



Bogotá D.C., Febrero 14 de 2013  
Concepto No. 0118

Doctora  
**Susana Buitrago Valencia**  
H. Magistrada ponente (E)  
Sección Quinta  
Consejo de Estado  
E. S. D.

**Referencia: 5**

Proceso número: 110010328000201200027 00

Radicado interno: 2012 – 0027 (acumulados 2012-0021; 2012-0019)

Actor: María del Pilar Díaz: Suárez y otros.

Demandado: Eduardo Montealegre Lynett.

Asunto: Nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Corte Suprema de Justicia eligió y confirmó al doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, en lo que respecta al periodo para el cual fue designado.

Respetada señora Consejera:

De la manera más atenta procedo a descorrer el traslado para alegar de conclusión ordenado mediante providencia del 21 de enero de 2013 y, dentro del término que allí se señalara, en mi condición de Agente del Ministerio Público ante esa H. Sala. A continuación presento las siguientes consideraciones con el propósito a que sean tenidas en cuenta al momento de emitir pronunciamiento de fondo.

**I – ANTECEDENTES**

**1.1. Las demandas**

**1.1.1. 2012-0027**



La señora María del Pilar Díaz Suárez, en nombre propio, demandó la nulidad parcial del acto declaratorio de la elección del doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación expedido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 22 de abril de 2012 y su confirmación efectuada el 26 del mismo mes y año.

### 1.1.2. Pretensiones

Fueron propuestas las siguientes:

«1. Se declare la nulidad parcial del acto declaratorio de la elección del señor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT como Fiscal General de la Nación, "... por el periodo constitucional y legal que le corresponda en reemplazo de la Dra. Viviane Morales Hoyos, a quien se le aceptó la renuncia a partir del 13 de marzo de 2012." En cuanto no se entienda que la elección corresponde a la terminación del periodo constitucional institucional iniciado con la posesión del doctor GUILLERMO MENDOZA DIAGO elegido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en calidad de Fiscal General encargado el 1 de agosto de 2009 para reemplazar al doctor MARIC IGUARÁN ARANA y fue continuado con la posesión de la doctora VIVIANE MORALES HOYOS en el mismo cargo el día 12 de enero de 2011, luego de haber sido elegida por la Corte Suprema de Justicia el 1 de diciembre de 2010, y se interrumpió con la aceptación de su renuncia por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia a partir del 13 de marzo de 2012.

2. Que como consecuencia de la nulidad parcial deprecada se determine que el periodo institucional para el cual fue elegido el FISCAL GENERAL DE LA NACION doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT es el comprendido entre el 1 de agosto de 2009 y el 31 de julio de 2013.

#### PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

Se declare que el periodo de ejercicio del cargo de fiscal constitucionalmente establecido de cuatro años como institucional, se inició con la posesión de la doctora VIVIANE ALEYDA MORALES HOYOS el día 12 de enero de 2014, por lo que el doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT fue elegido para desempeñar el cargo de Fiscal General de la Nación entre la fecha de su posesión y el 11 de enero de 2014 fecha en que termina el periodo institucional establecido en la Carta Política del cargo de Fiscal General de la Nación.»

### 1.1.3 Hechos de la demanda

Se han indicado como supuestos fácticos de las pretensiones de esta demanda los siguientes:

Que en agosto de 2009, el entonces Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez, presentó ante la Corte Suprema de Justicia una terna para la elección de

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955

Bogotá, D.C.

[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)



Fiscal General de la Nación, la cual fue recompuesta en su totalidad, debido a la renuncia paulatina de los primeros ternados.

Posteriormente, el Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos, modificó dicha terna, y la cual fue elegida la doctora Viviane Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación el 1 de diciembre de 2010, cargo para el cual tomó posesión el 12 de enero de 2011.

Que el 28 de febrero de 2012, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección de la señalada doctora como Fiscal General, pero, sin embargo, la doctora Morales presentó renuncia al cargo, la cual le fue aceptada el 13 de marzo de 2012.

Que conforme a lo anterior, el Presidente de la República, formuló una nueva terna para elegir Fiscal General de la Nación, de la cual fue elegido el doctor Eduardo Montealegre Lynett el 22 de marzo de 2012 por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, elección que fue confirmada el 26 de los mismos mes y año.

#### **1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación**

Señaló como normas violadas las siguientes:

- ✓ El artículo 125 de la Constitución Política.
- ✓ El artículo 9 de la Ley 978 de 2004.

Al explicar el concepto de violación, aduce la demandante:

Que en el caso del periodo de ejercicio del cargo del Fiscal General de la Nación Montealegre Lynett, es institucional y por ende le corresponde terminar el periodo iniciado el 1 de agosto de 2009 por el Fiscal encargado Guillermo Mendoza Diago y continuado por la doctora Viviane Morales como Fiscal Titular, el cual vence el 31 de julio de 2013.



Que un periodo institucional es el que se encuentra prescrito en la Constitución y la Ley, que de es 4 años que se inicia con la fecha de posesión que es el 1 de agosto de 2009 y se extiende hasta el último día del cuarto año de vigencia, tal como aconteció con el periodo de los Fiscales Luis Camilo Osorio y Mario Iguarán Arana.

#### **1.1.5. Admisión de la demanda**

Mediante auto del 07 de mayo de 2012 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor.

#### **1.1.6. Contestación de la demanda.**

##### **Por parte del demandado Dr. Eduardo Montealegre Lynett**

El señalado demandado, en nombre propio, mediante escrito de folios 37 al 71 del expediente, dio contestación a la demanda, solicitando como pretensión principal denegar las pretensiones de la demanda, en tanto que el periodo personal del Fiscal General de la Nación está señalado directamente en el artículo 249 de la Constitución Política; como primera pretensión subsidiaria solicitó adicionar los actos administrativos de contenido electoral impugnados, en el sentido de declarar que el periodo constitucional del actual Fiscal General de la Nación comprende desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 28 de marzo de 2016; y como segunda pretensión subsidiaria, declarar la inhibición para conocer del asunto por ineptitud sustantiva de la demanda.

Indicó que la Constitución reguló directamente cuál es el periodo para el que será elegido el Fiscal General de la Nación, la que en su artículo 249 señala sin lugar a dudas que es un periodo personal de 4 años, razón por la cual, no puede una Ley de la República ir en contravía de dicho mandato y señalar que es un periodo institucional, pues tal como lo ha indicado la H. Corte Constitucional, el Legislador no tiene competencia para cambiar por vía legislativa, ni siquiera mediante Ley Estatutaria, los mandatos constitucionales; por ello, solicita inaplicar el artículo 9 de la Ley 938 de 2004, la cual es abiertamente inconstitucional.

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955

Bogotá, D.C.

[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)



Que además de lo anterior, en el presente asunto existe cosa juzgada constitucional material, pues mediante sentencia C-037 de 1996 se declaró inexecutable una disposición que consagraba el mismo contenido normativo reproducido ahora por el artículo 9 referido, el cual no podía ser reproducido por cuanto no se ha modificado la norma constitucional que le sirvió de fundamento a la Corte Constitucional para declarar la inexecutable en aquella época, norma que no es otra que el artículo 249 constitucional.

Que sostener que el periodo del Fiscal General de la Nación es de carácter institucional, afecta el principio de autonomía judicial; además indicó que el artículo 125 de la Carta Política, que señala que los periodos establecidos en la Constitución o en la ley para cargos de elección tienen carácter institucionales, no puede aplicarse a la elección del Fiscal General de la Nación en tanto que dicha elección se rige por una norma especial, la cual prima sobre la general, así la general haya sido expedida con posterioridad a la especial; igualmente el artículo 125 solo aplica para los cargos de elección popular, ello se concluye de una interpretación sistemática del conjunto de normas constitucionales modificadas por el acto legislativo 1 de 2003, todas hacen referencia a la elección popular de cargos, criterio dentro del cual no se encuentra la elección del Fiscal General de la Nación.

Que desde que entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2003 o la Ley 938 de 2004, no se presentaron vacantes absolutas del cargo de Fiscal General de la Nación, salvo la generada con la terminación del periodo del doctor Luis Camilo Osorio; luego entonces, no es cierto que exista una costumbre institucional de aplicación a este tipo de periodos, sino que corresponde al momento en que se produjo la vacante absoluta, por ello no puede entenderse que la simple finalización del periodo del Fiscal que es de 4 años, corresponda a una práctica institucional que tenga fuerza normativa para empezar a contabilizar de ahí en adelante términos objetivos.

Finaliza señalando que el Consejo de Estado debe definir, en primer lugar, si la omisión administrativa detectada por la demandante constituye un vicio de nulidad



del acto, aspecto que considera contrario, o por lo menos extraño a la finalidad de la acción de nulidad electoral; en segundo lugar, si el vacío administrativo implica una ilegalidad o una inconstitucionalidad por omisión, asunto que resulta discutible para el análisis de validez de actos administrativos porque el Juez no es coadministrador; y finalmente, si se concluye que procede el análisis de nulidad por vacíos administrativos, debe resolver si pueden ser subsanados por autoridades distintas a las que expiden los actos bajo control.

### **1.2.1. 2012-0021**

El ciudadano Jaime Hernán Ramírez Gasca, en nombre propio, demandó la nulidad de los actos administrativos de elección del Fiscal General de la Nación, Dr. Eduardo Montealegre en lo que atañe a su periodo, que no puede ser otro que el de 4 años a partir de su posesión.

### **1.2.2. Pretensiones**

Fueron propuestas las siguientes:

«1. Que se declare la nulidad parcial de los actos administrativos de elección y confirmación del Fiscal General de la Nación Dr. EDUARDO MONTEALEGRE en lo que atañe al periodo del Fiscal, que no puede ser otro que el de 4 años a partir de su posesión, dejando incólume en los respectivos actos administrativos su elección y confirmación pero adicionando el periodo que debe cumplir el actual Fiscal General de la Nación.

2. Que se ordene a la H. Corte Suprema de Justicia hacer claridad sobre el periodo del Fiscal en cada uno de los actos administrativos que involucran la elección y confirmación del Fiscal General de la Nación, debiendo para los efectos adicionar y aclarar tales actos en lo que atañe al periodo del Fiscal General de la Nación por cuatro años a partir de su posesión.

3. Que en caso de no ordenarse la adición y aclaración del periodo del Fiscal General de la Nación a la H. Corte Suprema de Justicia para el caso sub judice, por sentencia la sala en pleno del Consejo de estado (sic) indique el periodo que debe cumplir el Dr. Eduardo Montealegre como Fiscal General de la Nación.»

### **1.2.3. Hechos de la demanda**

Se han indicado como supuestos fácticos de las pretensiones de esta demanda los siguientes:

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO  
Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955  
Bogotá, D.C.  
[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)



Que la Honorable Corte Suprema de Justicia el 16 de marzo de 2012 eligió de la terna enviada por el Gobierno Nacional al Fiscal General de la Nación, elección que fue ratificada por dicha corporación el 25 de los mismos mes y año.

Que el acto administrativo de elección y confirmación de la Corte Suprema de Justicia, no hace referencia o claridad respecto del periodo que debe cumplir el Fiscal General de la Nación electo.

Que es un hecho notorio que la incertidumbre sobre el periodo que debe cumplir el Fiscal General persistirá en el tiempo hasta que por sentencia no se fije éste, pues aunque exista un concepto al respecto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que por un naturaleza no obliga y además no comparte, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia debió discutir y pronunciarse de manera clara respecto del periodo para el cual había sido electo el Fiscal General de la Nación.

Que el acto administrativo de elección debe estar motivado y en lo que respecta al periodo del Fiscal, brilla por su ausencia, lo cual genera incertidumbre respecto del periodo para el cual fue elegido el señalado funcionario.

Que el periodo cumplido por la doctora Viviane Morales no cuenta por la naturaleza de la nulidad decretada por el Consejo de Estado, al igual que los periodos por encargos cumplidos en modalidades distintas al de la elección, pues el periodo institucional consagrado en la Constitución es de 4 años contados a partir de la fecha de la posesión del elegido como Fiscal General.

#### **1.2.4. Normas violadas y concepto de la violación**

Señaló como normas violadas las siguientes:

- ✓ Los artículos 6, 40-6, 125, 152-b-c y 189 de la Constitución Política.
- ✓ Los artículos 84, 137 y 229 del Código Contencioso Administrativo.

Al explicar el concepto de violación, aduce el demandante:

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO  
Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955  
Bogotá, D.C.  
[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)



Que la Corte Suprema de Justicia no hizo pronunciamiento alguno respecto del periodo del Fiscal General de la Nación en su acto de elección y confirmación, de lo cual no puede exculparse porque sobre ella recae la obligación pública administrativa de indicar el periodo de tal funcionario bajo el principio de que los actos administrativos deben ser motivados de tal manera que indiquen los derechos que el en se confieren de manera clara y transparente, de tal manera que no den lugar a equívocos.

Que el artículo 249 de la Carta Política establece que el Fiscal General de la Nación será elegido por la Corte Suprema de Justicia para un periodo de 4 años, norma que no permite interpretaciones respecto a que el periodo debe coincidir con el periodo del Presidente, pues se trata de un periodo independiente e indivisible, que no es otro que de 4 años contados a partir de su posesión.

Que el encargo cumplido por el doctor Meridoza Diago como Fiscal, así como el nombramiento hecho de la doctora Viviane Morales como Fiscal General, no pueden computarse como parte del periodo que debe cumplir el actual Fiscal General, doctor Eduardo Montealegre, toda vez que el primero fue solamente encargado más no designado en propiedad, y a la segunda se le decretó la nulidad de su elección, por lo tanto debe entenderse que su nombramiento no se realizó.

#### **1.2.5. Admisión de la demanda**

Mediante auto del 29 de mayo de 2012 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor.

#### **1.2.6. Contestación de la demanda.**

##### **Por parte de la Nación-Rama Judicial**

La Rama Jurisdiccional del poder público, por intermedio del abogado de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955

Bogotá, D.C.

[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)





Administración Judicial, previo poder conferido por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, en escrito de folios 65 al 68 del expediente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que el periodo del Fiscal General de la Nación es institucional, tal como lo manifestó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 2095 de 2012, y del cual no se aparta la entidad a la que representa.

Propuso la excepción de "ausencia de causa petendi para demandar, pues la Nación-Rama Judicial, no debió ser demandada ya que al accionante no le asiste razón jurídica fundamentada.

**Por parte de la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.**

La Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda mediante escrito de folios 85 al 87 del expediente, por carecer de viabilidad jurídica.

Que la pretensión anulatoria de los actos de elección y confirmación del Fiscal General de la Nación no se basa en ninguna de las causales previstas en la Ley, al tiempo que con la elección así cumplida no se vulnera disposición constitucional o legal alguna, lo cual, sumado a que el supuesto silencio sobre el periodo que debe cumplir el Fiscal General, no constituye irregularidad alguna, lo que lo lleva a concluir que no hay argumento jurídico para anular los actos acusados.

**Por parte del doctor Eduardo Montealegre Lynett como coadyuvante de las pretensiones de la demanda.**

Señaló en primer lugar la necesidad de aplicar el principio de unidad constitucional para interpretar los artículos 125, 243 y 249 de la Constitución Política, como un todo armónico, pues no es adecuado leer de forma aislada la reforma constitucional del 2003, que introdujo la regla general del periodo institucional para



los cargos de elección, por lo que la consagración legal del periodo institucional resulta contraria al espíritu constituyente.

Que en segundo lugar, la regla del periodo institucional no es aplicable hasta tanto se expida una Ley o un Decreto Reglamentario con efectos ex nunc, que señale el momento a partir del cual empieza a contabilizar el periodo institucional, por lo que debe aplicarse la regla general de que los periodos cuentan desde su posesión.

Que por lo anterior, sostiene que si la Ley no señaló uno de los elementos fundamentales o estructurales para definir la aplicación del periodo institucional, el intérprete debe escoger la interpretación más favorable para el trabajador y la estabilidad institucional de la Fiscalía General de la Nación, esto es, que el periodo es de 4 años y se contabiliza a partir de la posesión del elegido.

### **1.3.1. 2012-0019**

El ciudadano Germán Calderon España, en nombre propio, demandó la nulidad de los actos administrativos de elección y confirmación del Fiscal General de la Nación, Dr. Eduardo Montealegre, para que se adicionen en cuanto a que el periodo por el cual fue elegido el señalado doctor, es de cuatro años.

### **1.3.2. Pretensiones**

Fueron propuestas las siguientes:

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

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

### **1.3.3. Hechos de la demanda**

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO  
Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955  
Bogotá, D.C.  
[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)



Se han indicado como supuestos fácticos de las pretensiones de esta demanda los siguientes:

Que una vez declarada la nulidad de la elección de la Fiscal General de la Nación, doctora Viviane Morales por parte del Consejo de Estado, así como aceptada su renuncia del cargo, el Presidente de la República presentó terna a la Corte Suprema de Justicia para que se eligiera al Fiscal General de la Nación.

Que conforme a lo anterior, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el 22 de marzo de 2012, eligió al doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación en propiedad, nombramiento que fue confirmado el 26 de los mismos mes y año.

Que dichos actos administrativos de elección y confirmación, no establecen el periodo para el cual fue elegido el nuevo Fiscal General de la Nación, doctor Eduardo Montealegre Lynett.

#### **1.3.4. Normas violadas y concepto de la violación**

Señaló como normas violadas las siguientes:

- ✓ Los artículos 125 y 249 de la Constitución Política.
- ✓ El artículo 2 de la Ley 153 de 1887.
- ✓ El artículo 227 del Código Contencioso Administrativo.

Al explicar el concepto de violación, aduce el demandante:

Que el artículo 249 de la Carta Política señala que el Fiscal General de la Nación será elegido para un periodo de cuatro años, es decir, es un periodo personal, dicha norma es contraria a lo señalado en el artículo 125 constitucional, razón por la cual debe aplicarse las reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, que indica que la norma posterior prevalece sobre la anterior.



Conforme a lo indicado, la norma aplicable al caso en estudio es el artículo 249 y no el 125 constitucionales, razón por la cual, debe entenderse que el periodo del Fiscal General de la Nación es de 4 años contados a partir de su posesión, periodo personal.

Que no comparte el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en cuanto señala que el término del Fiscal General de la Nación es Institucional por mandato de la Ley 938 de 2004, pues dicha norma es de inferior jerarquía al artículo 249 constitucional, el cual debe prevalecer en todo caso.

### **1.3.5 Admisión de la demanda**

Mediante auto del 08 de mayo de 2012 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor.

### **1.3.6. Contestación de la demanda**

#### **Por parte del demandado Luis Eduardo Montealegre Lynett**

El señalado doctor, mediante escrito de folios 40 al 69 del expediente, solicitó como pretensión principal denegar las pretensiones de la demanda en tanto que el periodo del Fiscal General de la Nación está señalado directamente en el artículo 249 constitucional; como primera pretensión subsidiaria, adicionar los actos administrativos de contenido electoral impugnados, en el sentido de declarar que el periodo constitucional del Fiscal General de la Nación debe computarse desde su posesión, en el caso presente, desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 28 de marzo de 2016; como segunda pretensión subsidiaria declarar la inhibición para conocer la demanda por ineptitud sustantiva de ella.

Las razones por medio de las cuales fundamenta lo anterior, son las mismas expresadas al contestar la demanda radicada bajo el No. 2012-007 que fueron señaladas en el capítulo 1.1.6. del presente concepto.

#### **Por parte de la Nación-Rama Judicial**

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO  
Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955  
Bogotá, D.C.  
[www.procuradur.a.gov.co](http://www.procuradur.a.gov.co)



La Rama Jurisdiccional del poder público, por intermedio del abogado de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, previo poder conferido por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, en escrito de folios 83 al 86 del expediente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que el periodo del Fiscal General de la Nación es institucional, tal como lo manifestó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 2095 de 2012, y del cual no se aparta la entidad a la que representa.

Propuso la excepción de "ausencia de causa petendi para demandar, pues la Nación-Rama Judicial, no debió ser demandada ya que al accionante no le asiste razón jurídica fundamentada.

#### **1.4.1. 2012-0028**

El ciudadano Carlos Mario Isaza Serrano, nombre propio, demandó la nulidad de los actos administrativos de elección y confirmación del Fiscal General de la Nación, Dr. Eduardo Montealegre, para que se adicionen o rectifiquen, en el sentido de establecer que dicha elección es hasta el 31 de julio de 2013 por tratarse de un cargo de periodo institucional.

#### **1.4.2. Pretensiones**

Fueron propuestas las siguientes:

«1. Que se adicione o rectifique, según sea el caso, el acto de elección del doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, como Fiscal General de la Nación, de fecha 22 de marzo de 2012, contenido en el acta número 12 correspondiente a la sesión ordinaria de sala plena celebrada el 22 de marzo del mismo año, contenido en el acta número 13 correspondiente a la sesión extraordinaria de sala plena, celebrada el mismo día y año; expedidos por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de establecer que dicha elección es hasta el 31 de julio de 2013 por tratarse de un cargo de periodo institucional.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene librar las comunicaciones del caso dando cuenta de la correspondiente decisión, al Presidente de la República y a la Corte Suprema de Justicia para todos los efectos a que haya lugar.»



### 1.4.3. Hechos de la demanda

Se han indicado como supuestos fácticos de las pretensiones de esta demanda los siguientes:

Que Una vez decretada la nulidad de la elección de la Fiscal General de la Nación, doctora Viviane Morales por el Consejo de Estado, el Presidente de la República envió terna a la Corte Suprema de Justicia, para que dicha corporación procediera a realizar la correspondiente elección.

Que dicha corporación, en su Sala del 22 de marzo de 2012, eligió como Fiscal General de la Nación por el periodo que le corresponda al doctor Eduardo Montealegre Lynett, la cual fue confirmada en sala extraordinaria el 26 de los mismos mes y año.

Que la Corte Suprema de Justicia, no obstante las previsiones de los artículos 125 y 249 de la Carta Política, no determinó en el acto administrativo de elección, el tiempo por el cual se hizo la elección del Fiscal General, con lo cual incurre en una omisión al no determinar con exactitud el tiempo por el que se hacía la misma.

### 1.4.5. Normas violadas y concepto de la violación

Señaló como normas violadas las siguientes:

- ✓ El artículo 125 de la Constitución Política.
- ✓ El artículo 9 de la Ley 938 de 2004.

Al explicar el concepto de violación, aduce el demandante:

Que la omisión de la que adolece los actos administrativos demandados, es determinante de que el mismo fue expedido por un término de 4 años en cumplimiento de las atribuciones que le otorga el artículo 249 de la Constitución



Política, cuando en realidad la elección debió hacerse por un término de 16 meses aproximadamente.

Que por tratarse de un cargo de elección, tiene periodo institucional, por lo cual, quien sea elegido para ocupar el cargo de Fiscal General de la Nación por falta absoluta de su titular, debe serlo por el resto del tiempo faltante para el periodo para el cual éste fue elegido.

#### **1.4.6. Admisión de la demanda**

Mediante auto del 08 de mayo de 2012 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenaron las notificaciones de rigor.

#### **1.4.7. Contestación de la demanda**

##### **Por parte del demandado Luis Eduardo Montealegre Lynett**

El señalado doctor, mediante escrito de folios 34 al 63 del expediente, solicitó como pretensión principal denegar las pretensiones de la demanda en tanto que el periodo del Fiscal General de la Nación está señalado directamente en el artículo 249 constitucional; como primera pretensión subsidiaria, adicionar los actos administrativos de contenido electoral impugnados, en el sentido de declarar que el periodo constitucional del Fiscal General de la Nación debe computarse desde su posesión, en el caso presente, desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 28 de marzo de 2016; como segunda pretensión subsidiaria declarar la inhibición para conocer la demanda por ineptitud sustantiva de ella.

Las razones por medio de las cuales fundamenta lo anterior, son las mismas expresadas al contestar la demanda radicada bajo el No. 2012-007 que fueron señaladas en el capítulo 1.1.6. del presente concepto.

## **2. Acumulación de procesos.**



Mediante auto del 4 de octubre de 2012, folios 96 al 100 del cuaderno principal, la Sección Quinta del Consejo de Estado decretó la acumulación de los procesos electorales 2012-0027; 2012-0028; 2012-0021; y 2012-0019.

### **3. Alegatos de conclusión**

#### **3.1. Del demandante Jaime Hernán Ramírez Gasca**

El señalado demandante, en nombre propio, en escrito de folios 307 al 310 del cuaderno principal, dentro del término oportuno presentó alegaciones finales en el sentido de solicitar se declaren probadas las pretensiones de su demanda, la cual fue coadyuvada por el señor Fiscal General de la Nación, toda vez que era deber de la Corte Suprema de Justicia hacer claridad sobre el periodo para el cual eligió al Fiscal General, por lo que con su abstención generó incertidumbre en el pueblo.

Indicó que su demanda pretende que el nuevo Fiscal General cumpla un periodo de 4 años, en virtud que la elección de la doctora Viviane Morales fue declarada nula por el Consejo de Estado, luego entonces el periodo del nombrado en su reemplazo debe computarse de cero, evitando que en el futuro vuelvan a crearse incertidumbres jurídico administrativas al respecto; los demás argumentos son transcripción de su escrito de demanda.

#### **4.2. Del demandado Eduardo Montealegre Lynett**

El señalado demandado, en nombre propio, dentro del término señalado para ello, en escrito de folios 311 al 353 del cuaderno principal presentó alegatos de conclusión, solicitando como pretensión principal denegar las pretensiones de la demanda en tanto que el periodo del Fiscal General de la Nación está señalado directamente en el artículo 249 constitucional; como primera pretensión subsidiaria, adicionar los actos administrativos de contenido electoral impugnados, en el sentido de declarar que el periodo constitucional del Fiscal General de la Nación debe computarse desde su posesión, en el caso presente, desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 28 de marzo de 2016; como segunda pretensión





subsidiaria declarar la inhibición para conocer la demanda por ineptitud sustantiva de ella.

Los argumentos señalados en el presente alegato de conclusión, guardan relación directa y similitud con los de la contestación de la demanda hecha por el señalado ciudadano.

#### **4.3. Del demandante Carlos Mario Isaza Serrano**

El señalado demandante, en nombre propio, en escrito de folios 354 y 355 del expediente, dentro del término oportuno presentó alegaciones finales, solicitando acceder a las súplicas de la demanda en los términos y condiciones expuestos en el respectivo libelo.

Señaló que la institucionalización de los periodos mediante el Acto Legislativo 1 de 2003, que varió los fundamentos normativos que la Corte Constitucional utilizó para declarar la inexecutable de que trata la Sentencia C-037 de 1996, hizo posible que a partir de esa fecha, el Congreso de la República pudiese reproducir la norma declarada inexecutable en el artículo 9 de la Ley 938 de 2004, sin atentar contra la Carta Política.

#### **4.4. De la demandante María del Pilar Díaz Suárez**

La señalada demandante, en nombre propio, mediante escrito de folios 356 al 362 del expediente, presentó alegatos de conclusión solicitando la prosperidad de una cualquiera de las pretensiones de su demanda, esto es, determinar que la elección del Fiscal General de la Nación, doctor Eduardo Montealegre Lynett, debe terminar el 31 de julio de 2013, toda vez que ese periodo institucional empezó a correr el 01 de agosto de 2009, tal como lo indica el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003; o de lo contrario, determinar que la elección del señalado funcionario fue para completar el periodo iniciado con la elección y posesión de la doctora Viviane Morales como Fiscal General de la Nación, el cual inició el 12 de enero de 2011 y expira el 11 de enero de 2014.



Indicó que no es cierto que el artículo 249 constitucional establezca que el periodo del Fiscal General de la Nación es personal, pues dicha norma solamente dispuso que el Fiscal General de la Nación será elegido para un periodo de 4 años por la Corte Suprema de Justicia, nada dijo respecto de que este era personal, cosa diferente como acontece con otras normas constitucionales, en donde expresamente indicó el constituyente, por ejemplo para los casos de los Magistrados de Altas Cortes, que serían elegidos para periodos individuales como se evidencia entre otros, el artículo 233 Ibídem, razón por la cual el periodo del Fiscal General, es institucional, tal como lo ordena el artículo 125 constitucional, que además no señala que él solo aplica para cargos de elección popular, sino para cualquier elección, popular o no.

#### **4.5. De la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.**

La Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por intermedio de apoderado judicial, mediante escrito de folios 363 al 366 del expediente, presentó alegatos de conclusión, solicitando denegar las pretensiones de la demanda por cuanto ninguno de los argumentos de la pretendida ilegalidad tiene mérito.

Aseveró que las pretensiones de las demandas no formulan un cargo de nulidad específico contra el acto de elección del Fiscal General de la Nación, ni por las causales propias del trámite electoral ni por las genéricas, pues no hay ninguna objeción de nulidad que acuse la falta de idoneidad jurídica del candidato a ocupar el cargo de Fiscal.

Que el argumento de que se guardó silencio sobre el periodo que debe cumplir el Fiscal General de la Nación, y si dicho periodo es de carácter institucional o personal, no está previsto en el ordenamiento jurídico como causal de anulación de los actos administrativos.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO**

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO  
Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955  
Bogotá, D.C.  
[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)



Dado que la Nación-Rama Judicial, en sus escritos de contestación de las demandas radicadas bajo los Nos. 2012-0019 y 2012-0021, propuso la excepción que denominó "ausencia de la causa petendi para demandar", y el doctor Eduardo Montealegre Lynett en las contestaciones de las demandas Nos. 2012-0019; 2012-0027; y 2012-0028, peticionó como segunda pretensión subsidiaria, declarar la inhibición para conocer del asunto por "ineptitud sustantiva de la demanda", este Despacho estudiará en primera medida este aspecto del debate.

## **1. Excepciones**

### **1.1. Excepción de ausencia de causa petendi para demandar**

Este medio exceptivo fue argumentado en que el periodo del señor Fiscal General de la Nación es institucional, tal como lo manifestó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 2095 de 2012, emitido al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y del cual no se aparta la Nación-Consejo Superior de la Judicatura, razón por la cual dicha demanda no debió dirigirse contra dicha entidad ya que al accionante no le asiste razón jurídica fundamentada.

Los argumentos de este medio exceptivo hacen referencia al asunto de fondo de las demandas, dicho argumento se encuentra ligado a atacar directamente las pretensiones de ellas, pues se encuentran encaminados a establecer cual es el periodo que constitucional y legalmente le corresponde cumplir al Fiscal General de la Nación, es decir, si dicho periodo debe ser institucional o personal.

Por tal motivo, esta excepción no debe prosperar y sus argumentos deben ser analizados al momento de resolver el fondo del asunto.

### **1.2 Ineptitud sustantiva de la demanda**

Aunque este argumento mediante el cual basa sus contestaciones de las demandas Nos. 2012-0019; 2012-0027; y 2012-0028, el doctor Eduardo



Montealegre Lynett, no fue propuesto explícitamente como medio exceptivo, al ser ellos propios de un medio exceptivo, que además fue catalogado como "ineptitud de la demanda", implícitamente debe considerarse que dichos argumentos son el medio exceptivo indicado.

Señaló como argumentos de esta excepción que el Consejo de Estado debe definir, en primer lugar, si la omisión administrativa detectada por la demandante constituye un vicio de nulidad del acto, aspecto que considera contrario, o por lo menos extraño a la finalidad de la acción de nulidad electoral; en segundo lugar, si el vacío administrativo implica una ilegalidad o una inconstitucionalidad por omisión, asunto que resulta discutible para el análisis de validez de actos administrativos porque el Juez no es coadministrador; y finalmente, si se concluye que procede el análisis de nulidad por vacíos administrativos, debe resolver si pueden ser subsanados por autoridades distintas a las que expiden los actos bajo control.

En el caso en estudio, observamos que las diferentes demandas acumuladas, pretenden la nulidad parcial de los actos de elección y de confirmación del doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, preferidos por la Corte Suprema de Justicia, pero únicamente en lo que atañe al periodo para el cual fue elegido, pues en dichas actuaciones no se precisó tal circunstancia.

Si bien es cierto, aquí no se persigue la anulación del acto de elección del doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, pues en las demandas acumuladas se precisa que dicho acto debe quedar incólume, lo cierto es que sí se solicita la declaratoria de nulidad parcial de dicho acto en cuanto a la omisión de haberse señalado el periodo para el cual fue elegido, lo que, en sentir de los demandantes, vulnera el artículo 125, y para otros, el artículo 249 constitucionales.

Lo anterior es plenamente válido, ya que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio, deberá demandarse



precisamente el acto por medio del cual la elección se declare, aunque el vicio de nulidad afecte actos de contenido electoral que lo rodean.

En el caso que nos ocupa, precisamente se demanda el acto por medio del cual se declara la elección y la confirmación del Fiscal General de la Nación, es decir, las demandas se encuentran conforme el presupuesto de la norma señalada, no obstante a que el argumento mediante el cual se pretende la nulidad, se encamine a un tema accesorio al acto de elección, el cual no es otro que el periodo para el cual debe efectuarse dicho nombramiento conforme a postulados constitucionales.

Ahora bien, no obstante a que en las demandas radicadas bajo los Nos. 2012-0019 y 2012-0028, en sus pretensiones se indique que lo que se busca es que se adicione o rectifique el acto de elección del doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, en lo que respecta al periodo para el cual fue elegido, debe entenderse dichas demandas de manera general, esto es, que al igual que las radicadas bajo los Nos. 2012-0027 y 2012-0021, tienen como finalidad la declaratoria de la nulidad parcial de dicho acto de elección en lo que respecta al periodo para el cual debió ser elegido el Fiscal General, circunstancia respecto de la que no se pronunció el respectivo nominador.

En materia electoral es plenamente válido que en los casos mediante los cuales haya inconformidad o disparidad de criterios respecto del término para el cual fue o debió ser elegido un dignatario, pueda demandarse la nulidad parcial de dicho acto de elección para que el Juez Contencioso fije mediante sentencia, cual debe ser el periodo que debe cumplir dicho funcionario.

Al respecto se pueden citar el gran número de sentencias proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en donde se demandó la nulidad del acto de elección de algunos Alcaldes Municipales para que se estableciera si el periodo para el cual fueron electos, era institucional o personal, ellos son los casos por ejemplo de la elección de los Alcaldes de San Antero; Fortul; Pamplona, Morales; Melgar; Palmira, Yumbo; y Cúcuta, entre otros.



En dichos procesos, la H. Sala, realizó un pronunciamiento de fondo, declarando en algunos casos la nulidad parcial del acto de declaratoria de elección, por cuanto el periodo para el cual habían sido electos, vulneraba las normas constitucionales sobre la materia, al indicar:

«La lectura del artículo transitorio del Acto Legislativo número 2 de 2002 muestra que, mientras se llega al 1 de enero de 2008, son dos los aspectos realmente relevantes para establecer si el periodo del alcalde debía contabilizarse a partir del 1 de enero respectivo. De un lado, es indispensable determinar si el periodo del alcalde cuyo cargo se va a proveer es atípico y, de otro, la fecha en la que el elegido debe iniciar el periodo y no la fecha de la elección. Luego, el argumento del demandado referido a la fecha de la elección impugnada, como las demás elecciones coincidentes, debe desestimarse.

Con todo, la conclusión expuesta podría refutarse con el argumento de que la posesión con fecha anterior a la iniciación del periodo para el que fue elegido el alcalde no tiene el efecto jurídico de modificar la convocatoria a elecciones, la inscripción de candidatos o la realización de los comicios electorales; o que la voluntad popular de elegir a un candidato para cierto periodo se impone como manifestación de la soberanía popular. Sin embargo, pese a la fuerza de la tesis, la Sala no la comparte por lo siguiente:

En primer término, porque, de acuerdo con el artículo 7 y el transitorio del Acto Legislativo número 002 de 2002, la iniciación de periodo de un alcalde, el que normalmente se presenta con la posesión, resulta relevante para establecer si se trata de aquellos atípicos o de los que se inician el 1 de enero del año siguiente a la elección. ...

En segundo lugar, porque el principio de supremacía constitucional señalado en el artículo 4 de la Carta impone la aplicación preferente de la Constitución respecto de los actos administrativos que convocan a elecciones, autorizan la inscripción de candidatos o disponen la fecha en que se adelantan los comicios electorales. En tal virtud, si el Acto legislativo número 002 de 2002 señaló reglas de transición dirigidas a unificar el periodo de los alcaldes de todo el país, las autoridades electorales no pueden dejar de aplicar la regulación constitucional.

Incluso, a esas mismas conclusiones ya había llegado la Sala en anteriores oportunidades.<sup>1</sup>

Como el periodo del demandado es atípico y se inició entre la vigencia del Acto Legislativo No 2 de 2002 y el 31 de diciembre del año 2003, la Comisión Escrutadora Municipal de San José de Cúcuta debió declararlo elegido, conforme al artículo 7 del mencionado Acto Legislativo No. 2 de 2002, para un periodo equivalente a la mitad del tiempo que hiciera falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007; es decir, para un periodo de 24 meses y 16 días y no para el periodo de cuatro años comprendido entre el 1° de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007.

<sup>1</sup> Sentencia del 11 de marzo de 2005, expediente No. 3459 proferida por la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En el mismo sentido las de 22 de julio de 2004, expediente 3389 y de 24 de febrero de 2005, expediente 3468 de la misma Sección.



El cargo de violación del inciso 1º del artículo 7 del Acto Legislativo No. 2 de 2002 prospera, por lo que habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar declarar la nulidad del acto acusado, en cuanto señaló un periodo distinto al que constitucionalmente correspondía.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto del Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**Primero. REVOCASE** la sentencia apelada y en su lugar se declara la nulidad del acto administrativo proferido por la Comisión Escrutadora Municipal de San José de Cúcuta el 14 de noviembre de 2003, mediante el cual declaró elegido a Ramiro Suárez Corzo como Alcalde ese Municipio, en cuanto dispuso que el periodo que le correspondía era de cuatro años comprendido entre el 1º de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2007, y se establece que dicho periodo es el comprendido entre el 27 de noviembre de 2003 y la mitad del tiempo que hace falta para llegar al 31 de diciembre de 2007, vale decir, su periodo es el comprendido entre el 27 de noviembre de 2003 y el 13 de diciembre de 2005<sup>2</sup>.»

Del lineamiento jurisprudencial pre-transcrito, se desprende que es perfectamente viable, demandar el acto electoral, pero única y exclusivamente, para que la Jurisdicción Administrativa, fije el término que constitucional y legalmente le corresponde al elegido desempeñar la función que le fue encomendada en su nombramiento.

Conforme lo anterior, no se comparte el argumento del demandado, en el sentido de indicar que si la omisión administrativa detectada por la demandante constituye un vicio de nulidad del acto, es un aspecto que considera contrario, o por lo menos extraño a la finalidad de la acción de nulidad electoral, toda vez que, lo que en efecto se persigue, es que efectivamente se fije el término que legalmente le corresponde ejercer al doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación, pues de no hacerse ello podría generar que tal acto administrativo se encuentre en contravía de disposiciones constitucionales, aspecto que debe analizarse en el fondo del asunto.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICA. Sentencia del dieciséis (16) de marzo de dos mil seis (2006). Radicado número: 54001-23-31-000-2003-01386-01(3855)



Así mismo, no se está de acuerdo con la aseveración del excepcionante, en el sentido de indicar que si el vacío administrativo implica una ilegalidad o una inconstitucionalidad por omisión, es un asunto que resulta discutible para el análisis de validez de actos administrativos porque el Juez no es coadministrador, por cuanto ella no es una razón para que no se pueda demandar la nulidad de un acto de elección para que el Juez Administrativo determine el periodo que constitucional y legalmente le corresponde ejercer sus funciones, pues al señalarse en el acto administrativo un periodo diferente, el acto administrativo estaría viciado de nulidad por infracción de las normas en las que debería fundarse.

Finalmente, señaló el demandado que si se concluye que procede el análisis de nulidad por vacíos administrativos, debe resolver si pueden ser subsanados por autoridades distintas a las que expiden los actos bajo control, argumento que no puede ser tenido en cuenta, dado que es el Juez Administrativo, quien después de realizar el análisis de legalidad de un acto administrativo y declarar su nulidad total o nulidad parcial, debe señalar el sentido en que debe entenderse o las consecuencias que deben derivarse de dicha decisión.

Conforme a lo cual, bien puede el operador judicial en lo Contencioso Administrativo, fijar el periodo que constitucional y legalmente le corresponde ejercer a un funcionario público que ha sido elegido para ocupar un cargo en la administración pública.

Corolario de lo señalado, este medio exceptivo debe ser despachado desfavorablemente.

## **2. Del asunto de fondo.**

No teniendo vocación de prosperidad las excepciones estudiadas, y no advirtiendo la existencia de vicio que afecte la actuación surtida, procede este Despacho a emitir el concepto de rigor que le corresponde en el trámite del asunto sub examen, el cual será abordado de manera precisa conforme a los cargos propuestos en la demanda.

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

Carrera 5ª No. 15-80 piso 19°, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955

Bogotá, D.C.

[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)





## 2.1 Cargo Único.

### **Violación de las normas en las que debería fundarse el acto administrativo.**

Unos demandantes señalan que con la expedición de los actos administrativos cuya nulidad se deprecia, esto es, la elección y ratificación del doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación por parte de la Corte Suprema de Justicia, se vulneran los artículos 125 de la Constitución Política y 9 de la Ley 938 de 2004, y otros que se vulnera el artículo 249 de la Carta Fundamental, toda vez que, al no indicarse en dichos actos el término para el cual fue elegido, se podría considerar que este lo fue para un periodo institucional o para un periodo personal, infringiendo lo que realmente establecen las normas señaladas.

Sobre el periodo y forma de designación del Fiscal General de la Nación, indica el artículo 249 de la Carta Constitucional:

«ARTICULO 249°—La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

El Fiscal General de la Nación será elegido para un periodo de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.»

De la norma constitucional pretranscrita, se desprende que el Fiscal General de la Nación será elegido para un periodo de 4 años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República, y que no podrá ser reelegido.

Es de indicar que dicha norma no señaló nada al respecto de que si el periodo para el cual sería elegido dicho funcionario, sería institucional o personal, razón por la cual, tanto el Consejo de Estado, como la Corte Constitucional, han indicado



que al señalarse que éste sería elegido para un periodo de 4 años, ello era dable para establecer que el periodo del Fiscal General es personal y no institucional.

Sobre este punto indicó la Sala Plena del Consejo de Estado, a propósito de resolver respecto del periodo que debería cumplir el doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación:

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

El periodo de permanencia del Fiscal General de la Nación en el cargo está indicado en el artículo 249 de la Constitución Política en los siguientes términos:

*"El Fiscal General de la Nación será elegido para un periodo de 4 años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido..."*

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

Distinto fuera el caso, si la disposición constitucional hubiera señalado en forma precisa cuándo debía comenzar y finalizar este término de los 4 años, pero no lo hizo.

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

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

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

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955

Bogotá, D.C.

[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)



Así las cosas es preciso concluir, que la designación del doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación en propiedad ha debido hacerse por 4 años como lo ordena la Constitución, y no por el resto de un período que ya había comenzado el anterior Fiscal, porque ese período no tiene necesariamente que estar comprendido en unas fechas fijas, sino que lo inicia la persona que entra a desempeñar el cargo<sup>3</sup>.

Así pues, conforme a que en dicha norma constitucional no se indicó nada al respecto de cuando debería empezar a computarse el periodo de los cuatro años, tal interpretación no la puede hacer el operador judicial, lo que impone señalar que el periodo para el cual se elige al Fiscal General de la Nación, es de cuatro años, contados a partir de la fecha de su posesión, esto es, le corresponde cumplir un periodo personal y no institucional.

Sobre este mismo aspecto se pronunció la Corte Constitucional al ejercer control previo de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en donde al analizar el numeral tercero del artículo 29 que señalaba que en caso de falta absoluta del Fiscal General antes de la terminación del periodo, quien sea designado en su reemplazo, lo será para terminar el periodo, indicó:

«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<sup>4</sup>, 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. Al respecto, resultan pertinentes las siguientes consideraciones

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejera ponente: CLARA FORERO DE CASTRO. Sentencia del treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Radicación número: S-553 Actor: PEDRO MIGUEL RAMIREZ MARTINEZ. Demandado: ALFONSO VALDIVIESO SARMIENTO

<sup>4</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-011 del 21 de enero de 1994. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.



expuestas por esta Corporación en relación con los períodos de los magistrados de los altos tribunales del país:

*"En cambio, los de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado de ocho (8) años, son individuales (Arts. 233 y 239 de la C.P.), esto es, que de producirse una falta definitiva en cualquiera de estas corporaciones, el período del magistrado elegido para llenarlas será igualmente de ocho años, contados a partir del momento de su posesión".<sup>5</sup>*

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.

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.

Con relación a lo anterior, debe puntualizarse que si bien el artículo 253 de la Carta delega en la ley la facultad de regular lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación y "al ingreso por carrera y al retiro del servicio", esta atribución no es fundamento jurídico alguno para que el legislador pueda determinar la forma como se contabiliza el período del señor fiscal general, pues ella hace alusión al régimen de carrera -judicial o administrativa- de los demás funcionarios y empleados que no sean de libre nombramiento y remoción o de elección, y a la manera como pueden ser desvinculados de esa institución.

Por las anteriores razones, el inciso tercero del artículo 29 del proyecto será declarado inexecutable<sup>6</sup>.

Es de resaltar, conforme al precedente jurisprudencial señalado, que el hecho de que la Constitución no haya fijado condicionamiento alguno respecto del término perentorio de 4 años que debe cumplir quien fuere designado Fiscal General de la Nación en propiedad, no le da pie al Legislador, en nombramientos que se realicen con ocasión de una falta absoluta de su titular, limitar su periodo hasta la terminación del periodo anterior.

En desarrollo de lo anterior, y bajo esos parámetros previamente establecidos, no cabe duda de que el periodo para el cual se elige al Fiscal General de la Nación,

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. C-011/94, citada.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia c-037 de 1996. Magistrado Ponente, Doctor Vladimiro Naranjo Mesa.



es personal, pues debe ser para un periodo de cuatro años a partir de su posesión.

No obstante lo anterior, debemos analizar la repercusión que sobre la materia, genera la adición introducida al artículo 125 constitucional por parte del artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003, en donde se consagró:

«ARTICULO 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.

PAR.—Adicionado. A.L. 1/2003, art. 6°. 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 reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del periodo para el cual éste fue elegido.» (subrayas del despacho).

Con dicha reforma constitucional, se adicionó la norma referida en el sentido de indicar que los periodos establecidos en la Constitución Política o en la Ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales, conforme a ello, quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del periodo para el cual éste fue elegido.

Ahora bien, debe examinarse si dicha reforma, modificó de manera tácita el artículo 249 de la Carta Fundamental que consagra un periodo personal del Fiscal General de la Nación, o si por el contrario, solamente se circunscribe a los cargos de elección popular.



Sea lo primero señalar, que la reforma introducida a la Constitución mediante el Acto Legislativo 1 de 2003, es como su título lo indica "una reforma política constitucional", lo cual guarda relación con las normas allí contenidas, algunas de las cuales declaró la Corte Constitucional exequible, pues otras tantas fueron expulsadas del ordenamiento jurídico.

Así pues, a manera de ilustración, el artículo primero de la reforma señalada, modificó el artículo 107 Constitucional entorno al derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos y la proscripción de la doble militancia; el artículo segundo modificó el 108 constitucional en torno al reconocimiento y pérdida de la personería jurídica de los partidos o movimientos políticos por parte del Consejo Nacional Electoral, inscripción de candidatos a cargos de elección popular, coaliciones partidistas, entre otras; por su parte el artículo 3 de la reforma, modificó el 109 constitucional en torno a la financiación de partidos y movimientos políticos, gastos, campañas, acceso a espacios publicitarios, entre otros; el artículo 4, modificó el 111 de la Constitución y versa sobre el derecho de los partidos y movimientos políticos sobre la utilización de medios de comunicación; el artículo 5, modificó el 112 constitucional, que hace referencia a los derechos de los partidos o movimientos políticos que se declaren en oposición al gobierno; el artículo 8, adicionó un inciso al artículo 160 de la Constitución en cuanto a un requisito para la votación de los proyectos de ley; el artículo 9, modificó el 161 constitucional que versa sobre la conformación de comisiones conciliadoras cuando surjan discrepancias entre las cámaras; el artículo 11, modificó el 258 constitucional que habla sobre el derecho al voto; el artículo 12, modificó el 263 de la Carta Política que trata del número de candidatos que puede inscribir un partido o movimiento político en los procesos de elección popular y la distribución de curules en las corporaciones públicas; el artículo 13, creó el artículo 263 A de la Carta Fundamental que específicamente habla de la adjudicación de curules mediante el sistema de cifra repartidora; el artículo 14 modificó el 264 constitucional en lo que respecta al Consejo Nacional Electoral; y el artículo 15 modificó el 266 que trata sobre la forma de designación del Registrador Nacional del Estado Civil.



Como puede observarse, todas y cada una de las normas incluidas en dicha reforma constitucional, hacen referencia a temas esencialmente político-electorales, pues en todas sus formas modifica, adiciona y crea normas respecto al voto, a los partidos y movimientos políticos, así como a las máximas autoridades electorales del País, que hacen parte de la Organización Electoral, como lo son el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Conforme a lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público considera que, el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003, que adicionó un párrafo al artículo 125 constitucional, en el sentido de señalar que los periodos establecidos en la Constitución Política o en la Ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales, por lo que, quienes sean elegidos o designados para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del periodo para el cual éste fue elegido, debe circunscribirse únicamente en el sentido estricto de la reforma, esto es, al tema político.

Conforme a ello, debe considerarse que el periodo institucional consagrado de manera general en el artículo 125 constitucional, solamente hace referencia a los cargos de carácter político, aquellos provistos mediante elección popular.

La adición de la norma en comento, no varía, ni modifica el sentido del artículo 249 de la Carta Política en lo que respecta al periodo personal que se consagra del Fiscal General de la Nación que debe ser para periodos de 4 años a partir de su posesión, pues tal como lo indicó en su momento la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, el hecho de que la constitución, al señalar el periodo de éste funcionario sin condicionamiento alguno, no puede ser cambiado por el Legislador, en el caso en estudio, no puede ser variado por una reforma constitucional que no hace expresa referencia a ello, y como lo observamos anteriormente, no era el fin perseguido con la reforma introducida, pues ella perseguía únicamente una reforma de índole política.

Ahora bien, en palabras de la H. Corte Constitucional en el fallo previamente referido, señalar un periodo 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.

Es claro que, la Rama Jurisdiccional del Poder Público, a la que por expresa disposición del Constituyente de 1991 pertenece la Fiscalía General de la Nación, dentro de aquella concepción de la división tripartita de las funciones del poder público, que ha sido ampliada notablemente en la Carta Fundamental de 1.991 al considerar que existen otros órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, le corresponde gran autonomía e independencia, tanto financiera, presupuestal, como administrativa, para efectos darle mayor imparcialidad a la magna labor desarrollada por sus organismos, como por sus funcionarios.

Así pues, el Constituyente Primario dispuso que el Fiscal General de la Nación fuere designado para un periodo de 4 años, sin otra limitación, concepción que no puede ser modificada por una reforma constitucional de carácter político, valga decir, que no fue tramitada con la intención específica de variar el periodo personal del Fiscal, por uno Institucional; por un artículo que contiene una regla general de los periodos para cargos de elección, la cual no puede ir en contra vía de las garantías de independencia y autonomía conferidas a la Rama Judicial, la cual se ha visto reflejada en el periodo personal, de sus mas altos integrantes.

Esta Delegada es consciente de que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto No. 20915 del 12 de marzo de 2012, siendo Consejero Ponente el doctor William Zambrano Cetina, a propósito de absolver una consulta sobre éste tema en especial hecha por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, concluyó en sentido diferente a este concepto, el cual, aunque se respeta, diferimos de él notablemente por las consideraciones aquí hechas, del cual, respetuosamente, solicitamos a la sala apartarse por lo siguiente:

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955

Bogotá, D.C.

[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)





Se indica en el concepto referido que, «debe precisarse que del análisis de los antecedentes del Acto Legislativo 01 de 2003 se desprende que el objeto de la reforma en este aspecto en particular era, precisamente, institucionalizar los periodos *de los altos funcionarios del Estado* y no solamente los de elección popular»; *Apreciación de la que se difiere*, en tanto que como ya se dijo, el objeto perseguido por la reforma era netamente político, razón de ello es que del proyecto original se haya suprimido el texto que hacía referencia específica al periodo institucional de cargos tales como el de Fiscal General de la Nación, en efecto indicaba:

«Parágrafo 1. Los periodos 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 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<sup>7</sup>.»

Como se puede observar, dicho proyecto difiere sustancialmente del que fue aprobado, pues solamente se indica que es para los cargos de elección, en atención precisamente a que el objeto de la reforma no era variar el periodo de cargos altos del Estado, sino únicamente los cargos de elección popular, a dicha conclusión se arrima del informe de ponencia del primer debate en donde se indicó:

*“Artículo 8. El Proyecto 01 propone adicionar el artículo 125 de la Carta para establecer que los periodos para los altos cargos del Estado en la Constitución sean institucionales. La Comisión de Ponentes acoge la propuesta, pues considera que los periodos personales han producido desorden al interior de las instituciones y, además, han recargado innecesariamente el trabajo de la Registraduría Nacional”<sup>8</sup>.*

Nótese como la propuesta acogida por la comisión de ponentes de institucionalizar los periodos de los altos cargos del Estado, fue acogida en atención al desorden que han ocasionado los periodos personales al interior de las instituciones, pues han recargado innecesariamente el trabajo de la Registraduría Nacional; ello debe ser interpretado en el sentido de que efectivamente el querer del Constituyente Derivado, era institucionalizar todos los periodos de los cargos de

<sup>7</sup> Gaceta del Congreso 406 de 2002.

<sup>8</sup> *Ibidem*.



elección popular, pues ellos, son los que generan la participación de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la programación de elecciones atípicas y todo lo relacionado con las jornadas electorales.

Conforme a lo indicado, no cabe duda de que el periodo institucional consagrado en el artículo 125 de la Carta Política, opera única y exclusivamente para cargos de elección popular, y no para otros cargos como el del Fiscal General de la nación, quien tiene una norma especial para ello, la cual está consagrada en el artículo 249 constitucional, la que debe considerarse en el sentido interpretado por el Consejo de Estado, como por la Corte Constitucional cuando se han pronunciado al respecto y han considerado que el periodo es personal, lo cual se justifica para que la persona que sea designada en dicho cargo, tenga un periodo mínimo para institucionalizar los proyectos propuestos antes de su elección.

Así mismo, debe notarse como el Constituyente quiso que los altos cargos que pertenecen a la Rama Judicial del Poder Público, de la que hace parte la Fiscalía General de la Nación, fueran de periodos personales o individuales, tal como se dispuso para los casos de Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura, artículos 233, 239, 254 constitucional, pues ello tiene un fin específico, el cual se repite, es permitir a dichos funcionarios actuar con autonomía en sus decisiones e institucionalizar sus proyectos.

Debe hacerse hincapié en el artículo 254 de las Carta Política señalado anteriormente, que en materia de la elección de los Magistrados de la Sala Administrativa y Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, señala que son electos para periodos de 8 años, sin especificar si son institucionales o personales, artículo que, al igual que el 249 Ibídem, que se refiere a la elección del Fiscal General de la Nación, debe entenderse que es personal o individual, pues no existe una norma que exprese categóricamente lo contrario.

Ahora bien, no obstante el periodo individual consagrado en la Carta Política para la elección del Fiscal General de la Nación, pues así lo entiende esta Procuraduría Delegada por las consideraciones anteriormente efectuadas, debe observarse las

PROCURADURÍA SÉPTIMA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO

Carrera 5ª No. 15-80 piso 19º, Tel. 5878750 Ext. 11951 - 11955

Bogotá, D.C.

[www.procuraduria.gov.co](http://www.procuraduria.gov.co)



repercusiones jurídicas que conlleva la expedición a la Ley 938 de 2004, que en su artículo 9, señaló:

«ARTÍCULO 9o. PERÍODO. El Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de cuatro (4) años.»

La norma pre-transcrita, contenida en el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, al desarrollar el artículo 249 de la Carta Fundamental, indica que el periodo para el cual se debe elegir al Fiscal General de la Nación, es de cuatro años, pero, además, que dicho periodo debe ser institucional, norma legal que de una breve comparación con la normativa constitucional referida en párrafos anteriores, se torna a todas luces contraria a ella.

Conforme a lo anterior, de conformidad a lo normado por el artículo 4 de la Norma Suprema, que señala que la Constitución es norma de normas, y que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, se deben preferir las disposiciones constitucionales, esta Agencia del Ministerio Público, solicita se aplique la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 9 de la Ley 938 de 2004, por ser contrario al artículo 249 de la carta fundamental.

Sobre la excepción de inconstitucionalidad, la H. Sección Quinta del Consejo de Estado, en reciente providencia, inaplicó una norma de la Ley Orgánica del Congreso de la República por ser contraria a una disposición constitucional, indicando:

«Con todo, la Sección considera que les asiste razón a los demandantes cuando señalan que la aplicación de dicha disposición al caso que ahora se estudia, resulta contraria a los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 108 y 133 de la Carta Fundamental y que específicamente para este caso, se origina una inconstitucionalidad que da lugar a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, (i) el origen eminentemente político del CNE, y (ii) la finalidad con la que fueron introducidas las reformas constitucionales de 2003 y 2009, hacen imperioso que cuando quiera que los congresistas realicen la elección de los magistrados de la CNE, dicha votación debe ser pública y nominal. Lo anterior lleva a la Sección a concluir que en este evento se debe exceptuar la aplicación del artículo 131, literal a) de la Ley 5 de 1992, por resultar contraria al ordenamiento superior.



La figura de la excepción de inconstitucionalidad<sup>9</sup> halla su fundamento en el valor normativo de la Constitución consagrado en el artículo 4º superior que dispone que la "Constitución es norma de normas" y que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley o cualquier norma jurídica de inferior jerarquía, se aplicarán las disposiciones constitucionales. En tal virtud, la autoridad judicial está facultada para ejercer este mecanismo de control de constitucionalidad cuando advierta que la aplicación de una disposición normativa de inferior rango resulta contraria a preceptos superiores en el caso concreto sometido a su consideración. Lo anterior denota que la hipótesis contenida en el artículo 4º constitucional no tiene efectos generales, sino que los produce únicamente frente al caso concreto, sin que tenga la potencialidad de afectar la vigencia de la disposición inaplicada. Así lo ha establecido la Corte Constitucional, al señalar:

*"[L]a hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquella".<sup>10</sup>*

Si se toma en consideración la finalidad con la que fueron adoptadas las recientes reformas políticas de 2003 y 2009, la defensa del fundamento y derecho constitucional a la democracia participativa, el principio de transparencia que debe gobernar las actuaciones del legislativo y la intención constitucional subyacente de evitar el transfuguismo político, resulta a todas luces inconstitucional el contenido normativo del literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, vigente para la fecha del acto de elección demandado y con fundamento en el cual se procedió según lo señalado, justamente en el caso de la votación para la elección de los magistrados del CNE, dado su origen eminentemente político.

Pues bien, el origen político del CNE, el hecho de que en su seno se representen los diferentes movimientos y partidos políticos con finalidades de inspección y vigilancia electoral y la existencia de un régimen de bancadas que gobierne las actuaciones partidistas, todas éstas, distintas manifestaciones del concepto de democracia participativa, nos llevan a una única conclusión válida para el caso concreto objeto de estudio: **resulta**

<sup>9</sup> Figura jurídica que opera como un mecanismo de control constitucional difuso.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-600 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). La excepción de inconstitucionalidad ha sido aplicada por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones. Así, por ejemplo, lo ha admitido en relación con la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos (véase sentencia T-499 de 2009, M.P. Jorge Pretelt Chaljub); de igual manera, dicha Corporación ha aplicado la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que establece unos requisitos más gravosos que los preceptuados por la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, en cuanto al requisito de fidelidad al Sistema de Seguridad Social en Pensiones (véase, al respecto, entre muchas otras, la sentencia T-069 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); asimismo, ha considerado procedente exceptuar la aplicación de normas por inconstitucionalidad en el ámbito del Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando (i) el contenido de normativo de la disposición sea evidentemente contrario a la Constitución y (ii) comprometa derechos fundamentales (Véase el auto A-035 de 2009, proferido con ocasión del seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).



**inconstitucional aplicar en la elección de los magistrados del CNE el mecanismo de votación secreta.**

En este orden, la Sala después de haber analizado el origen eminentemente político del CNE y la motivación con la que las reformas constitucionales de 2003 y 2009 fueron introducidas al ordenamiento jurídico, **determina**, que es evidente que el literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, **contraría** los artículos 108 y 133 de la Constitución Política.<sup>11</sup>»

Conforme lo indicado, en atención a que el artículo 9 de la Ley 938 de 2004, se encuentra en contravía de lo señalado por el artículo 249 de la Carta Política, que señala que el Fiscal General de la Nación será elegido por la Corte Suprema de Justicia para un periodo de 4 años, norma respecto de la cual, al unísono la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Corte Constitucional han indicado que allí se consagra un periodo individual de dicho funcionario, por lo que el periodo indicado empieza a contar a partir de su posesión, no puede ser modificada o variada por una disposición de inferior jerarquía.

Refuerza dicha posición, el hecho de que la adición efectuada mediante el Acto Legislativo 1 de 2003 al artículo 125 de la Constitución, como se dejó plasmado en el presente concepto, en el sentido de indicar que los periodos establecidos en la Constitución o en la Ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales, no puede aplicarse a tema regulado por el artículo 249 constitucional, pues dicha reforma fue netamente política y por ende así ha de considerarse, esto es, que ello solo aplica para cargos públicos de connotación política, lo cual no puede repercutir en los cargos de elección de los altos dignatarios de la Rama Judicial del Poder Público.

Así mismo, debe existir una disposición que expresamente varíe el sentido de la norma en comento en el sentido de indicar categóricamente que el periodo del Fiscal General de la Nación es institucional y no personal, pero ello no ha ocurrido, razón por la cual, se reitera, el periodo del Fiscal General de la Nación es personal como se entiende del artículo 249 Eiusdem, razón por la cual, ha de inaplicarse el artículo 9 de la Ley 938 de 2004, pues se torna incompatible con la norma constitucional.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARFEIRO. Fallo del seis (06) de octubre de dos mil once (2011). Radicación No.11001-03-28-000-2010-00120-00



### CONCLUSIÓN

Conforme a lo anteriormente señalado, esta Agencia del Ministerio Público, respetuosamente le solicita a la H. Sección que: i) declare no probadas las excepciones propuestas; y ii) declare la nulidad parcial del acto declaratorio de la elección del Doctor Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación hecho por la Corte Suprema de Justicia, en lo que concierne al periodo para el cual fue elegido, el cual debe ser para un periodo personal de 4 años, que en el caso del elegido se debe computar a partir de la fecha de su respectiva posesión.

De los H. Magistrados,

**ANTONIO EDUARDO GÓMEZ MERLANO**

**Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado**

AEGM/JAPF

**RECIBIDO EN SECRETARIA HOY** 04 FEB. 2013

*Recibi memorial en 38 folios*  
*Nestor*