

340

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN QUINTA**

**Consejero Ponente (E): MAURICIO TORRES CUERVO**

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011).

**Proceso No.** 11001-03-28-000-2011-00003-00

**Radicado Interno No.** 2011-00003

**Demandante:** Ferleyn Espinosa Benavides

**Demandado:** Viviane Aleyda Morales Hoyos (Fiscal General de la Nación)

**Electoral Única Instancia - Auto**

I.

El señor Ferleyn Espinosa Benavides, en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral, demanda la anulación de los actos administrativos contenidos en las actas de sesión del 23 de noviembre al 2 de diciembre y de 14 de diciembre de 2010, por los cuales la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó, respectivamente, a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación.

En escrito presentado el 16 de febrero de 2011, pide se decrete la suspensión provisional de los citados actos administrativos con cuatro argumentos a, saber:

a) La violación manifiesta del inciso tercero del artículo 115 de la Constitución Política. Dice que en los términos del citado artículo, que alude al Gobierno Nacional, *"ningún acto del Presidente tiene valor si no está firmado por el Ministro del Ramo, excepción hecha de los de nombramiento de Ministros y Directores de Departamento Administrativo"* y en la medida en que la terna por la cual fue elegida la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación, sólo fue suscrita por el Presidente, los actos demandados que la consideraron desconocieron, de manera flagrante, el mandato del citado inciso.

b) La violación manifiesta del inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política. Sustenta el cargo con el argumento de que la competencia deferida por el artículo 249 [2] de la Carta al Presidente de la República, en cuanto precisa que el Fiscal se elige “*de terna enviada por el presidente de la república...*”, se cumple en un sólo momento por manera que cuando envió la terna integrada por los doctores “*Margarita Leonor Cabello Blanco, Jorge Aníbal Gómez y Marco Antonio Veilla Moreno*”, agotó dicha competencia y no podía volver a ejercerla remitiendo aquella por la que fue elegida la demandada.

c) La violación de los artículos 234 Superior, 15 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de la Justicia, que precisan que la Corte Suprema de Justicia está integrada por 23 Magistrados, 62 del Decreto 250 de 1970 (modificado por el artículo 1º del Decreto 526 de 1971), 14 del Decreto 1660 de 1978, que disponen que las designaciones hechas por la Corte requieren del voto favorable de los 2/3 de sus miembros, y del literal c) del artículo 152 de la Carta, que prevé que las funciones electorales son materia de ley estatutaria. Aserto que sustenta aduciendo que la elección de Fiscal requiere de 15 votos favorables cuando la demandada fue declarada elegida con 14 votos a su favor, regla que no podía ser variada por la misma Corte.

d) La violación de los artículos 125 de la Constitución y 9º de la Ley 938 de 2004. Alegato que fundamenta aduciendo que la Fiscal fue elegida para un periodo personal de 4 años cuando debió serlo para el resto del periodo institucional que empezó el 1º de agosto de 2009 y termina el 31 de julio de 2013, pues según la previsión constitucional los periodos establecidos en la propia Carta son institucionales y así lo reitera el artículo 9º de la Ley 938 cuando establece que el periodo del Fiscal es institucional.

## II.

### 1. De la admisión de la demanda

#### 1.1 De la oportunidad

La demanda fue presentada dentro del término establecido para el efecto pues conforme al numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de nulidad electoral contra actos de elección o nombramiento que requieren confirmación, caduca en el término de 20 días, contados a partir del día siguiente al de la confirmación.

La elección de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos fue confirmada en sesión de Sala de 14 de diciembre de 2010, por lo que podía demandarse hasta el 3 de febrero de 2011. La demanda se radicó el 2 de febrero del año que corre (fl. 15 vuelto), es decir, dentro del término legal.

### **1.2 Del cumplimiento de los requisitos formales**

La demanda cumple los requisitos formales de los artículos 75 del Código de Procedimiento Civil y 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo, pues contiene la designación del juez y de las partes, un capítulo en el que se precisa qué se demanda, un aparte que refiere los hechos en los que se afincan las pretensiones y otro en la que se precisan las normas violadas y el concepto de la violación, así también, en atención a la petición previa presentada por la parte demandante, se adosó copia auténtica de los actos impugnados.

En tal virtud debe ser admitida como se dispondrá en la parte resolutive.

### **2. De la suspensión provisional**

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo al establecer la medida de la suspensión provisional prevé:

"Procedencia de la suspensión. El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

"..."

Conforme a la disposición transcrita, para que se decrete la medida de la suspensión provisional se deben cumplir 2 clases de presupuestos, a saber: unos formales y otros materiales.

Los primeros imponen que la medida se pida con la demanda, o en escrito separado presentado antes de su admisión, debidamente sustentada, como en efecto ocurrió.

Los segundos implican que la violación alegada salte a la vista, es decir, que se revele manifiesta u ostensible, ya por la confrontación directa del acto con las normas aducidas como violadas, o mediante el examen de documentos públicos acompañados con la demanda.

En el *sub lite* ninguno de los cuatro cargos jurídicos en los que se sustenta la solicitud de suspensión provisional, permite considerar que el acto demandado viola, de forma flagrante u ostensible, las normas jurídicas invocadas en cada caso, porque:

1º. La resolución del primer cargo, referente a que la terna requiere además la firma del Ministro del Interior y de Justicia, demanda un examen de las competencias deferidas al "gobierno nacional" – artículo 115 de la Constitución, que señala quiénes integran el gobierno nacional - y al "presidente de la república" – artículos 189 y siguientes de la Carta, que relaciona las atribuciones propias del Presidente de la República - como órganos de la administración pública, estudio que sólo puede cumplirse al proveer sobre el fondo del asunto.

2º. La decisión sobre el segundo cargo, en el sentido de que conformada una terna no hay competencia para elaborar otra, implica verificar, frente a la ley, (i) la vigencia del acto contentivo de la terna sustituida por la que sirvió de base a los actos demandados, (ii) si la competencia deferida al presidente se agotó con la primera terna y (iii) si, como lo afirma el demandante, coexistieron 2 ternas, asunto propio de la sentencia.

3°. La resolución del tercer cargo, sobre la mayoría calificada en la Corte Suprema de Justicia para el cumplimiento de sus competencias en materia electoral, hace imperioso adelantar un examen sobre la vigencia de las disposiciones de orden legal en las que se afinca, específicamente, la de los artículos 62 del Decreto 250 de 1970 (modificado por el artículo 1° del Decreto 526 de 1971), en concordancia con el 14 del Decreto 1660 de 1978, sobre mayoría calificada para elegir; el que debe hacerse a la luz de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que autorizó a las Altas Cortes para darse su propio reglamento, al igual que un examen sobre la pertinencia del literal c) del artículo 152 de la Carta sobre partidos y función electoral pues si bien éste precisa que es materia de ley estatutaria "*la organización de [las] funciones electorales...*" hay que establecer si se refiere a todas las funciones electorales de todos los órganos o sólo a aquellas que implican voto popular, asunto propio del fallo, y

4° La cuarta acusación se edifica sobre una interpretación del demandante que entiende que "la Corte designó Fiscal para un período personal", cuando el acto de elección expresó que lo hacía "[P]or el período constitucional o legal..."<sup>1</sup>, respectivo.

En otras palabras, ninguno de los alegatos contenidos en el memorial de suspensión provisional se revela contundente, claro y manifiesto, para decidir *ab initio*, sobre la violación ostensible de las normas jurídicas superiores citadas en cada caso, y se requiere que se agote todo el proceso legalmente establecido y se recauden las pruebas que sean del caso, para avocar un estudio de las acusaciones de la demanda, asunto que habrá de cumplirse en la sentencia.

Por lo expuesto, fuerza es concluir que la medida cautelar deprecada no puede ser decretada pues la ilegalidad, que se reitera, debe surgir de la comparación del acto que se demanda con las normas superiores que se reputan como violadas o mediando el examen de documentos auténticos adosados al proceso, no salta a la vista en este caso.

---

<sup>1</sup> Folio 29.

Siendo así las cosas, la medida cautelar debe ser negada.

### III.

En mérito de lo expuesto se:

#### **Resuelve:**

Por reunir los requisitos legales se admite la demanda presentada por el ciudadano Ferleyn Espinosa Benavides, mediante la cual solicita que se declare la nulidad de los actos contenidos en las actas de sesión del 23 de noviembre al 2 de diciembre y de 14 de diciembre de 2010, por los cuales la Sala Plena de la H. Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó la elección de la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos, como Fiscal General de la Nación.

En consecuencia se dispone:

1. Notifíquese esta providencia por edicto que se fijará durante cinco (5) días en la Secretaría.
2. Notifíquese personalmente al señor agente del Ministerio Público que corresponda.
3. Notifíquese personalmente a la doctora Viviane Aleyda Morales Hoyos. En el evento de que no sea posible llevar a cabo la anterior notificación, procédase a realizar la misma en la forma subsidiaria prevista en el numeral 3º del artículo 233 del Código Contencioso Administrativo.
4. Notifíquese personalmente señor Presidente de la República, para que si a bien lo tiene intervenga y se pronuncie sobre las pretensiones de la demanda.
5. Notifíquese personalmente al señor Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia, para que si a bien lo tiene intervenga y se pronuncie sobre las pretensiones de la demanda.

6. Cumplida la notificación, fíjese en lista por el término de tres (3) días, dentro del cual se podrá contestar la demanda y solicitar las pruebas que se pretendan hacer valer.

**Segundo:** No se decreta la suspensión provisional del acto demandado.

NOTIFÍQUESE.

  
**MAURICIO TORRES CUERVO**  
Presidente

   
**SUSANA BUITRAGO VALENCIA** **MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN**

/  
**VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**  
Secretario

**RECIBIDO EN SECRETARIA HOY** 15 MAR. 2011

*En la fecha se recibe del despacho*

  
**Nelson Rodríguez H.**  
ESCRIBIENTE