

ELECCION DE AUTORIDADES - Modalidades / ELECCION POPULAR - Características / ELECCIONES POR CORPORACIONES DE ELECCION POPULAR - Características / ELECCIONES POR CORPORACIONES JUDICIALES - Características

En la Constitución Política y en la ley están previstos y regulados varios procedimientos que tienen como finalidad la elección de una o varias personas para la provisión de empleos públicos. Como se observará, todos ellos son de naturaleza administrativa. 1. Elección por voto popular: Se trata de la concurrencia de los ciudadanos a las urnas, con el objeto de elegir autoridades de elección popular, en un procedimiento que incluye como pasos esenciales, la votación, el escrutinio y el acto que declara la elección. Todo ello ocurre en sede administrativa y conforme a un procedimiento reglado por la Constitución, el Código Electoral contenido en el Decreto 2241 de 1986, y las normas que lo adicionan y modifican, y los reglamentos del Consejo Nacional Electoral. La naturaleza de este procedimiento es administrativa, se adelanta ante autoridades administrativas mediante una sucesión de actos administrativos tales como, la inscripción de candidaturas, la cedulación, la elaboración del censo electoral, las listas de sufragantes, etc.; y concluye en un acto de elección que crea una situación jurídica individual, acto administrativo definitivo que por consiguiente, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 2. Elecciones como función de las corporaciones de representación popular: Por mandato constitucional, el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, tienen como una de sus funciones la de elegir Magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, los Contralores departamentales y municipales, etc. En su desarrollo legal, se trata de procedimientos de naturaleza administrativa, que concluyen en un acto de elección, acto este constitutivo de una situación jurídica individual. Dicho acto es definitivo porque pone fin al respectivo procedimiento y, por ello, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 3. Otras elecciones: Nuestro sistema jurídico contempla otras clases de elecciones, que se realizan en el seno de corporaciones judiciales, como es el caso de la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Se trata de procedimientos de naturaleza administrativa, aún cuando se realizan en la Rama Judicial. Dichos procedimientos concluyen en un acto de elección que, por consiguiente, crea una situación jurídica individual y es por ello un acto administrativo definitivo que puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

FISCAL GENERAL DE LA NACION - Elección: Etapas. Autoridades involucradas / ELECCION DEL FISCAL GENERAL DE LA NACION - Etapas. Autoridades involucradas

El artículo 249 constitucional evidencia un procedimiento integrado por dos etapas o pasos; el primero, consiste en la postulación de tres candidatos siendo la autoridad competente para hacerlo el Presidente de la República, y el segundo, que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, consiste en la elección de quien debe ejercer el citado cargo público. Este último es el acto definitivo que concluye el procedimiento y crea una situación jurídica individual. I. PROCEDIMIENTO PARA LA ELECCIÓN DE FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN 1. Concurrencia de dos Ramas del Poder Público: El procedimiento se compone de dos fases, a las cuales deben concurrir en forma diligente las máximas autoridades de dos de las ramas del poder público, la Ejecutiva y la Judicial. En

dicho procedimiento corresponde a la primera ejercer la competencia de nominar, y a la segunda la competencia de elegir. Se trata de dos autoridades diferentes, que colaboran armónicamente para seleccionar al funcionario judicial que ha de dirigir la Fiscalía General de la Nación. La relación entre estas dos fases del procedimiento es inescindible, pues si el Presidente de la República se abstiene de nominar, la Corte no podrá elegir. Ahora bien, ¿qué ocurre si a pesar de haber postulado el Presidente la terna, la Corte no elige? Ésta es la pregunta que ha de resolverse. 2. Etapas en el proceso de postulación presidencial: La fase que inicia el procedimiento en estudio es, precisamente, de competencia del Presidente de la República, y aunque cuando no está completamente reglado es posible identificar por lo menos los siguientes elementos: 2.1. Identificación de tres candidatos que reúnan las condiciones constitucionales para el cargo. 2.2. Conformación de la terna. 2.3. Remisión de la terna a la Corte Suprema de Justicia.

FISCAL GENERAL DE LA NACION - Características de la facultad del presidente de la República para postular terna / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultad para postular terna para fiscal general de la Nación / TERNA PARA FISCAL GENERAL DE LA NACION - Características de la facultad del presidente de la República para postularla / TERNA PARA FISCAL GENERAL DE LA NACION - Inexistencia de reglas de procedimiento especiales para selección de candidatos y elaboración por parte del presidente de la República

Con fundamento en las normas constitucionales y legales que se citan y analizan a continuación, la facultad presidencial que ahora se estudia tiene las siguientes características: 1. Competencia autónoma y especial de origen constitucional: La facultad presidencial para postular terna de candidatos a la Fiscalía General de la Nación tiene como fuente jurídica exclusiva la Constitución Política. Corresponde al Presidente de la República la atribución de seleccionar y proponer candidatos a la Fiscalía General de la Nación. En los términos del artículo 249 de la Carta, es una competencia especial, que se confiere a título personal al Presidente de la República por razón de su cargo. El acto mediante el cual se formaliza la terna tiene valor y fuerza con su sola firma, sin necesidad de que “sea suscrito y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente” (artículo 115 C.P). De los textos constitucionales citados se deriva que el Presidente de la República elabora la terna dentro del ámbito de autonomía que le confiere su condición de jefe de Estado y cabeza de una de las ramas del poder público (artículo 113 C.P.). Condición reforzada en este caso si se observa que la autonomía para elaborar la terna se predica también del ámbito de autodeterminación personal del Presidente de la República debido a la singularidad de la facultad que en forma especial le atribuye el artículo 249 de la Constitución Política: “...El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República...” 2. Aspectos reglados y discrecionales para el ejercicio de esta función: La Constitución regula esta competencia del Presidente de la República, reiterada por el artículo 29 de la ley 270 de 1996, y es entonces en ella donde se debe consultar las condiciones, límites o restricciones para el ejercicio de su facultad de postular la terna de candidatos a la Fiscalía General de la Nación. Tales límites o condiciones y restricciones, están determinados por la finalidad de su atribución, que es, sin duda, la elección de Fiscal General de la Nación: las calidades que deben tener los candidatos (artículos 249 y 232 C.P.); la forma de proponer las candidaturas, esto es, la terna, porque los candidatos no pueden ser ni menos ni más de tres; la autoridad destinataria, que es la Corte Suprema de Justicia y no una autoridad distinta. Salvo estas precisiones de

naturaleza constitucional, expresas y especiales, mal podrían deducirse otras limitaciones o condiciones en consideración a razonamientos de orden teórico o a hipótesis doctrinarias, todas las cuales son evidentemente extraconstitucionales y entrarían en conflicto con los únicos aspectos reglados de esta función, establecidos en la Carta Política. Resulta significativo que la ley no ha impuesto al Presidente de la República reglas de procedimiento especiales para la selección de candidatos ni para la elaboración de la terna para Fiscal General de la Nación. Así las cosas, salvo lo expresamente dispuesto sobre la materia en la Constitución, de la propia Carta se desprende que todos los demás aspectos atinentes al ejercicio de esta función deben quedar reservados a la discrecionalidad del Presidente de la República. Discrecionalidad de la cual cabe predicar, razonablemente, la regla establecida en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en un todo conforme con la naturaleza de esta competencia presidencial y con los mandatos de la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 249 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 29

FISCAL GENERAL DE LA NACION - Facultad del presidente de la República para postular terna no se agota por elaboración de una anterior / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultad para postular terna para fiscal general de la Nación no se agota por elaboración de una anterior / TERNA PARA FISCAL GENERAL DE LA NACION - Facultad del presidente de la República para postularla no se agota por elaboración de una anterior

La tesis del presunto agotamiento de la facultad constitucional para proponer candidatos a la Fiscalía General de la Nación es una opinión que carece de asidero en las reglas de la Carta Política que atribuyen competencia al Presidente de la República y le imponen precisas condiciones para su ejercicio. Numerosas vicisitudes, de hecho, han requerido o requerirán la intervención presidencial para reintegrar o reformular la terna ya enviada a la Corte: falta de calidades de los candidatos, renuncia, muerte, etc. Ninguna de estas circunstancias, además de otras que sería posible adicionar, ha sido expresamente prevista en la Constitución, pero razonablemente imponen al Presidente el deber de continuar ejerciendo la función de postular candidatos, de manera que la terna cumpla la finalidad a la cual está destinada: hacer posible la elección de Fiscal General de la Nación.

FISCAL GENERAL DE LA NACION - Terna para su elección es un acto de trámite / TERNA PARA FISCAL GENERAL DE LA NACION - Acto de trámite

El análisis del ciclo completo de las actuaciones indispensables para lograr la elección de Fiscal permite identificar una sucesión de actuaciones intermedias: la confección de la terna, su remisión a la Corte Suprema de Justicia, y los diversos actos internos de esta alta Corte, todos ellos de índole administrativa, no judicial, requeridos para conducir e impulsar en la Corporación el acto final de elección. El acto de elección de Fiscal es el último en esta cadena de actuaciones, la razón de ser de todos los esfuerzos administrativos anteriores. Es el acto definitivo que pone fin al procedimiento y realiza su finalidad. Todos los actos precedentes al acto de elección, en general, han sido calificados por la doctrina y la jurisprudencia como previos o de mero trámite, porque su función no es la de constituir o declarar situaciones jurídicas individuales, sino la de impulsar la actuación hacia una meta que implica conclusión de todas las decisiones y trámites que le sirven de antecedente. Frente a este acto conclusivo todos los actos que le preceden son de trámite, porque se producen dentro de una actuación administrativa con el fin de

adelantarla hasta la expedición de un acto definitivo, y se denominan también preparatorios, en la medida en que su expedición sucesiva es necesaria para posibilitar el acto final al cual apuntan. En la elección que nos ocupa, sin duda la terna es un acto de trámite, porque la postulación que ella expresa es un acto del Presidente de la República, en ejercicio de una competencia constitucional expresa (artículo 249), que da inicio a un procedimiento de naturaleza administrativa, puesto que apunta a la elección de un servidor público en la Rama Judicial. Evidentemente todos los actos administrativos que pudiera dictar el Presidente de la República dentro del procedimiento para la elección de Fiscal, como quiera que corresponden a la fase inicial y previa de postulación, son de trámite en el contexto del procedimiento para la elección de Fiscal, e igualmente son preparatorios de la expedición de dicho acto final, que corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

ACTOS DE TRAMITE - Características

2.1. Los actos de trámite no son susceptibles de recursos en vía gubernativa, “excepto en los casos previstos en norma expresa”, dice el artículo 49 del código en cita. No existiendo en la ley excepción en este sentido, el acto de postulación de la terna para Fiscal General de la Nación, es un acto que no puede ser recurrido, no sólo porque ello entorpecería el procedimiento de elección sino porque dicho acto no confiere derecho alguno ni define ni concluye el procedimiento. 2.2. Por estas mismas razones, por regla general, los actos de trámite no se notifican. Preceptúa el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo que sólo se notifican las “decisiones que pongan término a una actuación”. Ello porque estos actos sí crean situaciones jurídicas subjetivas, afectan o reconocen derechos a personas determinadas. En igual sentido dispone el artículo 61 del mismo estatuto, en concordancia con el artículo 59. 2.3. Por regla general, y salvo expresa disposición legal en contrario, los actos de trámite no pueden demandarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este punto ha sido sostenido con especial énfasis en materia electoral.

FISCAL GENERAL DE LA NACION - Acto de postulación en la terna no confiere al candidato derecho alguno / TERNA PARA FISCAL GENERAL DE LA NACION - Postulación no confiere al candidato derecho alguno / FISCAL GENERAL DE LA NACION - Acto de postulación en la terna es revocable / TERNA PARA FISCAL GENERAL DE LA NACION - Acto de postulación es revocable

La terna, como acto previo, de trámite o preparatorio que es, respecto de las actuaciones enderezadas a la elección de Fiscal General de la Nación por parte de la Corte Suprema de Justicia, no es susceptible de recursos en vía gubernativa, ni se notifica a quienes allí aparezcan (ni siquiera se les consulta), ni puede demandarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Todo ello indica con elocuencia que la situación jurídica de quien apenas es candidato por figurar en la terna es eventual, precaria e incierta y no configura derecho subjetivo alguno. Como se ha observado, el acto por medio del cual el Presidente elabora la terna de candidatos a la Fiscalía no crea un derecho subjetivo o situación jurídica individual y concreta para las personas que sean postuladas por el Presidente. En su condición de candidatos, apenas tienen una expectativa de ser elegidos para el cargo de Fiscal y por consiguiente, no tienen derecho adquirido al cargo ni a permanecer en su condición de candidato, puesto que este último extremo pertenece al ámbito de las competencias constitucionales del Presidente de la República para proponer candidatos a la Fiscalía. La mera expectativa, por no consistir en un derecho consolidado, impide afirmar la existencia de un derecho

adquirido y la nominación es, por consiguiente, revocable. La acción presidencial consistente en proponer o postular candidatos confiere al agraciado una oportunidad incierta, una simple posibilidad de ser elegido. A quien corresponde culminar el procedimiento y propiamente decidir quién habrá de ocupar el cargo, es a la Corte Suprema de Justicia. Entre tanto, todo se reduce a preparativos para una elección y expectativas de quienes tienen una fundada aspiración al cargo. Pero la terna no es inmutable, ni representa nada que en el mundo del Derecho impida la posibilidad de cambios, que si se presentaren en manera alguna afectan derechos subjetivos. Es claro entonces que, como se trata simplemente de un acto de trámite, la eventual modificación o revocatoria de la terna no tropieza con la exigencia del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, relativa al “consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”. Esta norma únicamente es aplicable cuando “el acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría”. No es el caso, dado que el sólo hecho de ser candidatizado en una terna para la Fiscalía General de la Nación no crea ni modifica en cabeza de los candidatos una “situación jurídica de carácter particular y concreto”, ni lo convierte en “titular” de un derecho de igual categoría. Por si lo anterior no bastara, cabe recordar que los actos administrativos, sean éstos de trámite o definitivos, son revocables de conformidad con las reglas del Código Contencioso Administrativo (artículo 69). (...) Lo anterior no significa que el Presidente de la República goce de la facultad de cambiar a su antojo, una y otra vez, las ternas o los candidatos a la Fiscalía General de la Nación. Es indispensable que se presenten circunstancias excepcionales, no acordes con el “interés público o social”, o que “atenten contra él”, al tenor de lo previsto en el numeral 2º del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, para que sea posible, ahí sí, el cambio o modificación de la terna o de alguna de las candidaturas presentadas a la Corte Suprema de Justicia. (...) El marco constitucional es claro. Entonces, si la Corte Suprema de Justicia, a pesar de reiterados esfuerzos, no ha elegido Fiscal a partir de los candidatos propuestos, esta situación no puede prolongarse indefinidamente sin desmedro del orden constitucional. Si la decisión de la Corte Suprema de Justicia pudiera facilitarse sometiendo a su consideración otros candidatos, está en manos del Presidente proveer a una solución que impulse el procedimiento de elección. La Corte Suprema de Justicia no puede cambiar los candidatos, el Presidente sí. Si en este factor radica el estancamiento del proceso, el Presidente de la República tiene el deber de hacer todos los esfuerzos que faciliten a la Corte cumplir con su obligación constitucional de elegir Fiscal.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la facultad del presidente de la República para la elaboración de ternas, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 14 de septiembre de 2001, Rad. 2480.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2010-00113-00(2043)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Referencia: Facultad oficiosa del Presidente de la República para cambiar la terna para elección del Fiscal General de la Nación.

El Sr. Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Dr. Juan Carlos Pinzón Bueno, consulta a la Sala sobre la posibilidad jurídica de cambiar la terna elaborada por el Sr. Presidente de la República para la elección del Fiscal General de la Nación, para lo cual formula a la Sala las siguientes preguntas:

1. *¿Puede el Sr. Presidente de la República, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 249 de la Constitución Política, enviar una terna reemplazando la que fue remitida a la Corte Suprema de Justicia para elegir Fiscal General de la Nación?*
2. *Para esos propósitos, ¿es necesario que las personas que en estos momentos conforman la terna remitida a la Corte Suprema de Justicia para elegir Fiscal General de la Nación renuncien a su postulación?*
3. *¿Existe algún derecho adquirido en cabeza de las personas que actualmente conforman la terna y, de ser así, en consecuencia es necesario solicitar su autorización para retirar su nombre de la postulación efectuada por el Presidente de la República?*

Para contextualizar las anteriores preguntas la consulta comienza por citar el inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política y el artículo 29 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, disposiciones que indican que el Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y que no podrá ser reelegido.

Agrega que, por disposición del artículo 6º del Acto Legislativo No 1 de 2003, que adicionó un párrafo al artículo 125 de la Constitución, el período del Fiscal tiene carácter institucional, regla que se reitera en el artículo 9 de la ley 938 de 2004. Sobre el carácter institucional de los períodos, cita el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicado 1743 de 2006.

Refiere el artículo 12 de la ley 938 de 2004, relativo a las faltas temporales y absolutas del Fiscal General de la Nación, casos en los cuales ejercerá el cargo el Vicefiscal General de la Nación. Aclara al respecto que, si bien dicha norma no contempla como falta absoluta la terminación del período del Fiscal, se debe entender que en tal caso también se presenta falta absoluta por cuanto hay una ausencia definitiva de quien debe desempeñar el cargo, y que por tanto, una vez termine el período del Fiscal, y mientras no se elija a quien deba reemplazarlo, ejercerá el cargo quien se esté desempeñando como Vicefiscal.

La consulta precisa que el actual trámite para elección de Fiscal General de la Nación se inició por solicitud del Presidente de la Corte Suprema de Justicia ante el vencimiento del período del entonces Fiscal General de la Nación el día 31 de julio de 2009. Ante dicha solicitud, el Presidente de la República, el 6 de julio de 2009 remitió la terna para elegir el remplazo del doctor Mario Germán Iguarán Arana.

Se indica que el 6 de agosto de 2009, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia manifestó que, *“iniciado el proceso de elección, la Corte había decidido*

abrir un espacio de reflexión con el propósito de acertar en dicha designación, agregando que no era ajena a diversos reparos que se habían presentado sobre la idoneidad y probidad de los candidatos”. Ante lo cual el 8 de agosto de 2009 el Presidente de la República contestó que había remitido la terna en los términos del artículo 249 de la Constitución Política.

Posteriormente, ante la renuncia presentada el 26 de octubre de 2009 por uno de los integrantes de la terna para la elección de Fiscal, el señor Presidente de la República informó a la Corte sobre el nuevo integrante de la misma, situación que se repitió ante la renuncia de otro de los integrantes el 9 de diciembre de 2009 y, por último, ante la renuncia del tercer ternado el 13 de mayo de 2010, hecho ante el cual señala que se hizo imperioso volver a integrar la terna.

A continuación cita una providencia del Consejo de Estado, radicado 111001032400020090054300, en la que la Sección Quinta afirma que *“la declaración de inviabilidad de la terna de candidatos inicialmente presentada no es el acto definitivo que culmina la actuación administrativa, porque la elección del Fiscal General de la Nación según el artículo 249 de la Constitución Política se realiza mediante el concurso de la voluntad de dos autoridades distintas¹, el Presidente de la República postula a la Corte Suprema de Justicia una terna de candidatos para que ésta realice la elección; de allí que material y formalmente sólo concluye la actuación administrativa cuando se profiere el acto de elección, porque es en ese momento donde finalmente, según la preceptiva superior, se adopta una decisión de fondo que culmina el procedimiento administrativo”*.

Finalmente indica que a la fecha no se ha producido la elección del señor Fiscal General de la Nación.

Para responder la Sala CONSIDERA:

La elección del Fiscal General de la Nación exige la concurrencia de dos autoridades diferentes, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia, cuyas actuaciones conforman un procedimiento en el cual se evidencian condiciones, oportunidades y efectos diferentes, pues así se desprende del mandato contenido en el artículo 249 de la Constitución.

Estima la Sala pertinente, en primer lugar, hacer un breve enunciado de los procesos de elección establecidos en el ordenamiento constitucional y legal con el fin de identificar, posteriormente, los distintos elementos, conceptos y procedimientos que son propios de la elección por la cual se consulta.

I. LA ELECCIÓN DE AUTORIDADES COMO RESULTADO DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

¹ En sentencia de 17 de abril de 2008, exp. 2007-033, esta Sección determinó que: *“Los actos administrativos complejos tienen las siguientes características: a) unidad de contenido y fin, b) fusión de las voluntades de los órganos que concurren a su formación, c) la serie de actos que lo integran no tienen existencia jurídica separada e independiente y d) es el resultado de la intervención de dos o más órganos, los cuales pueden estar colocados en planos diferentes.”*

En la Constitución Política y en la ley están previstos y regulados varios procedimientos que tienen como finalidad la elección de una o varias personas para la provisión de empleos públicos. Como se observará, todos ellos son de naturaleza administrativa.

1. Elección por voto popular

Se trata de la concurrencia de los ciudadanos a las urnas, con el objeto de elegir autoridades de elección popular, en un procedimiento que incluye como pasos esenciales, la votación, el escrutinio y el acto que declara la elección. Todo ello ocurre en sede administrativa y conforme a un procedimiento reglado por la Constitución, el Código Electoral contenido en el Decreto 2241 de 1986, y las normas que lo adicionan y modifican, y los reglamentos del Consejo Nacional Electoral. La naturaleza de este procedimiento es administrativa, se adelanta ante autoridades administrativas mediante una sucesión de actos administrativos tales como, la inscripción de candidaturas, la cedulación, la elaboración del censo electoral, las listas de sufragantes, etc.; y concluye en un acto de elección que crea una situación jurídica individual, acto administrativo definitivo que por consiguiente, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2. Elecciones como función de las corporaciones de representación popular

Por mandato constitucional, el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, tienen como una de sus funciones la de elegir Magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, del Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, los Contralores departamentales y municipales, etc.

En su desarrollo legal, se trata de procedimientos de naturaleza administrativa, que concluyen en un acto de elección, acto este constitutivo de una situación jurídica individual. Dicho acto es definitivo porque pone fin al respectivo procedimiento y, por ello, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3. Otras elecciones

Nuestro sistema jurídico contempla otras clases de elecciones, que se realizan en el seno de corporaciones judiciales, como es el caso de la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Se trata de procedimientos de naturaleza administrativa, aún cuando se realizan en la Rama Judicial. Dichos procedimientos concluyen en un acto de elección que, por consiguiente, crea una situación jurídica individual y es por ello un acto administrativo definitivo que puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4. La elección del Fiscal General de la Nación

Como inicialmente se indicó, el artículo 249 constitucional evidencia un procedimiento integrado por dos etapas o pasos; el primero, consiste en la postulación de tres candidatos² siendo la autoridad competente para hacerlo el

² Según el diccionario de la Real Academia terna significa “Conjunto de tres personas propuestas para que se designe de entre ellas la que haya de desempeñar un cargo o empleo.”

Presidente de la República, y el segundo, que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, consiste en la elección de quien debe ejercer el citado cargo público. Este último es el acto definitivo que concluye el procedimiento y crea una situación jurídica individual.

II. PROCEDIMIENTO PARA LA ELECCIÓN DE FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

1. Concurrencia de dos Ramas del Poder Público

El procedimiento se compone de dos fases, a las cuales deben concurrir en forma diligente las máximas autoridades de dos de las ramas del poder público, la Ejecutiva y la Judicial. En dicho procedimiento corresponde a la primera ejercer la competencia de nominar, y a la segunda la competencia de elegir. Se trata de dos autoridades diferentes, que colaboran armónicamente para seleccionar al funcionario judicial que ha de dirigir la Fiscalía General de la Nación. La relación entre estas dos fases del procedimiento es inescindible, pues si el Presidente de la República se abstiene de nominar, la Corte no podrá elegir. Ahora bien, ¿qué ocurre si a pesar de haber postulado el Presidente la terna, la Corte no elige? Ésta es la pregunta que ha de resolverse.

2. Etapas en el proceso de postulación presidencial

La fase que inicia el procedimiento en estudio es, precisamente, de competencia del Presidente de la República, y aunque cuando no está completamente reglado es posible identificar por lo menos los siguientes elementos:

- 2.1. Identificación de tres candidatos que reúnan las condiciones constitucionales para el cargo.
- 2.2. Conformación de la terna.
- 2.3. Remisión de la terna a la Corte Suprema de Justicia.

III. LA FACULTAD PRESIDENCIAL PARA POSTULAR LA TERNA DE CANDIDATOS A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Con fundamento en las normas constitucionales y legales que se citan y analizan a continuación, la facultad presidencial que ahora se estudia tiene las siguientes características:

1. Competencia autónoma y especial de origen constitucional

La facultad presidencial para postular terna de candidatos a la Fiscalía General de la Nación tiene como fuente jurídica exclusiva la Constitución Política.

Corresponde al Presidente de la República la atribución de seleccionar y proponer candidatos a la Fiscalía General de la Nación. En los términos del artículo 249 de la Carta, es una competencia especial, que se confiere a título personal al

Presidente de la República por razón de su cargo. El acto mediante el cual se formaliza la terna tiene valor y fuerza con su sola firma, sin necesidad de que “sea suscrito y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente” (artículo 115 C.P.).

De los textos constitucionales citados se deriva que el Presidente de la República elabora la terna dentro del ámbito de autonomía que le confiere su condición de jefe de Estado y cabeza de una de las ramas del poder público (artículo 113 C.P.). Condición reforzada en este caso si se observa que la autonomía para elaborar la terna se predica también del ámbito de autodeterminación personal del Presidente de la República debido a la singularidad de la facultad que en forma especial le atribuye el artículo 249 de la Constitución Política: “...*El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República...*”

2. Aspectos reglados y discrecionales para el ejercicio de esta función

La Constitución regula esta competencia del Presidente de la República, reiterada por el artículo 29 de la ley 270 de 1996, y es entonces en ella donde se debe consultar las condiciones, límites o restricciones para el ejercicio de su facultad de postular la terna de candidatos a la Fiscalía General de la Nación. Tales límites o condiciones y restricciones, están determinados por la finalidad de su atribución, que es, sin duda, la elección de Fiscal General de la Nación: las calidades que deben tener los candidatos (artículos 249 y 232 C.P.); la forma de proponer las candidaturas, esto es, la terna, porque los candidatos no pueden ser ni menos ni más de tres; la autoridad destinataria, que es la Corte Suprema de Justicia y no una autoridad distinta.

Salvo estas precisiones de naturaleza constitucional, expresas y especiales, mal podrían deducirse otras limitaciones o condiciones en consideración a razonamientos de orden teórico o a hipótesis doctrinarias, todas las cuales son evidentemente extraconstitucionales y entrarían en conflicto con los únicos aspectos reglados de esta función, establecidos en la Carta Política.

Resulta significativo que la ley no ha impuesto al Presidente de la República reglas de procedimiento especiales para la selección de candidatos ni para la elaboración de la terna para Fiscal General de la Nación. Así las cosas, salvo lo expresamente dispuesto sobre la materia en la Constitución, de la propia Carta se desprende que todos los demás aspectos atinentes al ejercicio de esta función deben quedar reservados a la discrecionalidad del Presidente de la República. Discrecionalidad de la cual cabe predicar, razonablemente, la regla establecida en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en un todo conforme con la naturaleza de esta competencia presidencial y con los mandatos de la Constitución Política, y que dice así:

*“Artículo. 36. **Decisiones discrecionales.** En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”*

3. La función no se agota por el hecho de haber remitido una terna a la Corte Suprema de Justicia

La tesis del presunto agotamiento de la facultad constitucional para proponer candidatos a la Fiscalía General de la Nación es una opinión que carece de

asidero en las reglas de la Carta Política que atribuyen competencia al Presidente de la República y le imponen precisas condiciones para su ejercicio.

Numerosas vicisitudes, de hecho, han requerido o requerirán la intervención presidencial para reintegrar o reformular la terna ya enviada a la Corte: falta de calidades de los candidatos, renuncia, muerte, etc.

Ninguna de estas circunstancias, además de otras que sería posible adicionar, ha sido expresamente prevista en la Constitución, pero razonablemente imponen al Presidente el deber de continuar ejerciendo la función de postular candidatos, de manera que la terna cumpla la finalidad a la cual está destinada: hacer posible la elección de Fiscal General de la Nación.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE POSTULACIÓN

1. La postulación en el contexto del procedimiento administrativo para la elección de Fiscal

El análisis del ciclo completo de las actuaciones indispensables para lograr la elección de Fiscal permite identificar una sucesión de actuaciones intermedias: la confección de la terna, su remisión a la Corte Suprema de Justicia, y los diversos actos internos de esta alta Corte, todos ellos de índole administrativa, no judicial, requeridos para conducir e impulsar en la Corporación el acto final de elección.

El acto de elección de Fiscal es el último en esta cadena de actuaciones, la razón de ser de todos los esfuerzos administrativos anteriores. Es el acto definitivo que pone fin al procedimiento y realiza su finalidad.

Todos los actos precedentes al acto de elección, en general, han sido calificados por la doctrina y la jurisprudencia como previos o de mero trámite, porque su función no es la de constituir o declarar situaciones jurídicas individuales, sino la de impulsar la actuación hacia una meta que implica conclusión de todas las decisiones y trámites que le sirven de antecedente.

Frente a este acto conclusivo todos los actos que le preceden son de trámite, porque se producen dentro de una actuación administrativa con el fin de adelantarla hasta la expedición de un acto definitivo, y se denominan también preparatorios, en la medida en que su expedición sucesiva es necesaria para posibilitar el acto final al cual apuntan.

En la elección que nos ocupa, sin duda la terna es un acto de trámite, porque la postulación que ella expresa es un acto del Presidente de la República, en ejercicio de una competencia constitucional expresa (artículo 249), que da inicio a un procedimiento de naturaleza administrativa, puesto que apunta a la elección de un servidor público en la Rama Judicial.

Evidentemente todos los actos administrativos que pudiera dictar el Presidente de la República dentro del procedimiento para la elección de Fiscal, como quiera que corresponden a la fase inicial y previa de postulación, son de trámite en el contexto del procedimiento para la elección de Fiscal, e igualmente son preparatorios de la expedición de dicho acto final, que corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

2. Los actos de trámite en el Código Contencioso Administrativo

- 2.1. Los actos de trámite no son susceptibles de recursos en vía gubernativa, “excepto en los casos previstos en norma expresa”, dice el artículo 49 del código en cita. No existiendo en la ley excepción en este sentido, el acto de postulación de la terna para Fiscal General de la Nación, es un acto que no puede ser recurrido, no sólo porque ello entorpecería el procedimiento de elección sino porque dicho acto no confiere derecho alguno ni define ni concluye el procedimiento.
- 2.2. Por estas mismas razones, por regla general, los actos de trámite no se notifican. Preceptúa el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo que sólo se notifican las “decisiones que pongan término a una actuación”. Ello porque estos actos sí crean situaciones jurídicas subjetivas, afectan o reconocen derechos a personas determinadas. En igual sentido dispone el artículo 61 del mismo estatuto, en concordancia con el artículo 59.
- 2.3. Por regla general, y salvo expresa disposición legal en contrario, los actos de trámite no pueden demandarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Este punto ha sido sostenido con especial énfasis en materia electoral.³

3. El acto de postulación para la Fiscalía no confiere al candidato derecho alguno

La terna, como acto previo, de trámite o preparatorio que es, respecto de las actuaciones enderezadas a la elección de Fiscal General de la Nación por parte de la Corte Suprema de Justicia, no es susceptible de recursos en vía gubernativa, ni se notifica a quienes allí aparezcan (ni siquiera se les consulta), ni puede demandarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Todo ello indica con elocuencia que la situación jurídica de quien apenas es candidato por figurar en la terna es eventual, precaria e incierta y no configura derecho subjetivo alguno. Al respecto es pertinente la siguiente cita de la jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación:

³ Sobre la naturaleza de acto de trámite de la terna de candidatos, ver providencias del Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 16 de enero de 2001, Rad. 2444; sentencia de 16 de octubre de 2003, Rad. 3140 y auto de 21 de mayo de 1986, Rad. 021; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 26 de noviembre de 2002, Rad. IJ-026. A manera de ejemplo, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de octubre de 2009, Radicación número: 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00, expresó: “(...) / El inciso final del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo dispone: “Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla”. / La referida norma hace una distinción entre actos administrativos definitivos y los actos de trámite. Los primeros son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto y producen efectos jurídicos definitivos, mientras que los de trámite contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo. / (...) El acto administrativo que contiene ternas de candidatos a un cargo, cuya designación corresponde a un ente distinto al que la elabora, es un acto previo dentro del proceso del nombramiento o elección de que se trate, preparatorio e indispensable para que tal nombramiento se produzca, que no la define ni declara pero sí la posibilita; se trata de un acto de trámite porque no pone fin a la actuación administrativa y, por consiguiente, no es demandable en forma anticipada a la elección cuyo resultado final predomina sobre las etapas previas que integran su desarrollo. / En síntesis, los actos de conformación de ternas son preparatorios o de trámite, como quiera que esa actuación busca iniciar el procedimiento de elección, lo impulsa y lo conduce hacia la decisión definitiva; por tanto, las irregularidades en su formación afectan la legalidad de la elección que se produzca (...)”.

“La elaboración de ternas es acto propio del Presidente de la República, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, es su facultad y su deber, que cumplen en forma autónoma y unilateral. Así, las ternas se perfeccionan en cuanto son expedidas por la autoridad correspondiente, pues no requieren de la aceptación de los candidatos, y por lo mismo su renuncia es inane, aun cuando, desde luego, bien podrían los elegidos no aceptar el cargo.”⁴

4. El acto de postulación es revocable

Como se ha observado, el acto por medio del cual el Presidente elabora la terna de candidatos a la Fiscalía no crea un derecho subjetivo o situación jurídica individual y concreta para las personas que sean postuladas por el Presidente. En su condición de candidatos, apenas tienen una expectativa de ser elegidos para el cargo de Fiscal y por consiguiente, no tienen derecho adquirido al cargo ni a permanecer en su condición de candidato, puesto que este último extremo pertenece al ámbito de las competencias constitucionales del Presidente de la República para proponer candidatos a la Fiscalía. La mera expectativa, por no consistir en un derecho consolidado, impide afirmar la existencia de un derecho adquirido y la nominación es, por consiguiente, revocable.

La acción presidencial consistente en proponer o postular candidatos confiere al agraciado una oportunidad incierta, una simple posibilidad de ser elegido. A quien corresponde culminar el procedimiento y propiamente decidir quién habrá de ocupar el cargo, es a la Corte Suprema de Justicia. Entre tanto, todo se reduce a preparativos para una elección y expectativas de quienes tienen una fundada aspiración al cargo. Pero la terna no es inmutable, ni representa nada que en el mundo del Derecho impida la posibilidad de cambios, que si se presentaren en manera alguna afectan derechos subjetivos.

Es claro entonces que, como se trata simplemente de un acto de trámite, la eventual modificación o revocatoria de la terna no tropieza con la exigencia del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, relativa al “consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”. Esta norma únicamente es aplicable cuando “el acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría”. No es el caso, dado que el sólo hecho de ser candidatizado en una terna para la Fiscalía General de la Nación no crea ni modifica en cabeza de los candidatos una “situación jurídica de carácter particular y concreto”, ni lo convierte en “titular” de un derecho de igual categoría.

Por si lo anterior no bastara, cabe recordar que los actos administrativos, sean éstos de trámite o definitivos, son revocables de conformidad con las reglas del Código Contencioso Administrativo (artículo 69).

V. MANDATOS CONSTITUCIONALES DE COLABORACIÓN ARMÓNICA, EFICACIA Y COORDINACIÓN

1. Situación fáctica

La Corte Suprema de Justicia, luego de más de 14 meses, debido a una divergencia persistente, prolongada y manifiestamente insuperable de opiniones,

⁴ Sentencia de 14 de septiembre de 2001, Sección Quinta, M.P. Dr. Mario Alario Méndez. Radicación número: 11001-03-28-000-2001-0012-01(2480)

no ha elegido Fiscal a partir de los candidatos propuestos por el Presidente de la República.

Si se atiende a los resultados constitucionales del procedimiento, la terna enviada por el Presidente de la República ha resultado ineficaz para el propósito de la elección de Fiscal, y la Corte Suprema de Justicia ha agotado los medios a su alcance para lograr el cometido que le confía la Constitución.

La prolongación indefinida de esta situación frustra la configuración institucional de la Fiscalía General de la Nación en su nivel de suprema dirección, con lo cual se afecta gravemente el interés público.

En esta perspectiva de realidad y bajo las consideraciones jurídicas expuestas, es claro para la Sala que si por alguna circunstancia se imposibilita la finalidad que persigue la norma, el Presidente actuando dentro de la órbita de sus facultades constitucionales, debe subsanar la dificultad, remover los obstáculos y adoptar las medidas correctivas que faciliten la elección del Fiscal.

Lo anterior no significa que el Presidente de la República goce de la facultad de cambiar a su antojo, una y otra vez, las ternas o los candidatos a la Fiscalía General de la Nación. Es indispensable que se presenten circunstancias excepcionales, no acordes con el “interés público o social”, o que “atenten contra él”, al tenor de lo previsto en el numeral 2º del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, para que sea posible, ahí sí, el cambio o modificación de la terna o de alguna de las candidaturas presentadas a la Corte Suprema de Justicia.

2. Principios constitucionales de colaboración armónica, eficacia y coordinación

El Presidente de la República colabora con la Rama Judicial remitiendo la terna. La terna que remite el Presidente tiene como finalidad la elección del Fiscal. Dicha colaboración debe ser armónica, esto es, debe tomar en consideración la situación y las circunstancias de las autoridades llamadas a colaborar recíprocamente, y adaptarse a las necesidades que impone cada caso.

Si la colaboración entre los poderes no está impregnada de espíritu de armonía, esto es, de buen entendimiento, comunicación y correspondencia para el cumplimiento de los deberes que la Constitución les impone, para que concurran a la elección de Fiscal, podría colapsar el mínimo entendimiento que debe existir entre las ramas del poder público para que el Estado actúe de manera congruente y uniforme.

Es mandato constitucional expreso en varias disposiciones e implícito en otras, que todas las normas constitucionales deben cumplir su finalidad y garantizar por esta vía que se cumplan los fines del Estado (artículos 113 y 209 C.P.). Esto es, precisamente, lo que se entiende por eficacia en el campo del Derecho Público.

Este principio de eficacia está definido en el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo, según el cual, las autoridades deben tener en cuenta que *“los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias.”*

Las autoridades que materialmente ejerzan función administrativa, y esto se predica en relación con las competencias tanto del Presidente de la República como de la Corte Suprema de Justicia en lo atinente a la elección de Fiscal General de la Nación, están sujetas al deber de actuar conforme al principio

constitucional de coordinación. Así se desprende, entre otros, de los siguientes textos constitucionales:

*“Artículo 1°. Colombia es un **Estado social de derecho** organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.**”*

*“Artículo 113... Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para **la realización de sus fines.**”*

*“Artículo 209. La **función administrativa** está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, **eficacia**, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

*Las autoridades administrativas **deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...**”*

El marco constitucional es claro. Entonces, si la Corte Suprema de Justicia, a pesar de reiterados esfuerzos, no ha elegido Fiscal a partir de los candidatos propuestos, esta situación no puede prolongarse indefinidamente sin desmedro del orden constitucional. Si la decisión de la Corte Suprema de Justicia pudiera facilitarse sometiendo a su consideración otros candidatos, está en manos del Presidente proveer a una solución que impulse el procedimiento de elección. La Corte Suprema de Justicia no puede cambiar los candidatos, el Presidente sí. Si en este factor radica el estancamiento del proceso, el Presidente de la República tiene el deber de hacer todos los esfuerzos que faciliten a la Corte cumplir con su obligación constitucional de elegir Fiscal.

De esta manera el Presidente, interpretando correctamente la gravedad de la situación institucional que se plantea con la indefinida vacancia del cargo de Fiscal General de la Nación, debe adecuar el cumplimiento de sus deberes constitucionales a los mandatos, también constitucionales, de colaboración armónica, eficiencia y coordinación.

Con base en las premisas anteriores, **la Sala RESPONDE:**

1. ¿Puede el Sr. Presidente de la República, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 249 de la Constitución Política, enviar una terna reemplazando la que fue remitida a la Corte Suprema de Justicia para elegir Fiscal General de la Nación?

Sí. El Presidente de la República puede enviar una terna reemplazando la que fue remitida a la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con las consideraciones jurídicas expuestas en este concepto.

2. Para esos propósitos, ¿es necesario que las personas que en estos momentos conforman la terna remitida a la Corte Suprema de Justicia para elegir Fiscal General de la Nación renuncien a su postulación?

No es necesario que quienes actualmente integran la terna para la elección al cargo de Fiscal General de la Nación renuncien a la postulación, de acuerdo con las consideraciones jurídicas expuestas.

3. ¿Existe algún derecho adquirido en cabeza de las personas que actualmente conforman la terna y, de ser así, en consecuencia es necesario solicitar su autorización para retirar su nombre de la postulación efectuada por el Presidente de la República?

Las personas actualmente candidatizadas para el cargo de Fiscal General de la Nación no tienen derechos adquiridos a desempeñar dicho cargo, ni tampoco a conservar su condición de candidatos previamente a la elección, pues la confección de la terna es un acto discrecional, autónomo, especial y no reglado, del Presidente de la República que no requiere siquiera de la aceptación de la persona postulada.

Transcríbase al señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO AUGUSTO HERNÁNDEZ
BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala