esta afirmación, puede hacerse referencia al artículo 10 de la Constitución Política de 1821, conocida como Constitución de Cúcuta, en el que se dispuso: “El pueblo no ejercerá por sí mismo otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones primarias, ni depositará el ejercicio de ella en unas solas manos. El Poder Supremo estará dividido para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.” (Negrilla fuera de texto)

superiores proferidos tras la declaración de Independencia²⁹, bajo la filosofía de que la escisión del poder del Estado conservaría la existencia de un orden justo, al impedir la concentración de facultades en una sola persona, como había sido frecuente en las monarquías.

La separación de poderes se presentó así como una cortapisa a la arbitrariedad del ejercicio de la autoridad pública que, por otro lado, garantizaba la eficacia de los derechos y libertades de la ciudadanía, al establecer límites concretos y exactos para la puesta en marcha del poder, que permitían, por contera, la existencia de espacios en los que el administrado podía desarrollarse libremente, sin ninguna interferencia estatal.

El principio no solo racionalizó la actividad del Estado, sino que la hizo igualmente más efectiva, especializándola mediante la atribución de competencias específicas que llevaron al perfeccionamiento de los encargos efectuados. La separación pasó entonces por distinguir que mientras la creación del Derecho correspondía a la Rama Legislativa; la administración de los asuntos públicos dependía de las labores de una Rama Ejecutiva; que en muchos de los casos era representada por un Presidente. La resolución de las controversias y litigios fue asignada a los jueces, quienes deberían ostentar autonomía e independencia frente a las demás ramas del Poder, como sustrato para su funcionamiento.

De esta manera, el principio de separación de poderes contó con tres significados diversos. En primer lugar, como elemento restrictor del abuso del poder, que impedía su concentración. En segundo lugar, como garantía de los derechos de los asociados, mediante la imposición de amojonamientos a las autoridades. Por último, como presupuesto que catalizó el correcto desempeño de las funciones públicas, a través de la especialización de las labores del Estado.

Al amparo de estas mismas consignas, los constituyentes de 1991 pregonaron la inclusión de este referente axiológico en el marco del Texto Superior, promulgado el 4 de julio de ese mismo año. Al respecto, resulta demostrativa la ponencia presentada por los asambleístas Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Matías Ortiz y Abel Rodríguez, en la que se lo concibió como un sistema de *“distribución del poder para garantizar las libertades públicas, evitar la concentración y el despotismo y alcanzar la mayor eficacia del Estado”*³⁰.

Así, el artículo 113 de la Carta Política de 1991 abrigó en su redacción el principio de la separación de poderes en los términos que se reproducen enseguida:

“Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del

²⁹ La Constitución de Cundinamarca de 30 de marzo de 1811 consagró en esa materia: “En virtud de esta relación, cada uno de los tres Poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en sesiones separadas disputarán el punto cuestionable, tomándose el espacio de un mes, para que con maduro examen se puedan fundar los votos.” (Subraya fuera de texto)

³⁰ Gaceta Constitucional Nro. 59, p. 4.

Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

La transposición de la separación de poderes en el ámbito colombiano presentó una serie de particularidades, al ratificar no solo la cláusula secular de la tridivisión del poder, sino al concebir la existencia de órganos autónomos que no pueden ser clasificados en ninguna de esas tres ramas –legislativa, ejecutiva y judicial– y cuyo desempeño de funciones debe ser ante todo colaborativo para el fiel cumplimiento de los fines esenciales del Estado³¹.

En otros términos, la Constitución Política de 1991 se aparta de la concepción clásica de la separación de poderes –en la que el desarrollo de las competencias de los órganos estatales se realiza de forma independiente y autónoma, sin mediar relación alguna entre éstos–, para imponer una visión un tanto más dinámica, conocida como el **sistema de frenos y contrapesos**³², en el cual la fiscalización mutua entre las autoridades y la cooperación para la materialización de los propósitos estatales, se constituye en la “piedra angular” de la estructura emergente.

En palabras de la Corte Constitucional³³:

“...la Constitución de 1991, **adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes.**

La Constitución colombiana dedica su Título V a la Organización del Estado, y en el Capítulo 1, sobre estructura del Estado, después de señalar, en el artículo 113, que son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial, y que, además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, precisa que “[l]os diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

El modelo por el cual optó el constituyente de 1991 mantiene el criterio conforme al cual, por virtud del principio de separación, las funciones necesarias para la realización de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. **Sin embargo, la idea de la separación está matizada por los requerimientos constitucionales de colaboración armónica y controles recíprocos.** Por virtud del primero, se impone, por un lado, una labor de **coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones, y, por otro, se atenúa el principio de separación, de tal manera que unos órganos participan en el ámbito funcional de otros**, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente, o como una excepción a la regla general de distribución funcional, como cuando la Constitución señala que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales o que la ley podrá atribuir excepcionalmente función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas (C.P. Art. 116). Los controles recíprocos, por su parte, se encuentran consagrados en diversas disposiciones constitucionales, como aquellas que establecen y desarrollan la función de control

³¹ Art. 2° Constitución Política

³² Traducción acuñada por la doctrina especializada del anglicismo: “*system of checks and balances*”.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-971 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza

político del Congreso sobre el gobierno y la administración, o las que regulan los órganos autónomos de control y vigilancia. **En conjunto, la estructura constitucional descrita responde al modelo de frenos y contrapesos que tiene el propósito, no solo de obtener mayor eficiencia en el desarrollo de las funciones a través de las cuales el Estado atiende a la satisfacción de sus fines, sino, y principalmente, de garantizar una esfera de libertad para las personas,** por efecto de la limitación del poder que resulta de esa distribución y articulación de competencias.

(...)

De este modo, se tiene que la separación de poderes consagrada en la Constitución de 1991 **no es absoluta, sino que, por el contrario, admite la colaboración y los controles recíprocos entre los distintos órganos del Estado.** Además, la Constitución contempla la posibilidad de excepciones a la regla general de distribución de competencias, en situaciones determinadas y bajo precisas condiciones.” (Negrilla fuera de texto).

La aparición de la Constitución Política implicó dejar de lado una hermenéutica vetusta de la separación de poderes, bajo la cual la simple escisión de las funciones esenciales del Estado garantizaba el equilibrio necesario al interior de la organización política; adoptando la interpretación según la cual, su correcto funcionamiento pende, en gran medida, de la concesión de herramientas que habilitan a las autoridades a controlarse entre ellas; amalgamadas con los deberes constitucionales de interrelación institucional, que permiten entender que, a pesar de las complejidades connaturales a la estructura del Estado colombiano, el entramado concebido por la Carta persigue siempre la satisfacción de sus fines básicos, consignados en el artículo 2° Superior.

Respecto del alcance de la separación de poderes en el marco constitucional de nuestros días, la Corte sostuvo en sentencia C-630 de 2014³⁴:

“El principio de separación de poderes se encuentra plasmado en el artículo 113 de la Carta Política. La determinación de la naturaleza y alcances de la separación de poderes ha sido un propósito de esta Corporación desde sus primeros años. Al respecto esta Corte ha identificado dos modelos básicos de separación de poderes. El primero de ellos es un **modelo estático que se enfoca primordialmente en la necesidad de limitar el ejercicio del poder en el diseño de los órganos, entidades e instituciones públicas.** Concibe la **separación de poderes como un sistema que garantiza que el ejercicio del poder pueda limitarse en la medida en que los diversos órganos del poder público tengan funciones diferentes, y que éstas se encuentren perfectamente bien definidas en la Constitución y la ley.** De tal modo, al definir de manera precisa las funciones del poder público en la Constitución y la ley, y al mantenerlas en cabeza de órganos diferentes, se estaría **controlando el poder del Estado.** La separación de dicho poder en órganos o entidades diferentes, y su precisa definición en normas jurídicas sería entonces la manera de **garantizar que el Estado va a respetar los derechos de los ciudadanos.**

(...)

Por contraposición, **el segundo modelo, conocido como el sistema de “balances y contrapesos” o “frenos y contrapesos”, se enfoca en el aspecto dinámico del ejercicio del poder político. Reconoce que para poder garantizar la libertad**

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-630 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

de los ciudadanos es necesario controlar el ejercicio del poder del Estado, pero que esta función requiere de herramientas que permitan que los órganos del poder público se controlen mutuamente. Reconoce además que para garantizar que exista una medida suficiente de igualdad entre los ciudadanos es fundamental diseñar herramientas de cooperación entre las entidades públicas que permitan fortalecer el poder del Estado, y encauzarlo para el logro de sus objetivos. En esa medida este modelo acepta que tiene que existir un cierto nivel de complementariedad, concurrencia y cooperación entre los poderes públicos para que el Estado pueda garantizar, tanto las libertades básicas, como los derechos prestacionales.” (Negrillas de la Sala).

Sin pretender la exhaustividad, una lectura detallada de la Norma Superior permite destacar como expresiones del sistema de frenos y contrapesos, la fiscalización judicial y política de la declaratoria de los estados de excepción por parte del Gobierno Nacional³⁵; las citaciones y requerimientos a ministros, jefes de departamentos administrativos y superintendentes venidas del Congreso³⁶; las investigaciones y juzgamientos penales de congresistas adelantados por la Corte Suprema de Justicia; el control de las leyes por parte de la Corte Constitucional³⁷; la fiscalización de la legalidad y juridicidad, de los actos administrativos expedidos por la administración pública a cargo de los jueces administrativos³⁸.

Así, en su modalidad de “*checks and balances*”, el principio de separación de poderes conjuga ingredientes normativos tradicionales que lo acompañan desde su irrupción, así como presupuestos contemporáneos, cuya existencia determinan su debido respeto al interior del ordenamiento jurídico colombiano, como pilar básico y fundante del Texto Constitucional de 1991³⁹.

De esta manera, la “**buena salud**” del sistema de frenos y contrapesos estará supeditada a dos tipos de exigencias, a saber,

“...por un lado, **se requiere identificar los roles estatales, y asignar a cada una de las ramas y órganos del Estado, en principio de manera exclusiva y excluyente, los roles institucionales derivados de los fines esenciales de la organización política.** Tradicionalmente, estos roles corresponden a las actividades legislativa, ejecutiva y judicial, de modo que cada una de ellas se asigna a los tres poderes clásicos del Estado: el poder ejecutivo, el poder ejecutivo (sic), y el poder judicial. No obstante, en la medida en que la vida social se ha tornado más compleja, y **en la medida en que el Estado ha debido asumir nuevas tareas para dirigir la vida social en su nueva dimensión, han surgido otras tareas como la función electoral y la función de control, y en esta medida han aparecido nuevos órganos separados de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, como acontece con el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco de la República, el Consejo Nacional Electoral o la Registraduría Nacional del Estado Civil.** Asimismo, la institucionalidad al interior de cada rama se ha incrementado, con el objeto asumir (sic) las nuevas responsabilidades estatales. En cualquier caso, la reconfiguración del Estado ha estado orientada por esta misma lógica impuesta por el principio de separación de poderes.

³⁵ Art. 212 y s.s. de la Constitución Política.

³⁶ Art. 135.8 de la Constitución Política.

³⁷ Art. 241 de la Constitución Política.

³⁸ Art. 237 de la Constitución Política.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Y, por otro lado, el principio de separación de poderes exige la independencia y la autonomía de los órganos a los que la Constitución atribuye las funciones esenciales del Estado, entendiendo por independencia la ausencia de injerencias externas en el desarrollo de los cometidos constitucionales del respectivo órgano, y por autonomía, el otorgamiento, a cada uno de tales órganos, de la capacidad para desenvolverse y desplegar sus actividades por sí mismos, y para autogobernarse. De hecho, la separación de poderes, como instrumento de limitación del poder y como garantía institucional de las libertades y de la eficacia en la actividad estatal, no tendría ningún sentido y tampoco podría materializarse, si los órganos que asumen de manera separada las funciones y los roles del Estado no contarán con instrumentos para garantizar su independencia.”⁴⁰

En suma, el núcleo esencial de la separación de poderes, en su voz de pesos y contrapesos, es debidamente observado cuando el cumplimiento de las funciones estatales otorgadas a un órgano se desenvuelve en un ambiente de **(i)** independencia que excluya cualquier tipo de injerencia externa en los diferentes dominios que encubren la entidad –v.gr. funcional, organizativo, etc.– ; y **(ii)** autonomía, en el sentido de poder desplegar su actividad por sus propios medios y autogobernándose.

2.3. CARÁCTER INSTITUCIONAL DE LOS CARGOS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 125 DE LA CARTA POLÍTICA

En palabras de la Corte Constitucional existen dos tipos de períodos: los objetivos o institucionales y los subjetivos o personales⁴¹, resaltado que su diferencia radica en que, en los periodos personales, se elige o designa el reemplazo de quien incurra en causal de falta absoluta antes de la terminación del período correspondiente, mientras que en el período institucional, el reemplazo es elegido o designado por el resto del período hasta que se cumpla el lapso que le faltaba a su antecesor.

A su vez destaca que en el período personal el elegido o designado se vincula al servicio público para todo el período señalado en la Constitución Política o la ley, que las elecciones de funcionarios de período institucional se realizan en la misma fecha y los nombramientos o elecciones de cargos de período personal se llevan a cabo cuando el titular culmine su período.

Al respecto el Consejo de Estado, desde vieja data⁴², señaló que el **periodo personal** se cuenta a partir de la posesión del elegido, se ejerce el cargo durante el tiempo que señala la norma correspondiente y la falta absoluta del funcionario da lugar a una nueva elección para un nuevo período y **el institucional** es señalado por la norma, parte “...de una fecha determinada y por consiguiente debe finalizar en una fecha determinable”. En este caso la falta absoluta del principal se llena automáticamente con el suplente, o en ocasiones por medio de nueva elección, pero siempre por el tiempo que resta para completar el período.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencias: C-194-95 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-457-98, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-822-04, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴² Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo de 29 de septiembre de 2000, Rad. No. 246, demandante: Arnulfo Gómez Parada, M.P. Roberto Medina López.

Como lo dejó sentado el Consejo de Estado, Sección Quinta, en providencia de 12 de agosto de 2013⁴³, con el Acto Legislativo No. 2 de 2002 se estableció el período institucional para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles y **todos los cargos de elección popular** quedaron sujetos a **período institucional**, los que se vinieron a sumar a el del Presidente -artículo 190-, el Vicepresidente de la República -artículo 202- y los congresistas que el artículo 132 constitucional señala que su período inicia el 20 de julio siguiente a la elección.

En lo referente a la naturaleza del período de los cargos de elección diferentes a la popular, se concluyó que la postura de la jurisprudencia, constitucional y contenciosa, resultaba coincidente, en señalar que eran **individuales** salvo que expresamente se hubiera instituido su carácter institucional⁴⁴.

En la misma providencia, esta Sala Electoral, precisó que el Acto Legislativo 01 de 2003 incorporó un nuevo párrafo al artículo 125 de la Constitución, según el cual “...los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido”, como también que el pleno de esta Corporación, en sentencia de 16 de abril de 2013⁴⁵, indicó que el mencionado párrafo es “...una disposición de carácter general que se dictó en el escenario de una reforma política de matiz eminentemente electoral”.

2.4. DE LA VINCULATORIEDAD DE LA TEORÍA DEL PRECEDENTE JUDICIAL

La construcción de la teoría del precedente judicial destaca por el reconocimiento de una realidad que fue ignorada, e incluso proscrita, durante años y que, sin lugar a duda, golpeó directamente el entendimiento de la actividad jurisdiccional en el ordenamiento jurídico colombiano⁴⁶. En efecto, la aparición de esta teoría corrió el velo que cubría la actividad creadora del juez en la resolución de los asuntos que le eran puestos en consideración, dejando a un lado la idea de que el operador judicial era la simple “boca de la ley”⁴⁷, cuyo espíritu era accesible a través del silogismo aristotélico, bajo la estructura de premisas, que limitaban, en todos los casos, su labor interpretativa.

⁴³ Consejo de estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-28-000-2012-00012-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁴⁴ Corte Constitucional sentencias C-037 de 1996 y C-178 de 1997, ambas de ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso, Rad. No. 11001-03-28-000-2012-00027-00, M.P. Susana Buitrago Valencia.

⁴⁶ El miedo frente a la actividad interpretativa de los jueces llevó en la Francia postrevolucionaria a prohibir que éstos se pronunciaran en sus fallos a través de fórmulas generales que sobrepasaran el alcance del asunto que debían decidir. Esta concepción fue heredada por el ordenamiento jurídico colombiano, al establecer en el artículo 17 del Código Civil que sus sentencias solo tendrían efectos respecto de las causas conocidas y que, en ningún caso, les era permitido “...proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.” Dicha expresión fue condicionada por la Corte Constitucional en sentencia C-461-13 de 17 de julio de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, “bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos erga omnes y extensivos de las sentencias que deciden las acciones constitucionales”.

⁴⁷ Luis Recasens Siches. “Nueva filosofía de la interpretación del derecho”. Ed. Porrúa. Ciudad de México. 1980.

El precedente evidenció que la práctica de los operadores de la justicia y sus decisiones motivadas se constituían en un formante esencial de los sistemas normativos⁴⁸, que disponían de la virtud de materializar la abstracción de las leyes, a través de la aplicación de sus postulados a circunstancias fácticas específicas, dotando de cuerpo y, por ende, de comprensión sus mandatos.

El reconocimiento del carácter vinculante de las decisiones judiciales –que para el caso colombiano se circunscribe a aquellas proferidas por las Altas Cortes– no significó –ni significa aún– una desvalorización de la ley, comprendida en un sentido lato⁴⁹, en la pirámide de las fuentes formales del Derecho, que en un orden normativo como el nacional, sigue ocupando una ubicación preponderante que irradia la totalidad del actuar público.

No. El derecho de origen judicial tan solo demuestra que las disposiciones legislativas, no solo por el instrumento que las contiene, a saber, el lenguaje, que puede resultar vago, ambiguo y, en ocasiones, anfibológico, sino también por la infinidad de situaciones de hecho a las que puede enfrentarse el juez, pues la ley no puede abarcar todos los problemas jurídicos que subyacen a la realidad, deben ser interpretadas y “complementadas”, mediante el trabajo hermenéutico de los jueces, con el propósito de que adquieran su fuerza normativa, conjugando sus prescripciones con lo factual que caracteriza a cada una de las causas sometidas a su escrutinio.

Y es que como lo ha admitido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la literalidad de los textos legales solo adquiere sentido y vivencia, cuando son objeto de interpretación por parte de los operadores judiciales. Al respecto, el Alto Tribunal ha dicho:

“Una disposición o enunciado jurídico corresponde al texto en que una norma es formulada, tales como artículos, numerales o incisos, aunque estas formulaciones pueden encontrarse también en fragmentos más pequeños de un texto normativo, como oraciones o palabras individuales, siempre que incidan en el sentido que se puede atribuir razonablemente a cada disposición. **Las normas, siguiendo con esta construcción, no son los textos legales sino su significado.** Ese significado, a su vez, solo puede hallarse por vía interpretativa y, en consecuencia, a un solo texto legal pueden atribuírsele (potencialmente) diversos contenidos normativos, según la forma en que cada intérprete les atribuye significado. Las normas de competencia del orden jurídico definen, sin embargo, el órgano autorizado para establecer con autoridad la interpretación jurídica de cada disposición, según criterios de especialidad y jerarquía, en el sistema de administración de justicia.”⁵⁰ (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Así, la teoría del precedente judicial, además de hacer gala de “realismo”, aceptando que la esencia de la función judicial se encuentra en su labor hermenéutica que, en muchos de los casos, se muestra como creadora del

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 25 de abril de 2018.

⁴⁹ Constitución, Tratados internacionales en materia de derechos humanos e internacional humanitario.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-312 de 2017, M.P. Hernán Correa Cardozo.

Derecho, pero también como dinamizadora del sistema jurídico local, al concretar mediante pronunciamientos judiciales un catálogo normativo de naturaleza pretoriana que obliga a las autoridades a observarlo y tenerlo en cuenta para adoptar las decisiones de su competencia⁵¹, trascendiendo la órbita de lo jurisdiccional.

Y aunque no se trata de un constructo que haya echado raíces tan solo en Colombia⁵², el precedente judicial sí cuenta con un reconocimiento accidentado en el orden jurídico nacional que partió, en la nueva era del constitucionalismo colombiano, de debates en torno a la intelección del artículo 230 Superior, y en particular de su expresión *“los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”*; zanjados finalmente por las decisiones de la Corte Constitucional⁵³ y un cúmulo de reglas legislativas que han dotado de vinculatoriedad las providencias proferidas por las Altas Cortes, mediante el establecimiento de figuras que salvaguardan su fuerza y obligatoriedad.

En ese orden, la jurisprudencia de esta Corporación⁵⁴ ha resaltado:

“Y prueba de la vinculatoriedad del precedente judicial en el sistema jurídico colombiano se encuentra en el desarrollo de factores institucionales dirigidos a garantizar su respeto y eficacia jurídica, como lo son **(i)** la protección que se dispensa vía acción de tutela, cuando de manera injustificada la autoridad ha desatendido un precedente judicial, como defecto sustantivo, **(ii)** el reconocimiento legislativo de la competencia de “unificación de jurisprudencia” de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en el marco del mecanismo de revisión eventual de acciones populares y de grupo, **(iii)** el reconocimiento de prelación para fallo que puede dispensarse a aquellos asuntos en las Altas Cortes que demanden “sólo la reiteración de jurisprudencia”, **(iv)** el deber de las autoridades estatales de tener en cuenta “precedentes jurisprudenciales (...) en materia ordinaria o contenciosa administrativa” cuando deban resolver peticiones o dictar actos administrativos relacionados con reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, prestaciones sociales o cuando estén comprometidas en daños causados por armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos o en conflictos tributarios o aduaneros, **(v)** la creación de una categoría específica de providencias, las “sentencias de unificación de jurisprudencia”, como decisiones con fuerza jurídica sui generis respecto de todos los asuntos de competencia del Consejo de Estado, **(vi)** la afirmación del deber general, de toda autoridad administrativa de “tener en cuenta” las sentencias de unificación de jurisprudencia, sin perjuicio del carácter general de precedente de las demás decisiones del Consejo de Estado, **(vii)** el establecimiento de un procedimiento administrativo y judicial especial para que las autoridades administrativas extiendan los efectos jurídicos de una sentencia de unificación de jurisprudencia a terceros que así lo soliciten y acrediten estar en las mismas situaciones fácticas y jurídicas, **(viii)** el reconocimiento, en el marco del concepto de “legalidad” del Código General del Proceso, de la figura de la doctrina probable, como expresión de precedente vinculante, siendo deber de los jueces, cuando se aparten de esa doctrina “exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión” y **(ix)** la constitucionalidad

⁵¹ Art. 10 del CPACA.

⁵² En Suiza, por ejemplo, las disposiciones del Código Civil invitan al juez a fijar en todas sus decisiones subreglas jurisprudenciales de carácter general que permitan cubrir con ellas casos posteriores. Cfr. Max Weber. Consideraciones acerca de la exposición de Hermann Kantarowicz “La Ciencia del Derecho y la Sociología”. (Congreso Alemán de Sociología 1910)

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Rad. 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboas, Sentencia de 25 de abril de 2018.

condicionada del artículo 17 del Código Civil que prohíbe a los jueces “proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”, en el entendido de que ello no excluye el valor del precedente judicial y los efectos erga omnes de los fallos de constitucionalidad, lo que, sin duda, es una lectura de ruptura frente a la antigua “*prohibition des arrêts de règlement*”, prevista en esa norma.”

En su acepción más simple, el precedente judicial ha sido definido⁵⁵ por esta Sección, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵⁶, como “*aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes*”⁵⁷.

De lo anterior se desprende que la idea de precedente, así planteada, apareja un carácter vinculante para los operadores jurídicos, lo que quiere decir que las sentencias que anteceden la resolución de un caso particular constituyen un importante factor a considerar, que estimula la coherencia y congruencia del sistema, como base de su legitimidad frente a sus asociados⁵⁸.

Luego, en ese marco, cobra total importancia la discriminación entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. De ellos, sólo los dos primeros tienen fuerza vinculante para los operadores jurídicos. Así, mientras el carácter vinculante de las sentencias, en lo que tiene que ver con el *decisum*, se comprende desde la óptica de las consecuencias jurídicas que la providencia irradia sobre los asuntos puestos a consideración del juez y la posible modulación de ellos⁵⁹; en lo que atañe a la *ratio decidendi*, su vinculatoriedad cristaliza la teoría del precedente judicial⁶⁰.

Ergo, el estudio contenido en este acápite se enfoca en esta segunda construcción doctrinal según la cual, existe una estrecha relación entre la noción de precedente a través de la cual se crea una norma de derecho, materializada en su *ratio decidendi*.

Ello se explica en que, a las voces de lo expuesto por la Corte Constitucional, “**lo vinculante de un antecedente jurisprudencial es la ratio decidendi de esa sentencia previa, -o de varias si es del caso-, que resulta ser uno de los referentes fundamentales que debe considerar necesariamente un juez o**

⁵⁵ Y así lo ha aceptado esta Sección: Cfr. (i) Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-15-000-2014-01312-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sentencia de 5 de febrero de 2015, Demandantes: Fidel de Jesús Laverde y otra; y (ii) Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-15-000-2013-02690-01. M. P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 19 de febrero de 2015. Demandante: Joselín Flórez Peña.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Trascendiendo el concepto de legalidad, la legitimidad estatal pasa por la capacidad de obediencia de la organización política sin que se recurra a la fuerza y, en general, a prácticas que comporten el ejercicio de la fuerza.

⁵⁹ A manera de ejemplo, puede traerse a colación la literalidad del artículo 45 de la Ley 270 de 1996 que señala: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

⁶⁰ Corte Constitucional, Auto 071 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

autoridad determinada, como criterio de definición de la solución de un caso específico”⁶¹.

Sobre el particular, se ha dicho que “la **ratio decidendi** es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive”⁶² (negritas propias). Se trata de un elemento que constituye el factor determinante para dar respuesta al problema jurídico que entraña la sentencia y que marida en una prescripción judicial los aspectos normativos y fácticos que han servido de base al juez para desatar los cuestionamientos que le fueron propuestos.

Este elemento resulta de crucial importancia para el ejercicio de la actividad jurisdiccional, principalmente el de las altas cortes, en la medida en que de él derivan los presupuestos que deberán tener en cuenta los jueces y magistrados en los subsiguientes fallos.

Así, al igual que lo referido frente al *decisum*, uno de los factores de mayor trascendencia de la *ratio decidendi* está en su fuerza vinculante, no solo en lo atinente a la providencia que los contiene, sino respecto de las que en lo sucesivo se profieran, por la misma o por otra autoridad judicial.

En esos términos, resulta simple la comprensión del concepto de *ratio decidendi*. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la extracción de este elemento en asuntos puntuales. Al respecto, la propia Corte ha reconocido:

“La ratio decidendi de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto”⁶³.

Para lograr la identificación de esta pieza de tanta relevancia en la providencia, se deben atender las pautas señaladas por la Corte Constitucional en la sentencia T-292 de 2006⁶⁴, así:

“Puede considerarse que se ha identificado adecuadamente la ratio de una **sentencia de constitucionalidad**, cuando: **i)** La sola ratio constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; **ii)** la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y **iii)** la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Esta Corporación ha indicado que la *ratio decidendi* sobre un tema jurídico puede consolidarse ‘en una oportunidad posterior’, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la *ratio* de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha *ratio*; de manera tal que le permiten al juez o quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada” (Negrillas propias).

Ahora, si bien en dicha providencia la Corte se refirió a la *ratio* de las sentencias de constitucionalidad, es lo cierto que las mismas pautas se pueden aplicar, *mutatis mutandi*, a cualquier tipo de providencia, bajo la estructura lógica conformada por (i) un presupuesto fáctico que pueda plantearse de forma genérica y (ii) una interpretación normativa que ofrezca solución a los cuestionamientos de *iure* que subyacen al expediente. Esa conjugación entre el presupuesto fáctico genérico y su consecuencia, conforman la *ratio decidendi*, esto es, el porqué de la decisión.

Entonces, cuando se alude a una razón de la decisión planteada de forma genérica, realmente, se apunta a una regla jurisprudencial que pueda ser comprendida, aun sin las especificidades del caso concreto; en este sentido, al interior de esta Corporación se ha dicho que “... *ha de entenderse por precedente judicial vinculante únicamente la ratio decidendi de una sentencia en la cual el Consejo de Estado haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, y que dicha ratio decidendi se define como el fundamento jurídico-normativo directo y razón suficiente de la decisión material adoptada en su parte resolutive, en términos específicos para los hechos del caso, esto es, como la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico*”⁶⁵.

Dando ese significado al precedente, el Consejo de Estado ha coincidido con la Corte Constitucional en que la importancia del seguimiento a los mandatos imperativos que se identifican al interior de algunas providencias –*ratio decidendi*–, se explica en la protección y efectividad que su observancia ofrece, entre otros, a los siguientes referentes axiológicos:

“1) El principio de igualdad, que es vinculante para todas las autoridades, e incluso, para algunos particulares que exige, que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; 2) El principio de cosa juzgada, que otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas, seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto, el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; 3) La autonomía judicial, que no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; 4) Los principios de buena fe y confianza legítima, que imponen a la Administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección

⁶⁵ Consejo de Estado Sección Segunda Rad. 11001-03-25-000-2013-01123-00. M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Auto de 9 de marzo de 2014.

jurídica; 5) Por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior”⁶⁶.

Pero a pesar de la multiplicidad de principios que encuentran salvaguarda a través del carácter vinculante del precedente fijado por las altas cortes, una sola idea subyace a ellos: el respeto por las decisiones judiciales que definen el alcance normativo de las disposiciones legislativas existentes en el ordenamiento tiene como razón de ser la satisfacción de “*la legítima y justa expectativa social*”⁶⁷ de conocer, con vocación de permanencia y continuidad, **lo que es el derecho en una etapa histórica determinada** que sirva de base para el desarrollo de las conductas de los particulares y también de las autoridades públicas que encontrarán en él el soporte necesario para el despliegue y puesta en marcha de sus competencias.

No obstante, no es el único propósito que alcanza la observancia del precedente. En efecto, éste cuenta igualmente con la virtud de servir como mecanismo de reducción de la complejidad del ordenamiento, no solo al precisar el entendimiento particular de las normas y postulados jurídicos en un marco fáctico particular, sino al facilitar la sustanciación de las causas judiciales que se encuentran cobijadas por la *ratio decidendi* de una providencia previa, pues, en estos asuntos, el juez limitará su actuación a determinar de manera exclusiva si las semejanzas que se presentan entre los asuntos comparados, conllevan la aplicación de las enseñanzas que fueron compiladas en una decisión judicial que antecede al caso sometido a estudio.

Al respecto, la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado⁶⁸ ha concluido:

“Ahora, como el precedente judicial viene a erigirse en mecanismo reductor de la complejidad normativa al fijar el alcance, significado y sentido del ordenamiento aplicable en relación a cierto caso, esa situación impacta desde la perspectiva del razonamiento que debe seguir, ulteriormente, la autoridad que se enfrente a un nuevo caso pues ésta edificará la resolución del pleito sobre la base del criterio ya elaborado, sin ahondar en mayores disquisiciones más allá de identificar y reconocer ese criterio como precedente aplicable al sub examine según los contornos fácticos del asunto, toda vez que la carga y el desgaste justificativo de esa tesis jurídica ya fue abordada y resuelta en aquella oportunidad donde se enarboló tal línea de pensamiento.”

En esos términos, cuando se trata de validar la aplicabilidad de un precedente judicial a un asunto en particular, resulta necesario que el operador jurídico verifique que “... (i) *En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una **regla relacionada con el caso a resolver** posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un **problema jurídico semejante**, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los **hechos del caso** o las **normas juzgadas***

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, M. P. Víctor Hernando Alvarado Ardilla, Sentencia de 31 de mayo de 2012.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 25 de abril de 2018.

⁶⁸ *Ibidem*.

en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un **punto de derecho** semejante al que debe resolverse posteriormente”⁶⁹.

La relevancia de dichos factores es tal que “...será razonable que ‘cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente’. Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”⁷⁰.

En fin, al precedente subyace un deber de acatamiento que solo en circunstancias excepcionales⁷¹ puede ser desatendido, como es propuesto y perseguido por los demandantes respecto de las decisiones de 16 de abril de 2013⁷² de la Sala Plena del Consejo de Estado, C-037 de 1996 y C-166 de 2014 de la Corte Constitucional, en cuanto al carácter personal dado al periodo del Fiscal General de la Nación.

En lo que respecta a la providencia de 16 de abril de 2013, la Sala fija desde ya que se trata de una sentencia que dispone al interior de este cuerpo colegiado de una envergadura especial, no solo por el escenario institucional en el que tuvo lugar el debate que precedió su adopción, esto es, en el marco de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por lo que de antemano las elucubraciones allí propuestas orientan la labor judicial de las secciones y subsecciones de la Corporación, pues, de una u otra forma, señalan la posición unívoca del órgano de cierre en la Jurisdicción Contenciosa frente a la temática particular de este expediente, constituyendo, en principio, precedente vinculante; sino a la vez, porque su existencia responde a las exigencias del artículo 270 del CPACA, lo que permite considerarla como una sentencia de unificación jurisprudencial.

En ese sentido, el mencionado artículo 270 prescribe:

“Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera **o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica** o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.” (Negrilla fuera de texto)

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Señaladas por la Corte Constitucional en sentencia T-446 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷² Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00. M.P. Susana Buitrago Valencia.

Así, la decisión de 16 abril de 2013 fue proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, quien motivada por la importancia jurídica del asunto sujeto a examen, asumió competencia para decidir; determinando de esta manera, *prima facie*, los razonamientos que en torno a la naturaleza del periodo del Fiscal General de la Nación deben ser, en principio, asumidos por la Corporación.

Ahora bien, su trascendencia no es óbice para considerar que, lejos de ser inmutable y perpetuo, el precedente fijado pueda ser objeto de modificaciones, de llegarse a presentar las situaciones que habilitan dichas alteraciones, siempre y cuando los cambios estén expresamente referidos y motivados y su aplicación se produzca para los casos venideros, proscribiendo sus efectos retroactivos.

En lo que corresponde a los supuestos fáctico-normativos que pueden llevar a un viraje jurisprudencial, esta alta Corporación judicial ha establecido⁷³, haciendo uso de la doctrina decantada por la Corte Constitucional en sus fallos⁷⁴, que ello podrá ocurrir en los eventos que se describen enseguida:

A. Cuando surjan razones convincentes que permitan advertir de manera clara y resuelta que las interpretaciones condensadas en la *ratio decidendi* de una sentencia se muestran como equivocadas, pues desfiguran el alcance normativo de las reglas, principios o valores que sustentaron la decisión. Fíjese que no se trata aquí de un simple desacuerdo con la posición plasmada en el fallo contentivo del precedente imperante hasta el momento, sino de la demostración clara, certera y concisa de que la tesis asumida presenta graves errores desde una perspectiva convencional, constitucional y legal que la hacen irrazonable y que deben motivar al órgano judicial a modificar las premisas de la consigna jurisprudencial.

B. Luego de que los parámetros normativos que sustentaban la *ratio decidendi* de la providencia examinada son derogados, modificados o subrogados, a través de los procedimientos establecidos para ello, desarrollados por las autoridades competentes, pues la validez del cambio jurisprudencial dependerá igualmente de la legitimización operada en el ordenamiento.

En ese orden, y con el propósito de ejemplificar este supuesto, la Sala resalta que la aparición del CPACA, y en especial de su artículo 148, contentivo de la excepción de ilegalidad en materia contencioso-administrativa, catalizó la variación de algunas posiciones defendidas al interior de ciertas de la secciones del Consejo de Estado⁷⁵ que, amparadas en la presunción de legalidad del acto administrativo y su control jurisdiccional, negaban la posibilidad de inaplicarlo de forma particular en ciertos asuntos, rechazando así la existencia en el contencioso administrativo del referido instituto.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Rad. 05001-23-31-000-2010-00463-01 (58890). M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de 25 de abril de 2018.

⁷⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-25-000-2014-00360-00. M.P. César Palomino Cortés. Sentencia de 15 de noviembre de 2017.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Rad. 5996. Sentencia de 14 de julio de 1995, M.P. Delio Gómez Leyva.

C. Cambios de las condiciones sociales y económicas que exijan una respuesta adecuada a las expectativas de la comunidad.

Así, los supuestos descritos configuran las causas lícitas que deben conllevar las alteraciones del precedente, siendo su entendimiento restrictivo como elemento protector del derecho de los jueces contra las veleidades que, bajo un tono positivo, pretendan modificar los puntos nodales de las subreglas jurisprudenciales construidas por los operadores jurídicos.

Pero, más allá de estos condicionamientos, la Sala Especializada en Asuntos Electorales del Consejo de Estado destaca que cualquier tipo de modificación recaída sobre el derecho pretor debe ser expresa y debidamente motivada, a las voces del artículo 103⁷⁶ del CPACA, y la irradiación de sus efectos solo podrá producirse, por regla general, hacia el futuro, eso sí anticipando su aplicabilidad a través del instituto, denominado como el de la **jurisprudencia anunciada**, que matiza las consecuencias de las alteraciones interpretativas de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, comoquiera que propugna por una aplicación modulada en el tiempo –hacia el futuro – de las nuevas previsiones hermenéuticas.

Ello, fue puesto en ejercicio, entre otros asuntos que han sido de conocimiento de esta Sección⁷⁷, en el fallo de 7 de junio de 2016⁷⁸, en el que se modificó el extremo temporal inicial de las inhabilidades contenidas en los artículos 31.7, 32.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

Lo anterior, se presenta no sólo como una garantía en favor de los administrados, que se sitúan en los extremos de la Litis que origina el cambio, sino también como una salvaguarda en beneficio de los ciudadanos que encuentran en ésta, un periodo de transición, en el cual podrán adecuar sus actuaciones a las nuevas vicisitudes que caracterizan la realidad jurídica.

En este sentido, la Sección Especializada⁷⁹ en los asuntos electorales de esta Corporación ha expresado que:

“Entonces, cuando la autoridad judicial opta por cambiar o rectificar el precedente y los criterios que lo fundamentan con el que ha venido tratando o decidiendo determinado asunto, **debe revisar la necesidad de tomar medidas de adaptación o ajuste, de modo que no sorprenda al ciudadano que resultará afectado por la nueva postura...**⁸⁰.” (Negrilla fuera de texto)

⁷⁶ “En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.”

⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, Sentencia de 7 de junio de 2016. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 13001-23-33-000-2018-00417-01, sentencia de 30 de mayo de 2019, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁸⁰ Recordemos que en los términos del Profesor L. Recasens Siches el derecho no tiene finalidades concretas o particulares, sino que implica ideas de finalidades funcionales, las cuales son plenamente universales. Así, el autor indica que aquellas son: a) otorgar certeza y seguridad; b) resolver los conflictos de intereses; y c) organizar, legitimar y restringir del poder político. Sobre

De esta forma, la jurisprudencia anunciada debe ser entendida como una figura que permite hacer mella a los traumatismos que acarrearán las transformaciones de las posiciones jurisprudenciales, en garantía siempre de los derechos de quienes pretenden acceder a la administración de justicia.

Finalmente, la Sala señala que, habida cuenta de los argumentos de algunas de las partes dentro de este trámite, tendientes a establecer la existencia de conceptos de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, que apoyarían la tesis de los demandantes y de los coadyuvantes, se hace necesario elucubrar algunas ideas sobre el valor jurídico de los mismos.

Pues bien, se destaca que apelando al peso de la historia⁸¹, el Consejo de Estado cuenta, además de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con la Sala de Consulta y Servicio Civil, que de acuerdo con las previsiones de la Constitución Política de 1991 se erige como “*el cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración*”⁸², en cuya condición desata cuestionamientos jurídicos que determinan, en gran parte de las ocasiones, el actuar administrativo de la Nación.

La función consultiva desempeñada por sus miembros no puede ser equiparada con el ejercicio de la función judicial que compete a la Sala de lo Contencioso Administrativo, y prueba de ello lo constituye las consecuencias que se desprenden de cada uno de los actos que éstas producen, pues mientras las providencias de los jueces resultan ser obligatorias, al hacer tránsito a cosa juzgada –trascendiendo en ciertos aspectos las características fácticas de los asuntos en que son proferidas, cuando se constituyen en precedente judicial–, los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil son facultativos para sus destinatarios, como manifestación adicional de la prohibición de coadministración, que impide a ese órgano definir las directrices de dirección, organización y gestión que son competencia propia de cada una de las autoridades públicas.

En consonancia, el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 prevé:

“La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro (4) Magistrados. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.

Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario.” (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se colige que, sin perjuicio de los mandatos legales que dispongan lo contrario, las decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil, compendiadas en los conceptos que emite, no se encuentran imbuidas de obligatoriedad, por lo

el tema Cfr. Luis Recasens Siches, “*Tratado General de Filosofía del Derecho*”, (México: Porrúa, 5ª Edición, 1975) p. 224.

⁸¹ La aparición del Consejo de Estado en nuestro país responde al deseo del Libertador de establecer en suelo americano un órgano consultivo que orientara las decisiones de las cabezas centrales del poder, a la manera como existía bajo el régimen napoleónico instaurado tras la Revolución francesa.

⁸² Art. 237-3 de la Constitución Política.

que sus efectos jurídicos son relativos y no tienen, en principio, la vocación de moldear, mediante órdenes certeras, el comportamiento administrativo de sus destinatarios.

Lo anterior no significa que la labor de la Sala de Consulta y Servicio Civil pase a un segundo orden en el desarrollo del giro ordinario de los negocios que competen a esta Corporación, como consecuencia de los importantes avances que genera en el ordenamiento y las reflexiones que entrega, que llevan a considerarlas como doctrina que puede guiar la labor de los jueces, no en un sentido coercitivo que implique su pleno respeto, sino como el establecimiento de pautas que son el producto de análisis siempre serios y constructivos.

Así, mientras las providencias de los operadores judiciales pueden llegar, por la fuerza de sus argumentos y la pertinencia para la resolución de casos posteriores, a constituir precedente, los conceptos adquirirán la naturaleza de doctrina administrativa, excepción hecha de que la ley prescriba una solución diferente.

2.5. TESIS JURISPRUDENCIAL VIGENTE RESPECTO DEL PERIODO DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

Como bien lo expuso la señora Agente del Ministerio Público, la tesis vigente respecto del periodo que aplica para el cargo de Fiscal General de la Nación se encuentra en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, signada el 16 de abril de 2013.

En la medida que el principal reparo de la parte actora recae en que la postura vigente respecto del periodo personal que aplica al cargo de Fiscal General de la Nación debe ser modificada, esta Sala hará referencia amplia a ella, con el propósito de establecer los cimientos fundacionales sobre los cuales se construyó.

En dicha providencia, la Sala Plena resolvió el siguiente problema jurídico:

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

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

El estudio de la Sala partió del contenido del artículo 249 de la Constitución Política, del cual concluyó que la elección del Fiscal General de la Nación solo es posible efectuarla en propiedad y para un período de cuatro años.

Acto seguido, el fallo da cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2003⁸³, en su artículo 6° adicionó un párrafo al artículo 125 de la Constitución Política, para señalar que “...han surgido diversos entendimientos de cuál debe ser el alcance del concepto “Institucionales” y de las expresiones “en reemplazo” y por “falta absoluta del titular”, respecto a cuándo una elección se hace “por el resto del período”, los demandantes María del Pilar Díaz Suárez y Carlos Mario Isaza, estiman que, debido a que este párrafo del artículo 125 constitucional se expidió después del 249 *ibidem*, y porque no distingue a cuáles cargos de elección se aplica, **ha de entenderse que involucra o abarca a la totalidad de los empleos que tienen esta forma de provisión, incluido, por lo tanto, la designación del Fiscal General de la Nación, que registra el acto administrativo que en este proceso se acusa**”.

Se aborda el análisis de la creación de la Fiscalía General de la Nación y entre los principales aspectos, que interesan a este proceso, conviene destacar que la Sala encontró que:

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

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

También la Sala analizó el contenido del Acto Legislativo 01 de 2003, la cual calificó como una reforma “...de carácter íntegramente político - electoral y que, por ende, no tuvo por finalidad incursionar en reformas a la Carta Política sobre la regulación de la Fiscalía General de la Nación, ni respecto del período del Fiscal General de la Nación, así como tampoco sobre la forma de contabilizarlo”.

Después, la sentencia da cuenta de los antecedentes jurisprudenciales existentes sobre el periodo del Fiscal General de la Nación.

Bajo el anterior panorama el Consejo de Estado, en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, concluyó que:

“El acto de elección del Fiscal General de la Nación debe expresar cuándo inicia y cuándo culmina el período asignado para que el elegido desempeñe la función pública porque es una elección que está sujeta a período fijo.

De conformidad con el artículo 249 de la Constitución Política, el Fiscal General de la Nación se elige para un período de 4 años y este precepto no permite que la elección se haga por un período con duración diferente y contado desde la posesión.

⁸³ “Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”

La Corte Constitucional en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, decidió que era inexecutable el inciso del artículo 29 del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que disponía: “En caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en su remplazo lo será para terminar el período”.

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

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

Así las cosas, la Sala plena decidió “...**que la expresión “por el período constitucional y legal que le corresponda”, contenida en el acta de 22 de marzo de 2012, donde consta la elección que cumplió la Corte Suprema de Justicia, está ajustada a derecho, en el entendido que el período del Fiscal General de la Nación doctor Eduardo Montealegre Lynett, elegido en propiedad, es de 4 años contados a partir de su posesión**”. (Negrillas propias)

En ese orden, al amparo de las elucubraciones elaboradas por el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en aquella oportunidad, la Sección Quinta destaca la existencia de los siguientes elementos que, sin duda, permiten resolver el cuestionamiento de infracción a normas superiores propuesto por los demandantes, así:

a. Dentro del sistema de frenos y contrapesos moldeado por el Constituyente de 1991, la independencia y autonomía en el desarrollo funcional y organizativo de la Fiscalía General de la Nación fue garantizado, mediante el establecimiento de un procedimiento eleccionario que involucra, además del Presidente de la República, a la Corte Suprema de Justicia, en una manifestación certera del principio de colaboración institucional erigido en el inciso final del artículo 113 Superior.

De esta manera, la postulación política del Fiscal General de la Nación fue menguada por la participación efectiva de un órgano colegiado perteneciente a la Rama Judicial del Poder Público, como estabilizador de los intereses proselitistas que pudieran surgir en su elección.

b. El Constituyente de 1991 no incluyó, en aras de evitar cualquier tipo de injerencia externa en la puesta en marcha de las competencias del ente acusador, la **coincidencia exacta** de los periodos del Fiscal General de la Nación y el Presidente de la República, sin que la **coincidencia parcial** pudiera ser vista como ilegal, pues, en todo caso, su correcto funcionamiento dentro del engranaje constitucional colombiano es asegurado por un procedimiento de designación que,

desde su propio origen, pretende depurar la parcialidad política proveniente de la postulación hecha por parte del titular de la Rama Ejecutiva en el orden nacional.

c. El alcance de la reforma operada por el Acto Legislativo N°. 01 de 2003 al artículo 125 constitucional no se extiende a la designación del Fiscal General de la Nación por tratarse de una reforma de origen político y, en ese orden, constituirse en un precepto general, cuya aplicación resulta secundaria frente a la eficacia normativa del artículo 249 Superior; prescripción especial que regula la elección de este funcionario.

e. En su sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, la Corte Constitucional estudió la juridicidad del inciso 3° del artículo 29 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, determinando que la interrupción absoluta del periodo del Fiscal –por ejemplo, por renuncia al cargo– no puede conllevar que la elección de su sucesor se produzca por el lapso que le faltare a éste, sino por un nuevo periodo de 4 años contados a partir de su posesión.

En ese sentido, el alto Tribunal Constitucional erigió una regla judicial que se encuentra amparada en el concepto de cosa juzgada constitucional, lo que motiva el análisis de este instituto jurídico.

2.6. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

La figura de la cosa juzgada constitucional echa sus raíces en el contenido del artículo 243 de la Constitución Política, según el cual: “...*Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional*”.

A la manera como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸⁴, la cosa juzgada constitucional busca satisfacer los mandatos normativos que se desprenden de los principios de buena fe y seguridad jurídica, y sus efectos irradian las decisiones que adopta ese tribunal en materia de control abstracto, gozando de un carácter inmutable, vinculante y definitivo, lo que significa que cuando la constitucionalidad de una norma ha sido objeto de estudio y decisión de fondo, surge una prohibición para volver a conocer y decidir sobre lo resuelto.

Así, en sentencia C-601 de 2019⁸⁵, la Corte explicó en punto de esta materia:

“...[este tribunal] **ha clasificado la tipología de la cosa juzgada constitucional**, dependiendo del objeto controlado y el alcance del pronunciamiento anterior, en **formal o material, absoluta o relativa, y aparente**. En este sentido, ha explicado que hay **cosa juzgada formal cuando la nueva demanda recae sobre el mismo texto normativo, o uno formalmente igual; material cuando se demanda una disposición jurídica que, si bien es formalmente distinta, presenta identidad en el contenido; absoluta cuando la primera decisión hubiere agotado cualquier debate constitucional sobre la norma demandada; relativa cuando fuere posible emprender un nuevo examen de constitucionalidad de la disposición**

⁸⁴ Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional: C-601 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-468 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, y C-007 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-601 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

juzgada, bajo la perspectiva de **nuevas acusaciones**; y **aparente** cuando, **a pesar de haber adoptado una decisión de exequibilidad en la parte resolutive de un pronunciamiento anterior, ésta no encuentra soporte en las consideraciones contenidas en la sentencia**⁸⁶.

(...) **la Corte ha admitido tres escenarios de excepción a la cosa juzgada constitucional**, en presencia de los cuales es posible adelantar un nuevo examen de constitucionalidad: **(i) la modificación en el parámetro de control constitucional**, el cual se presenta **cuando cambian las normas que constituyeron el referente** para juzgar la constitucionalidad de la disposición nuevamente acusada; **(ii) el cambio en el significado material de la Constitución o “constitución viviente”**, que ocurre cuando **la realidad social, económica, política o ideológica del país transforma los presupuestos** que sirvieron de sustento para declarar la exequibilidad de la norma en su momento, lo que permite que se adelante un nuevo estudio a la luz de las nuevas realidades, entendiendo la Constitución como un texto vivo⁸⁷; y **(iii) la variación en el contexto normativo**, que **se presenta cuando la disposición previamente examinada se integra a un nuevo contexto normativo o el ordenamiento en que se inscribe ha sido objeto de modificaciones**. Este punto, hace alusión a la interpretación sistemática de la norma acusada, en conjunto con todas las disposiciones que, en la actualidad, **integran el ordenamiento jurídico al que pertenece**⁸⁸.

Igualmente, señala la Corte Constitucional en la sentencia C-198 de 2020⁸⁹, que **para establecer si se configura o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional debe examinarse si las normas demandadas en ambos procesos fueron las mismas y si en la referida sentencia se analizaron cargos iguales** a los que se presentan en la demanda.

En consonancia, la Sección Quinta resalta que, de acuerdo con las enseñanzas reproducidas, el análisis jurisprudencial adelantado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037⁹⁰ de 5 de febrero de 1996, con base en las facultades atribuidas por el ordinal 8° del artículo 241⁹¹ Superior, presenta visos de **cosa juzgada absoluta** que, excluye, en principio, cualquier tipo de debate

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencias C-744 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-007 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-540 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁸⁷ Al respecto, en la sentencia C-283 de 2011, la Corte estudió nuevamente la validez de algunas disposiciones del Código Civil sobre porción conyugal que habían sido declaradas exequibles en la sentencia C-174 de 1996. Lo anterior, debido a que desde el año 1996, la jurisprudencia constitucional y la civil extendieron derechos a los compañeros y compañeras permanentes. Asimismo, en la sentencia C-029 de 2009, el tribunal decidió evaluar de fondo los apartes de los artículos 14 y 15 de la Ley Estatutaria 971 de 2005, por cuanto, las disposiciones permitían un trato diferenciado entre parejas homosexuales y heterosexuales, y debido al cambio jurisprudencial en el referente constitucional relacionado con el tratamiento de parejas homosexuales, se hacía necesario pronunciarse sobre las normas ante las nuevas realidades. En el mismo sentido, en la sentencia C-075 de 2007, la Corte analizó de nuevo los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990, considerando que el contexto normativo sobre el que se propone el ejercicio del control de constitucionalidad era formal y materialmente distinto de aquel que fue objeto de consideración por la Corte en el año 1996.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-200 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸⁹ Corte Constitucional, sentencia C-198 de 2020, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹¹ “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.”

interpretativo en relación con el carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación.

Lo anterior, no solo tiene sustento en el contexto jurídico-normativo en el que fuera expedida la providencia –control previo de constitucionalidad sobre proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia, cuya decisión resulta ser “**definitiva**” de acuerdo con las prescripciones contenidas en el citado artículo 241.8 de la Carta Política de 1991–, sino a la vez en las consideraciones que descartan de manera certera la naturaleza institucional del periodo que corresponde a ese empleo.

En esa materia, la Corte Constitucional expuso, para sustentar la esencia subjetiva del periodo en el que el Fiscal General de la Nación desempeña sus funciones, 3 tipos de argumentos que se sintetizan enseguida:

En primer lugar, la inexistencia de un condicionamiento por parte del Constituyente a la hora de concebir la literalidad del artículo 249 Superior y, en especial, la de su periodo, fijado en 4 años. Al respecto, el alto Tribunal Constitucional explicó:

“Las anteriores consideraciones resultan aplicables al caso del señor fiscal general de la Nación. **El hecho de que la Constitución, al señalar su período lo haya fijado sin condicionamiento alguno**, es decir, lo haya previsto perentoriamente en cuatro (4) años, no da pie para que el legislador establezca, como lo hace el inciso tercero del artículo bajo examen, que si faltare en forma absoluta antes de terminar dicho período, el elegido en su reemplazo por la Corte Suprema de Justicia lo sea únicamente hasta terminar el período del anterior.”

En segundo lugar, la ausencia de concomitancia entre los periodos del Fiscal General de la Nación y aquel del Presidente de la República, que imponía la existencia de un periodo personal para el primero, en contraste del institucional que caracterizaba las labores del segundo.

En ese punto, la sentencia C-037 de 1996 plasmó en su parte considerativa:

“En cuanto al inciso tercero, esto es, la determinación de que quien reemplace al fiscal general en caso de falta absoluta, lo hará hasta terminar el período, esta Corporación estima pertinente hacer algunas precisiones sobre el particular. Debe señalarse, para comenzar, que la Carta Política estipula en su artículo 249 que el fiscal general será elegido por la Corte Suprema de Justicia “*para un período de cuatro (4) años*”. **En modo alguno puede desprenderse o interpretarse que dicho período tenga que ser coincidente con el del presidente de la República, como ocurre, por ejemplo, con el del contralor general de la República o con el de los congresistas, sino que, por el contrario, se trata de un período individual**, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, se debe contar a partir del momento en que el nuevo fiscal, elegido por la Corte Suprema, tome posesión del cargo, sin interesar si el anterior completó o no el período de cuatro años señalado en la Carta.” (Negrilla y subraya fuera de texto)

Por último, el hecho de que la autonomía e independencia de la Fiscalía General de la Nación eran mayormente salvaguardadas por la existencia de un de periodo personal que redundaba en beneficio del desarrollo funcional y organizativo del ente acusador:

“Por lo demás, no sobra advertir que el señalar un período fijo e individual para el ejercicio de las funciones por parte del señor fiscal general de la Nación, es un asunto de naturaleza institucional -mas no personal- que guarda estrecha relación con el carácter de autonomía e independencia que la Carta Política le otorga para el buen desempeño de sus atribuciones y de la misma administración de justicia.”

Sobre la base de las consideraciones que preceden la Corte Constitucional declaró la inexecutable del inciso 3° del artículo 29 del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, estableciendo una cuerda argumental imbuida de la fuerza normativa que acompaña a la cosa juzgada constitucional absoluta, como en posteriores ocasiones fue rescatado por esa misma Corporación⁹²:

“El artículo 249 C.P. prevé una regla de derecho de índole constitucional, la cual determina que el periodo del Fiscal General tiene carácter personal o individual. Además, esa regla tiene efectos directos en la conservación de la autonomía e independencia de ese funcionario, que pertenece a la Rama Judicial y por ende, se le adscriben las garantías constitucionales de ese órgano del poder público. **Estas fueron las premisas que tuvo en cuenta la Corte para declarar la inexecutable del contenido normativo que tornaba en institucional el mencionado periodo, asunto decidido en la sentencia C-037/96.**

Las modificaciones introducidas a la Constitución por el Acto Legislativo 1 de 2003 no alteraron la mencionada regla jurisprudencial. Ello debido a que (i) el objetivo de esa reforma fue exclusivamente electoral y de fortalecimiento del sistema de partidos y movimientos políticos, asuntos que son ajenos a la definición de tópicos institucionales del Poder Judicial; y (ii) el Acto Legislativo no modificó el artículo 249 C.P., ni menos previó fórmulas de transición para el cambio en la naturaleza del periodo del Fiscal General, como sí lo hizo de forma expresa respecto del Registrador Nacional del Estado Civil y los miembros del Consejo Nacional Electoral.” (Negritas fuera de texto)

Finalmente, la Sala destaca que al ser la sentencia C-037 de 1996 una providencia en la que se ejerció la fiscalización constitucional de una disposición excluida del ordenamiento, “ninguna autoridad podrá reproducir **el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo**”, lo que incluye, sin lugar a duda, a los jueces mediante la puesta en marcha de su labor interpretativa y hermenéutica, “mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”, de conformidad con el artículo 243 Superior; situación que será analizada a la hora de abordar el caso concreto.

2.7. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Tal y como quedó expuesto en providencia recientemente proferida por esta Corporación⁹³, la confianza legítima propende por la evolución del ciudadano en un medio jurídico estable y previsible, del cual pueda fiarse.

⁹² Corte Constitucional. Sentencia C-166 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. No. 11001-03-28-000-2020-00040-00, Auto de 6 de agosto de 2020, demandante: Nubia Stella Corredor Salcedo, M.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

La Corte Constitucional ha enseñado que la confianza legítima rige la relación entre las autoridades estatales –lo que incluye a los jueces– y las personas, naturales o jurídicas. Su fundamento se encuentra en el principio de seguridad jurídica, establecido en los artículos 1° y 4° de la Constitución Política, en el respeto del acto propio y el principio de la buena fe, contenido en el artículo 83 de la misma Constitución Política, según el cual *"...las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"*.

Lo anterior implica que se debe actuar con lealtad respecto de la relación jurídica vigente entre la administración y el administrado, lo que a su vez comporta la expectativa de la misma lealtad y respeto de la otra parte. En este sentido, una faceta de la buena fe es el respeto por el acto propio que se traduce en el deber de comportarse de forma coherente con las actuaciones anteriores, por lo que le está prohibido al sujeto que ha despertado en otra confianza con su actuación sorprender a la otra parte con un cambio intempestivo que defrauda lo que legítimamente se esperaba.

Entonces, bajo el principio de confianza legítima, la administración está obligada a respetar las expectativas legítimas de las personas sobre una situación que modifica su posición de forma intempestiva. No obstante, las expectativas deben ser serias, fundadas y provenir de un periodo de estabilidad que permita concluir razonablemente que efectivamente se esperaba un determinado comportamiento por parte de la administración.

A través del principio de confianza legítima se ha logrado un balance entre los intereses públicos y privados, al permitir que la administración avance en el desarrollo de su gestión, pero al mismo tiempo proteja la buena fe que el sujeto había depositado en la administración pública, de la que espera una estabilidad con respecto a las condiciones vigentes. En la relación entre la administración y el administrado, se entiende que la primera tiene la facultad de cambiar condiciones mediante la adopción de medidas como políticas públicas, programas y actuaciones, cuando lo hace bajo los parámetros legales y constitucionales, siempre que proteja las expectativas del administrado, esto es, cuando se cumplen requisitos de estabilidad y buena fe⁹⁴.

Respecto de la **confianza legítima en el escenario judicial**, la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001⁹⁵, determinó que:

"El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado⁹⁶ como administrador de justicia.⁹⁷ Esta

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-736 de 30 de noviembre de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁶ La Corte ha definido el principio de la confianza legítima de la siguiente manera: "Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos

confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. **Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme.**

En virtud de lo anterior, **el análisis de la actividad del Estado como administrador de justicia no se agota en el juicio sobre la legalidad de cada decisión tomada como un acto jurídico individual, pues no se trata de hacer un estudio sobre la validez de la sentencia, sino de la razonabilidad de una conducta estatal, entendida ésta en términos más amplios, a partir de los principios de continuidad y de unidad de la jurisdicción”.**

La Corte también precisó⁹⁸ que una forma de materializar y de aplicar el principio de confianza legítima lo configura “...*el respeto del precedente, en virtud del cual se les exige a los jueces sujetarse a sus propias decisiones y a las que profieren sus superiores funcionales, para que los fallos respondan a cierto nivel de coherencia, asociado a la protección de los derechos de igualdad de trato jurídico, de debido proceso y al principio de buena fe*”⁹⁹.

Lo anterior en procura de que los jueces deban “...*adoptar la misma decisión cuando concurren los mismos presupuestos de hecho y derecho, sin que les sea permitido defraudar la confianza de los ciudadanos con la adopción de decisiones sorpresivas que*

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.” Sentencia C-478/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

⁹⁷ Aplicando el principio de la confianza legítima en relación con las autoridades judiciales, ver Sentencia T-321/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra). Así mismo, la Sentencia T-538/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) estableció la aplicación de este principio respecto del servicio de administración de justicia y de la actividad judicial diciendo: “El sindicado es sujeto procesal y no víctima procesal. Las consecuencias del error judicial que enmienda y corrige el superior, no pueden gravitar negativamente en la parte procesal hasta el punto de que ésta pierda la oportunidad de utilizar un recurso de defensa por haberlo presentado dentro del término que le indicó el juzgado de la causa con base en una interpretación *prima facie* razonable, esto es, por haber conformado su conducta procesal a los autos y demás actos procedentes de dicho despacho judicial.”

“La corrección del error judicial por el superior, ha podido hacerse sin necesidad de colocar a su víctima en estado de indefensión, limitando la función de enmienda al acto del juez, pero conservando para la parte la posibilidad de sustentar el recurso. Así no se habría castigado la buena fe del apelante que libró su defensa con base en la contabilización oficial del término, más tarde desvirtuada. En estas condiciones, la notificación de la desestimación de la apelación interpuesta, sin posibilidad de intentarla de nuevo, se hace en el momento en que la parte se encuentra más impotente y desguarnecida procesalmente. La respuesta a la buena fe del sindicado, a quien no se le puede reprochar haber conformado su actuación a la contabilización judicial del término, es la indefensión y la ejecutoria de la condena. A juicio de esta Corte, objetivamente, esta consecuencia no puede ser de recibo. La administración de justicia, a través de las diferentes instancias, debe corregir sus propios errores, pero no a costa del sacrificio del legítimo derecho de defensa de los sindicados y menos escarmentando la buena fe que ellos razonadamente hayan puesto en los actos de las autoridades. Los dictados de la buena fe se ignoran al obrar con tan máxima severidad y dar lugar a iniquidad manifiesta. En definitiva, para corregir el error judicial - falencia interna del servicio de administración de justicia - no era necesario sacrificar de manera tan palmaria el derecho de defensa del sindicado (CP art. 29) y considerar falta suya el haber confiado razonadamente en la autoridad pública (CP art. 83).”

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-319A-12, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁹ La Sentencia T-468 de 2003 confrontó la garantía de esos derechos frente al margen de autonomía que la Constitución Política les reconoce a los jueces, específicamente, frente a la aplicación de la doctrina constitucional. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

no se ajusten a las que sean previsibles conforme a los precedentes judiciales sólidamente establecidos”¹⁰⁰.

Es oportuno señalar que la Corte, en sentencia C-400/98, sostuvo que:

“...si bien, debe ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Sin embargo, **el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional no deben ser sacralizados, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico, sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias.** Las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. **Se debe entonces aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-. En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado.** Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho”¹⁰¹ (Negrilla fuera de texto original).

En este orden de ideas para el caso concreto no hay duda de que la base objeto del principio de confianza legítima en el asunto objeto de debate, está materializada en las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, ya referenciadas y que determinan que el periodo del Fiscal General de la Nación tiene carácter personal.

2.8. CASO CONCRETO

Como antes se expuso, para la parte actora y sus coadyuvantes, el acto de elección del señor **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO**, en calidad de **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**, contenido en el **ACUERDO N°. 1383 DE 30 DE ENERO DE 2020**, expedido por la Corte Suprema de Justicia, incurre parcialmente en la causal de nulidad de infracción de norma superior.

Lo anterior al considerar que la expresión “...de 4 años que se cuentan a partir de su posesión”, plasmada en el acto que piden anular, **resulta violatoria del principio**

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Tesis que fue reiterada, en los mismos términos en la sentencia SU-047-99 de la Corte Constitucional, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

constitucional de la separación de poderes y del sistema de frenos y contrapesos que rigen nuestro ordenamiento jurídico, planteado en el artículo 113 de la Constitución Política; así como del artículo 125 Superior que consagra que “...quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”.

Admite la parte actora que tanto **la Corte Constitucional como el Consejo de Estado ya se han pronunciado a favor del carácter personal y no institucional del período del Fiscal General de la Nación**, pero con el ejercicio de la presente demanda electoral pretenden exponer argumentos que consideran suficientes para **solicitar que se revise su propia jurisprudencia e interprete estas normas de la manera que más se ajusta a los principios que rigen el orden jurídico nacional.**

2.8.1. Advierte la Sala Electoral que el vicio de infracción de norma superior impone que deba revisarse la literalidad de los preceptos que se dicen vulnerados con el establecimiento del periodo de 4 años a partir de la posesión del demandado, que para el caso particular resultan ser las normas constitucionales que se reproducen enseguida:

“ARTÍCULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”.

El análisis de los anteriores preceptos debe acompañarse del argumento de la parte actora según el cual, si bien es cierto ya existe postura jurisprudencial tanto

de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, ella debe ser revalorada a partir de las consideraciones vertidas en la demanda.

Así las cosas, para la Sección Quinta del Consejo de Estado se tiene que la primera de las exigencias del cargo formulado, que impone demostrar que la normativa que se cita como vulnerada es aquella que regula “*la materia que es objeto de decisión administrativa*”¹⁰², se encuentra satisfecha, pues es lo cierto que, por su naturaleza constitucional, los artículos 113 y 125 Superiores resultan ser prescripciones normativas a las cuales debe someterse la producción de los actos administrativos y, para el caso concreto, el acto de designación del Fiscal General de la Nación; máxime cuando contienen en su literalidad principios axiales que sustentan la propia existencia del Estado Social y Democrático de Derecho, implantado tras la aparición de la Carta Política de 1991.

2.7.2. Pero no basta la circunstancia descrita para tener por configurado el único cargo propuesto contra el acto de elección del demandado, puesto que, como fuera expuesto en las consideraciones generales de esta providencia, la causal de nulidad de infracción de las normas superiores exige la demostración exacta de la transgresión que se alega por los accionantes¹⁰³.

Dicho ello, con el propósito de definir si la decisión administrativa que se acusa de ilegal quebranta, en efecto, los preceptos constitucionales erigidos en los artículos 113 y 125 de la Carta Política de 1991, la Sala Electoral desarrollará, teniendo en cuenta que la materia ha sido definida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en pretéritas ocasiones, un estudio que le permita establecer si existen nuevos cargos o situaciones que habiliten la realización de un nuevo examen de transgresión sobre las normas presuntamente desconocidas, en el sentido en el que lo defiende la parte actora.

En aras de lo expuesto, esta Judicatura recuerda que para la parte actora el periodo del fiscal no debe ser considerado personal sino institucional porque:

1. En procura de la defensa del principio de frenos y contrapesos, la elección por 4 años del señor **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO**, como **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**, **entorpece la vigilancia y colaboración recíprocas** de quienes ejercen diversas funciones estatales, de lo que concluyen que su permanencia en el cargo no debe ser coincidente con el periodo institucional del Presidente de la República.

En este sentido, la Sala destaca que, en este preciso caso, la coincidencia parcial de los periodos del demandado en el cargo de Fiscal General de la Nación con el actual Presidente de la República, quien lo incluyó en la terna que remitió a la Corte Suprema de Justicia y terminó con la designación que se acusa de ilegal,

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. No. 08001-23-31-000-2007-00972-01. M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Demandante: Lourdes del Rosario López Flórez.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. No. 11001-03-28-000-2016-00038-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandados: Magistrados Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

resulta ser una circunstancia derivada de la renuncia de quien venía desempeñando el referido empleo, sin que por esta circunstancia resulte válido afirmar que esta concurrencia entre el ejercicio del cargo por uno y otro funcionario devenga en que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional deban reevaluar su postura de que el periodo del fiscal es personal.

Por el contrario, conviene señalar que la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de 16 de abril de 2013, demostró que con la finalidad de que la elección del Fiscal General de la Nación contribuyera en la defensa y mantenimiento del principio de frenos y contrapesos, que dicen proteger los demandantes, el constituyente impuso el adelantamiento de un procedimiento administrativo y conjunto entre el Presidente de la República, que elabora la terna, y la Corte Suprema de Justicia, que lo elige de entre los candidatos ternados; sin que tuviera injerencia alguna la coincidencia temporal en el ejercicio del cargo del Presidente de la República y el Fiscal General.

En otros términos, la máxima instancia jurisdiccional de lo contencioso administrativo estimó que el equilibrio de poderes que debía caracterizar la relación institucional entre estas dos autoridades públicas, se encontraba salvaguardada por un trámite eleccionario particular que, al amparo de la colaboración armónica de los poderes¹⁰⁴, garantizaría el correcto funcionamiento del aparato estatal, incluso en los eventos en los que los periodos presidenciales y aquellos del fiscal concurrían en el tiempo, a través de la Corte Suprema de Justicia, como órgano autónomo e independiente en el marco del procedimiento de designación del regente de la Fiscalía.

Lo anterior, se precisó en los siguientes términos:

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

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

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

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

¹⁰⁴ Art. 113 Constitución Política

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, las acciones que realmente dispuso el constituyente, como lo determinó la Sala Plena del Consejo de Estado, para que la elección del Fiscal General de la Nación respete el sistema de pesos y contrapesos, carezca de vínculo o cercanía con lo político y sea garantía de su autonomía e independencia, radica en que en el proceso de su designación tengan injerencia el Ejecutivo y la Rama Judicial y no como pretende demostrarlo la parte demandante, que sea dable afirmar que la coincidencia en el ejercicio del cargo de quien terna y el elegido Fiscal resulte un acto que vicie de ilegalidad el acto de elección de este último.

En este punto, la Sección Quinta destaca que si bien para un lector desprevenido, las postulaciones jurisprudenciales transcritas podrían llevar a sondear que, a la manera como lo sostuvieran los demandantes, el constituyente primario pretendió

la existencia de periodos diferenciados en lo que al Presidente y al Fiscal General de la Nación hacen –producto de la supresión normativa de la concomitancia de periodos–; lo cierto es que se trata tan solo de una aproximación equívoca que desconocería la propia literalidad del artículo 249 Superior, en el que no se establece de forma expresa esta circunstancia –si así lo hubieren perseguido los asambleístas de 1991–; comoquiera que, más allá de la coincidencia o no en los periodos, la independencia y autonomía del Fiscal General de la Nación de cara al Ejecutivo estaba determinada por la existencia de un trámite eleccionario *suís generis*.

Ahora bien, esta Judicatura tampoco comparte el hecho de que el carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación, que puede llegar a concurrir con el institucional del Presidente de la República, deba ser comprendido como una amenaza a la “ingeniería constitucional” diseñada por la Carta Política, si se toman en cuenta dos aspectos principales:

En primer lugar, frente a las posibles “*abstenciones*” en que posiblemente podría incurrir el Fiscal en el desarrollo de sus funciones investigativas y acusatorias respecto del Presidente de la República, se resalta que corresponde a un asunto que trasciende el marco mismo de la discusión propuesta por los demandantes, habida consideración de que el primero no dispone de la facultad, ni mucho menos de la competencia, para ejercer su labor de fiscalización frente al titular de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

En efecto, se recuerda que, de conformidad con el artículo 251 Superior, son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

“1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos servidores que gocen de fuero Constitucional, **con las excepciones previstas en la Constitución.**” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

Dentro de las circunstancias exceptivas que escapan al ámbito competencial de este funcionario, el artículo 174 constitucional prescribe:

“Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra **el Presidente de la República** o quien haga sus veces; **contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia**, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

De lo anterior se desprende que la investigación, acusación y juzgamiento del Presidente de la República y de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia – que intervienen en la elección del Fiscal– fue asignada al Congreso, de donde resulta que el carácter personal del periodo del Fiscal que puede llevar a la concomitancia censurada por los accionantes, no resulta ser un aspecto que irradie amenaza o ponga en peligro el control mutuo y recíproco; que caracteriza el

sistema de frenos y contrapesos esculpido por el Constituyente de 1991, pues en todos los eventos las funciones del Fiscal no disponen de injerencia alguna en estas materias.

Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido:

“Continuando con una tradición constitucional..., **el Constituyente de 1991 mantuvo la facultad del Senado y de la Cámara de Representantes de acusar y juzgar, respectivamente, a los más altos funcionarios del Estado.** En efecto, los artículos 174, 175 y 178 de la Carta Política facultan al Congreso para ejercer la referida función judicial sobre los actos del Presidente de la República -o quien haga sus veces-, de los magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura y del Fiscal general de la Nación. Como puede apreciarse, la única modificación que se introdujo en esta materia en la Carta Política en comparación con la Constitución de 1886, fue la de ampliar el radio de acción del Congreso habida cuenta de las nuevas instituciones y de los nuevos servidores públicos que entraron a formar parte del aparato estatal desde 1991.”¹⁰⁵(Negrilla y subrayas fuera de texto)

En segundo lugar, la Sala encuentra que las “*abstenciones*” o posibles “*extralimitaciones*” que hipotéticamente podrían resultar del ejercicio concomitante de las funciones del Presidente y el Fiscal General de la Nación, como consecuencia del carácter personal del periodo del último, deben ser descartadas, si se entiende que, las actuaciones de la Fiscalía resultan ser absolutamente regladas y sometidas al control jurídico–normativo que sobre ellas es efectuado por la Rama Judicial.

Y es que si bien se trata de un organismo que, por expreso mandato constitucional¹⁰⁶, conforma la estructura misma de la Rama Judicial, ello no la excluye, en el marco del sistema acusatorio implantado por el Acto Legislativo N°. 03 de 2002, y desarrollado por la Ley 906 de 2004, de los controles que a su función investigativa y acusatoria ejercen los operadores judiciales. En efecto, lejos de poder ser considerado como un juez, la Fiscalía actúa, sin perjuicio de los pocos procesos que seguramente se tramitan en la actualidad bajo la cuerda del antiguo régimen procesal penal¹⁰⁷, como una verdadera parte en un juicio adversarial que tiene por tercero imparcial al juez, único habilitado por el ordenamiento para la toma de decisiones que puedan llevar a la restricción de la libertad.

En ese sentido, los jueces penales se presentan como titulares de las herramientas que vigilan, inspeccionan y examinan las tareas del ente investigador, precaviendo cualquier tipo de desbordamiento competencial que pueda afectar el equilibrio de poderes; por lo que la rigidez y seriedad se constituye en la garantía de la separación de poderes, en su manifestación de pesos y contrapesos.

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-198 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰⁶ Constitución Política, artículo 116: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.” (Negrillas fuera de texto)

¹⁰⁷ Ley 600 de 2000.

Por otro lado, no puede dejarse a un lado que el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación no responde a una facultad, pues, por el contrario, se trata de una obligación que impide suspender, interrumpir y renunciar a la persecución penal, a las voces del artículo 250 de la Carta Política de 1991:

“La Fiscalía General de la Nación **está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal** y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. **No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal**, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.” (Negrilla fuera de texto).

De allí que las consideraciones expuestas por los demandantes puedan ser inscritas en el escenario de lo hipotético, pues las presuntas irregularidades en que podría incurrir el Fiscal General de la Nación, como consecuencia del reconocimiento del carácter personal de su periodo, no encuentran apoyo en prueba alguna, sino en suposiciones que desconocen que el ordenamiento jurídico contiene diferentes medios que permiten controlar los actos y omisiones del funcionario demandado; lo que se extiende incluso a la composición administrativa y, por consiguiente, organizacional de la Fiscalía a través de los mecanismos judiciales pertinentes.

A lo anterior, debe agregarse que los demandantes se duelen del hecho de que el periodo del demandado guarde identidad con los cargos de magistrados de las altas cortes, empero, como permitió verlo la transcripción del fallo de 16 de abril de 2013, esta situación obedece a que “...**la voluntad mayoritaria que quedó plasmada en el texto final [Constitución] fue la de adscribir esta nueva institución acusatoria e investigadora de los delitos, como perteneciente funcionalmente a la rama jurisdiccional del poder público, a fin de garantizar la autonomía e independencia de su función, y que en esta dirección su naturaleza jurídica se materializó como la de un ente judicial con autonomía administrativa y presupuestal**”.

No podemos dejar a un lado que la Corte Constitucional, al respecto de estos mismos aspectos, determinó en la sentencia C-166 de 2014 que:

“La Corte aceptó ese argumento y **concluyó que de la mencionada norma constitucional se colegía necesariamente que el periodo del Fiscal General era de naturaleza individual, sin que tuviera que ser coincidente con el de otras autoridades del Estado, como el Presidente de la República**. Por lo tanto, dicho periodo **resultaba análogo al de los magistrados de las altas cortes**, el cual tiene un indiscutible carácter individual. Adicionalmente, la inexecutable de una norma de ese carácter se justificaría en que la ausencia de un periodo individual afectaría la autonomía e independencia que la Carta adscribe a la administración de justicia. De otro lado, si bien el artículo 253 C.P. confiere al legislador la determinación de, entre otros asuntos, el régimen de ingreso mediante carrera y retiro del servicio de la Fiscalía General, esta competencia no cubre la definición del periodo del Fiscal

General, pues ese asunto fue regulado directamente por la Constitución” (Negrilla y subraya fuera de texto original).

Así las cosas, en este aspecto debe insistirse que se trata de una problemática ya expuesta y solucionada por el pleno de esta Corporación e incluso por la Corte Constitucional, sin que del contenido de la demanda se advierta la existencia de nuevas circunstancias que al menos den visos de la necesidad de abordar este reparo ante la presencia de circunstancias fácticas o jurídicas disimiles a las ya referenciadas.

Y es que, para la Sección Quinta del Consejo de Estado, no ofrece duda que los planteamientos de parte propuestos por los demandantes, no se constituyen en consideraciones que permitan reevaluar la posición que hasta aquí ha sido prohijada por el Pleno de este tribunal de lo contencioso administrativo, habida cuenta de que en el *sub judice* no se configura ninguno de los eventos que llevaría a replantear la razonabilidad de la tesis que propugna el carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación.

En efecto, la Sala no advierte, de acuerdo con las previsiones expuestas en los apartes dedicados a la vinculatoriedad del precedente y la cosa juzgada constitucional, la presencia de una cuerda argumental que deleve la inexactitud de una regla jurisprudencial que, lejos de transgredir la separación de poderes en su modalidad de pesos y contrapesos, la refuerza y mantiene, al identificar en la esencia subjetiva del periodo del Fiscal una de las garantías para la autonomía e independencia de su cargo, tal y como fuera expuesto por la Corte Constitucional en la tantas veces citada sentencia C-037¹⁰⁸ de 5 de febrero de 1996, en la que se sostuvo:

“Por lo demás, no sobra advertir que el señalar un período fijo e individual para el ejercicio de las funciones por parte del señor fiscal general de la Nación, es un asunto de naturaleza institucional -mas no personal- **que guarda estrecha relación con el carácter de autonomía e independencia que la Carta Política le otorga para el buen desempeño de sus atribuciones y de la misma administración de justicia.**” (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Por otro lado, esta Judicatura tampoco identifica la existencia de cambios normativos que lleven a un viraje jurisprudencial en el asunto, comoquiera que los extremos de la pugna jurídica a la que puso punto con la decisión de 16 de abril de 2013 –artículos 125 y 249 de la Constitución Política– no han sido objeto de variaciones que hayan limitado, extendido o modificado sus alcances; autorizando una alteración jurisprudencial al respecto. Tampoco se identifican cambios sociales o económicos que alteren el entendimiento de las normas en cita y hagan dables mutaciones en el derecho pretor del Consejo de Estado.

Finalmente, la Sala resalta que la sentencia de 16 de abril de 2013 tiene como sustrato argumentativo las previsiones jurisprudenciales que llevaron a la inexecutable del inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, que haciendo tránsito a cosa juzgada constitucional, no puede ser obviada, o más generalmente,

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

desconocida, por ninguna autoridad –lo que incluye al juez de lo contencioso administrativo–, al tenor de lo dispuesto en el artículo 243 constitucional.

Así, sin que el precedente fijado por la Sala Plena del Consejo de Estado pueda ser tenido por “camisa de fuerza”, se estima que no se reúnen en el presente evento las condiciones que habilitarían su posible reevaluación.

2. En acápite diferente la parte actora señala lo que denomina “...debilidades argumentativas del precedente judicial vigente”, en el cual se encarga de señalar que la conclusión a la cual arribó la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, según la cual el periodo del Fiscal General es personal porque así lo dispone la Constitución Política, es “equivoco”, pues entienden que la función del Fiscal no puede ser asimilable a la de Magistrado de Alta Corte.

Señalan que la diferencia entre los cargos aludidos, se denota en su funcionamiento que conlleva que el Fiscal no actúe de manera colegiada, como sí lo hacen los magistrados, a lo cual agregó la facultad de libre nombramiento y remoción de los servidores públicos de la Fiscalía y su relación jerárquica funcional, la que señalan no se acompasa con el desarrollo de las actividades de las autoridades colegiales judiciales, de lo que concluyen que no hay posibilidad de asimilarlos.

Luego se quejan de los argumentos contenidos en la sentencia de 16 de abril de 2013, del Consejo de Estado por considerarlos “incipientes”, para lo cual exponen que la coincidencia de periodos entre el Fiscal y el Primer Mandatario “...no menoscaba el deslinde político del primero y sí garantiza la vigencia recíproca de ambos”, y que el hecho que la Fiscalía pertenezca a la Rama Judicial no conlleva que el ejercicio de la función de su titular deba ser concomitante con la de los togados. Por último, expuso que el precedente judicial no puede entenderse como absoluto y definitivo.

Respecto de los anteriores reparos la Sala debe señalar que:

No se tratan de verdaderos argumentos que den cuenta de la ilegalidad de la que se acusa al acto de elección del demandado y mucho menos del desconocimiento de lo establecido en los artículos 113 y 125 de la Constitución Política.

Como quedó expuesto a lo largo de esta decisión, los argumentos a los que aluden los demandantes ya fueron objeto de análisis por parte no solo del Consejo de Estado sino también de la Corte Constitucional, concluyendo que los mismos carecen de vocación de prosperidad.

Las peticiones anulatorias tampoco proponen argumentos adicionales, sean estos normativos, fácticos o jurídicos, diferentes a los ya analizados que adviertan o sirvan de fundamento para nuevamente abordar un estudio respecto de la necesidad de una modificación de la actual tesis según la cual el periodo del Fiscal General de la Nación es personal.

Por el contrario, este juez de lo electoral advierte que el escenario constitucional y legal es el mismo que fuese objeto de análisis cuando esta Corporación judicial dictó la sentencia en abril de 2013, pues las normas que se citan como infringidas no han sido objeto de reforma alguna, como se expuso enseguida, toda vez que ni el artículo 113, ni mucho menos el 125, han sido reformados, cambiando sus alcances, entendimientos, o peso jurídico al interior del orden normativo colombiano.

Lo mismo ocurre frente al escenario que fuera objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional en su sentencia C-166 de marzo de 2014, al decidir la inconstitucionalidad del artículo 9° de la Ley 938 de 2004 *“por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”*.

Al respecto, es necesario exponer que en sus alegaciones finales los actores señalan que el periodo del Fiscal General *“no es personal, ni tampoco es institucional, sino que es una tercera categoría que se podría denominar periodo `singular o indeterminado”*, de entrada podría advertirse que se trata de un nuevo cargo formulado de manera extemporánea; empero, de la revisión de su argumentación se advierte con facilidad que recae en los mismos presupuestos expuestos para fundar su pedimento de que resulta necesario modificar la tesis jurisprudencial vigente.

Expusieron los demandantes que el hecho de que la elección del señor **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO** haya derivado de la renuncia del señor Néstor Humberto Martínez, significa que el fallo de la Sala Plena del Consejo de Estado de 16 de abril de 2013¹⁰⁹, no aplica a su caso porque no deviene de la anulación de la elección del anterior Fiscal General, en este sentido, debe señalarse que también se trata de un aspecto frente al cual ya existe pronunciamiento judicial.

En efecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en su fallo de 16 de abril de 2013¹¹⁰, se encargó del estudio de esta situación fáctica y concluyó, con apoyo en la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional, que **en caso de vacancia absoluta del cargo del Fiscal General de la Nación lo que procede es una nueva elección y el elegido deberá cumplir su periodo de 4 años, a lo cual agregó que el Fiscal General Encargado deberá suplir temporalmente la vacancia derivada de la renuncia** y será este escenario en el cual el *“reemplazo lo será para terminar el período”*, pero no ante la elección de un nuevo fiscal, lo anterior en los siguientes términos:

“En la sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996 ya la Corte Constitucional determinó, al realizar el estudio previo de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que era inexecutable el inciso que se encontraba consagrado en el original artículo 29 de ese proyecto, con el siguiente

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M. P. Susana Buitrago Valencia, 16 de abril de 2013, rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M. P. Susana Buitrago Valencia, 16 de abril de 2013, rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00

tenor: “En caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en su remplazo lo será para terminar el período”.

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

Y es que para efectos de resolver el problema jurídico en su momento planteado sobre el período del entonces Fiscal General de la Nación, Eduardo Montealegre Lynett, la Sala Plena tuvo en consideración los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en especial la sentencia C-037 de 1996, que realizó el control previo a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia –así como ahora tiene en cuenta la sentencia C-166 de 2014, en la que se aborda nuevamente esta cuestión a la luz de las reforma constitucional del artículo 125 Superior–, y los antecedentes jurisprudenciales del propio Consejo de Estado, pero también el **concepto** de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 12 de marzo de 2012.

De esta manera, es posible destacar en relación con este último, producto de la función consultiva –no vinculante jurisdiccionalmente–, que, al haberse contemplado la visión vertida en dicho instrumento jurídico, no resulta, por decir lo menos, útil, volver a las razones que la sustentaron, pues, en contraste, o a pesar de ella, la Sala de lo Contencioso Administrativo asumió su propia posición, ratificada posteriormente con efectos de cosa juzgada constitucional por la Corte Constitucional. Ergo, no podría tenerse tal confrontación, ni sus argumentos subyacentes, como un motivo de duda o de implacable imperiosidad jurídica que lleve a reconducir al Consejo de Estado a una discusión acometida desde sus diferentes aristas en el seno de este pleno, con miras a volcar su tesis hacia la dirección opuesta.

Es imperioso insistir en que, aun cuando los aportes de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resultan sumamente valiosos en el ámbito del conocimiento jurídico que se yergue en torno a la materia, aquella se pronuncia a través de “conceptos” en los cuales sus integrantes **opinan** sobre un determinado tema que le ha sido puesto en conocimiento o frente al cual se le ha formulado un interrogante particular; mientras que autoridades judiciales como la Sala de lo Contencioso Administrativo o la propia Corte Constitucional emiten “providencias” en las que **deciden** la solución de un determinado problema jurídico con efectos particulares o generales en el tiempo, según se trate, produciendo con ello la “jurisprudencia”, como un género dentro del cual se insertan categorías específicas como el “precedente” –frente al cual se ahonda en otros epígrafes de la presente providencia– que irradia la solución de casos futuros tanto en sede judicial como administrativa; atributo que no es predicable de los anotados conceptos.

Por otra parte, no sobra agregar, que como bien, lo expuso la parte demandante, la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001 señala las circunstancias en

las cuales es posible apartarse del precedente fijado, resumibles en: **i)** cambio en la legislación; **ii)** modificación de situaciones de índole económico, político o social, o; **iii)** la demostración de que la tesis vigente devenga contraria a principios, valores y objetivos jurídicos.

Sin embargo, como ya se demostró ninguna de esas hipótesis hacen presencia en este debate, valga señalar ni siquiera la argumentación expuesta genera verdaderos motivos de duda respecto de la contundencia de los fundamentos en los que se sustenta la conclusión de que el periodo del Fiscal General de la Nación es **personal** y no institucional como es la pretensión de los demandantes.

En este orden de ideas, para esta Sala de lo Electoral la parte actora no presentó ante este juez colegiado argumentación que demuestre la ilegalidad del acto de elección del señor **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO**, como Fiscal General de la Nación, como tampoco su incursión en el vicio de infracción de norma superior.

De igual manera, no existen fundamentos novedosos y tampoco contundentes que lleven a este juez de lo contencioso a adentrarse en la posibilidad de modificar la tesis vigente y pacífica respecto del periodo del Fiscal General; por el contrario, debe tenerse como conclusión, en palabras de la Corte Constitucional -C-166 de 2014-, que “...una norma legal que dispusiera para el Fiscal General un periodo institucional era contraria a la Constitución”.

Lo anterior equivale a que aceptar la propuesta de los demandantes de acceder a su petición de declarar que el periodo del Fiscal General de la Nación es institucional, sería una decisión que vulneraría la Constitución Política.

Así las cosas, no hay duda de que el acto dictado por la Corte Suprema de Justicia como declaratorio de la elección de **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO, FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**, contenido en el **ACUERDO N.º 1383 DE 30 DE ENERO DE 2020**, resulta ajustado a la constitución, la ley y la tesis jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como ya se explicó con la debida suficiencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones elevadas por **ESNEIDER RENÉ MATEUS FORERO** y **GINA PAOLA ÁVILA SIERRA** contra el acto de elección del señor **FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO**, como **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**, contenido en el **ACUERDO 1383 DE 30 DE ENERO DE 2020**, expedido por la Corte Suprema de Justicia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, archívese el expediente.



TERCERO: ADVIERTASE a las partes que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente
Aclara voto

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.

NULIDAD ELECTORAL – Las sentencias C-037 de 1996 y C-166 de 2014 no tienen visos de cosa juzgada absoluta como se indicó en la sentencia / NULIDAD ELECTORAL - La discusión constitucional sobre el carácter personal o institucional del periodo del Fiscal General de la Nación no ha sido agotada

Si bien comparto la decisión de que en el presente asunto los demandantes no reunieron una carga argumental suficiente para que la Sección Quinta se apartara de la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que ha tenido como personal el periodo del Fiscal General, no coincido en que las sentencias de la Corte Constitucional hayan agotado cualquier debate sobre el carácter personal o institucional de ese periodo, en tanto este no fue definido de manera expresa en el artículo 249 de la Carta Política. (...). La sentencia C-037 del 7 de febrero de 1996, dictada en ejercicio del control automático de constitucionalidad de la Ley 270 de 1995, fue anterior a que se introdujera la modificación constitucional del artículo 125 de la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, que previó el carácter institucional del periodo de todos los cargos de elección del Estado; razón por la cual, en esa oportunidad, la Corte Constitucional no tenía un parámetro normativo distinto del artículo 249 superior para concluir la inexecuibilidad del inciso 3 del artículo 29 de la ley 270 del 15 de marzo de 1999. En él se disponía “En caso de falta absoluta del Fiscal



antes de la terminación del periodo, quien sea designado en su reemplazo lo será para terminar el periodo.” La corporación arribó a esa conclusión de que es personal el periodo de 4 años previsto en el artículo 249 superior para el cargo de Fiscal General de la Nación e inicia a correr con la posesión del mismo, porque: i) el artículo 249 no previó fechas de inicio y culminación del cargo y por tanto debe tenerse como personal ii) la Fiscalía General de la Nación integra la Rama Judicial siendo una de sus cabezas y, respecto ellas el periodo consagrado en la Constitución -artículos 233 y 239- es personal, sin que el artículo 249 superior lo exceptuara de la aplicación de dicha regla iii) el diseño institucional previsto por el Constituyente de 1991 garantiza la autonomía e independencia de la Fiscalía General, en tanto cuenta con un procedimiento eleccionario en el que participan las tres ramas del poder público; funcionalmente hace parte de la Rama Judicial y cuenta con autonomía administrativa y presupuestal para ejercer sus funciones. De suyo, como se advierte, ninguna apreciación hizo la Corte Constitucional en lo relativo a la incidencia que tiene en el principio de separación y equilibrio del poder, tener como personal el periodo del Fiscal General. Ello se explica esencialmente, en el hecho de que, para ese momento, ninguna otra disposición constitucional permitía inferir que la voluntad del Constituyente de 1991 hubiera sido distinta, y porque, para ese momento, la elección de ese funcionario no había sufrido desajustes temporales que conllevaran a la coincidencia de aquel por más de la mitad del periodo institucional de 4 años con el Presidente de la República que había ternado al Fiscal. Consecuentemente, la decisión de la Corte Constitucional no requería, en ese momento, pronunciarse sobre una realidad fáctica inexistente y su posible incidencia en el equilibrio del poder. (...). Por su parte, en la sentencia C-166 de 19 de marzo de 2014, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 de la Ley 938 del 31 de diciembre de 2004 “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”, que disponía: “Período. El Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de cuatro (4) años.” El demandante consideró que la expresión acusada desconoce el artículo 243 de la Constitución, en cuanto se opone a los efectos de la cosa juzgada constitucional, porque reproduce el texto normativo del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, expulsado del ordenamiento en la sentencia C-037 de 1996. En esa oportunidad, la Corte dejó sentado que “La expresión “institucional” es inexecutable al desconocer la cosa juzgada constitucional” porque reproduce un contenido normativo declarado inexecutable por razones de fondo, sin que se haya modificado el parámetro de control de constitucionalidad. En consecuencia, decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 y declarar inexecutable la expresión acusada. (...). Con ello, advierto que en lo relativo al principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, la Corte tan sólo indicó que esa Corporación ha insistido en “la trascendencia jurídica que para la estabilidad institucional y para garantizar el derecho de acceso a los cargos públicos tienen los períodos señalados en la Constitución o en la ley cuando fuere el caso. (...)”, debido a su incidencia en la organización de la arquitectura del Estado, y en que “(...) La variación intempestiva del período en curso es un asunto muy sensible desde el punto de vista constitucional, por sus eventuales implicaciones sobre la organización de la estructura del Estado.”. De allí que deba optarse por la plena efectividad del mandato contenido en el artículo 249 de la carta y dentro de la hermenéutica que sobre el mismo determinó la Corte en la sentencia C-037/96. La ausencia de ese razonamiento, en mi criterio se debe a: La insuficiente valoración del criterio histórico que nutre la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, por cuanto la Corte señaló sin mayores explicaciones, que dicha reforma era de carácter político electoral en tanto fue dictada en el marco del fortalecimiento de los partidos y de las elecciones por voto popular, concluyendo con sustento en lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia del 16 de abril de

2013, que el artículo 125 era una norma general no aplicable al Fiscal General por ausencia de unidad de materia entre lo allí regulado y los asuntos relativos a la estructura y funcionamiento de la Rama Judicial, de la que hace parte la Fiscalía.

NULIDAD ELECTORAL – Desconocimiento de hechos normativos y políticos que propiciaron la coincidencia de los periodos del Presidente y del Fiscal General de la Nación

La sentencia C-166 de 2014 se ocupó de señalar que la inalterabilidad del artículo 249 superior con fundamento en la cosa juzgada constitucional contenida en la sentencia C-037 de 1996, señalando además la inexistencia de cambios sociales o políticos que condujeran a dicha variación. Sobre este punto, advierto que la Corte Constitucional pasó por alto dos cambios en el ordenamiento constitucional que requerían ser analizados desde la órbita de la incidencia del periodo personal o institucional del Fiscal General en el equilibrio del poder. El primero, referido al Acto Legislativo 02 de 2002, que se ocupó, precisamente, de señalar periodos institucionales para todos los cargos de elección popular, es decir, fue esta reforma y no la del Acto Legislativo 01 de 2003 la que se circunscribió a temas políticos electorales de carácter popular. El segundo, consiste en la reelección presidencial introducida al ordenamiento mediante el Acto Legislativo 02 de 2004, producto del cual fueron reelectos dos Presidentes de la República. El primero de ellos ternó un Fiscal General cuyo periodo coincidió en 3 años con el periodo presidencial de quien lo ternó. Por su parte, el segundo Presidente reelegido tuvo oportunidad de ternar en su primer periodo a un Fiscal cuyo periodo de 4 años coincidió en 2 años con el suyo presidencial que culminaba en 2014 y empató con los dos primeros años de su nuevo mandato presidencial 2014-2018. Como la coincidencia de los periodos del Presidente y del Fiscal General fue el evento que precisamente el Constituyente primario no quiso prever, y las que se presentaron ocurrieron con posterioridad a la expedición de los Actos Legislativos 01 de 2003 y 02 de 2004 y con anterioridad a la expedición de la sentencia C-166 del 19 de marzo de 2014 -la primera de ellas acaeció para el periodo del Presidente Uribe Vélez en los años 2006 a 2009 y los periodos presidenciales consecutivos de Santos Calderón -2010 a 2014 y 2014 a 2018-, se requería establecer si tales circunstancias, vistas de manera holística e integral, introdujeron cambios normativos y políticos con la entidad suficiente para revisar si el parámetro constitucional que sirvió de sustento a la sentencia C-037 de 1996 había sido modificado y si por cuenta de ello resultaba afectada la ecuación del equilibrio del poder diseñada por el Constituyente de 1991 y consagrada en el artículo 113 constitucional. (...). [R]eitero que no encuentro agotada, en términos absolutos como lo indicó esta Sala electoral, la discusión constitucional sobre el carácter personal o institucional del periodo del Fiscal General de la Nación. Ello, porque esa discusión se ha abstraído de revisar cómo los cambios del ordenamiento constitucional y sus consecuencias fácticas en cuanto a la coincidencia de periodos presidencial y del Fiscal por lapsos superiores a dos años, inciden positiva o negativamente en la concreción del equilibrio del poder, máxime cuando la elección de ese cargo ha demostrado que el querer del Constituyente, de evitar la coincidencia de los periodos del Presidente y del Fiscal, queda alterada por razones extraordinarias y materiales cuya ocurrencia no era previsible para los assembleístas constituyentes. (...). Consecuentemente, es en razón de la ausencia de argumentos contundentes y debidamente acreditados que hay lugar a negar en este asunto la nulidad demandada, en el sentido de tener la elección del fiscal Barbosa Delgado por un periodo institucional hasta la fecha en que culminara la del Fiscal renunciante Martínez Neira, más no porque desde la perspectiva normativa y material, la discusión se encuentre agotada de manera plena y absoluta.

NULIDAD ELECTORAL – La coincidencia de periodos entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la Nación no suponen una mayor o menor posibilidad de abstención u omisión del ejercicio de funciones respecto de la investigación y acusación a cargo de la Fiscalía General de la Nación

El argumento central de la demanda se relaciona con la posible “abstención” del ejercicio de funciones por parte del Fiscal General, respecto del Presidente y del Gobierno nacional. (...). No obstante, en forma complementaria, considero que el argumento de los demandantes queda a su vez descartado, por la potísima razón de que tanto en el evento de considerarse el periodo del fiscal como uno de carácter institucional o como uno de carácter personal, persiste la coincidencia del periodo de ambos funcionarios. De esta manera, el hecho de que la coincidencia suceda por un periodo mayor no supone, por sí misma y ante la incipiente carga argumentativa de la demanda, una mayor o menor posibilidad de abstención u omisión del ejercicio de funciones respecto de la investigación y acusación a cargo de la Fiscalía General de la Nación, máxime cuando al interior de dicha entidad, los fiscales que investigan y acusan posibles actos delictivos cometidos por funcionarios gubernamentales del orden nacional, cuentan con independencia y autonomía en el ejercicio de esas funciones y por su ejercicio no responden funcionalmente ante el fiscal general como máxima autoridad que dirige la entidad. De otra parte, debe considerarse que si bien el artículo 125 introduce una regla sobre el carácter institucional del periodo de todos los cargos de elección y el del Fiscal es uno de ellos, lo cierto es que existe en el ordenamiento una disposición estatutaria cuya vigencia y constitucionalidad no ha sido tocada, en la que se dispone que el periodo del Fiscal es individual. Se trata del artículo 130 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. (...). Con lo anterior estamos señalando que antes que la jurisprudencia incompleta e inacabada referida sobre el tema del período del Fiscal, existe una norma estatutaria que define el carácter del período del Fiscal General de la Nación, que se encuentra vigente y que se aplica en virtud del principio de legalidad.

NULIDAD ELECTORAL – La forma en que se fijó el litigio constituye una limitante frente a la modificación de la jurisprudencia de la Sala Plena

La forma en que quedó fijado el tema del litigio se constituye en este caso en una limitante para estudiar la necesidad o plantear la posibilidad de modificar la jurisprudencia dictada en la sentencia del 16 de abril de 2013 por la Sala Plena, cuestión que resulta contraria a la doctrina del derecho viviente y puede tener un efecto de petrificación del derecho, amén de que en él se expresó también que el objeto del litigio era la revisión de la cosa juzgada constitucional, cuestión que, como expuse a lo largo de este documento, resultaba posible si se reconoce que han existido cambios normativos y políticos que conllevan la necesidad de revisar si el equilibrio del poder y el sistema de pesos y contrapesos resultan afectados y si ello tiene para inaplicar el artículo 130 de la LEAJ, aspecto respecto del cual los demandantes no realizaron argumentación o pedido alguno. En estos términos quedan expuestas las razones por las que aclaro mi voto, estimando que es posible, bajo una carga argumentativa suficiente y necesaria que no fue cumplida en este caso, que el Consejo de Estado revise su propia jurisprudencia, incluyendo la que queda contenida en este fallo, porque ni las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1996 y C-166 de 2014, ni tampoco la dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 16 de abril de 2013 ni la que ahora nos ocupa, han estudiado y desarrollado cuál es la incidencia de tener por personal o institucional el periodo del Fiscal General a la luz de las reformas constitucionales introducidas por los Actos Legislativos 01 de 2002, 01 de 2003, y



02 de 2004 y los efectos de ellas en la funcionalidad del sistema de pesos y contrapesos, particularmente en lo relativo a la coincidencia por más de dos años de los periodos del Presidente que terna al Fiscal elegido, por razones extraordinarias que como la renuncia, no cuentan con una previsión constitucional y legal aplicable a los casos concretos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 125 /
CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 249 / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2003
/ LEY 938 DE 2004 – ARTÍCULO 9 / LEY 270 DE 1996 – ARTÍCULO 130

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-28-000-2020-00058-00

Actor: ESNEIDER RENÉ MATEUS FORERO Y GINA PAOLA ÁVILA SIERRA

Demandado: FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO, FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011¹¹¹ y con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sección Quinta del Consejo de Estado, a continuación expongo las razones por las que suscribo el vocativo de la referencia con aclaración de voto.

I. Síntesis del caso

1. Los demandantes y coadyuvantes consideran que el Acuerdo N°. 1383 de 2020, en cuanto previene que el período para el cual fue el elegido el demandado es “*de 4 años que se cuentan a partir de su posesión*”, se encuentra viciado de nulidad en los términos del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por haber sido expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, esto es, **del principio constitucional de la separación de poderes y del sistema de frenos y contrapesos, contenido en el artículo 113 de la Constitución Política y del**

¹¹¹ Artículo 129. **firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto.** Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo. // Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.// Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.



artículo 125 de *ejusdem*, que señala como regla general que el período de los cargos públicos será institucional.

2. En esencia, los argumentos que plantean apuntan a que el hecho de que el Fiscal General elegido provenga de la terna que para ese efecto corresponde presentar al Presidente de la República, determina que la interpretación de los artículos 125 y 249 de la Constitución que más se ajusta a la garantía del equilibrio del poder consagrada en el artículo 113 *ejusdem*, en punto del carácter que debe tener el periodo por el que se elige a dicho funcionario, es aquella que lo tiene por institucional.

3. Para explicar su razón, señalan que al tenerse el periodo del Fiscal General como personal, se afecta el sistema de frenos y contrapesos porque dicha nominación realizada por el Presidente de la República, redundante en la cercanía de estos dos funcionarios y de ello puede derivarse la “abstención”, por parte del Fiscal General de la Nación, en relación con el ejercicio de sus funciones de investigación y acusación respecto del Gobierno nacional.

4. A lo anterior sumaron el argumento referido al poder nominador autónomo con el que cuenta el Fiscal General dentro de la estructura de la entidad, como elemento que permite diferenciar la razón de porqué su periodo no puede homologarse, en su carácter personal, al de los Magistrados de las Altas Cortes, amén de que estos últimos hacen parte de cuerpos colegiados mientras que el Fiscal General regenta toda la institución fiscal con autonomía e independencia.

5. Conforme con ello, estimaron que cuando el periodo constitucional del Presidente de la República es coincidente en su gran mayoría con el del Fiscal General, como ocurre en el caso concreto del señor Francisco Roberto Barbosa Delgado¹¹², puede presentarse una disminución de la independencia de éste último¹¹³, a quien la Constitución le encargó de la investigación y acusación de delitos cuando estos se presenten en la esfera del poder presidencial, ya que se trata de quien lo postuló como candidato al cargo que ocupa, lo que, desde su perspectiva, implica un desajuste en el equilibrio de poderes y la afectación del sistema de pesos y contrapesos.

6. En cuanto a la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, los actores señalaron que son incipientes los argumentos para determinar que el periodo del Fiscal General es personal, expuestos en las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1995 y C-166 de 2014, así como en la S-553 de 1995 y la

¹¹² En tanto su posesión data del 20 de febrero de 2020 y el periodo personal de 4 años para el que fue elegido conforme con el acto de elección que se demanda, supone que el ejercicio del cargo hasta el 20 de febrero de 2024, y, el periodo constitucional del Presidente inició el 7 de agosto de 2018 y culmina el 7 de agosto de 2022. Consecuentemente, el periodo del Fiscal General coincide con el del Presidente de la República en más de la mitad, concretamente, coinciden en 2 años y 7 meses de los 4 que corresponden al Presidente y al Fiscal General.

¹¹³ Sobre la autonomía e independencia, apuntaron que las sentencias de constitucionalidad C-141 de 2010 y C- 232 de 2016 exponen que esos principios son rectores de la labor del Fiscal General de la Nación.

sentencia del 16 de abril de 2013, dictadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, porque desconocen la naturaleza *sui generis* que la Constitución Política le reconoce a esta institución y de la cual se extrae que no es técnicamente posible compararla con otros órganos de la rama judicial, lo que impone que el periodo de funciones del Fiscal General debe regirse por su integración a toda la estructura de la separación de poderes y no por su ubicación formal entre las ramas del poder público.

7. Al tenor de los argumentos señalados, los demandantes promueven que se revalúe la jurisprudencia de unificación dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia del 16 de abril de 2013; se determine que el periodo del Fiscal General es de carácter institucional y, en el caso concreto, se decida que ejercerá el cargo por el término que resta para culminar el del Fiscal General anterior, quien renunció al cargo antes de culminar su periodo.

II. Razones de la decisión por las que se negó la nulidad deprecada

2.1 La coincidencia de periodos entre el fiscal general de la Nación y el presidente de la República no constituye una razón en sí misma para estimar que hay desconocimiento del sistema de pesos y contrapesos.

8. El fallo explicó que las sentencias C-037 de 1995, C-166 de 2014 y la dictada por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de 16 de abril de 2013, razonaron que el equilibrio de poderes que debe caracterizar la relación institucional entre el Presidente de la República y el Fiscal General de la Nación, fue salvaguardado por el Constituyente de 1991 mediante el establecimiento de un sistema de elección particular, en el que, al amparo de la colaboración armónica de los poderes¹¹⁴, tienen injerencia tanto el Ejecutivo y la Rama Judicial.

9. De lo anterior derivó que el simple hecho de coincidir los periodos, institucional del Presidente y personal del Fiscal, no puede ser comprendido, per sé, como una amenaza a la ingeniería constitucional dispuesta por el Constituyente de 1991, en tanto la labor de investigación y acusación respecto del Presidente de la República y de los Magistrados de la Corte Constitucional, autoridades que participan conjuntamente del proceso electoral del Fiscal, le compete a la rama legislativa, concretamente a la Cámara de Representantes la investigación y acusación y al Senado de la República el juzgamiento -artículos 251-1 y 174 de la CP-,

10. Las “*abstenciones*” o posibles “*extralimitaciones*” que podrían resultar del ejercicio concomitante de las funciones del Presidente y el Fiscal General de la Nación, como consecuencia del carácter personal del periodo del último y las cercanía de estos funcionarios en tanto el primero funge como nominador, deben ser descartadas, si se entiende que, las actuaciones de la Fiscalía son absolutamente regladas y sometidas al control jurídico–normativo que sobre ellas efectúa la Rama Judicial, amén de que luego de la implantación del sistema penal

¹¹⁴ Art. 113 Constitución Política

acusatorio mediante el Acto legislativo 03 de 2002, la Fiscalía General de la Nación funge como una verdadera parte en un juicio adversarial que tiene por tercero imparcial al juez; único habilitado por el ordenamiento para la toma de decisiones en materia de responsabilidad penal.

11. Dicho escenario precave cualquier tipo de desbordamiento competencial que pueda afectar el equilibrio de poderes y constituye garantía de la separación de poderes, en su manifestación de pesos y contrapesos, más aún si se tiene en cuenta que el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación no responde a una facultad sino que a la luz del artículo 250 superior, se trata de una obligación que le impide suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo en las excepciones previstas por el legislador en aplicación del principio de oportunidad, cuyo control de legalidad corresponde al poder judicial.

12. De allí que el fallo concluyó que las consideraciones expuestas por los demandantes resultan ser conjeturas o hipótesis sin apoyo probatorio alguno, con las cuales se desconoce que el ordenamiento jurídico contiene diferentes medios que permiten controlar los actos y omisiones del funcionario demandado, incluyendo la composición administrativa y organizacional de la Fiscalía, a través de los mecanismos judiciales pertinentes, y que fue el Constituyente de 1991 el que determinó su ubicación formal y material al interior de la Rama Judicial, como entidad autónoma e independiente tanto funcional como administrativa y presupuestalmente.

13. Cerró esta conclusión señalando que los supuestos en los que basan su demanda los actores, corresponde a una problemática ya expuesta y solucionada por el pleno de esta Corporación en la sentencia del 16 de abril de 2013 y por la Corte Constitucional en las sentencias C-037 de 1996 y C-166 de 2014, por lo que las premisas fácticas o jurídicas expuestas no son disimiles ni novedosas respecto de resueltas en esas decisiones por tales corporaciones judiciales.

2.2 No se advierten circunstancias que justifiquen modificar la jurisprudencia en la materia.

14. Sobre la base de que la sentencia dictada el 16 de abril de 2013 por la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado constituye un precedente judicial de este caso, y de la existencia de cosa juzgada constitucional en la materia, en tanto las sentencias C-307 de 1996 y C-166 de 2014 señalaron que el carácter personal del periodo del Fiscal General lejos de transgredir la separación de poderes en su modalidad de pesos y contrapesos, la refuerza y mantiene, constituye garantía de la autonomía e independencia de su cargo, en los siguientes términos: *“Por lo demás, no sobra advertir que el señalar un período fijo e individual para el ejercicio de las funciones por parte del señor fiscal general de la Nación, es un asunto de naturaleza institucional -más no personal- que guarda estrecha relación con el carácter de autonomía e independencia que la Carta Política le otorga para el buen desempeño de sus atribuciones y de la misma administración de justicia.”* (Negrilla y subrayas fuera de texto).

15. En cuanto a los cambios normativos que pudieran llevar a un viraje jurisprudencial en el asunto, la decisión indicó que ellos no se advierten, pues los extremos de la pugna jurídica resuelta con la decisión de 16 de abril de 2013 – artículos 125 y 249 de la Constitución Política–, no han sido objeto de variaciones que hayan limitado, extendido o modificado sus alcances y, por ende, el juez no se encuentra autorizado para alterar la jurisprudencia y a la misma conclusión llegó, en cuanto a la ocurrencia de cambios sociales o económicos que alteren el entendimiento de las mencionadas normas y posibiliten la mutación de la jurisprudencia unificadora del Consejo de Estado, sobre el carácter personal del periodo del Fiscal General.

16. Finalmente, la sentencia puso de relieve que la sentencia de 16 de abril de 2013 tiene como sustrato argumentativo las previsiones jurisprudenciales que llevaron a la inexecutable del inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, declarada en la sentencia C-037 de 1996 por la Corte Constitucional al ejercer el control automático de constitucionalidad de esa norma estatutaria de la administración de justicia, cuyo tránsito a cosa juzgada constitucional le imprime carácter obligatorio al tenor del artículo 243 superior, mismas razones por las que no puede ser obviada ni desconocida por ninguna autoridad, lo que incluye al juez de lo contencioso administrativo.

17. Finalmente, puso de relieve que aun cuando la sentencia de unificación, cuya posición es fijada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia del 16 de abril de 2013 no constituye una “camisa de fuerza”, que impida la variación de la jurisprudencia allí contenida, en este caso no se verificó en los argumentos de los demandantes, el cumplimiento de ninguna de las condiciones que habilitarían su posible reevaluación.

III. Razones de la aclaración de voto

3.1 No advierto que las sentencias C-037 de 1996 y C-166 de 2014 tengan visos de cosa juzgada absoluta como se indicó en la sentencia

18. Si bien comparto la decisión de que en el presente asunto los demandantes no reunieron una carga argumental suficiente para que la Sección Quinta se apartara de la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que ha tenido como personal el periodo del Fiscal General, no coincido en que las sentencias de la Corte Constitucional hayan agotado **cualquier debate sobre el carácter personal o institucional de ese periodo, en tanto este no fue definido de manera expresa en el artículo 249 de la Carta Política**. Las razones que me llevan a ese entendimiento son las siguientes:

19. **La sentencia C-037 del 7 de febrero de 1996**¹¹⁵, dictada en ejercicio del control automático de constitucionalidad de la Ley 270 de 1995, fue anterior a que se introdujera la modificación constitucional del artículo 125 de la Constitución

¹¹⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-037 de 07/02/1996. Control previo de constitucionalidad de la Ley 270 de 1996.

Política mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, que previó el carácter institucional del periodo de todos los cargos de elección del Estado; razón por la cual, en esa oportunidad, la Corte Constitucional no tenía un parámetro normativo distinto del artículo 249 superior para concluir la inexequibilidad del inciso 3 del artículo 29 de la ley 270 del 15 de marzo de 1999. En él se disponía “*En caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del periodo, quien sea designado en su reemplazo lo será para terminar el periodo.*”

20. La corporación arribó a esa conclusión de que es personal el periodo de 4 años previsto en el artículo 249 superior para el cargo de Fiscal General de la Nación e inicia a correr con la posesión del mismo, porque: **i)** el artículo 249 no previó fechas de inicio y culminación del cargo y por tanto debe tenerse como personal **ii)** la Fiscalía General de la Nación integra la Rama Judicial siendo una de sus cabezas y, respecto ellas el periodo consagrado en la Constitución - artículos 233 y 239- es personal, sin que el artículo 249 superior lo exceptuara de la aplicación de dicha regla **iii)** el diseño institucional previsto por el Constituyente de 1991 garantiza la autonomía e independencia de la Fiscalía General, en tanto cuenta con un procedimiento eleccionario en el que participan la tres ramas del poder público; funcionalmente hace parte de la Rama Judicial y cuenta con autonomía administrativa y presupuestal para ejercer sus funciones.

21. De suyo, como se advierte, ninguna apreciación hizo la Corte Constitucional en lo relativo a la incidencia que tiene en el principio de separación y equilibrio del poder, tener como personal el periodo del Fiscal General. Ello se explica esencialmente, en el hecho de que, para ese momento, ninguna otra disposición constitucional permitía inferir que la voluntad del Constituyente de 1991 hubiera sido distinta, y porque, para ese momento, la elección de ese funcionario no había sufrido desajustes temporales que conllevaran a la coincidencia de aquel por más de la mitad del periodo institucional de 4 años con el Presidente de la República que había ternado al Fiscal. Consecuentemente, la decisión de la Corte Constitucional no requería, en ese momento, pronunciarse sobre una realidad fáctica inexistente y su posible incidencia en el equilibrio del poder.

22. Debe recordarse que en el año 1994 por razón de la renuncia del primer Fiscal General de la Nación a la mitad de su periodo, cuyos 4 años corrían desde el 1 de agosto de 1992 hasta el 1 de agosto de 1996 y el periodo presidencial de quien lo ternó culminaba el 7 de agosto de 1994, fue elegido el segundo Fiscal General, quien desempeñó el cargo entre el 1 de agosto de 1994 y el 1 de agosto de 1998.

23. Es decir, este segundo fiscal fue ternado por un Presidente, sus periodos coincidieron por dos años y los dos años restantes ejerció el cargo en coincidencia con los dos primeros años del siguiente Presidente elegido, situación fáctica que desde el ámbito social y político se ajustaba en todo al querer del Constituyente, plasmado en sus discusiones y materializado en la eliminación de la propuesta que en el seno de la Asambleas Nacional Constituyente se efectuara en relación con la coincidencia de los periodo presidencial y del Fiscal General.

24. Esta voluntad se corrobora con los antecedentes registrados de las propuestas, discusiones y textos aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente¹¹⁶, donde se advierte que la creación de la Fiscalía General de la Nación obedeció a la voluntad de instaurar un órgano autónomo, imparcial e independiente, integrado funcionalmente al poder judicial, y que, para garantizar tales principios y evitar la politización de la entidad¹¹⁷, sería elegido por la Corte Suprema de Justicia de terna elaborada por el Presidente de la República para un periodo de cuatro años, sin que pueda reelegirse, como quedó consagrado en el artículo 249 superior.

25. El curso de las propuestas y sus aprobaciones también permite concluir que la voluntad del Constituyente Primario **descartó la posibilidad de que el periodo del Fiscal General de la Nación fuera coincidente con el del Presidente de la República que lo ternaba**, por cuanto ese texto, que hacía parte de la propuesta sometida a consideración como artículo 258, fue eliminado sin que se dejara registro de debate alguno sobre este punto¹¹⁸, verificándose lo anterior, porque en la Gaceta Constitucional No. 143 del 1 de julio de 1991 “*Acta de Sesión Plenaria*”, se plasmó que el artículo 258 recogía la totalidad del texto de los artículos 257, 258 y 259, salvo lo relativo a que el período del Fiscal General deba coincidir con el del Presidente de la República, quedando en esos términos configurado el texto definitivo del artículo 249 superior.

26. Por su parte, en la **sentencia C-166 de 19 de marzo de 2014**, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 de la Ley 938 del 31 de diciembre de 2004 “*por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación*”, que disponía: “*Período. El Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de cuatro (4) años.*” El demandante consideró que la expresión acusada desconoce el artículo 243 de la Constitución, en cuanto se opone a los efectos de la cosa juzgada constitucional, porque reproduce el texto normativo del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, expulsado del ordenamiento en la sentencia C-037 de 1996.

27. En esa oportunidad, la Corte dejó sentado que “*La expresión “institucional” es inexecutable al desconocer la cosa juzgada constitucional” porque reproduce un contenido normativo declarado inexecutable por razones de fondo, sin que se haya modificado el parámetro de control de constitucionalidad. En consecuencia, decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 y declarar inexecutable la expresión acusada.*

¹¹⁶ Gacetas Constitucionales Nos. 81 del 24 de mayo de 1991, página 14; 109 del 27 de junio de 1991 página 19 y No. 115 del 16 de junio de 1991- Ponencia segundo debate: Constituyente María Teresa Garcés Lloreda.

¹¹⁷ Gaceta Constitucional No. 81, página 14, el Constituyente Fernando Carrillo Flórez al referirse al “origen” de la Fiscalía General de la Nación y en punto de la propuesta que finalmente quedó aprobada en el texto 249 superior, señaló: “Esta alternativa, en primer término, evita cualquier riesgo de politización. En segundo garantiza que el Tribunal de Casación Penal se pronuncie en la nominación del funcionario encargado de la investigación; y, por último vale decir que de tiempo atrás el Procurador se viene eligiendo de terna presidencial y ello no ha incidido de modo alguno en la independencia e imparcialidad de dicho funcionario (...)”.

¹¹⁸ Gaceta Constitucional No. 115 del 16 de junio de 1991. Acápite 3 “Propuestas de Modificación”, la ponencia para segundo debate de esta Constituyente incluye un aparte sobre la Fiscalía General de la Nación, en el que se registra que, de acuerdo con el proyecto aprobado en la Plenaria en la primera vuelta, la Fiscalía General de la Nación dependerá de la Rama Jurisdiccional.

28. Sustentó su decisión en los siguientes argumentos: **i)** El artículo 249 C.P. prevé una regla de derecho de índole constitucional, la cual determina que el periodo del Fiscal General tiene carácter personal o individual, regla que tiene efectos directos en la conservación de la autonomía e independencia de ese funcionario, que pertenece a la Rama Judicial y por ende, se le adscriben las garantías constitucionales de ese órgano del poder público **ii)** Las modificaciones introducidas a la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2003 no alteraron la mencionada regla jurisprudencial, porque el objetivo de esa reforma fue exclusivamente electoral y de fortalecimiento del sistema de partidos y movimientos políticos, asuntos que son ajenos a la definición de tópicos institucionales del Poder Judicial **iii)** no modificó el artículo 249 superior o previó fórmulas de transición para el cambio en la naturaleza del periodo del Fiscal General, como sí lo hizo de forma expresa respecto del Registrador Nacional del Estado Civil y los miembros del Consejo Nacional Electoral.

29. Conforme con esas razones, la Corte Constitucional encontró reunidos los requisitos para que operara el fenómeno de la cosa juzgada material, estimando que en la sentencia C-037 de 1996 se fijó una regla jurisprudencial amplia, según la cual se contraría el artículo 249 superior cuando el legislador prescribe una regla de derecho que asigna al Fiscal General un periodo diferente al individual de cuatro años previsto en esa norma, sin hacer distinción en términos de definir cuándo era aplicable la obligatoriedad del periodo individual, ni haberse circunscrito esa decisión al escenario de las faltas absolutas. En contrario, partió de considerar que el periodo individual del Fiscal General era un asunto definido por la Constitución y por ende, excluido del margen de configuración legislativa, lo cual contrasta con la decisión del Constituyente derivado en el año 2003.

30. Al referirse al cambio del parámetro normativo, descartó el planteamiento a partir de pronunciamientos de constitucionalidad previos¹¹⁹, sobre distintas materias y variados asuntos diferentes, en los que el pleno de la Corte ha reiterado, con base en el criterio histórico, que la teleología del Acto legislativo 01 de 2003 la ubica con claridad en una de naturaleza eminentemente electoral, en referencia al voto popular, por lo que, de plano, descartó que el artículo 125 superior reformado, constituyera una variación del parámetro que sirvió de fundamento a la sentencia C-037 de 1996.

31. Con ello, advierto que en lo relativo al principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, la Corte tan sólo indicó que esa Corporación ha insistido en *“la trascendencia jurídica que para la estabilidad institucional y para garantizar el derecho de acceso a los cargos públicos tienen los períodos señalados en la Constitución o en la ley cuando fuere el caso¹²⁰. (...)”*, debido a su incidencia en la organización de la arquitectura del Estado, y en que *“(...) La variación intempestiva del período en curso es un asunto muy sensible desde el*

¹¹⁹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencias C-342/06, C-1081/05 y C-490/11.

¹²⁰ Cita original de la sentencia. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-753/04.

*punto de vista constitucional, por sus eventuales implicaciones sobre la organización de la estructura del Estado.*¹²¹". De allí que deba optarse por la plena efectividad del mandato contenido en el artículo 249 de la carta y dentro de la hermenéutica que sobre el mismo determinó la Corte en la sentencia C-037/96. **La ausencia de ese razonamiento, en mi criterio se debe a:**

32.1 La insuficiente valoración del criterio histórico que nutre la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, por cuanto la Corte señaló sin mayores explicaciones, que dicha reforma era de carácter político electoral en tanto fue dictada en el marco del fortalecimiento de los partidos y de las elecciones por voto popular, concluyendo con sustento en lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia del 16 de abril de 2013, que el artículo 125 era una norma general no aplicable al Fiscal General por ausencia de unidad de materia entre lo allí regulado y los asuntos relativos a la estructura y funcionamiento de la Rama Judicial, de la que hace parte la Fiscalía.

32. Sobre este particular, revisados los antecedentes del Acto Legislativo 1 de 2003 *"por medio del cual se adoptó una Reforma Política Constitucional y se tomaron otras disposiciones*, queda claro que éste surge de la acumulación de tres propuestas presentadas de manera individual, dos de ellas con un espectro más amplio, relacionado con reformas políticas encaminadas a modificar aspectos de la organización del Estado, dentro de ellos asuntos electorales, y para la transparencia de la gestión pública y otra focalizada sustancialmente en esta última materia, así:

- El Proyecto de Acto legislativo número 1 de 2002 *"por el cual se adopta una reforma política y se dictan otras disposiciones*¹²²". (proponía la modificación de siete ejes temáticos, así: i) **Régimen de los partidos**, artículos 107¹²³, 108¹²⁴, 109¹²⁵ y 112¹²⁶ superiores ii) **Estructura del Estado**. Artículos 120¹²⁷, 125 **-periodos institucionales**¹²⁸⁻ iii) **Funcionamiento del Congreso y Régimen de los congresistas**. artículos 134¹²⁹, 135¹³⁰, 136¹³¹, 144¹³², 155¹³³, 156¹³⁴, 160¹³⁵, 161¹³⁶,

¹²¹ Idem.

¹²² Gaceta del Congreso No. 303 del lunes 29 de julio de 2002, págs.1 a 7. En la exposición de motivos se advierte que el proyecto de acto legislativo persigue la adopción de una reforma política, **la modificación de la integración de algunos órganos del Estado y así como dictar normas tendientes a asegurar la transparencia en la gestión Pública en Colombia.**

¹²³ "principios rectores del Régimen de Partidos y movimientos Políticos"

¹²⁴ "Requisitos para la creación de partidos y vigencia de los principios democráticos al interior de los partidos", "funcionamiento de los partidos en bancadas", "derechos y deberes de los partidos"

¹²⁵ "financiación de los partidos políticos y las campañas"

¹²⁶ "derechos de la oposición"

¹²⁷ "organización electoral"

¹²⁸ Norma con la que se pretende la institucionalización de los periodos de algunos cargos, entre ellos, el de Fiscal General de la Nación

¹²⁹ Suplencias

¹³⁰ Servicios administrativos y técnicos de las Cámaras

167¹³⁷, 171¹³⁸, 176¹³⁹ y 179¹⁴⁰ iv) **Reforma a la Rama Ejecutiva.** artículos 197, 258¹⁴¹, 263¹⁴², 264¹⁴³, 266¹⁴⁴, 233¹⁴⁵ y la inclusión de dos artículos, el primero relacionado con la lista única y umbral, el segundo con las inhabilidades e incompatibilidades para ejercer cargos en la organización electoral v) **Instrumentos contra la corrupción.** Adición de un precepto superior con el que se fortalece el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos vi) **Presupuesto.** En este ámbito se propuso la modificación del artículo 346 constitucional vii) **Reforma a la Constitución.** La modificación se propone respecto de los artículos 375¹⁴⁶ y 378¹⁴⁷ Superiores.

- El Proyecto de Acto Legislativo número 3 de 2002 *“por el cual se adopta una reforma política constitucional”*. (proponía la modificación de los artículos 107, 108, 109, 11, 112, 113, 122, 133, 134, 135, 154, 161, 167, 189, 208, 258, 263, 266, 267, 276, 280, 281, 341, 346, 372)
- El Proyecto de Acto Legislativo 07 de 2002, *“por medio del cual se reforman los artículos 107, 109, 112, 113, 134, 171, 176, 258, 264, 266 y 281 de la Constitución Política”*.

33. En lo que atañe al asunto objeto de estudio, se advierte que mediante este Acto Legislativo se adicionó el siguiente párrafo al artículo 125 de la Constitución Política: *“Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”*

¹³¹ Restricción y control de viajes al exterior

¹³² Votaciones públicas y nominales

¹³³ Iniciativa ciudadana, participación ciudadana en el proceso legislativo

¹³⁴ Órganos con facultad para presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones

¹³⁵ Restricción a temas nuevos en plenarias

¹³⁶ Conciliación Legislativa

¹³⁷ Reformas a la objeción presidencial

¹³⁸ Composición del Senado de la República

¹³⁹ Composición de la Cámara de Representantes

¹⁴⁰ Inhabilidades de los Congresistas

¹⁴¹ Efectividad del voto en blanco y consecuencias de no votar

¹⁴² Cifra repartidora

¹⁴³ Máxima autoridad de la organización electoral

¹⁴⁴ Del Registrador Nacional del Estado Civil

¹⁴⁵ Nuevo régimen para Bogotá D.C.

¹⁴⁶ Iniciativa constitucional

¹⁴⁷ Referendo constitucional

34. La propuesta de modificación del artículo 125 de la Constitución Política surge en los proyectos de Acto legislativo Nos. 1 y 3 de 2002, pero sólo la propuesta contenida en el primero de ellos abordó el carácter institucional de los periodos¹⁴⁸, en los siguientes términos:

*Art. 8 **Períodos institucionales.** Adiciónese el artículo 125 de la Constitución Política con los siguientes dos párrafos:*

Parágrafo 1°. Los períodos establecidos en la Constitución o la ley para cargos de elección en la Rama Ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación, tienen el carácter de institucionales. Quienes sean nominados o elegidos para ocupar tales cargos, en caso de falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (negrilla y subraya fuera del texto original)

Parágrafo 2°. La desvinculación de un cargo por renuncia, destitución o cualquier otra causa, no remueve la inhabilidad del funcionario para postularse como candidato a cualquier cargo de elección popular cuya elección se realice durante el período para el cual fue elegido o nombrado.

35. Esta iniciativa cursó de manera pacífica gran parte del trámite¹⁴⁹ - el texto presentado fue aprobado en diferentes discusiones-. No obstante, al encontrar que se pretendía la modificación del mismo precepto constitucional a través de dos artículos (8 y 45), se acogió una nueva redacción que recogía la totalidad de los textos aprobados en ambas plenarias¹⁵⁰, en la que permaneció la inclusión de los párrafos 1 y 2 inicialmente presentados, texto que también fue aprobado¹⁵¹.

36. De manera posterior, cuando se presentó la ponencia para segundo debate (en segunda vuelta), sin mayor explicación se propuso la modificación del artículo 8, modificadorio del 125 superior y sin debate se aprobó la variación, quedando entonces exclusivamente la adición de un párrafo -se eliminó el párrafo 2-: Los períodos establecidos en la Constitución o la ley para cargos de elección en la Rama Ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación, tienen el carácter de institucionales. Quienes sean nominados o

¹⁴⁸ Tal como da cuenta la Gaceta del Congreso 303 de 2002.

¹⁵⁰ Gaceta del Congreso No. 81, del 5 de marzo de 2003, pág. 65 "Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. //Todos los servidores públicos serán designados por concurso público de méritos, salvo aquellos respecto de quienes la Constitución o la ley establezca un mecanismo de designación especial. De esta disposición quedan exceptuados los ministros, los viceministros, los jefes de departamento administrativo, los secretarios de despachos departamentales y municipales y los gerentes o directores de las entidades descentralizadas de todo orden.//El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.//El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Parágrafo 1°. Los períodos establecidos en la Constitución Política o la ley para cargos de elección en la rama ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación, tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido. Parágrafo 2°. La desvinculación de un cargo no remueve la inhabilidad del funcionario para postularse como candidato a cualquier cargo cuya elección se realice durante el período para el cual fue elegido o nombrado. (...)

¹⁵¹ Gaceta del Congreso 146 de 2003, abril 3 de 2003 página 8.

elegidos para ocupar tales cargos, en caso de falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (negrilla y subraya fuera del texto original).

37. Al respecto, los antecedentes del proyecto de Acto Legislativo 01 de 2000, dan cuenta de que el Representante Zamir Silva dejó una constancia, en el sentido de que en la redacción de este párrafo simplemente se hiciera referencia a “**cargos de elección**”, pero de ello no hubo debate alguno. Así, **el artículo 8 fue aprobado¹⁵² como venía, esto es, periodos institucionales para cargos de elección en la Rama Ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación.**

38. La norma en los términos antes señalados continuó sin mayor inconveniente el curso del trámite legislativo y como lo verifican las Gacetas del Congreso, **una de las discusiones parece sugerir que el entendimiento de la norma para algunos parlamentarios era amplio y general, en el sentido de que la institucionalidad de los periodos debía quedar clara, incluso para los cargos de elección popular¹⁵³.** Sobre este aspecto tampoco hay registradas en las gacetas proposiciones ni debates, más allá de la intervención en ese sentido planteada, como se explicará, más adelante -numeral 17.

39. En el curso del trámite legislativo que continuó, sin constancia de que mediara debate o se expusieran razones, se presentó la proposición 153 en la que **desapareció** el párrafo aditivo completo, que contemplaba la institucionalidad de los periodos establecidos en la Constitución o la ley “**para los cargos de elección en la Rama Ejecutiva, los organismos de Control y la Fiscalía General de la Nación¹⁵⁴**”. Sin embargo, esta proposición no se aprobó.

40. Como demuestra el Acta de Conciliación del 19 de junio de 2003¹⁵⁵, el texto conciliado por los miembros de la Comisión Conciliadora, tanto de la Cámara como del Senado, que se aprobó como definitivo como aditivo del artículo 125 constitucional, fue el siguiente: **Artículo 6°. El artículo 125 de la Constitución Política tendrá un párrafo del siguiente tenor: *Parágrafo. Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en***

¹⁵² Gaceta del Congreso 271 del 11 de junio de 2003 pág. 13 y 14. Con posterioridad el Senador Andrés González hizo observaciones al proyecto de reforma y en punto al artículo 125 propuso la introducción de un artículo transitorio, pero no se abordó el tema de la institucionalidad o individualidad de los periodos.

¹⁵³ Gaceta del Congreso del 19 de junio de 2003.

¹⁵⁴ Gaceta del Congreso 315 de 2003. Proposición presentada por el senador Mario Uribe Escobar. El texto aprobado es del siguiente tenor: Artículo 125. Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, a través de concursos realizados por las entidades a las cuales pertenezcan los empleos. El retiro lo efectuará el nominador por necesidades del servicio, de acuerdo con las condiciones y requisitos que establezca la ley, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o en la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

¹⁵⁵ Gaceta 328 del 11 de julio de 2003 páginas 59 a 61.

reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

41. Se resalta que, aun cuando ese cambio entre el texto aprobado en segundo debate (segunda vuelta), que contemplaba específicamente el periodo institucional para los cargos de elección de la Rama Ejecutiva, organismos de control y Fiscal General de la Nación, y el conciliado que se aprobó, transcrito anteriormente, no cuenta con mayor explicación, por lo menos documentada en las gacetas, en ellas si se encuentra registrada la intervención de un Representante a la Cámara, en la que puso de presente que la reforma introducía la institucionalidad para todos los cargos, incluidos los del elección popular -pues al intervenir se refirió a que **“todos esos periodos somos institucionales”**, indicando además que lo buscado era zanjar cualquier duda con el cambio del periodo del registrador y que no surgiera la misma polémica que ocurrió con el entonces Fiscal Alfonso Valdivieso, estimando el representante que así quedaba claro que **“todos esos periodos”** son institucionales¹⁵⁶.

42. Lo anterior guarda relación con otra proposición presentada en el marco del trámite inicial del Proyecto de Acto Legislativo 01 de 2002, antes de su acumulación con los Actos Legislativos 03 y 07 de 2002, como da cuenta de ello la Gaceta del Congreso 540 de 2002 -antes de la acumulación-: *“Artículo 8°. Períodos institucionales. Con el ánimo de zanjar definitivamente la discusión sobre el carácter de los períodos constitucionales, se consideró pertinente la aprobación de una proposición en virtud de la cual se eleva a categoría constitucional, el carácter institucional de los períodos para el ejercicio de los altos cargos del Estado. La propuesta fue adoptada en primer debate”*.

32.2 El desconocimiento de hechos normativos y políticos que propiciaron la coincidencia de los periodos del Presidente y del Fiscal General

43. La sentencia C-166 de 2014 se ocupó de señalar que la inalterabilidad del artículo 249 superior con fundamento en la cosa juzgada constitucional contenida en la sentencia C-037 de 1996, señalando además la inexistencia de cambios sociales o políticos que condujeran a dicha variación.

44. Sobre este punto, advierto que la Corte Constitucional pasó por alto dos cambios en el ordenamiento constitucional que requerían ser analizados desde la órbita de la incidencia del periodo personal o institucional del Fiscal General en el

¹⁵⁶ Gaceta 391 del 6 de agosto de 2003. Página 54. Intervención del Representante Joaquín Vives. “La reforma que estamos aprobando, recorta el período del Registrador; todo lo contrario, recorta (sic). Hoy el Registrador Nacional del Estado Civil tiene un período de cinco (5) años y aquí lo estamos pasando a cuatro (4); lo que significa que en caso de aprobar esto, tendríamos que preguntarle a este Registrador: ¿qué, ya se le acabó el período? Segunda razón: Hay un dilema frente al período del Registrador actual. ¿Cuál es? Si está elegida para terminar el período del Registrador Duque Escobar, o si inició un período. Fue la misma polémica que se presentó con el Fiscal Alfonso Valdivieso. Si estaba para terminar el período del doctor De Greiff o si iniciaba un período nuevo. El Consejo de Estado finalmente le dijo: “Usted inicia un período nuevo”. **Pero en esta reforma estamos diciendo que todos esos periodos somos institucionales; de plano estamos modificando la posibilidad de que reclame el derecho el actual Registrador, como lo reclamó el otro. Entonces, me parece más que razonable que exista un parágrafo que aclare de una vez ese conflicto. Y una tercera razón: Si no lo hacemos, vamos a dejar al Registrador y a los Magistrados del Consejo con periodos desincronizados, diferentes; hemos hecho recientemente una reforma para sincronizar todos los periodos de Alcaldes y de Gobernadores que se habían desincronizado.**

equilibrio del poder. El primero, referido al Acto Legislativo 02 de 2002, que se ocupó, precisamente, de señalar periodos institucionales para todos los cargos de elección popular, es decir, fue esta reforma y no la del Acto Legislativo 01 de 2003 la que se circunscribió a temas políticos electorales de carácter popular.

45. El segundo, consiste en la reelección presidencial introducida al ordenamiento mediante el Acto Legislativo 02 de 2004, producto del cual fueron reelectos dos Presidentes de la República¹⁵⁷. El primero de ellos ternó un Fiscal General cuyo periodo coincidió en 3 años con el periodo presidencial de quien lo ternó. Por su parte, el segundo Presidente reelegido tuvo oportunidad de ternar en su primer periodo a un Fiscal cuyo periodo de 4 años coincidió en 2 años con el suyo presidencial que culminaba en 2014 y empató con los dos primeros años de su nuevo mandato presidencial 2014-2018.

46. Como la coincidencia de los periodos del Presidente y del Fiscal General fue el evento que precisamente el Constituyente primario no quiso prever, y las que se presentaron ocurrieron con posterioridad a la expedición de los Actos Legislativos 01 de 2003 y 02 de 2004 y con anterioridad a la expedición de la sentencia C-166 del 19 de marzo de 2014 -la primera de ellas acaeció para el periodo del Presidente Uribe Vélez en los años 2006 a 2009 y los periodos presidenciales consecutivos de Santos Calderón -2010 a 2014 y 2014 a 2018-, se requería establecer si tales circunstancias, vistas de manera holística e integral, introdujeron cambios normativos y políticos con la entidad suficiente para revisar si el parámetro constitucional que sirvió de sustento a la sentencia C-037 de 1996 había sido modificado y si por cuenta de ello resultaba afectada la ecuación del equilibrio del poder diseñada por el Constituyente de 1991 y consagrada en el artículo 113 constitucional.

Conclusión.

47. De acuerdo con la historicidad y cronología de los artículos 249 y 125 superiores, este último luego de la modificación introducida por el Acto legislativo 01 de 2003, así como de las razones de las decisiones de la Corte Constitucional dictadas en las sentencias C-037 de 1996 y C-166 de 2014 y los motivos en que se sustentaron, reitero que no encuentro agotada, en términos absolutos como lo indicó esta Sala electoral, la discusión constitucional sobre el carácter personal o institucional del periodo del Fiscal General de la Nación.

48. Ello, porque esa discusión se ha abstraído de revisar cómo los cambios del ordenamientos constitucional y sus consecuencias fácticas en cuanto a la coincidencia de periodos presidencial y del Fiscal por lapsos superiores a dos años, inciden positiva o negativamente en la concreción del equilibrio del poder, máxime cuando la elección de ese cargo ha demostrado que el querer del Constituyente, de evitar la coincidencia de los periodos del Presidente y del Fiscal, queda alterada por razones extraordinarias y materiales cuya ocurrencia

¹⁵⁷ Álvaro Uribe Vélez para los cuatrienios 2002-2006 y Juan Manuel Santos en los periodos 2010-2018.

no era previsible para los asambleístas constituyentes.

49. Si bien se comparte que la sentencia dictada por esta Corporación el 16 de abril de 2013 constituye una sentencia de unificación, cuyo objeto concuerda con el caso que ahora se resuelve, en tanto el problema jurídico definido es el mismo, debe repararse en que esa decisión tampoco se ocupó de estudiar, más allá de lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, cuál es la incidencia que tiene, luego de expedidos los Actos Legislativos 02 de 2002, 01 de 2003 y 02 de 2004.

50. Lo anterior, por cuanto esa decisión partió de entender que la reforma del artículo 125 superior no guarda unidad de materia con las reformas político-electorales introducidas en la Constitución por el Acto Legislativo 01 de 2003, y con ello desechó esa posibilidad de análisis jurídico, misma razón que me lleva a concluir que dicha sentencia tampoco agota la competencia que tiene esta corporación para pronunciarse y definir, desde el ámbito real y material del equilibrio de poderes y de la funcionalidad del sistema de pesos y contrapesos, cuál es la incidencia de tener el periodo del Fiscal como personal o institucional a la luz de las modificaciones que se han producido en el ordenamiento y sus consecuentes efectos en lo fáctico, y a partir de ello decidir si hay lugar o no a modificar la interpretación vigente de los artículos 125 y 249 superiores.

51. Consecuentemente, es en razón de la ausencia de argumentos contundentes y debidamente acreditados que hay lugar a negar en este asunto la nulidad demandada, en el sentido de tener la elección del fiscal Barbosa Delgado por un periodo institucional hasta la fecha en que culminara la del Fiscal renunciante Martínez Neira, más no porque desde la perspectiva normativa y material, la discusión se encuentre agotada de manera plena y absoluta.

3.2 Otros argumentos por lo que el caso debe decidirse conforme con el precedente judicial fijado en la sentencia del 16 de abril de 2013 de la Sala Plena

52. El argumento central de la demanda se relaciona con la posible “abstención” del ejercicio de funciones por parte del Fiscal General, respecto del Presidente y del Gobierno nacional, y respecto de ello la sentencia es al establecer que la naturaleza del ius puniendi a cargo del estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, así como la distribución de competencias en materia de investigación y juzgamiento del Presidente de la República, cuya investigación y juzgamiento se encargó al Congreso de la República, impiden la prosperidad de la hipótesis advertida por los demandantes, en esencia, porque el hecho de que el Fiscal sea ternado por el Presidente de la República no se previó por el constituyente como una factor de desequilibrio del poder, en tanto su elección está combinada por las voluntades del Presidente -quien terna al fiscal- y la Corte Suprema de justicia -quien lo elige- que bajo un argumento de abstención, extralimitación u omisión de funciones, a lo que se suma su autonomía e independencia al interior de la rama judicial.

53. No obstante, en forma complementaria, considero que el argumento de los demandantes queda a su vez descartado, por la potísima razón de que tanto en el evento de considerarse el periodo del fiscal como uno de carácter institucional o como uno de carácter personal, persiste la coincidencia del periodo de ambos funcionarios. De esta manera, el hecho de que la coincidencia suceda por un periodo mayor no supone, por sí misma y ante la incipiente carga argumentativa de la demanda, una mayor o menor posibilidad de abstención u omisión del ejercicio de funciones respecto de la investigación y acusación a cargo de la Fiscalía General de la Nación, máxime cuando al interior de dicha entidad, los fiscales que investigan y acusan posibles actos delictivos cometidos por funcionarios gubernamentales del orden nacional, cuentan con independencia y autonomía en el ejercicio de esas funciones y por su ejercicio no responden funcionalmente ante el fiscal general como máxima autoridad que dirige la entidad.

54. Der otra parte, debe considerarse que si bien el artículo 125 introduce una regla sobre el carácter institucional del periodo de todos los cargos de elección y el del Fiscal es uno de ellos, lo cierto es que existe en el ordenamiento una disposición estatutaria cuya vigencia y constitucionalidad no ha sido tocada, en la que se dispone que el periodo del Fiscal es individual. Se trata del artículo 130 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que reza:

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

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

55. Este artículo fue objeto de control automático de constitucionalidad; sin embargo, en lo que respecta a la determinación del legislador, en el sentido de que el periodo es individual, no se efectuó análisis alguno. Ello se explica en razón a que el artículo 29 *ejusdem*, que fijaba en caso de vacancia absoluta que quien fuere designado lo sería para culminar el periodo, fue declarado inexecutable en cuanto a esa expresión.

56. Así las cosas, la disposición 130 señalada sigue vigente y corresponde a una norma de carácter especial que deriva del artículo 249 y 152 de la Constitución Política. En consecuencia no es posible, según su tenor literal ni a la luz de las sentencias C-037 de 1996, C-166 de 2014 ni de la sentencia del 16 de abril de 2013 del Consejo de Estado, que la Corte Suprema la hubiera inaplicado por inconstitucional para efectos de señalar que el periodo del Fiscal Barbosa sería igual al término que restara para culminar el del Fiscal anterior que renunció.

57. Con lo anterior estamos señalando que antes que la jurisprudencia incompleta e inacabada referida sobre el tema del periodo del Fiscal, existe una

norma estatutaria que define el carácter del período del Fiscal General de la Nación, que se encuentra vigente y que se aplica en virtud del principio de legalidad.

3.3 Otros motivos que sustentan la aclaración del voto

58. La forma en que quedó fijado el tema del litigio¹⁵⁸ se constituye en este caso en una limitante para estudiar la necesidad o plantear la posibilidad de modificar la jurisprudencia dictada en la sentencia del 16 de abril de 2013 por la Sala Plena, cuestión que resulta contraria a la doctrina del derecho viviente y puede tener un efecto de petrificación del derecho, amén de que en él se expresó también que el objeto del litigio era la revisión de la cosa juzgada constitucional, cuestión que, como expuse a lo largo de este documento, resultaba posible si se reconoce que han existido cambios normativos y políticos que conllevan la necesidad de revisar si el equilibrio del poder y el sistema de pesos y contrapesos resultan afectados y si ello tiene para inaplicar el artículo 130 de la LEAJ, aspecto respecto del cual los demandantes no realizaron argumentación o pedido alguno.

59. Advierto que en el numeral 2.1, página 18 del fallo, se afirma que la nulidad electoral y la causal que se invoca cabe contra actos de elección popular¹⁵⁹. No puedo compartir esa afirmación en su sentido literal, porque hay elecciones que no son por voto popular y sobre ellas igual cabe el medio de control conforme con las causales de anulación, en este caso la de infracción del ordenamiento superior.

60. De igual manera, en el último párrafo de la página 20 se indica que (...) *“Así las cosas, no se trata de cualquier manifestación del poder ordenador de la voluntad del Estado el que tiene la vocación de constituir un vicio atentatorio de la legalidad que debe revestir todo acto administrativo, sino de una que se da en una relación bidireccional y asimétrica en la que el objeto del examen judicial recaiga sobre el dispositivo de menor rango visto en perspectiva con la singularidad o el conjunto de elementos, según se trate, reflejada en locaciones jerárquicas que lo sobrepasen. De ahí que sea inadmisibles enfrentar en examen de legalidad dos normas de igual jerarquía, o pretender la nulidad de un acto que se opone a previsiones de una preceptiva situada en un nivel inferior.”*; afirmación que no

¹⁵⁸ Conforme obra en el acta de la audiencia inicial, el litigio se fijó en los siguientes términos: “debe ser anulada por materializar el vicio de ilegalidad contenido en el artículo 137 del CPACA, consistente en **haberse expedido el acto con infracción de las normas en que debía fundarse**. Lo anterior con fundamento en el presunto **desconocimiento (i) del principio de equilibrio de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, consagrados en el artículo 113 de la Constitución Política, y (ii) de la regla general sobre el carácter institucional de los cargos establecida en el artículo 125 de la Carta Política**, reparos que conllevarían la **revisión del precedente decantado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional** sobre la materia, **la cosa juzgada constitucional, la confianza legítima y las demás instituciones jurídicas y procesales a que ella (sic) lugar**, a partir del concepto de violación reseñado en el vértice inicial del presente auto, junto con las razones de hecho y de derecho presentadas oportunamente por las partes e intervinientes, las cuales también fueron esbozadas en el capítulo de antecedentes de esta misma providencia”.

¹⁵⁹ Se dice lo siguiente: “La acción de nulidad electoral en términos de la Constitución Política artículo 237, o el medio de control de nulidad electoral como lo denomina el artículo 139 del CPACA, tiene como propósito reestablecer el orden jurídico en abstracto y preservar la legalidad –en la comprensión amplia de este principio, que incluye no solo la legislación sino toda norma de orden superior–, cuandoquiera que haya sido trastocada en actos de elección por voto popular–e inclusive decisiones que reflejan el resultado en el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana–, llamamiento o nombramiento.”



puedo avalar porque desconoce que la causal de nulidad por infracción de las normas en que debía fundarse puede presentarse por razón de la aplicación de normas especiales que tienen la misma jerarquía.

En estos términos quedan expuestas las razones por las que aclaro mi voto, estimando que es posible, bajo una carga argumentativa suficiente y necesaria que no fue cumplida en este caso, que el Consejo de Estado revise su propia jurisprudencia, incluyendo la que queda contenida en este fallo, porque ni las sentencias de la Corte Constitucional C-037 de 1996 y C-166 de 2014, ni tampoco la dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 16 de abril de 2013 ni la que ahora nos ocupa, han estudiado y desarrollado cuál es la incidencia de tener por personal o institucional el periodo del Fiscal General a la luz de las reformas constitucionales introducidas por los Actos Legislativos 01 de 2002, 01 de 2003, y 02 de 2004 y los efectos de ellas en la funcionalidad del sistema de pesos y contrapesos, particularmente en lo relativo a la coincidencia por más de dos años de los periodos del Presidente que terna al Fiscal elegido, por razones extraordinarias que como la renuncia, no cuentan con una previsión constitucional y legal aplicable a los casos concretos.

Rocío Araújo Oñate
Magistrada
(firmado electrónicamente)

Fecha et supra