

Bogotá D.C., 1 de julio de 2020

Señores
Sala de lo Contencioso Administrativo
Consejo de Estado
Ciudad
E.S.D.

Referencia: **Demanda Medio de control: Nulidad electoral**-Demandantes: Gina Paola Ávila Sierra y Esneider René Mateus Forero.

Presentación y síntesis de la demanda

Gina Paola Ávila Sierra y Esneider René Mateus Forero, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en nuestra condición de ciudadanos en ejercicio, dentro del término legal¹ y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentamos ante ustedes demanda de medio de control de nulidad electoral contra la elección del señor Francisco Roberto Barbosa Delgado como Fiscal General de la Nación por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, realizada mediante el Acuerdo 1383 de 2020 y su confirmación por parte de la misma Corporación.

¹ De acuerdo con el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la oportunidad para presentar una demanda contentiva del medio de control de nulidad electoral es antes de treinta días, contados a partir del día siguiente a la confirmación, para las elecciones que lo requieran. En este caso, el señor Francisco Roberto Barbosa Delgado fue elegido como Fiscal General de la Nación por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia mediante el Acuerdo 1383 de 2020 y el acto de confirmación se llevó a cabo el 5 de febrero del año en curso. Debido al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, decretado por el Gobierno Nacional, el día 15 de marzo de 2020 el CSJ expidió el acuerdo PCSJA20-11517 por el cual se ordenó la suspensión de términos judiciales hasta el 20 de marzo del mismo año. Dicha suspensión de términos fue prorrogada, a su vez, por los acuerdos PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556, del 21 de marzo al 3 de abril, del 4 de abril al 12 de abril, del 13 de abril al 26 de abril, del 27 de abril al 10 de mayo, del 11 de mayo al 24 de mayo, y del 25 de mayo al 8 de junio, respectivamente. Y, finalmente, puesto que mediante el Acuerdo PCSJA20-11567 del CSJ se prorrogó dicho término del 9 de junio al 30 de junio de 2020, y se ordenó el levantamiento de la suspensión de términos para el día 1 de julio del mismo año, nos encontramos dentro de los 30 días señalados por el artículo 164 del CPACA.

En el numeral primero del acuerdo objeto de esta demanda se dispuso lo siguiente:

NOMBRAR en PROPIEDAD al doctor FRANCISCO ROBERTO BARBOSA DELGADO, identificado con cédula de ciudadanía N° 80.504.317, en el cargo de Fiscal General de la Nación en reemplazo del doctor Néstor Humberto Martínez Neira, por el período constitucional y legal de 4 años que se cuentan a partir de su posesión (Subraya fuera de texto)

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

- a. En el primero, con el fin de contextualizar la discusión jurídica que se propone con esta demanda, se explica el desarrollo de la jurisprudencia frente a este tema. En particular, se describe la evolución de las decisiones que responden a la pregunta de si el período en el cargo de una persona electa como Fiscal General de la Nación debe ser institucional o personal.
- b. En el segundo capítulo se argumenta que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la interpretación que mejor se adecua a nuestro ordenamiento jurídico y nuestro sistema constitucional es aquella según la cual el período del Fiscal General de la Nación debe ser institucional para no afectar el sistema de pesos y contrapesos. Aquí se explica por qué el análisis de este caso es la oportunidad para que el Consejo de Estado unifiquen y discipline su propio precedente en esta dirección.
- c. Con base en lo anterior, en el tercer apartado, se solicita al Consejo de Estado que determine que el período para el cual fue elegido el señor Francisco Roberto Barbosa Delgado concluye el futuro el 31 de julio de 2020.

Capítulo 1. Evolución jurisprudencial sobre el carácter personal o institucional del período del Fiscal General de la Nación

En este apartado se describe cuál ha sido la posición de la jurisprudencia colombiana en relación con la pregunta concreta de si el periodo del Fiscal General de la Nación (en adelante: FGN) es personal o, contrario sensu, es institucional. Para ello se presentan las decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en las cuales se aborda y discute esta disyuntiva. Se realizará una presentación de estas decisiones con el fin de mostrar las diferentes posturas de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respecto de la naturaleza del periodo para el cual es elegido el FGN y por qué resulta necesario unificar el precedente en el sentido de considerar que el período del FGN debe ser institucional y no personal.

1. Corte Constitucional, sentencia C 037 de 1996.

En esta decisión la Corte Constitucional (en adelante, la Corte) analizó el proyecto de ley número 58 de 1994 del Senado de la República y número 264 de 1995 de la Cámara de Representantes, también conocida como: Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. De este pronunciamiento es relevante el análisis de la Corte con relación al inciso tercero (3°) del artículo 29, el cual señalaba: “En caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en su reemplazo lo será para terminar el período.” El problema jurídico planteado por la Corte era determinar la naturaleza del periodo del FGN; en este pronunciamiento declara inexecutable este inciso al considerar:

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

En esa oportunidad, sostuvo la Corte que el legislador no está facultado para regular o condicionar el periodo del FGN pues, en ningún momento la Constitución limita el cargo de Fiscal General de la Nación y, tampoco facultad al constituyente derivado para

imponerlo, toda vez que los límites establecidos por el legislador a la FGN se limitan a la calidad del empleado, es decir, el Congreso podrá limitar las actividades de los empleados de la Fiscalía General Nacional cuando estos hagan parte de carrera judicial o administrativa, sin que ocurra lo mismo con los cargos de libre nombramiento y remoción como el del Fiscal General de la Nación. Por último, advirtió la Corte que el periodo “*fijo e individual*” del FGN permite el ejercicio de sus funciones de forma autónoma e independiente de suerte tal que se garantice la correcta administración de justicia. Con fundamento en lo anterior la Corte declaró inexecutable el inciso tercero (3°) del artículo 3 de la Ley estatutaria de administración de justicia.

2. Consejo de Estado, sentencia S-553 del 30 de noviembre de 1995.

Por su parte, el Consejo de Estado analizó el nombramiento del FGN el señor Alfonso Valdivieso Sarmiento esto con el fin de determinar si su periodo era de carácter personal o institucional. De forma genérica este cuerpo colegiado inició su estudio con la precisión contenida en el artículo 249 de la Carta Política, en el cual se precisa el periodo del fiscal por un término de cuatro (4) años. En esta decisión la Sala Plena del Consejo de Estado señaló que:

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 período. Quiere ello decir, que cada vez que la H. Corte Suprema de Justicia elija Fiscal General de la Nación en propiedad, debe hacerlo por un período de cuatro 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.

En esta decisión, el Consejo de Estado analizó las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 para definir que la propuesta para que el periodo del FGN coincidiera con el periodo del Presidente de la República fue derrotada, como consta en el acta N° 109 del 27 de junio de 1991. Por último, esa Sala consideró que la rama judicial y sus cabezas tienen un periodo individual y dado que, en su criterio, el FGN al ser parte de la rama y cabeza de una institución esta no estaría exceptuado de dicho tratamiento.

En síntesis, la decisión del Consejo de Estado tiene asidero en dos supuestos jurídicos, a saber: 1. El constituyente primario no estableció de forma expresa que el periodo del Fiscal General de la Nación fuese de carácter institucional; y, 2. La naturaleza de la Fiscalía General de la Nación al estar adscrita a la rama judicial y representada por el Fiscal

General de la Nación debe este último tener igual tratamiento a sus cabezas, por tal razón su periodo es personal.

3. Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2095 de 2012

En esta ocasión la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado por solicitud de la Presidencia de la República encuentra cuatro problemas jurídicos, no obstante, para este estudio solo cobra sentido referirnos a los dos primeros, a saber:

- 1. El periodo del Fiscal General de la Nación es personal y deben aplicarse las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de 1995 y 1996, respectivamente, que lo definieron como tal.*
- 2. Como ni la Constitución ni la ley señalan la fecha de inicio del periodo del Fiscal General de la Nación, se entendería que pese a ser calificado por la ley como institucional, dicho periodo seguiría siendo personal; así que la doctora Vivian Morales habría empezado un periodo nuevo de 4 años y la persona que la sucediere debería permanecer en el cargo por 4 años. No se aplicarían las reglas de los periodos institucionales y, estarían vigentes la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado anterior al Acto Legislativo 01 de 2003 sobre el carácter personal del periodo del Fiscal.*

El resorte de esta decisión es diferente pues, para esta época ya se había expedido el Acto Legislativo 01 de 2003 el cual adicionaba un párrafo al art. 125 de la Constitución, a cuyo tenor se tiene:

PAR. los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección que tienen 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 fue elegido.

Precisado esto, para la Sala de Consulta del Consejo de Estado es claro que la expresión “cargos de elección” contenida en el párrafo transcrito no se limita de forma exclusiva y excluyente a los cargos de elección popular toda vez que comprende los cargos cuyo periodo esté señalado en la Constitución y la ley. Añade a este argumento la disposición normativa contenida en el artículo noveno (9°) de la ley 938 de 2004 en el cual se precisa el carácter institucional del Fiscal General de la Nación. En este orden de ideas la Sala concluye:

Por tanto, siendo expresa y absolutamente clara la ley 938 de 2004 en relación con el carácter institucional del cargo y partiendo de su presunción de constitucionalidad, en este caso evidentemente reforzada con el texto del párrafo del artículo 125 superior que le sirve de sustento, no encuentra la Sala margen de interpretación que permita darle a la norma un sentido contrario a lo que la misma señala con meridiana claridad. En ese

sentido, el operador jurídico no puede forzar a la ley a decir algo que ella no dice, menos aún a decir lo contrario a lo que ella establece.

En síntesis, conforme a los artículos 125 de la Constitución y 9 de la ley 938 de 2004, ha de concluirse que no cabe en el estado actual de la legislación plantear ninguna duda sobre el carácter institucional del periodo del Fiscal General de la Nación, lo que lleva a la Sala a descartar la hipótesis de la consulta según la cual pudiera considerarse que el referido periodo sería personal.

4. Consejo de Estado, Sentencia Rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ) del 16 de abril de 2013.

En esta decisión la Sala realiza un recuento histórico de las decisiones que se han tomado con relación a la naturaleza del periodo del Fiscal General de la Nación. El problema jurídico presentado en esta sentencia se presentó de la siguiente manera:

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

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

Para resolver el problema jurídico planteado el Consejo de Estado plantea cuatro argumentos con los cuales sostiene que el periodo del Fiscal General de la Nación es personal. En primer lugar, desarrolla el contenido del artículo 249, para tal fin se remite a las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, este estudio le permite concluir:

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

Presidente de la República, que elabora la terna, y la Corte Suprema de Justicia, que lo elige de entre los candidatos ternados.

El segundo argumento que esgrime la Sala Plena se centra en el análisis del párrafo adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2003 al artículo 125 superior, en este punto la Corporación se dedica al análisis del proceso legislativo del Acto, en concreto, estudia las plenarias de Senado y Cámara para concluir que el contenido de esta reforma es de carácter “político-electoral” por esta razón y en virtud de los principios de unidad de materia y consecutividad no le es dable al intérprete de la norma entender que el Acto Legislativo 01 de 2003 regula el periodo del Fiscal o su forma de contabilizarlo.

El tercer argumento presentado por el Consejo de Estado analiza la disposición contenida en el artículo noveno (9°) de la Ley 938 de 2004, en la cual se califica el periodo del Fiscal como institucional y con duración de cuatro (4) años. En este punto la valoración jurídica de la norma está limitada a señalar que la falta de precisión y no haber fijado una fecha de iniciación y terminación del periodo son un elemento esencial para determinar la existencia de un periodo fijo en un cargo público; como esto no ocurre con el artículo objeto de estudio el Consejo de Estado considera que para armonizarlo con el inciso segundo (2°) del artículo 249 superior y los artículos 29 y 130 de la ley 270 de 1996, es necesario precisar un plazo determinado para el ejercicio de dichas funciones.

Por último, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que para el ejercicio autónomo e independiente de la actividad judicial como a tributos sine-qua-non de la misma “[...] exigen que el Fiscal General de la Nación, perteneciente funcionalmente a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, cuando se elige en propiedad, inicie como titular su período de 4 años a partir de la posesión. Esto asegura que desarrolle la política institucional que proyectó para esta duración.”

5. Corte Constitucional, Sentencia C 166 de 2014.

En esta oportunidad La Corte se ocupa de analizar la constitucionalidad de la expresión “Institucional” contenida en el artículo noveno (9°) de la Ley 938 de 2004. El problema jurídico abordado por la sentencia es analizar si

¿La norma legal que determina que el Fiscal General de la Nación es elegido para un periodo institucional de cuatro años reproduce un contenido normativo declarado inexecutable por la Corte en la sentencia C-037/96 y, por ende, se está ante el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional?

El análisis de La Corte inicia con un recuento jurisprudencial sobre la institución jurídica de cosa juzgada constitucional, en segundo lugar, aborda la discusión presentada en la sentencia C037 de 1996 y, finalmente, analiza la incidencia del Acto Legislativo 1 de 2003 con relación al periodo del Fiscal General; para resolver las preguntas planteadas en este acápite es necesario profundizar en los dos últimos elementos abordados por la decisión judicial. Sobre el primer se debe precisar que, para La Corte “[...] el periodo del Fiscal General era de naturaleza individual, sin que tuviera que ser coincidente con el de otras autoridades del Estado, como el Presidente de la República. Por lo tanto, dicho periodo resultaba análogo al de los magistrados de las altas cortes, el cual tiene un indiscutible carácter individual.”

En el estudio de la Sentencia C 037 de 196 La Corte concluye que en aquella oportunidad [...] se determinó que toda regla legal que imponga al Fiscal General un periodo diferente al individual de cuatro años, vulnera la Constitución en la medida en que ese asunto ha sido definido por la Carta, a través de lo dispuesto en el artículo 249 C.P. Así, respecto de la norma estatutaria analizada, la Corte ha concluido que es contrario a la Constitución que el legislador prevea un contenido normativo que adscriba al Fiscal General un periodo de índole institucional, pues ello desconoce la regla de derecho que ese periodo será de cuatro años y por lo tanto, que tiene carácter individual.

No obstante lo anterior La Corte considera pertinente pronunciarse sobre la disposición contenida en el parágrafo del artículo 125 superior. Para esta corporación el objeto de la reforma política de 2003 era superar la fragmentación de la representación democrática sobretudo en el campo de la organización ciudadana a través de partidos políticos fuertes y con agendas ideológicas suficientemente definidas; concluyó La Corte que la finalidad del Acto se limitaba a elementos de índole electoral con énfasis en la regulación de movimientos y partidos políticos. Concluye La Corte de la siguiente forma:

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

Las modificaciones introducidas a la Constitución por el Acto Legislativo 1 de 2003 no alteraron la mencionada regla jurisprudencial. Ello debido a que (i) el objetivo de esa reforma fue exclusivamente electoral y de fortalecimiento del sistema de partidos y movimientos políticos, asuntos que son ajenos a la definición de tópicos institucionales del Poder Judicial; y (ii) el Acto Legislativo no modificó el artículo

249 C.P., ni menos previó fórmulas de transición para el cambio en la naturaleza del periodo del Fiscal General, como sí lo hizo de forma expresa respecto del Registrador Nacional del Estado Civil y los miembros del Consejo Nacional Electoral.

En tal sentido, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada material en relación con lo decidido por la sentencia C-037/96. Ello debido a que la norma acusada reproduce un contenido normativo declarado inexecutable por la Corte, por razones de fondo, sin que se haya modificado el parámetro de control de constitucionalidad. En consecuencia, la Corte se estará a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 y declarará inexecutable la expresión acusada.

Como se puede advertir, la jurisprudencia no ha sido pacífica sobre este punto y por lo tanto es importante un pronunciamiento del Consejo de Estado que unifique estos criterios. Como se demostrará a continuación, la mejor interpretación a la luz de la Carta de 1991 respecto del problema jurídico que plantea esta acción es que el período del Fiscal debe considerarse institucional para proteger el sistema de pesos y contra pesos y con ello el equilibrio de poderes.

Capítulo 2. Garantía del equilibrio de poderes a través del «*periodo institucional*» del Fiscal General de la Nación y la importancia de reajustar el precedente jurisprudencial en ese sentido

2.1. De la posibilidad de cambiar el precedente judicial en el ordenamiento jurídico colombiano

Si bien la Carta Política de 1991, en su artículo 210, establece que “*los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”, gracias a desarrollos legislativos, doctrinales y jurisprudenciales posteriores, hoy en día se sostiene que el precedente judicial, expedido por las Altas Cortes, goza de un carácter vinculante en nuestro ordenamiento jurídico. Esto es, se ha admitido que la jurisprudencia de las Altas Cortes es vinculante para los jueces al momento de tomar decisiones, respecto de casos que compartan similitudes fácticas o de fondo, y con el objetivo de no quebrantar los principios de igualdad y seguridad jurídica que dan base a nuestro ordenamiento. No obstante, también se ha sostenido que, dado el carácter cambiante de la realidad y del derecho, dicho ordenamiento debe evolucionar constantemente, con miras a evitar la petrificación de sus disposiciones y la repetición de injusticias inaceptables que se hayan permitido en el pasado. Así, en la sentencia T-132 de 1995 (entre otras) se dijo que, en aras de preservar el principio de igualdad y con el fin de no desconocer ese carácter auxiliar del precedente judicial anunciado en la Carta Constitucional, a los jueces se les

permitía, en determinadas circunstancias, apartarse de la línea jurisprudencial sentada por las Altas Cortes, siempre y cuando dichas decisiones se encontraran justificadas de manera suficiente y adecuada.

Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, ha precisado cuáles son aquellas circunstancias excepcionales en las que es posible apartarse del precedente judicial existente. Estos escenarios son: 1) Cuando existe una modificación a la legislación y se busca armonizar la jurisprudencia con la voluntad del legislador; 2) Cuando se han presentado cambios sustanciales en la situación económica, política y social que rodea determinado asunto y la interpretación jurisprudencial que se ha hecho, sobre el mismo, se ha tornado obsoleta; 3) Cuando la doctrina jurisprudencial sea contraria a principios, valores y objetivos en los que el ordenamiento jurídico se encuentra fundado. Siendo así que la existencia de alguno de estos escenarios debe ser observada cuidadosamente a la hora de decidir sobre un caso concreto en el que la obligatoriedad del precedente judicial se torne nociva para el sostenimiento del ordenamiento.

Es preciso mencionar que en la sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional desarrolla la importancia de este tercer escenario y explica cómo la autonomía e independencia que tienen los jueces, a la hora de interpretar los postulados de nuestro ordenamiento, son necesarias para el cumplimiento de los fines mismos de la Carta. El juez es, sin duda, quién conoce y aplica el derecho, quien lo materializa y le da vida en la realidad, siendo pues su tarea la más relevante al momento de dar sentido y dirección a determinado sistema jurídico. No puede pensarse, entonces, un sistema de derecho en el que el juez aplique mecánicamente la ley, sino que éste debe atender a una realidad social dinámica y cambiante, que no puede ni debe ser abarcada completamente por los postulados normativos de un ordenamiento. Siendo así que se admiten los cambios jurisprudenciales cuando la doctrina, creada en determinado momento, ya no se ajusta a las nuevas situaciones sociales del presente, contrariando los valores, principios y objetivos que fundamentan el ordenamiento jurídico y prolongando escenarios de injusticia en la realidad social.

Entonces, aunque la obligatoriedad del precedente judicial se ha concebido como una forma de evitar la inseguridad jurídica y garantizar la coherencia entre las decisiones judiciales que se tomen dentro del sistema jurídico, según la Corte Constitucional esta potestad que tienen los jueces de apartarse de dichos precedentes obedece al principio de autonomía funcional del juez, dentro de sus propias competencias. Sin olvidar que al

juez que decida hacer uso de esta potestad le corresponde la carga argumentativa de su decisión, así como de precisar las razones por las cuáles debe predominar esta nueva interpretación judicial, por encima de los principios de seguridad jurídica e igualdad que, como ya se explicó, sustentan la obligatoriedad del precedente. Dicha posición también ha sido corroborada por el Consejo de Estado, en sentencias como la del catorce (14) de febrero de dos mil diecisiete (2017) M. P. Carmelo Perdomo Cuéter, pues ha admitido el cambio de precedente, o el desconocimiento de este, siempre y cuando el operador jurídico motive su decisión respondiendo a criterios de suficiencia y transparencia.

Para profundizar un poco más sobre lo que se ha expuesto en las Altas Cortes respecto del cambio de precedente, en razón de nuevas interpretaciones más acordes a los valores, principios y objetivos del ordenamiento, a continuación desarrollaremos brevemente unos cuantos ejemplos. En primer lugar, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sostenían que los jueces de lo contencioso administrativo no violaban el derecho al debido proceso cuando negaban las pretensiones de las demandas, o sus respectivas excepciones, si en estas no se anexaban los respectivos documentos públicos o privados, que les daban soporte, en originales o en copias auténticas, esto es, cuando no le otorgaban valor probatorio a los documentos que anexados como copias simples. Luego, en la sentencia SU-774 de 2014, la Corte Constitucional decide apartarse de dicha línea jurisprudencial, teniendo en cuenta los argumentos esbozados por la sentencia C-836 de 2001, *“con el fin de ofrecer un desarrollo más garantista y proteccionista de los derechos y principios consagrados en la Constitución Política de 1991.”* La Corte explica que los jueces de lo contencioso administrativo estaban violando los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, por negar las pretensiones de una demanda sin solicitar de oficio copia auténtica de los documentos que se estaban anexando como copia simple y eran necesarios para la misma, es decir, que incurrían en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. Afirma, entonces, que los jueces deben utilizar todas las herramientas y potestades que les son conferidas para hacer una correcta valoración de las pruebas, y que al tener un papel más activo en el proceso es que pueden llegar a decisiones correctamente sustentadas, con la mayor precisión jurídica y fáctica posible. Esta nueva interpretación, en consideración de la Corte, resultaba ser más afín a los valores, principios y objetivos del ordenamiento jurídico colombiano, y sigue estando vigente en la actualidad.

Los argumentos esbozados por la Corte, en este caso, para justificar de manera suficiente el cambio de la línea jurisprudencial y tomando como base el tercer escenario explicado por las sentencias antes mencionadas, son los siguientes:

“El cambio en el precedente constitucional se encuentra plenamente sustentado en tanto (i) presenta una interpretación más favorable hacia los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, (ii) propenden por la efectividad y cumplimiento del fin último de la jurisdicción contencioso administrativa como institución encargada de garantizar el principio de legalidad en la actividad de la administración pública, el cual constituye eje esencial en el Estado Social de Derecho, (iii) se encuentra conforme a la tendencia legislativa actual y la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa de otorgar igual valor probatorio a las pruebas documentales en copias u originales y (iv) el precedente a la SU-226 de 2013 centró su análisis en verificar la razonabilidad de la valoración probatoria de los jueces, examen que debe ser complementado estudiando la posible configuración de un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y un defecto fáctico en su dimensión negativa por no decretar pruebas de oficio.”

Otra sentencia en la que la Corte Constitucional decide hacer un cambio en su propio precedente, debido a interpretaciones que quebrantaban los principios, valores y objetivos del ordenamiento jurídico, es la C-266 del 2002. Antes de esta sentencia, la Corte había declarado la exequibilidad del Decreto número 262 de 2000, expedido por el Congreso, a través del cual se reglamentaba el concurso cerrado de ascenso *“como medio de reconocimiento de las calidades y los méritos a los inscritos en la carrera”* de la Procuraduría General de la Nación, bajo el argumento de que se podían llevar a cabo concursos mixtos que permitieran la participación de la población que se encontraba excluida, esto es, aquellos que ya no hicieran parte de la carrera de dicha entidad. Sin embargo, al revisar su propia jurisprudencia, esta Alta Corporación concluye que *“es el concurso público, bien sea abierto o mixto, el medio alternativo que debe emplearse para el nombramiento de funcionarios de carrera cuando se trata de proveer cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación, aún para aquellos de elevada jerarquía”* y que, de otra manera, se estaría atentando contra los derechos fundamentales a *“la igualdad de oportunidades y al acceso a el desempeño de funciones o cargos públicos, así como el principio de imparcialidad en que se basa la función administrativa”* de las personas que quisieran participar para ocupar un cargo de elevada jerarquía en la Procuraduría sin pertenecer a ésta. Siendo así que modifica la interpretación dada en jurisprudencias anteriores y logra crear una nueva línea jurisprudencial, más garantista y acorde a los principios, valores y objetivos de nuestro ordenamiento, evitando el prolongamiento de más injusticias en el mismo.

Un tercer ejemplo es aquel cambio de precedente que hubo en la sentencia C-683 de 2015, acerca de la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo que conforman una familia a los ojos de nuestro ordenamiento. Hasta ese momento, la Corte había declarado la exequibilidad de normas que excluían a las parejas del mismo sexo de participar en los procedimientos de adopción de menores, considerando que dicho tratamiento diferenciado, respecto de parejas de distinto sexo, no se configuraba como una vulneración al derecho a la igualdad. Posteriormente, revisa su jurisprudencia y explica que dicha interpretación de las normas, en cuestión, no era acorde a la protección del interés superior del menor, como principio rector de nuestro ordenamiento, y declara la exequibilidad de las mismas bajo el entendido de que en su ámbito de aplicación estaban también comprendidas las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Dando así un gran paso en el reconocimiento de derechos de la comunidad LGBTI y dedicando varios acápites a considerar la idoneidad moral de la que también gozan las personas que hacen parte de esta población, pues se encuentran igual de capacitadas para otorgar hogares dignos a menores en condición de necesidad.

El Consejo de Estado igualmente se ha apartado de su precedente en algunas circunstancias. Un ejemplo de ello versa sobre las reglas para liquidar la pensión de personas en régimen de transición. En sentencia del 04 de agosto de 2010, unificó su jurisprudencia sobre los factores de liquidación de las pensiones de jubilación de personas en régimen de transición a la Ley 10/93, estableciendo que a dichas personas debe aplicársele el régimen anterior, tomando para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación (IBL) todos los factores que materialmente constituyen salario, enlistados o no, superando con esto la divergencia de posiciones que existían en el interior del Consejo sobre el asunto. Luego de reiteraciones jurisprudenciales, el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de agosto de 2018, cambió la regla de liquidación estableciendo que para el cálculo del IBL solo se tendrá en cuenta los factores sobre los que se haya realizado el aporte pensional, argumentando que esta interpretación es la que más se ajusta al artículo 48 constitucional.

Otro ejemplo de ello tiene que ver con los regímenes de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. En el año 1996 la Corte Constitucional, en sentencia C-037, evaluó la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia, y estableció que el análisis por responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debe realizarse dentro de los parámetros fijados y teniendo en cuenta las circunstancias particulares en que se realizó la detención. A partir de ello, el Consejo de Estado en un primer momento sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación

injusta de la libertad se fundamenta en un error judicial producto de una violación del deber de toda autoridad jurisdiccional de producir decisiones conforme a derecho; en un segundo momento estableció que en los tres supuestos contenidos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 se estaba frente a una privación injusta -calificación objetiva de la responsabilidad del Estado- por lo que la carga procesal sólo es necesaria para circunstancias diferentes; en un tercer momento precisa que la responsabilidad del Estado no deriva de la antijuridicidad de la conducta del Estado, sino de la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima; y en un cuarto momento se amplía la posibilidad de responsabilidad del Estado por privación injusta cuando se ordene detención preventiva y el imputado no sea condenado. Luego, en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, el Consejo de Estado estableció reglas para la aplicación de los regímenes de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, entre las que se encuentra la inclusión como caso indemnizable la aplicación del principio *indubio pro reo*, y la consideración de los análisis por responsabilidad del Estado no dependen de regímenes subjetivos.

Otra materia en la que el Consejo de Estado se apartó del precedente es lo concerniente a la caducidad de las pretensiones indemnizatorias en reparación directa con ocasión de delitos de lesa humanidad. Hasta el momento de expedición de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, 29 de enero del 2020, no existía uniformidad sobre el tema. La Sección Quinta consideraba que no operaba la caducidad en delitos de lesa humanidad, y en la Sección Tercera prevalecía la noción de que el bloque de constitucionalidad no impide la adopción de reglas propias. A partir de esta sentencia, la jurisprudencia de la Sección Tercera se unifica bajo las siguientes premisas: i) exigibilidad del término de caducidad legal establecido, ii) cómputo del término desde el conocimiento del afectado de la participación por acción u omisión del Estado, salvo desaparición forzada, iii) no aplicación del término cuando existan circunstancias materiales que imposibiliten el ejercicio del derecho de acción.

De igual manera, sobre la competencia del Consejo de Estado para decidir lo atinente a la selección de las acciones populares y de grupo para aplicar el nuevo mecanismo de revisión eventual hubo cambio jurisprudencial. Esta corporación en Auto 2007-00244 de julio 14 de 2009 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo afirmó que serían las Secciones Primera o Tercera las encargadas de resolver si se accede o no a la revisión, como de proferir la decisión respectiva en caso de que se hubiere efectuado la selección, tanto de las acciones populares como de grupo. El cambio de jurisprudencia se da a través del Auto de 17 de febrero de 2010, donde la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

establece que será la Sala Plena y no ninguna de las Secciones, la encargada de la selección de las acciones populares o de grupo para revisar los fallos dictados.

2.2. ¿Por qué es necesario cambiar el precedente constitucional en el caso concreto?

Tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado han coincidido en afirmar que se entiende por periodo **institucional** aquel cuya duración depende de “*un precepto que señale los plazos en que una persona debe ocupar la correspondiente función pública*”, y **personal** o subjetivo a los que tienen una duración total que no corresponde con plazos que hayan sido estipulados por la ley. El periodo institucional requiere dos supuestos que permiten establecerlo: el término de duración y la fecha de iniciación; el periodo personal, por su lado, se cuenta a partir de la posesión de la persona nombrada y se ejerce durante el tiempo que señale la norma. Para el caso en concreto, la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, establece que el periodo del Fiscal General de la Nación debe entenderse de carácter personal, lo que implica que la persona nombrada deberá cumplir cuatro años de ejercicio en la función, sin atender a ningún plazo para el ejercicio de la correspondiente función pública. No obstante, a lo largo del presente texto se argumentará que dicho período debe ser de carácter institucional.

La coincidencia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en lo concerniente a la cuestión que resuelve bajo qué criterios ha de entenderse el periodo en el cual el Fiscal General de la Nación debe ejercer su función pública, nunca se ha considerado pacífica, ni ha estado exenta de debate y crítica, ni mucho menos ha sido siempre coincidente. De esto da cuenta el capítulo 1, donde se expone ampliamente el desarrollo jurisprudencial que se ha visto sometido el planteamiento en cuestión.

Esta postura predominante entre las Altas Cortes se dirige a pensar el cargo del Fiscal General como personal y no institucional, pero debemos detenernos a pensar sobre si existe un razonamiento adecuado detrás de la misma. Por ejemplo, en el caso de elecciones atípicas de alcaldes y gobernadores, el Congreso sostiene que los períodos deben ser institucionales, siendo que los electos atípicamente sólo deben cubrir lo que queda del tiempo transcurrido por sus antecesores. Es decir, que para cargos de naturaleza electoral, y dada la importancia política de la que gozan, los períodos deben ser siempre institucionales y no personales, so pena de perturbar el equilibrio de poderes y la armonía política que se configuran como principios fundantes de nuestra Carta. Así, si tenemos en cuenta las diversas potestades que le son otorgadas al Fiscal General de la Nación, tales

como pronunciarse sobre los cargos de libre nombramiento y remoción de la Fiscalía, entre otros, nos encontramos inclinados a considerar que la importancia de esta posición y su capacidad de modificar fácilmente la orientación de la institución sobre la que se erige, son razones de peso para pensar que los cargos otorgados de manera atípica dentro de la Fiscalía deberían ser tratados como los electorales y responder a períodos de carácter institucional, no personal.

Lo que sucede, sin embargo, es que el período del Fiscal General es equiparado a los puestos de miembros de Altas Corporaciones y, por ende, considerado de naturaleza personal, desconociendo la gran diferencia política que genera un cambio en quién ocupe el lugar del Fiscal General en comparación a una sustitución hecha, por ejemplo, en un magistrado de la sala plena de la Corte Constitucional. Considerar que el período del Fiscal General debería ser personal, según los argumentos ya esbozados, es un juicio errado si tenemos en cuenta que, como se explicará más adelante, tanto las potestades que se le otorgan a cada uno de estos funcionarios públicos, así como el respectivo poder que tienen al interior de su respectiva institución, son diferentes. Y lo que es más, hoy día no se han desarrollado parámetros ni argumentos claros en torno a esta postura, ni se ha explicado de manera exhaustiva porque el período del Fiscal General debería ser tratado de manera diferente a aquellos cargos que son de naturaleza electoral, dadas las implicaciones políticas que permean ambas posiciones.

Nuestro objetivo es argumentar que el precedente jurisprudencial actual sobre este tema es contrario a principios, valores y objetivos contenidos en la Carta Política de la Nación; concretamente, el principio de la separación de poderes. Para la evidencia sustancial de esta afirmación, es necesario, primero, exponer la importancia del equilibrio de poderes en el sistema de pesos y contrapesos; segundo, justificar la actual afectación que sufre el sistema de pesos y contrapesos por cuenta del carácter personal que tiene el período del Fiscal General de la Nación; y tercero, reivindicar la necesidad de que dicho período sea de carácter institucional para garantizar la primacía del orden constitucional y la protección de nuestra democracia.

2.2.1. La importancia del equilibrio de poderes en el sistema de pesos y contrapesos en el ordenamiento jurídico-político colombiano.

El principio de separación de poderes es un elemento fundante de la organización constitucional de la nación colombiana. En primer lugar, el texto constitucional señala categóricamente, en su artículo 113, que *“los diferentes órganos del Estado tienen funciones*

separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines". De igual manera, y como se mostrará a continuación, la Corte Constitucional ha señalado en repetidas ocasiones que el poder del Estado dividido en diferentes ramas y órganos es un componente esencial del entramado constitucional que tiene como fin evitar la tiranía o la excesiva concentración del poder y, así mismo, garantizar una especialización institucional que permita mayor eficacia a la hora de cumplir las funciones que le han sido encomendadas al Estado.

Igualmente, el mencionado principio es un rasgo definitorio del Estado Constitucional Colombiano:

Este eje estructural, para el caso particular de la Carta Política, se caracteriza por (i) la delimitación precisa, mediante reglas jurídicas, de las competencias de cada uno de los poderes, junto con la definición de su estructura institucional; (ii) la aplicación de dicho principio para el cumplimiento de la doble función de racionalización de la actividad del Estado y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ante la arbitrariedad propia de todo poder omnímodo; y (iii) la incorporación de mecanismos para el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, agrupados en los criterios de colaboración armónica y de controles recíprocos o interorgánicos.

Afirmó la Corte Constitucional, en su sentencia C-141 de 2010, que declaró la inexecutable de la Ley 1354 de 2009, la cual convocaba a un referendo para poder a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional que permitiera una segunda reelección presidencial, que el principio de separación de poderes es la fórmula precisa para combatir la tiranía y la opresión en un Estado democrático, y que dicho principio va ligado al concepto mismo de Constitución, *"de forma tal que el principio se convierte en un elemento fundacional del constitucionalismo moderno."*

Esta decisión es concordante con lo manifestado por la misma Corte en el año 2004, en la sentencia C-246, cuando afirmó *"El principio constitucional de separación de poderes es uno de los presupuestos configurativos del Estado de Derecho y por ende un elemento fundamental del orden constitucional."* Y a reglón seguido, declaró que la fiscalización y el control recíproco son elementos inmanentes a la división del poder público, sin los cuales la fórmula de la separación de poderes estaría vacía.

Al ser un principio fundacional del modelo político constitucional de la Nación, el principio de la separación de poderes no puede ser sustituido, vulnerado o reformado ni por el Congreso de la República, fungiendo como constituyente derivado. Así lo expuso la Corte Constitucional en su sentencia C-1040 de 2005 donde declaró la inexecutable

de un artículo del Acto Legislativo 02 de 2004 por contener una disposición que otorgaba al Consejo de Estado funciones legislativas propias de la rama legislativa. De igual manera, en sentencia C-588 de 2009, la Corte señala que, si bien la Constitución defiende un modelo dinámico que separación de poderes donde los diferentes órganos y ramas pueden llegar a compartir funciones o a desarrollarlas conjuntamente, si se quiebra dicho principio, se desconoce el principio democrático y se modifica de forma implícita la Constitución, cuando se sustrae determinada función a la rama legislativa para serle asignada una una entidad administrativa, desconociendo que es el Congreso el encargado de producir las leyes.

La Corte Constitucional reafirmó su postura frente al principio de separación de poderes como elemento fundante del ordenamiento jurídico-político declarando la inexecutable, en sentencia C-285 de 2016, de parte del Acto Legislativo 02 de 2015 que buscaba reformar el modelo de gobierno y administración judicial, en el entendido de que la reforma constitucional por parte del constituyente derivado encuentra un límite a su ejercicio en el autogobierno de la rama judicial, por ser este una expresión de la autonomía de las ramas del poder público, de la independencia judicial y del principio de separación de poderes.

En la sentencia C-141 de 2010, y en relación con lo anteriormente expuesto, la Corte ahonda en la importancia del equilibrio de poderes como pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y la importancia de la coordinación de períodos en todo el andamiaje institucional. De esta manera, para dar pie al sistema de pesos y contrapesos, existe una separación de poderes que se sustenta no sólo en una delimitación precisa de funciones, sino también en una constante y mutua intervención de unos órganos con los otros. Dicho sistema se ve plasmado en estrategias de diversa índole, tales como la coordinación de los períodos de los distintos funcionarios que hacen parte de las ramas del Estado, con el fin de que se controlen mutuamente y en especial de que vigilen el ejercicio de poder por parte del ejecutivo.

Debe observarse que esta coordinación de períodos busca, principalmente, evitar la concentración del poder a manos de una minoría, a través de la toma de distintas ramas del Estado por parte de grupos que obedezcan a los mismos intereses políticos. Se trata de un diseño institucional, que se vislumbra en la mismísima Constitución Política, que busca evitar cualquier expresión de tiranía e injusticia que atente contra los pilares de nuestra democracia. Para explicar mejor esto, se toma como ejemplo el diseño institucional de Estados Unidos, donde se establecieron mecanismos destinados a evitar

el desequilibrio del poder, a través de la consolidación de mayorías estables. Algunas de estas medidas son, por ejemplo, que *“los distintos procesos electorales no coincidieran en una misma fecha y, además, que los períodos comenzaran y culminaran en diversos gobiernos, que no fueran de igual duración y que el origen de los órganos no siempre dependiera de la elección directa.”*

El sistema de frenos y contrapesos busca, entonces, que exista un diálogo diverso entre las distintas ramas del poder público y los órganos que la conforman. Se quiere, expresamente, evitar que unos pocos dominen el poder de un Estado, a través de la toma de cada uno de los órganos que inciden en el desenvolvimiento de un gobierno, con el fin de que no haya abusos ni arbitrariedades, sino un uso racionalizado del poder. Así, en un modelo presidencial como el nuestro, la concentración de poder es más propensa a ocurrir a manos del Ejecutivo y el sistema siempre debe procurar por que no haya un desbordamiento de poder hacia esta rama. Esta sentencia es un ejemplo muy dicente de este control mutuo y recíproco que hay entre las ramas, dado que a través de las potestades que se le confiere a la Corte Constitucional, como máxima intérprete de la Carta Política, ésta logra declarar la inconstitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 con la que se pretendía reformar la Constitución y permitir la reelección presidencial en Colombia, con el argumento de que no se trataba de una mera reforma, sino de una sustitución a la Carta.

La Corte explica que dicha reelección presidencial, al permitir la prolongación del período de un mandatario, estaba atentando contra el equilibrio de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, pilares fundamentales de nuestra Constitución Nacional, porque no se observaba la coordinación de periodos entre el ejecutivo y los distintos funcionarios que hacen parte de los organismos de control y judiciales. En primer lugar, porque se reforzaban los poderes nominadores del presidente y eventualmente podía suceder que un mandatario gobernara por el mismo período que otros funcionarios postulados por él mismo; en segundo lugar, porque los funcionarios que fueran postulados por el ejecutivo perderían independencia con el objetivo de volver a ser postulados, por el mandatario reelegido, en períodos posteriores. En últimas, que no habría una coordinación efectiva y coherente de períodos que permitiera el diálogo constante y diverso entre las ramas del poder público, llevando a la concentración excesiva de poder a manos del ejecutivo.

Debe recordarse, además, que la Carta Política ya establecía de manera expresa la inelegibilidad del presidente, que se traducía en la prohibición de que fuera reelegido, y que por eso la reforma propuesta por la Ley 1354 de 2009, e introducida por el Acto Legislativo No. 2 de 2004, era más bien una sustitución, rotura o quebrantamiento de la Constitución en tanto, como ya se explicó, contrariaba principios en los que se fundaba.

Ahora bien, como concepción del constituyente primario, el principio de separación de poderes busca la limitación del poder, la garantía de los derechos y libertades, y la realización de los objetivos del Estado. Para ello, es necesario que se den las siguientes circunstancias: primero, la identificación clara de las funciones del Estado; segundo, la distribución de tales funciones a órganos estatales diferenciados; tercero, la garantía de que cada órgano goce de independencia orgánica y autonomía funcional; y cuarto, el control y vigilancia recíprocos entre dichas ramas y órganos.

Dicho principio constitucional se materializa a través del sistema de pesos y contrapesos, que en Colombia se fundamenta en una división clara de funciones entre las distintas ramas del poder público y en el control recíproco que hay entre ellas. Este sistema *“parte de una especialización de las labores estatales, cada una de las cuales corresponde a un órgano específico; sin embargo, le confiere un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones interorgánicas recíprocas, como reguladores constantes del equilibrio entre los poderes públicos”*. Es decir, esta especialización institucional no debe entenderse como absoluta, pues depende de una constante interacción y colaboración armónicas entre las distintas ramas que conforman el poder público.

Esta función de control y vigilancia recíproca que deben cumplir las ramas y órganos en que se distribuye el poder del Estado es vital que se realice de manera complementaria y concurrente, de lo contrario estaríamos en una imposibilidad categórica de realización efectiva. Es por esto que la Corte Constitucional ha entendido que la intencionalidad del constituyente primario fue apostar por un modelo dinámico de separación de poderes, constituido en su esencia, por el sistema de *“balances y contrapesos”* donde debe *“existir un cierto nivel de complementariedad, concurrencia y cooperación entre los poderes públicos del Estado”*.

La complementariedad y concurrencia entre las distintas ramas y órganos del Estado ha de ser funcional y eficaz en nuestro modelo constitucional. Esto se logra, como bien lo ha manifestado la Corte Constitucional en su sentencia C-253 de 2017, por un lado, garantizando que las competencias funcionales de cada uno de aquellos estén definidas, evitando con ello los abusos y la concentración arbitraria, desproporcionada y materialmente injusta de poder; segundo, la articulación de funciones entre distintas ramas y/o órganos, lo que consolida unidad de criterio en la administración del poder y mutuos controles; y tercero, la concurrencia de los periodos de ejercicio de quienes han de vigilarse y controlarse.

2.2.2. El periodo personal del Fiscal General de la Nación afecta el sistema de pesos y contrapesos en Colombia, por el contrario, lo fortalece.

La coordinación de periodos constitucionales de las principales autoridades del Estado garantiza una real y efectiva fiscalización mutua, que busca evitar la excesiva concentración de poder a manos de un órgano estatal; por ello el carácter de institucional del periodo del Fiscal General de la Nación debe concebirse como la condición material prístina del efectivo control sobre el ejercicio de la labor del ejecutivo y demás autoridades del Estado. Si esta condición no está dada, el delicado equilibrio de poderes que pregona la Constitución deja de ser el sustento del modelo de Nación.

Si bien la jurisprudencia de la Corte y el Consejo de Estado sostiene que el período del Fiscal General de la Nación es personal, dicha posición resulta ser contraria a preceptos de carácter constitucional y, más precisamente al principio de separación de poderes que se deriva del Título V, Capítulo I, de la Constitución Política de 1991. Y es que con el nombramiento en propiedad del señor Francisco Roberto Barbosa Delgado, como Fiscal General de la Nación, por un periodo personal de 4 años, se atenta contra el principio constitucional de la separación de poderes. Pues se entorpece la vigilancia y colaboración recíprocas de quienes ejercen las diversas funciones estatales, posibilitando la asimetría de poder y la desorganización del andamiaje institucional. Y es que, como ha afirmado la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones,

El modelo constitucional de frenos y contrapesos no presupone el equilibrio entre los órganos que detentan las funciones clásicas del poder público como consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, y que no puede relegarse a un control político contingente, eventual o accidental, cuyo resultado natural y obvio tiende a ser la reafirmación del poder en los órganos, autoridades o funcionarios que se estiman política y popularmente más fuertes.

En este sentido, la colaboración armónica y los controles interorgánicos entre los poderes es materializable a través de la concurrencia de los períodos en que desempeña la función pública quien esté a la cabeza de estos poderes; solo de esta manera es posible el mantenimiento de un poder limitado, el logro de los fines esenciales del Estado y la garantía de los derechos fundamentales. Por ello es imperativo que el Fiscal General de la Nación funja durante un período institucional en los mismos términos en que lo hace

quien preside la Nación, pues el primero de estos tiene funciones inequívocas de articulación, control y vigilancia sobre la labor del poder Ejecutivo.

De esto da cuenta, en primer lugar, la Constitución Política Colombiana que en su artículo 251-1 que establece que es función del Fiscal General de la Nación *“Investigar y acusar, si hubiere lugar, directamente o por conducto del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos servidores que gocen de fuero Constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.”*, y en el numeral 4, *“Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto”*.

En segundo lugar, el Decreto 16 de 2014, modificatorio de la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación, que establece que son funciones del Fiscal General, entre otras, la formulación y adopción de políticas que permitan el ejercicio de la acción penal, dirigir la cooperación internacional con gobiernos, organismos y agencias internacionales que faciliten la actividad investigativa, liderar la participación de la Fiscalía General ante el Congreso, investigar y acusar a los servidores públicos con fuero constitucional y legal, y participar en el diseño de la política pública en materia criminal.

Ahora bien, el control y vigilancia recíproco que se deben los distintos ramas y órganos del poder público, no implica que deba existir una coincidencia total entre todos los periodos. De esto da fe la Corte Constitucional, en la ya citada sentencia C-141 de 2010, al afirmar que la coordinación de periodos actúa como mecanismo inhibitor de una posible concentración en una mayoría política del control de la magistratura presidencial y de distintos órganos distribuidos en diversas ramas del poder, manifestando que

[...] la coordinación de los períodos de quienes ocupan las posiciones estatales más destacadas puede estar concebida para que el período de determinada autoridad coincida totalmente con el período presidencial o para que no se presente una coincidencia exacta, en forma tal que una autoridad comience su período en el mandato de un Presidente y lo culmine con un mandatario distinto, e igualmente para procurar que, cuando el Presidente postule o designe, pueda hacerlo por una sola vez durante su mandato, evitando que la posibilidad de efectuar más de una postulación o designación lo ponga en condiciones de dominar organismos, incluso pertenecientes a otras ramas del poder público.

Particularmente, la facultad nominadora del Presidente en el proceso de elección del Fiscal General de la Nación tiene un alcance significativo, dado que aquel funge como único nominador de la terna para su elección por parte de la Corte Suprema; facultad que se ve reforzada cuando el periodo constitucional de aquel es coincidente en su gran mayoría con el de este. Lo que implica que pueda presentarse una disminución de la

independencia de quien dirige la institucionalidad encargada de la investigación y acusación de delitos cuando estos se presenten en la esfera del poder presidencial que lo postuló como candidato al cargo que ocupa.

En consecuencia, la actual categorización como personal del periodo de ejercicio de la función pública por parte del Fiscal General de la Nación y la potestad nominadora de Presidente de la República de la terna sobre la que la Corte Suprema elige a quien ostentará tal cargo, implica un desajuste en el equilibrio de poderes, lo que desemboca en una afectación al sistema de pesos y contrapesos, lo que es una afectación a la democracia misma del país.

Es preciso exponer que una de las principales funciones del Fiscal es la de investigar y acusar a los altos servidores del Estado, con las debidas excepciones constitucionales. Dicha labor, que es un desarrollo concreto del elemento integrante del principio de separación de poderes, cual es la fiscalización interorgánica recíproca, es menoscabada cuando no existe correlación entre articulación e independencia entre el periodo en que el Fiscal General electo desempeña sus labores y entre los periodos institucionales de las figuras o autoridades que ha de vigilar y controlar, y que a su vez lo controlan.

Dicho menoscabo se refleja en la actual relación fáctica presente en el nombramiento del Señor Barbosa Delgado como Fiscal General de la Nación para un periodo personal que desempeña a partir de su posesión el 05 de febrero de 2020, cubriendo de esta manera la mayoría del periodo institucional del Presidente de la República, quien lo incluyó en la terna sobre la que decidió la Corte Suprema de Justicia. Asunto, que como contraejemplo, no resulta problemático con el señor Defensor del Pueblo quien, aunque elegido por la Cámara de Representantes a partir de terna propuesta por el Presidente de la República, desempeña su labor durante un periodo institucional de 4 años, del cual la mitad se cumplió en el periodo presidencial anterior, y la otra mitad en el periodo presidencial actual; garantizando con esto articulación entre poderes e independencia de funciones.

En las siguientes tablas se reflejan los procesos de elección y nombramiento de servidores de distintos poderes del Estado y la articulación de periodos, donde los periodos institucionales (reseñados con verde) se cumplen garantizando articulación e independencia, y los periodos personales (reseñados con azul) ejercidos en los cuerpos colegiados de las altas cortes son reflejo de la independencia del poder judicial, pero el periodo del Fiscal General (reseñado con rojo) se encuentra en entredicho.

Servidor Público	Fórmula de elección/nombramiento	Periodo
Presidente de la República	Elección popular	Institucional
Procurador(a) General de la Nación	Elección por parte del Senado para un periodo de 4 años – Terna integrada por candidatos postulados por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.	Institucional por 4 años – sin posibilidad de reelección.
Contralor(a) General de la República	Elección por parte del Congreso para un período igual al del Presidente - Terna integrada por candidatos postulados por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.	Institucional por 4 años.
Defensor(a) del Pueblo	Elección por parte de la Cámara de Representantes – Terna enviada por el Presidente de la República.	Institucional por 4 años.
Fiscal General de la Nación	Elección por parte de la Corte Suprema de Justicia – Terna enviada por el Presidente de la República.	Personal por 4 años* Según la interpretación de la última jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el tema.
Magistrados de la Corte Constitucional	Elección por parte del Senado – Terna integrada por candidatos postulados por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.	Personal por 8 años – sin posibilidad de reelección.

El hecho de que el nombrado en propiedad Fiscal General de la Nación, señor Francisco Roberto Barbosa Delgado, desempeñe su labor durante un periodo personal que cubre la mayoría del periodo institucional del Presidente de la República, señor Iván Duque Márquez, genera de facto un vínculo de dependencia del primero hacia el segundo, pues es este último, a tenor de la Constitución Política, quien elige la terna a partir de la cual la Corte Suprema de Justicia elige al Fiscal General. Esto constituye una afectación al sistema de pesos y contrapesos, pues se desdibuja el equilibrio de poderes y la vigilancia recíproca independiente que deben realizarse las diferentes ramas y órganos del poder público al producirse una acumulación desorbitada de los poderes de nominadores del Presidente de la República.

2.2.3. Debilidades argumentativas del precedente judicial vigente.

El precedente judicial es, ante todo, una institución jurídica dirigida a garantizar la seguridad jurídica, la igualdad de trato en la actividad judicial, el mantenimiento de líneas jurisprudenciales para casos concretos similares, pero nunca un sustento para la petrificación del derecho. En consecuencia, un juez puede apartarse del precedente judicial ante el cual se encuentra cuando, entre otras opciones, la doctrina jurisprudencial sea contraria a valores, objetivos y principios que sustentan el ordenamiento constitucional, según lo referido anteriormente.

La actual jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, específicamente las mencionadas C-037 de 1996 y C-166 de 2014, y la S-553 de 1995 y la Sentencia Rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ) del 16 de abril de 2013 del Consejo de Estado, se fundamentan en argumentos frágiles e insuficientes para sustentar la inmutabilidad de un precedente judicial que versa sobre un tema de tal envergadura que ocasiona una afectación directa al elemento fundante constitucional de la separación de poderes.

En primer lugar, la Corte Constitucional en su sentencia C-037 de 1996 señala, declarando un inexecutable un inciso de un proyecto de ley que señala lo contrario, que el periodo del Fiscal General de la Nación es personal, aduciendo que la Constitución Política no señala lo contrario. Para fortalecer su argumento, la Corte cita jurisprudencia anterior de su Sala Plena, la C-011 de 1994, que señala que los periodos de los magistrados de las Altas Cortes son personales, y asimila el periodo de estos con el del Fiscal General de la Nación.

Este planteamiento es equívoco en el entendido en que la función pública del Fiscal General es de lejos disímil y no puede ser asimilable con la de un magistrado de alguna de las Altas Cortes del país. Primero, tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado están constituidos como cuerpos colegiados donde sus magistrados actúan en consecuencia; segundo, ni el presidente de ninguno de los mencionados tribunales de cierre ni otro de sus funcionarios está investido de funciones omnímodas de gestión ni es cabeza responsable de toda la institución; tercero, el Fiscal General de la Nación sí está regido por los principios constitucionales de unidad de gestión y jerarquía, lo que lo faculta y moviliza a que consolide un cuerpo institucional coherente que desarrolle la política criminal de la Nación y a su vez se haga responsable de la gestión integral de la Fiscalía General.

Un punto en concreto que refleja de gran manera el argumento anterior es el que tiene que ver con la facultad de libre nombramiento y remoción de los servidores públicos de la Fiscalía, así como la jerarquía funcional de ciertas dependencias de dicha institución. La Ley 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia, en un primer momento, establece que serán cargos de libre nombramiento y remoción los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido, el Decreto 16 de 2014, que modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación, establece como función del Fiscal General de la Nación, entre otras, el *“Nombrar y remover al Vicefiscal General de la Nación y demás servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y decidir sobre sus situaciones administrativas”*; y de manera más precisa, el Decreto 20 de 2014, indica cuales han de ser esos cargos de libre nombramiento y remoción, así:

1. Los cargos del nivel directivo:

1.1. En la Fiscalía General de la Nación: El Vicefiscal General de la Nación, Consejero Judicial, Director Nacional, Director Estratégico, Director Especializado, Subdirector Nacional, Subdirector Seccional, Jefe de Departamento.

1.2. En el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses: El Director General, Jefe de Oficina, Secretario General, Subdirector de Investigación Científica, Subdirector, Director Regional, Director Seccional.

1.3. En la Institución de Educación Superior: El Subdirector, Decano y Jefe de Oficina.

2. Los cargos adscritos a los Despachos del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación, del Director General del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses y del Director de la Institución de Educación Superior, cualquiera que sea su denominación.
 3. Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia y sus Fiscales Auxiliares.
 4. Los cargos de asesor de la Fiscalía General de la Nación, independientemente de su ubicación, y los de Jefe Oficina Asesora del Instituto de Medicina Legal y de asesor adscritos a los despachos del Director del Instituto de Medicina Legal y del Director y Subdirector de la Institución Universitaria.
 5. Los empleos cuyo ejercicio implique la administración y el manejo directo de bienes, dinero y valores de la entidad.
 6. Los empleos cuyas funciones consistan en la protección y seguridad personal del Fiscal General de la Nación y del Vicefiscal General de la Nación.
- PARÁGRAFO 1o. También serán de libre nombramiento y remoción aquellos empleos que se creen en la Fiscalía General de la Nación y en las entidades adscritas con una denominación distinta a las señaladas en el numeral 1 del presente artículo, siempre y cuando el cargo pertenezca al nivel directivo o asesor.

El mismo Decreto 16 de 2014 señala aquellas dependencias adscritas al Despacho del Fiscal General de la Nación: Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, Dirección Nacional de Políticas Públicas y Planeación, Subdirección de Políticas Públicas, Subdirección De Política Criminal Y Articulación, Subdirección de Planeación, Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, Dirección Nacional de Comunicaciones, Prensa y Protocolo, Dirección Jurídica, Dirección de Gestión Internacional, Dirección de Control Interno, Dirección de Control Disciplinario, Dirección Del Cuerpo Técnico De Investigación (CTI), Dirección De Protección Y Asistencia, Dirección De Altos Estudios; igualmente señala las dependencias adscritas al Despacho del Vicefiscal General de la Nación, a la sazón nombrado por el Fiscal General: Dirección Nacional de Análisis y Contextos, Dirección de Fiscalías Nacionales, Dirección De Apoyo A La Investigación Y Análisis Contra La Criminalidad Organizada, Dirección de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas, Direcciones de Fiscalías Nacionales Especializadas, Dirección Nacional de Articulación de Policías Judiciales Especializadas, Direcciones Especializadas de Policía Judicial, Dirección Nacional del Sistema Penal Acusatorio y de la Articulación Interinstitucional en materia Penal, Dirección Nacional de Protección y Asistencia, Dirección Nacional de Seccionales y de Seguridad Ciudadana, Dirección Nacional de Apoyo a la Gestión, Comités de Priorización.

La figura del Fiscal General de la Nación, entonces, no puede verse subsumida en una comparación con los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema o del Consejo de Estado, en la que se equipara la funcionalidad de aquella con la de estos, pues como ya quedó demostrado, el Fiscal General posee facultades para moldear la estructura orgánica, política y funcional de la Fiscalía General de la Nación como institucionalidad, y los Magistrados de las altas cortes no cuentan con dichas facultades. Implica esto que direccionar la actuación de sus subordinados en pro de una misionalidad concreta, como puede ser una determinada política criminal, solo le está permitido al Fiscal General de la Nación para con la Fiscalía, y no a los Magistrados con sus respectivas altas cortes.

En segundo lugar, la Sentencia S-553 de 1995 del Consejo de Estado -Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-, señala que el periodo del Fiscal General de la Nación, toda vez que, ya que funge como cabeza administrativa de la Fiscalía General de la Nación y esta última hace parte de la rama judicial del Estado, deben serle aplicables los preceptos propios de quienes gestionan los órganos propios de esta rama del poder público.

El sustento argumentativo del Consejo de Estado para defender el carácter personal del periodo de función del Fiscal General en la referida sentencia es incipiente, en el entendido que reduce al absurdo la realidad ontológica de una institución para poder compararla con otra. Este planteamiento encuentra asidero en la misma Constitución Política, que si bien establece, en su artículo 249-2, que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial, a reglón seguido establece que dicha institución tendrá autonomía administrativa y presupuestal. Así mismo, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, que replica el mencionado artículo 249, señala que corresponde al Fiscal General desarrollar la estructura y el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación, siempre que sea a la Constitución y a la ley. Luego, la naturaleza *sui generis* que la Constitución le reconoce a esta institución, permite concebir que no es técnicamente posible compararla con otros órganos de la rama judicial.

Es válido afirmar que nos encontramos ante una institución la cual, a partir de sus características particulares, debe serle aplicada una reglamentación orgánica especial que no se sustente tan solo en argumentos de forma como el pretendido que asimila a la figura del Fiscal General de la Nación con los Magistrados de las altas cortes, o que hace extensivo los lineamientos de funcionalidad de dichos magistrados al Fiscal General por el hecho de constituir todos la Rama judicial del Estado. Es menester responder a las particularidades de la figura con reglamentaciones particulares. En consecuencia, el

periodo del funciones del Fiscal General debe regirse por su integración a toda la estructura de la separación de poderes, y no por su ubicación formal entre las ramas del poder público.

En tercer lugar, la sentencia Rad. 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ) del 16 de abril de 2013 del Consejo de Estado validó el carácter personal del periodo de 4 años para el cual fue elegido Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación. Dicha decisión está sustentada en los siguientes argumentos: primero, la intención del constituyente primario no fue la de cualificar como institucional el periodo del Fiscal General, pues su pretensión fue la de deslindar políticamente la institución; segundo, el Acto Legislativo 01 de 2003 al afirmar que “Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales”, no pretendió versar sobre el desarrollo de la función del Fiscal General, dado que esta reforma constitucional giraba en torno a la materia política electoral; tercero, que como el Fiscal General de la Nación está a la rama jurisdiccional del poder público, es menester que todo aquel que sea nombrado en el cargo en propiedad, desempeñe sus labores por un periodo de cuatro años para garantizar el desarrollo de la política institucional que proyectó.

Son igualmente incipientes los argumentos del Consejo de Estado en la mencionada jurisprudencia para el sustento categórico del carácter personal del Fiscal General. En primer lugar, la intención del constituyente primario de deslindar políticamente la Fiscalía General de la Nación está garantizada por su independencia administrativa y presupuestal, así como porque el proceso de elección del fiscal general es competencia articulada entre el Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia; en consecuencia, la concurrencia de periodos entre el fiscal general y el presidente de la República no menoscaba el deslinde político del primero, y sí garantiza la vigilancia recíproca de ambos. En segundo lugar, como ya se afirmó anteriormente, el que la Fiscalía General de la Nación pertenezca a la rama judicial no implica, en grado alguno, que dependa para el ejercicio de sus funciones de los planteamientos que rigen a la Corte Suprema, ni que sus periodos, por el solo hecho de integrar la misma rama, deban ser concomitantes.

En cuarto lugar, la Sentencia C-166 de 2014, de la Corte Constitucional, alude al presupuesto de la cosa juzgada constitucional afirmando que la materia objeto de discusión había sido discutida y zanjada por la misma institución en la sentencia C-037 de 1996; en consecuencia se atiende al precedente judicial. Sin embargo, como se ha venido afirmando, la institución del precedente judicial no tiene pretensiones absolutas, por lo

que apartarse de él es factible jurídicamente siempre y cuando la carga argumentativa sea salvada por quien lo decide.

Capítulo 3. Conclusiones y pretensiones.

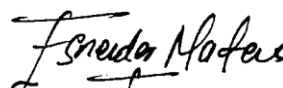
Con base en lo anterior, mediante esta demanda de nulidad electoral, respetuosamente se se le solicita al Consejo de Estado que reformule en planteamiento jurisprudencial vigente y advierta que la elección y nombramiento del señor Francisco Roberto Barbosa Delgado como Fiscal General de la Nación en los términos definidos Acuerdo 1383 de 2020 y su confirmación por parte de Corte Suprema de Justicia, invistiéndolo con un periodo personal afecta la esencia misma del principio de la separación de poderes. En ese sentido, se solicita declare la nulidad de la expresión “de 4 años que se cuentan a partir de su posesión”, de manera que en lo sucesivo se entienda que el período de quien haga las veces de FGN es institucional y no personal.

Atentamente,



Gina Paola Ávila Sierra
CC. 1032487489

Dirección: [REDACTED]
Email: [REDACTED]
Teléfono: [REDACTED]



Esneider René Mateus Forero
CC. 1121920329

Dirección: [REDACTED]
Email: [REDACTED]
Teléfono: [REDACTED]