



Javier E. Miranda
Corte Constitucional
24 SEP 2013
Secretaría General
hora 8:05 am

Bogotá, 24 de septiembre de 2013

Honorables Magistrados y magistrada
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
Sala Plena
At. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva
E. S. D.

Ref.: Intervención de la Fiscalía General de la Nación en el proceso D-9828. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 de la Ley 938 de 2004 “[p]or la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”

Respetados Magistrados,

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, identificado con la Cédula de Ciudadanía no. 6.000.512 de San Antonio (Tolima), portador de la Tarjeta Profesional no. 29229 del C.S.J., en mi calidad de Fiscal General de la Nación, de la manera más respetuosa y dentro del término legal, me permito intervenir a nombre de la institución que represento, en el sentido de coadyuvar la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el ciudadano Jherson Eduardo Valencia Arango en contra del artículo 9 de la Ley 938 de 2004.

A juicio de la Fiscalía General de la Nación, la norma bajo examen en esta oportunidad vulnera el principio de cosa juzgada constitucional, plasmado en el artículo 243 de la constitución, en tanto reproduce el contenido material del inciso 3 del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, norma declarada previamente como inconstitucional por razones de fondo mediante la sentencia C-037 de 1996, sin que a la fecha, los parámetros de constitucionalidad vigentes para ese entonces hayan sido modificados. En consecuencia, la Fiscalía solicitará a la H. Corte Constitucional estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996, que constituye el fundamento de la cosa juzgada constitucional en el presente asunto, y consecuentemente declarar inexecutable la expresión “institucional” del artículo 9 de la Ley 938 de 2004.

Conforme a lo anterior, en la primera parte de este escrito se expondrán las razones que prueban que el artículo 9º del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación vulnera el principio de la cosa juzgada constitucional, contenido en el artículo 243 de la Carta Política. En la segunda parte se



demostrará que cualquier interpretación plausible de la Constitución Política conduce a la misma conclusión: que el artículo que regula el periodo del Fiscal General de la Nación dentro del texto constitucional es el 249 y no el 125, y que aquél no fue modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2003, motivo por el cual el periodo del Fiscal General de la Nación sigue siendo individual y no institucional¹.

En otras palabras, y para los efectos del examen relativo a la configuración de la cosa juzgada constitucional, en la segunda parte se demostrará que el parámetro de constitucionalidad utilizado en la sentencia C-037 de 1996 no ha variado, de manera que la decisión que se impone en el presente asunto consiste en declarar estarse a lo resuelto en dicho pronunciamiento, para en consecuencia declarar la inexecutable del artículo 9º de la Ley 938 de 2004. Todo este análisis está precedido por la precisión del problema jurídico, así como por una síntesis tanto de los cargos planteados por el demandante como de los argumentos de la Fiscalía General de la Nación.

I. PROBLEMA JURÍDICO Y SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. Introducción y Problema jurídico

A continuación, con el fin de hacer más claro el contenido de esta intervención, se precisará cuál es el problema jurídico en el presente asunto, a partir de la norma demandada, los cargos planteados por el accionante y una síntesis de la

¹ El artículo 249 de la Carta Política dispone: "La Fiscalía General de la Nación estará integrada 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". Por su parte el artículo 125 constitucional establece: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

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

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

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

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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 este fue elegido".



posición de la Fiscalía General de la Nación.

1.1. Norma demandada

En el presente asunto, el actor demanda lo previsto en el artículo 9° de la Ley 938 de 2004 (Diario Oficial 45.778) "[p]or la cual se expide el Estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación":

"ARTÍCULO 9o. PERÍODO: El Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de cuatro (4) años". (Se subraya el aparte demandado).

1.2. Síntesis de los cargos

El cargo presentado por el actor es el siguiente: *"Se presenta parcialmente en el artículo 9 de la Ley 938 del 2004 el fenómeno de la cosa juzgada material constitucional, el cual a la luz del artículo 243 superior y el precedente jurisprudencial la hace completamente inconstitucional"*². En otras palabras, el cargo aducido por el demandante, es la vulneración del artículo 243 de la Constitución Política, cuyo contenido se reproduce a continuación:

"ARTÍCULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional"

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

El demandante fundamenta su demanda de inconstitucionalidad en los siguientes argumentos:

1. La Corte Constitucional ha señalado en sólida y reiterada jurisprudencia cuatro criterios para declarar inexecutable una norma legal por reproducir el contenido material de un acto declarado inexecutable, en tanto se configura el fenómeno de la cosa juzgada material constitucional:

*"1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable.
// 2. Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha entidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro*

² Folio 2 del escrito de demanda.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN

del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción. // 3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la 'reproducción' haya sido declarado inconstitucional por 'razones de fondo', lo cual significa que la ratio decidendi de la inexecutable no debe haber reposado en un vicio de forma. // 4. Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el que cual se declaró la inexecutable"³.

2. Según la interpretación del demandante, la palabra *institucional* del artículo 9º de la Ley 938 de 2004, cumple con los cuatro criterios exigidos por la Corte Constitucional en su precedente jurisprudencial, para la configuración de la cosa juzgada material constitucional. Para defender esta hipótesis, el demandante se apoya en los argumentos que se resumen a continuación: i) "*La Corte Constitucional mediante sentencia C-037 de 1996 declaró inexecutable el inciso 3 del artículo 29 de la hoy Ley 270 de 1996 (...)*"⁴; ii) El artículo 9 de la Ley 938 de 2004 constituye reproducción de material ya declarado inexecutable, esto es, el artículo 29, inciso 3 de la Ley 270 de 1996; iii) La declaratoria de inexecutable del artículo 29, inciso 3 de la Ley 270 de 1996 se fundamenta en razones de fondo; iv) "*Persisten las disposiciones constitucionales que valieron de argumento para declarar la inexecutable del inciso 3 del artículo 29 de la Ley 270 de 1996*"⁵.
3. Con fundamento en las razones expuestas, el actor concluye que, por cumplirse el fenómeno de la cosa juzgada material constitucional respecto de la palabra *institucional* contenida en el artículo 9 de la Ley 938 de 2004, ésta debe ser declarada inconstitucional.

1.3. Problema jurídico formulado

En este orden de ideas, el problema jurídico a resolver por la Corte Constitucional es si la norma bajo examen vulnera el principio de cosa juzgada constitucional, expresado en el artículo 243 de la Carta Política. Para responder a esta pregunta, la Corte Constitucional deberá verificar la existencia de las condiciones para declarar la cosa juzgada constitucional material, en sentido estricto:

- (i) Si existe un pronunciamiento a través del cual se declare la inexecutable de la norma legal que se considera reproducida en la disposición acusada, en este caso, si en efecto el inciso 3º del artículo 29

³ Folio 3 del escrito de demanda.

⁴ Folio 3 del escrito de demanda.

⁵ Folio 8 del escrito de demanda.



de la Ley 270 de 1996 fue declarado inexecutable mediante sentencia C-037 de 1996;

- (ii) Luego de constatar que el inciso 3º del artículo 29 del Ley 270 de 1996 fue declarado inconstitucional mediante sentencia C-037 de 1996, corresponde determinar si el artículo 9º de la Ley 938 de 1994 reproduce el contenido material de dicha disposición;
- (iii) A continuación, debe establecerse si la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 3º del artículo 29 de la Ley 270 de 1996 contenido en la sentencia C-037 de 1996 obedeció a razones de fondo;
- (iv) Por último, si aún se encuentran vigentes los parámetros de constitucionalidad que sirvieron como fundamento de la declaratoria de inexecutable realizada en la sentencia C-037 de 1996.

1.4. Síntesis de los argumentos de la Fiscalía de la Nación

Para resolver el problema jurídico formulado y dar cuenta de las cuestiones señaladas, a continuación se presentarán las razones por las cuales la Fiscalía General de la Nación considera que en el presente asunto se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por lo cual solicita a la Corte Constitucional que declare estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 y, consecuentemente, la inexecutable de la expresión "*institucional*" contenida en el artículo 9º de la Ley 938 de 2004. Para sustentar esta solicitud, se desarrollan entonces los siguientes argumentos:

1. **Sentido de la cosa juzgada constitucional.** La cosa juzgada constitucional es una institución que tiene por objeto proteger diversos principios constitucionales, pilares de un Estado Social y democrático de derecho, como son la seguridad jurídica y la igualdad de trato ante la ley;
2. **Condiciones para la configuración de la cosa juzgada constitucional material en sentido estricto.** La jurisprudencia constitucional clasifica la cosa juzgada constitucional en diversas categorías, entre ellas se encuentra la cosa juzgada material en sentido estricto, que exige para su configuración el cumplimiento de los requisitos que se enuncian a continuación:
 - (i) Que un acto jurídico en efecto hubiere sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional;
 - (ii) Que exista identidad normativa entre la norma declarada inconstitucional y la disposición que se acusa;
 - (iii) Que la declaratoria de inconstitucionalidad previa, haya



FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN

obedecido a razones de fondo y no de forma;

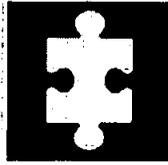
- (iv) Que las normas constitucionales que sirvieron de apoyo a la decisión de inconstitucionalidad previa subsistan;
3. **En el presente asunto se cumplen las condiciones para la configuración de la cosa juzgada material en estricto sentido.** En el caso bajo examen, una vez confrontado el fundamento normativo de la demanda de inconstitucionalidad, con los elementos exigidos por la Corte para la configuración de la cosa juzgada material, se concluye que la disposición sometida a examen del Tribunal Constitucional en esta oportunidad (artículo 9º de la Ley 938 de 2004), vulnera el artículo 243 de la Carta Superior, porque reproduce el contenido material del inciso 3º del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, declarado inconstitucional por esa Corporación mediante sentencia C-037 de 1996.

En efecto, en el presente asunto se ven satisfechos los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para la configuración de la cosa juzgada material en sentido estricto, por las razones que se exponen a continuación.

a. Existencia de un pronunciamiento previo de inexecutableidad. Mediante sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 3º del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, de manera que el primero de los requisitos, relativo simplemente a la existencia de un pronunciamiento previo en virtud del cual un acto jurídico sea retirado del ordenamiento jurídico por contravenir lo dispuesto en la Carta Superior, se encuentra satisfecho.

b. Reproducción del contenido material de la norma declarada inexecutable. El artículo 9º de la Ley 938 de 2004 reproduce el contenido material del inciso 3 del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996. En efecto, la disposición retirada del ordenamiento jurídico, al igual que la norma bajo examen en esta oportunidad, contemplaba un periodo institucional para el desempeño de las funciones propias del Fiscal General de la Nación y establecía que en caso de falta absoluta del Jefe del Ente acusador, el remplazo sería elegido sólo para terminar el periodo del fiscal saliente, razón por la cual el Tribunal constitucional decidió declararlo inexecutable.

c. Existencia de razones de fondo para la inexecutableidad de la disposición reproducida. Como lo afirma el actor, el inciso 3º del artículo 29 de la Ley 270 de 1996 fue declarado inconstitucional por razones de fondo y no de forma, mediante la sentencia C-037 de 1996. Al respecto, las principales razones que llevaron a la Corte a declarar la inexecutableidad de dicha norma fueron las siguientes:



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

- (i) El periodo del Fiscal General de la Nación es personal conforme a la Constitución Política. En primer lugar, la Corte manifestó que el artículo 249 constitucional dispone que el Fiscal General de la Nación será elegido para un periodo de cuatro (4) años, sin señalar que su periodo deba ser institucional.

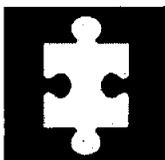
Para la Corte, *“en modo alguno puede desprenderse o interpretarse que dicho periodo tenga que ser coincidente con el del Presidente de la República, como ocurre, por ejemplo, con el del contralor general de la República o con el de los congresistas, sino que, por el contrario, se trata de un periodo 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 periodo de cuatro años señalado en la Carta”*;

- (ii) Resultan aplicables al Fiscal General de la Nación las consideraciones de la Corte Constitucional sobre los periodos personales de los magistrados de la Altas cortes. De otro lado, el Tribunal constitucional advirtió que conforme a los artículos 233 y 239 constitucionales los magistrados de las Altas corporaciones de la rama judicial cuentan con periodos individuales y que las consideraciones para llegar a tal conclusión *“resultan aplicables al caso del señor fiscal general de la nación”*;

- (iii) El periodo del Fiscal General de la Nación es un asunto institucional, no personal, que el constituyente previó con el fin de garantizarle autonomía e independencia. Por último, en esa oportunidad la Corte también advirtió que *“el 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”*.

En síntesis, la Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996 declaró inconstitucional por razones de fondo una disposición que materialmente disponía de la existencia de un periodo institucional para el Fiscal General de la Nación, no obstante que de la propia Carta Política y de la jurisprudencia constitucional se desprende que dicho cargo se ejerce por un término personal.

d. Subsistencia de los parámetros de constitucionalidad utilizados en el pronunciamiento previo de inexequibilidad. Los parámetros de constitucionalidad que sirvieron de base para la declaratoria de



FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN

inexequibilidad del inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, mediante la sentencia C-037 de 1996, no han sido modificados. En particular, en este punto se hace necesario señalar cómo la reforma constitucional del artículo 125 constitucional, contenida en el acto legislativo 01 de 2003, no significó un cambio del parámetro de constitucionalidad en relación con el periodo del Fiscal General de la Nación. Al menos dos razones centrales permiten llegar a esta conclusión:

- Una interpretación teleológica del Acto Legislativo No. 01 de 2003, conduce a afirmar que la naturaleza de esa enmienda constitucional es la de una reforma política y que su intención fue transformar el contenido del artículo 125 constitucional, pero no el del artículo 249 de la Carta Superior. Si la intención del legislador hubiere sido esta última, es decir, modificar la naturaleza del periodo del Fiscal General de la Nación, se habría entonces ocupado de manera expresa del nuevo régimen institucional para el Fiscal General de la Nación, como lo hizo en los demás casos regulados por la norma.

Esta interpretación fue acogida por el Consejo de Estado, en sentencia que desestimó la pretensión de nulidad contra el Acto de elección del actual Fiscal General de la Nación, al concluir que el Acto Legislativo No. 01 de 2003 contiene una reforma político-electoral "*(...) por ende, no tuvo por finalidad incursionar en reformas a la Carta Política sobre la regulación de la Fiscalía General de la Nación, ni respecto del periodo del Fiscal General de la Nación (...) pues como se precisó durante el trámite de conciliación el involucrar a la Fiscalía General de la Nación en este Acto Legislativo conllevaría a la violación de los principios de unidad de materia y de consecutividad*"⁶.

- Adicionalmente, la aparente tensión entre los artículos 125 y 249 constitucionales, se resuelve con base en la regla hermenéutica que indica que la norma especial anterior prima sobre la general posterior, así como en elementales criterios de interpretación normativa, contenidos en la Ley 153 de 1887. Por consiguiente, la norma aplicable al periodo del Fiscal General de la Nación es la referida en el artículo 249, que consagra un periodo personal para el Fiscal General de la Nación, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en fallo del 16 de abril de 2013.

En síntesis, encuentra la Fiscalía General de la Nación que el contenido material de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996,

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; Sentencia del 16 de abril de 2013, radicación número: 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ).



norma declarada inexecutable por razones de fondo por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, fue reproducido en la disposición bajo examen, artículo 9° de la Ley 938 de 2004. De esta manera, en el caso bajo examen se configura entonces el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material, en estricto sentido, con vulneración de lo consagrado en el artículo 243 constitucional. Por todo lo anterior, la Fiscalía solicitará respetuosamente a la H. Corte Constitucional que declare estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996, de manera que la expresión “institucional” contenida en el artículo 9° de la Ley 938 de 2004 sea declarada inexecutable.

II. MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

A continuación, se realizará una reconstrucción de los principios y reglas aplicables al presente asunto. En primer lugar, se expondrán brevemente las normas constitucionales y legales que regulan la cosa juzgada constitucional. De otro lado, en segundo lugar, se presentará la jurisprudencia constitucional relativa a la condiciones para la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional material en sentido estricto.

1. Sentido y propósitos de las cosa juzgada constitucional

La cosa juzgada constitucional es una institución de derecho consagrada en el artículo 243 de Constitución Política de Colombia, y desarrollada por los artículos 46 y 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), así como en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991. Esta institución ha tenido un prolífico desarrollo jurisprudencial durante los últimos 20 años, al punto que en la actualidad la Corte Constitucional cuenta con una doctrina sólida y consistente en la materia.

En este extenso desarrollo jurisprudencial, la Corte ha definido la cosa juzgada constitucional como: “(...) una institución jurídico procesal que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución Política y mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas”⁷. La especial relevancia de esta institución jurídica para el sistema jurídico colombiano radica en la materialización que ésta hace de principios fundamentales sobre los que se erige nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido la institución de la cosa juzgada materializa el principio de seguridad jurídica,⁸ la estabilidad de la aplicación las normas vigentes dentro del ordenamiento jurídico y el respeto a las decisiones adoptadas en materia de control abstracto de constitucionalidad.

⁷ Corte Constitucional, Sentencias C-397 de 1995; C-774 de 2001; C-310 de 2002; y C-393 de 2011.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001.



Sin embargo, los efectos de la cosa juzgada varían dependiendo de la clase de decisión que la configure. Así, por ejemplo, la cosa juzgada constitucional, a diferencia de la cosa juzgada en general, tiene efectos *erga omnes*. En virtud del efecto *erga omnes* del que gozan las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, éstas vinculan a todos los ciudadanos y su contenido es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades del Estado. Así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-774 de 2001:

“En efecto, el artículo 243 C.P. confiere a las sentencias que adopta este Tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad efectos erga omnes, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional e implican la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control. En otras palabras, los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución”⁹. (Subrayado fuera del texto).

En este orden de ideas, en virtud del efecto *erga omnes* del que goza la cosa juzgada constitucional, cualquier ciudadano está facultado para exigir una interpretación idéntica de las normas sometidas a control constitucional, siempre que los parámetros para control constitucional no hayan variado.

Asimismo, en virtud de la cosa juzgada constitucional y de su efecto *erga omnes*, todas las autoridades públicas, incluido el Congreso de la República, están obligadas a respetar la interpretación de las normas que hubiere efectuado la Corporación encargada de asegurar la integridad y supremacía de la Constitución Política¹⁰. Por cuenta de lo anterior, al legislativo le está vedada la posibilidad de reproducir tanto formal como materialmente el sentido de un enunciado normativo retirado del ordenamiento jurídico por el Tribunal constitucional, luego de concluirse que es contrario a principios, valores y reglas constitucionales.

2. Clasificaciones de la cosa juzgada constitucional

Ahora bien, la Corte Constitucional ha establecido una serie de distinciones acerca de los supuestos en los cuales puede configurarse el fenómeno de la cosa

⁹ Sentencia C-720 de 2007, citada en: Corte Constitucional, Sentencia C-393 de 2011.

¹⁰ La anterior consideración se deriva de dos fundamentos básicos del constitucionalismo moderno: El primero, aquel que indica que la interpretación autorizada de la Carta política está en cabeza del máximo tribunal constitucional, para el caso colombiano, la Corte Constitucional; y el segundo, señala que *todas* las autoridades del poder público están sometidas a la constitución; razón por la que ninguna autoridad pública, incluido el Congreso de la República, está facultada para obviar la interpretación de la Constitución realizada por la Corte, so pena de vulnerar simultáneamente el principio de la cosa juzgada constitucional.



juzgada en sede de constitucionalidad. La Corte ha diferenciado entre cosa juzgada absoluta y relativa, entre cosa juzgada explícita e implícita, entre cosa juzgada formal y material, y respecto de esta última ha reconocido la existencia de cosa juzgada material en sentido amplio o lato, y de cosa juzgada material en sentido estricto.

Estas precisiones resultan relevantes para el caso bajo examen, dado que en el presente asunto la norma acusada no reproduce formalmente, pero sí materialmente, el contenido de una norma declarada inexecutable por el Tribunal constitucional. Así, como se verá, en este caso se deberá determinar si se presentan los supuestos para la existencia de la cosa juzgada material en sentido estricto, de manera que la Corte Constitucional declare estarse a lo resuelto previamente en la sentencia C-037 de 1996 y, consecuentemente, la inexecutableidad de la expresión “*institucional*” contenida en el artículo 9° de la Ley 938 de 2004.

a. Cosa juzgada absoluta y cosa juzgada relativa

Conviene recordar entonces, en primer lugar, que la Corte Constitucional, en su sentencia hito en materia de cosa juzgada constitucional, señaló que ésta puede ser absoluta o relativa. Al respecto, ese Tribunal manifestó:

“La jurisprudencia ha explicado que puede haber (i) cosa juzgada absoluta o (ii) cosa juzgada relativa. Existe cosa juzgada absoluta, ‘cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es executable o inexecutable en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional’. Respecto de la cosa juzgada relativa, esta Corporación ha dicho que se configura cuando ‘el juez constitucional limita en forma expresa los efectos de la decisión, dejando abierta la posibilidad para que en un futuro ‘se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corte ya ha analizado’”¹¹

De esta manera, existirá cosa juzgada relativa cuando la propia Corte de forma manifiesta señale, en la parte motiva o en la parte resolutive, que los alcances de su decisión se encuentran referidos al sentido de los cargos formulados por el accionante en esa oportunidad. En virtud de dicho pronunciamiento, la misma norma puede ser materia de un nuevo examen en el futuro, siempre que se trate de razones de inconstitucionalidad diferentes a las decididas previamente por ese Tribunal. Por su parte, se presentará el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta cuando la Corte no haya definido limitación alguna a su pronunciamiento dentro del texto mismo de la providencia.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-061 de 2010.



b. Cosa juzgada relativa explícita e cosa juzgada relativa implícita

Respecto de la cosa juzgada relativa, la Corte Constitucional ha desarrollado otra clasificación, esta vez, en función del lugar que ocupa en el pronunciamiento de constitucionalidad la delimitación del alcance del fallo. Así, la Corte ha entendido que existe cosa juzgada explícita "*en aquellos eventos en los cuales los efectos de la decisión se limitan directamente en la parte resolutive*", y cosa juzgada relativa implícita "*cuando tal hecho tiene ocurrencia en forma clara e inequívoca en la parte motiva o considerativa de la providencia, sin que se exprese en el resuelve*".

c. Cosa juzgada formal y cosa juzgada material

De otro lado, en tercer lugar, la Corte Constitucional ha hecho otra distinción relevante para el caso bajo examen. En efecto, esa Corporación ha señalado que la cosa juzgada constitucional puede ser formal o material y que ésta última, "*se [presenta] cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica*"¹².

d. Cosa juzgada material en sentido amplio y en sentido estricto

En cuarto lugar, con referencia a la cosa juzgada material, la jurisprudencia constitucional ha distinguido además, entre cosa juzgada material en sentido amplio o lato y cosa juzgada material en sentido estricto¹³. En atención a lo anterior, la cosa juzgada material en sentido amplio, en palabras de la Corte, tiene lugar cuando "*existe un pronunciamiento previo declarando la exequibilidad de la norma demandada cuyo contenido normativo es igual al actualmente atacado*"¹⁴.

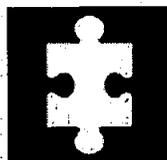
Por el contrario, como se estudia a continuación, la cosa juzgada material en sentido estricto se presenta cuando se cumplen cuatro supuestos, respecto de una decisión previa de la Corte Constitucional por cuenta de la cual se declaró la inexequibilidad por razones de fondo de la disposición reproducida en términos materiales en la norma posteriormente acusada.

Todas estas precisiones resultan de la mayor importancia, porque como se verá a lo largo de este escrito, y está es la tesis de la Fiscalía General de la Nación, el presente asunto hace relación con la configuración del fenómeno de la cosa juzgada absoluta y material en sentido estricto por cuenta de la reproducción en

¹² Corte Constitucional, sentencia C-061 de 2010.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-489 de 2009.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-393 de 2011.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

el artículo 9º de la Ley 938 de 2004, de lo previsto en el inciso 3º del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, norma ésta declarada inexecutable por el Tribunal constitucional en la sentencia C-037 de 1996. Por consiguiente, a continuación se enunciarán los cuatro elementos exigidos, por la Corte Constitucional, para la configuración de la cosa juzgada material en sentido estricto, así como los efectos que se presentan con ocasión de la misma.

3. La cosa juzgada material en sentido estricto

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la cosa juzgada material en sentido estricto se presenta cuando *“existe un pronunciamiento previo declarando la inexecutable, por razones de fondo, de un contenido normativo que es reproducido en la disposición que es nuevamente acusada. La identidad del contenido acusado deberá ser deducida tanto de la redacción del precepto como del contexto normativo en el que se expidió. La estructuración de la cosa juzgada en este evento está condicionada, además, a que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en que se sustentó la declaratoria previa de inexecutable”*¹⁵.

A partir de esta definición, la Corte Constitucional ha identificado una serie de condiciones para que pueda predicarse la existencia de la cosa juzgada constitucional material en estricto sentido, las cuales se explican a continuación, así como los efectos que se desprende de su configuración:

- a. **Existencia de un pronunciamiento previo de inexecutable.** El primer requisito hace relación a la existencia de un pronunciamiento de la Corte Constitucional, en virtud del cual un *“acto jurídico haya sido declarado inexecutable”*¹⁶;
- b. **Reproducción del contenido material de la norma declarada inexecutable.** En segundo lugar, resulta necesario que se verifique la identidad entre el contenido material de la norma declarada previamente como inconstitucional y lo previsto en la norma sometida a examen de constitucionalidad¹⁷;
- c. **Existencia de razones de fondo para la inexecutable de la disposición reproducida.** Así mismo, para que se configure *prima facie* cosa juzgada material en sentido estricto, se requiere que el pronunciamiento de inexecutable de la norma objeto de control abstracto de constitucionalidad se apoye en razones de fondo, y no simplemente de forma;
- d. **Subsistencia de los parámetros de constitucionalidad utilizados en el pronunciamiento previo de inexecutable.** Por último, la cosa

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia 1173 de 2005.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-241 de 2012.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1173 de 2005.



juzgada material está condicionada a que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron como fundamento para la inexecutable previa, vale decir, que los parámetros de constitucionalidad que sirvieron a la Corte para retirar del ordenamiento jurídico una norma, aún hagan parte del texto de la Carta Superior.

En síntesis, para que se presente el fenómeno de cosa juzgada material en sentido estricto, es necesario que la norma acusada reproduzca el contenido material de una disposición declarada previamente como inconstitucional por razones de fondo y que los parámetros de constitucionalidad que motivaron ese pronunciamiento continúen vigentes.

4. Efectos de la cosa juzgada material en sentido estricto

Como lo ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre la materia, la configuración de la cosa juzgada constitucional comporta dos tipos de efectos¹⁸:

- a. **Prohibición de desconocimiento o reproducción legislativa.** Un primer efecto, se refiere a la prohibición, dirigida a todas las autoridades públicas, de revocar la decisión o de desconocerla mediante la reproducción del contenido material de la norma declarada inexecutable por el Tribunal constitucional. En relación con este punto, la Corte ha señalado que la cosa juzgada constitucional constituye una limitación no sólo para las autoridades de la administración de justicia, quienes en sus decisiones, deben acatar y seguir lo señalado por el Tribunal constitucional en el control abstracto de constitucionalidad, sino también para el poder legislativo, al que está vedado incorporar el enunciado normativo declarado inexecutable en una nueva disposición. En este sentido, advierte la Corte, la cosa juzgada constitucional supone *“una limitación de la competencia del legislador (ordinario o extraordinario), que le impide reproducir el contenido material de la norma que no se ajusta a la Carta Fundamental (...)”*¹⁹.
- b. **Necesidad de un pronunciamiento de inexecutable en caso de reproducción formal o material.** De otro lado, la cosa juzgada constitucional implica que en caso de ser desatendida dicha limitación, por cuenta de la aprobación de una nueva norma legal con idéntico contenido formal o material, *“la Corte debe proferir un fallo de inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política”*²⁰. En este sentido, el Tribunal constitucional ha señalado que *“ante una sentencia estimatoria, la norma declarada inconstitucional no puede seguirse aplicando, el*

¹⁸ Corte Constitucional, sentencias C-720 de 2007 y C-393 de 2011.

¹⁹ Este requisito se refiere a la configuración de cosa juzgada absoluta. Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001.



*Congreso no puede proferir una nueva disposición con similar contenido al de la disposición inconstitucional y la Corte debe atenerse a su decisión para toda cuestión posterior*²¹.

En síntesis, una vez la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de una disposición por razones de fondo y existiendo aún dentro del texto constitucional los mismos parámetros que llevaron a adoptar dicha decisión, le está prohibido al legislador reproducir el contenido material del enunciado normativo en cuestión. En caso de hacerlo, corresponde al Tribunal constitucional estarse a lo resuelto en el pronunciamiento previo, señalando el quebrantamiento de lo previsto en el artículo 243 de la Carta Superior, así como declarar la inexecutable de la disposición acusada, por la cual se reproduzca la norma previamente retirada del ordenamiento jurídico.

III. CONFIGURACIÓN DE LA COSA JUZGADA MATERIAL EN EL PRESENTE ASUNTO

A juicio del actor, la norma sometida a examen de la Corte Constitucional en esta oportunidad (artículo 9º de la Ley 938 de 2004), reproduce el contenido material de una disposición (inciso 3º del artículo 29 de la Ley 270 de 1996) declarada *inexecutable* por razones de fondo, en la sentencia C-037 de 1996. Por consiguiente, para el accionante la expresión "*institucional*" utilizada en el artículo 9º de la Ley 938 de 2004 resulta inconstitucional, por cumplirse el fenómeno de cosa juzgada y, en consecuencia, contraviene lo previsto en el artículo 243 superior, en lo relativo a los efectos de las decisiones sobre control abstracto de constitucionalidad.

La Fiscalía General de la Nación comparte las consideraciones y las pretensiones del demandante. En efecto, coincide con el accionante en cuanto a la configuración del fenómeno de la cosa juzgada material y respecto de la pretensión que se deriva de dicha situación, cual es, en esencia, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que este Tribunal declare estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 y que, consecuentemente, decrete la inexecutable de la expresión demandada. En este sentido, a continuación se expondrán las razones que llevan a la Fiscalía General de la Nación a la conclusión y a la pretensión mencionadas:

1. Cumplimiento de los requisitos o elementos de la cosa juzgada material en el caso particular

El artículo 243 de la Constitución, reglamentado por los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996, consagró la denominada "*cosa juzgada absoluta*" para las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad. Entre las consecuencias que la reglamentación

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-720 de 2007.



citada otorga a este tipo de sentencias, están: su obligatoriedad para las autoridades públicas y su efecto erga omnes, como se explicó previamente.

Aunado a lo anterior, la cosa juzgada constitucional tiene una particularidad, y es que su obligatoriedad *"no sólo se predica de la norma formalmente analizada sino también de su contenido material y su efecto irradia tanto el contenido actual de la ley estudiada como de la ley posterior"*²². En este orden de ideas, la cosa juzgada constitucional no sólo cubre disposiciones con textos normativos idénticos (cosa juzgada formal) sino también enunciados normativos con contenidos semejantes desde el punto de vista material. Para describir esta última situación, la jurisprudencia ha utilizado el término de cosa juzgada material, y ha manifestado que ésta tiene lugar cuando los textos en cuestión, si bien no son *"formalmente idénticos, su contenido sustancial es igual"*²³.

Ahora bien, cuando una norma deja de existir dentro del ordenamiento jurídico por cuenta de la declaración de inexecutable, esto no implica de suyo que la Corte Constitucional, frente a una acción de inconstitucionalidad contra una norma que reproduce un contenido normativo idéntico al previamente declarado inconstitucional, deba declararse inhibida, y no fallar sobre el asunto. Por el contrario, tal como lo sostuvo ese Tribunal en Sentencia C-489 de 2009: *"(...) si el Congreso reproduce el contenido material de una norma declarada inexecutable por vicios de fondo, la cosa juzgada material impondrá estarse a lo resuelto en la decisión anterior, salvo que se hubiere modificado la norma constitucional que producía la contradicción"*²⁴.

En este orden de ideas, la Fiscalía General de la Nación expondrá a continuación la forma como en el caso bajo examen se encuentran cumplidos los requisitos constitutivos de la cosa juzgada material absoluta, razón por la cual, se solicita respetuosamente que la H. Corte Constitucional que declare estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 y, consecuentemente, decrete la inexecutable de la disposición acusada, el artículo 9º de la ley 938 de 2004.

1.1. Existencia de un pronunciamiento previo de inexecutable

El primero de los requisitos definidos por la Corte para la configuración de la cosa juzgada material en estricto sentido, simplemente hace relación con la existencia de un pronunciamiento de ese Tribunal, en virtud del cual se declare inexecutable el enunciado normativo que se considera reproducido en la disposición demandada. En el presente asunto, este punto del análisis exige determinar si, como lo afirma el accionante, el inciso 3º del artículo 29 de la Ley 270 de 1996 fue declarado inconstitucional. Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia c-037 de 1996, resolviendo:

²² Corte Constitucional, sentencia C-489 de 2009.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-393 de 2011.

²⁴ Sentencia C-489 de 2009. *Op. Cit.*



“Por las anteriores razones, el inciso tercero del artículo 29 del proyecto será declarado inexecutable”.

Así, basta con recordar la parte resolutive de la sentencia C-037 de 1996 para concluir que, en efecto, la norma que se considera por el accionante reproducida en el artículo 9° de la ley 938 de 2004, fue retirada del ordenamiento por contravenir el texto constitucional. De esta manera, se encuentra satisfecha la primera de las condiciones aludidas para verificar la existencia de la cosa juzgada constitucional en escrito sentido.

1.2. Reproducción del contenido material de la norma declarada inexecutable

En el presente caso, el artículo 9° de la Ley 938 de 2004 reprodujo sustancialmente una disposición que consagraba el mismo contenido del inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, el cual prescribía lo siguiente:

“ARTICULO 29. ELECCION. El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido.

El Fiscal General deberá reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

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.

Así mismo el Fiscal General de la Nación, Vicefiscal, y los Directores Nacionales de la Fiscalía no podrán ser elegidos en ningún cargo de elección popular o como miembros de corporaciones públicas dentro de los doce (12) meses siguientes al día de la cesación de sus funciones”
(Se subraya el inciso declarado inconstitucional).

Esta norma establecía la existencia de un periodo institucional para el Fiscal General de la Nación e indicaba que en caso de falta absoluta, el designado como reemplazo permanecería en el cargo hasta concluir el término para el cual fue elegido el fiscal saliente.

En efecto, el inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996 transcrito, estipulaba un periodo institucional para el Fiscal General de la Nación. El reconocimiento de este tipo de periodo consiste precisamente en disponer que varias personas desempeñen el mismo cargo dentro del mismo término legal. Así, el inciso señalaba expresamente que quien fuera designado en reemplazo del Fiscal, en caso de configurarse una vacancia absoluta, debería desempeñar



sus funciones sólo para terminar el periodo que el anterior había comenzado. Esta situación sólo se predica cuando el periodo es institucional.

A este respecto, el Tribunal constitucional manifestó, dentro de las razones para declarar la inexecutable de la norma en comento, lo siguiente:

“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”²⁵ (subrayado fuera de texto).

Ahora bien, teniendo en cuenta que el inciso 3° del artículo 29 de la Ley de Administración de Justicia preveía un periodo institucional para el Fiscal General de la Nación, interpretación aceptada por la Corte constitucional en la sentencia referida, se puede concluir que existe identidad normativa entre esa norma y la contenida en el artículo 9° de la Ley 938 de 2004, ahora bajo examen ante la Corte Constitucional y la cual prescribe:

“ARTÍCULO 9o. PERÍODO. El Fiscal General de la Nación es elegido para un período institucional de cuatro (4) años”. (Subrayado fuera del texto).

En este orden de ideas, concluye la Fiscalía General de la Nación que en el presente asunto se encuentra satisfecho el segundo requisito exigido por la Corte Constitucional para la configuración de la cosa juzgada material absoluta en estricto sentido, a saber, la identidad normativa entre las normas en comento.

1.3. Existencia de razones de fondo para la inexecutable de la disposición reproducida

En la mencionada sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, con fundamento en las siguientes razones de fondo:

²⁵ Sentencia C-037 de 1996.



- El periodo del Fiscal General de la Nación es personal conforme a la Constitución Política. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó que el periodo contenido en el artículo 249 de la Constitución Política para el Fiscal General de la Nación es de carácter individual. En palabras de la Corte:

“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”²⁶.

- Resultan aplicables al Fiscal General de la Nación las consideraciones de la Corte Constitucional sobre los periodos personales de los magistrados de las Altas cortes. A partir de una interpretación analógica, resultan aplicables al Fiscal General de la Nación algunas de las consideraciones de la Corte atinentes a los periodos de los magistrados de las Altas cortes:

“Al respecto, resultan pertinentes las siguientes consideraciones 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’.

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

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.



*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*²⁷.

- El periodo del Fiscal General de la Nación es un asunto institucional, no personal, que el constituyente previó con el fin de garantizarle autonomía e independencia. Una interpretación teleológica de la Constitución Política conduce a afirmar que el constituyente primario previó un periodo personal para el Fiscal General de la Nación, en razón a la independencia y autonomía de la que deben gozar las instituciones de la rama judicial en un Estado de derecho, como lo sostuvo la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C-037 de 1996:

*“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”*²⁸.

En este punto conviene advertir que, en armonía con la interpretación realizada por la Corte Constitucional en 1996, el Consejo de Estado, en sentencia de control del acto electoral de elección del Fiscal General de la Nación, reiteró la necesidad de realizar una interpretación teleológica sobre la institución de la Fiscalía General de la Nación, en la perspectiva de determinar el objetivo perseguido por el constituyente con la redacción del artículo 249 constitucional. La conclusión a la que llegó el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es la siguiente:

“El estudio de los antecedentes sobre la creación de la institución Fiscalía General de la Nación, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991; sobre las principales incidencias que en el seno de la Asamblea- según lo que registran las Gacetas- tuvo la proposición sobre la creación de la Fiscalía General de la Nación, permite a la Sala concluir que la voluntad mayoritaria que quedó plasmada en el texto final fue la de adscribir esta nueva institución acusatoria e investigadora de los delitos, como perteneciente funcionalmente a la rama jurisdiccional del poder público, a fin de garantizar la autonomía e independencia de su función, y que en esta dirección su naturaleza jurídica se materializó como la de un ente judicial con autonomía administrativa y presupuestal. Asimismo se evidencia que la intención del constituyente al señalar la manera de elegir al Fiscal General fue

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN

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. Es de destacar en este sentido como representativo, el hecho de no haber obtenido aprobación la ponencia inicial que pretendía la coincidencia de los periodos del Fiscal General de la Nación y del Presidente de la República, la Sala colige que esta decisión debió obedecer al interés del Constituyente por deslindar políticamente la institución, otorgándole la autonomía e independencia propias de la naturaleza jurídica que se le asignó al nuevo organismo”²⁹.

De esta manera, el Consejo de Estado coincide con la interpretación teleológica realizada por la Corte Constitucional respecto de la naturaleza constitucional del periodo del Fiscal General de la Nación.

En síntesis, la Corte Constitucional concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el periodo del Fiscal General de la Nación es individual, no institucional: (i) porque del contenido literal del artículo 249 no se desprende que el periodo del fiscal sea institucional, sino que, por el contrario, se consagra un periodo personal; (ii) porque resultan pertinentes y aplicables al caso del Fiscal General las consideraciones que en otras oportunidades ha realizado el Tribunal constitucional respecto de la naturaleza personal de los periodos de los magistrados de las Altas cortes; y (iii) porque el periodo del Fiscal General de la Nación es un asunto de naturaleza institucional, no personal, que guarda estrecha relación con la autonomía e independencia que la Carta Política le garantiza en el ejercicio de sus funciones a este servidor.

En conclusión, la sentencia C-037 de 1996, por la cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable del inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, cuya identidad con el artículo 9° de la Ley 938 de 2004 ya fue demostrada, se apoyó en razones de fondo y no de forma.

Conforme a lo anterior, el tercero de los requisitos para la configuración de la cosa juzgada material en sentido estricto se cumple en el presente asunto, por cuanto la sentencia C-037 de 1996 declaró la inexecutable de lo previsto en el inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996 con base en razonamientos de fondo.

²⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 16 de abril de 2013, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia, Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ).



1.4. Subsistencia de los parámetros de constitucionalidad utilizados en el pronunciamiento previo de inexecuibilidad

El parámetro de constitucionalidad que sirvió de fundamento a la sentencia C-037 de 1996 subsiste en la actualidad. En efecto, el fundamento normativo para la declaratoria de inexecuibilidad realizada en la sentencia C-037 de 1996 fue el artículo 249 de la Constitución Política, disposición que, de acuerdo con la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, no impone un periodo institucional para el Fiscal General de la Nación, sino que, por el contrario, prevé un periodo personal para el jefe del Ente acusador. Esta norma no ha sido modificada y es la regla constitucional especial que regula tanto la elección como el periodo del Fiscal General de la Nación. Así, el mandato superior aludido no ha sido modificado, ni ha sido incorporado en la Constitución Política disposición alguna que señale que el periodo del Fiscal General de la Nación es institucional y no personal.

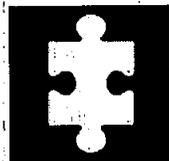
Sin embargo, podría decirse que el régimen de elección y periodo del Fiscal General de la Nación fue modificado por cuenta del Acto legislativo 01 de 2003, el cual adicionó un párrafo al artículo 125, relativo a cargos de elección:

“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 este fue elegido”.

Conforme a esta norma, en beneficio de la discusión, podría decirse que el parámetro de constitucionalidad para el presente asunto varió y que el periodo del Fiscal, a partir de la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2003, tiene carácter institucional y no individual. Sin embargo, como lo manifestó el Consejo de Estado en sentencia del 16 de abril de 2013, la reforma legislativa contenida en el Acto Legislativo 1º de 2003 se refiere únicamente al periodo de quienes ocupan cargos de elección popular, pues dicha reforma procuraba modificar las reglas de elección para los miembros de cuerpos políticos, pero no regular el ejercicio de funciones en la rama judicial.

Por esta razón, con base en la interpretación efectuada por el máximo Tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es posible señalar que el periodo del Fiscal General de la Nación sigue siendo gobernado por lo previsto en el artículo 249 de la Constitución Política, el cual no ha sido reformado y constituye norma especial en la materia.

Como se observará en los argumentos que se exponen a continuación, el Acto legislativo No. 1º de 2003 no constituye una variación constitucional que legitime la existencia del artículo 9º de la Ley 938 de 2004.



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

- a. El Acto Legislativo 01 de 2003 es una reforma política que no modificó el contenido del artículo 249 de la Constitución Política

En este punto resulta necesario precisar que la modificación del artículo 125 de la Constitución Política, adoptada mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, es una reforma de carácter político que no afecta los cargos de la rama judicial. En efecto, tanto del título del Acto legislativo: "*por el cual se adopta una reforma política constitucional*", como de la interpretación sistemática de todo el texto del mismo, se deduce que el objeto de esa enmienda no era otro que regular aspectos relativos al sistema electoral colombiano.

De esta manera, el Acto legislativo 01 de 2003 se ocupó de asuntos como la formación, financiación y reconocimiento de personería jurídica de partidos y movimientos políticos; utilización de medios de comunicación por parte de los mismos; garantías para los partidos y movimientos políticos de oposición; trámite de proyectos de ley; derecho al voto; procesos de elección popular; ejercicio de funciones por autoridades electorales, entre otros.

En ningún aparte de la reforma constitucional se advierte la intención del constituyente derivado de reformar institución alguna de la rama judicial, ni de modificar el período del Fiscal General de la Nación. En particular, en cuanto a la adición de un párrafo al artículo 125 constitucional, la intención del constituyente derivado no fue la de modificar el término por el cual el Fiscal General de la Nación debe desempeñar sus funciones.

En los antecedentes de la enmienda constitucional se observa que la redacción original del proyecto indicaba que "*los períodos establecidos en la Constitución o la ley para cargos de elección en la Rama Ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación, tienen carácter de institucionales*". No obstante, y esto es de la mayor importancia para advertir que el parámetro de constitucionalidad no ha variado frente al utilizado en la sentencia C-037 de 1996, la regla que incluía a la Fiscalía General de la Nación fue excluida en el texto final del Acto legislativo. Lo anterior revela el interés manifiesto del constituyente en conservar el carácter individual del término durante el cual el Fiscal General de la Nación debe desempeñar sus funciones.

- b. Los períodos institucionales señalados en la Constitución Política se fija expresamente el momento en que empiezan a contarse

Tanto el Acto legislativo 01 de 2003, como el 02 de 2002, modificaron la clase de periodo aplicable a algunos cargos del poder público. Para aquellos cargos que pasaron de tener un periodo personal a uno institucional, el constituyente derivado señaló de forma expresa la fecha exacta en que empezaba a contarse el nuevo periodo y el procedimiento de transición al nuevo sistema.

En este punto conviene señalar que en los regímenes de transición contenidos en estas dos reformas constitucionales no se hace referencia alguna al periodo



del Fiscal General de la Nación, ni a cuándo empieza a contarse su periodo. Así, el párrafo transitorio del artículo 15 del Acto legislativo 01 de 2003, prescribió que *“el período de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil irá hasta el año 2006. La siguiente elección de unos y otro se hará de conformidad con lo dispuesto en el presente Acto Legislativo”*.

En el mismo sentido, el artículo transitorio del Acto legislativo 02 de 2002, reforma que impuso el período institucional para los cargos de elección popular, señaló:

“Todos los Alcaldes y Gobernadores que inicien sus períodos entre la vigencia del presente Acto Legislativo y el 31 de diciembre del año 2003, ejercerán sus funciones por un período equivalente a la mitad del tiempo que haga falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007. Sus sucesores se elegirán para un período que terminará el mismo 31 de diciembre del año 2007.”

Todos los Gobernadores y Alcaldes elegidos con posterioridad al 29 de octubre del año 2000, y antes de la vigencia del presente acto legislativo, ejercerán sus funciones por un período de tres años. Sus sucesores se elegirán para un período que termina el 31 de diciembre de año 2007.

En todo caso, el último domingo del mes de octubre del año 2007, se elegirán alcaldes y Gobernadores para todos los Municipios, Distritos y Departamentos del país, para períodos institucionales de cuatro años, que se iniciarán el 1° de enero del año 2008.

El período de cuatro años de los miembros de las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales y Ediles se iniciará el 1° de enero del año 2004”.

De esta manera, en los actos legislativos mencionados se regula de forma precisa para los cargos que en lo sucesivo tendrán periodos institucionales, la forma como deberá calcularse el tiempo de ejercicio de los servidores respectivos, sin que se haga alusión alguna al periodo del Fiscal General de la Nación. En consecuencia, si la intención del Constituyente hubiese sido modificar la naturaleza del periodo para el cual es elegido el Fiscal General de la Nación, en los actos legislativos mencionados no sólo se habría hecho expresa alusión a esa modificación (lo cual en el caso del Acto legislativo 01 de 2003 el Congreso de la República se abstuvo de hacer de forma manifiesta), sino que habría definido cómo calcular el tiempo durante el cual el Fiscal en ejercicio, en ese momento, debía ocupar su cargo.

En síntesis, en cuanto a la última condición para la configuración de la cosa juzgada material en sentido estricto, es necesario señalar cómo el Acto legislativo No. 01 de 2003 no constituye una alteración del parámetro de



FISCALIA
GENERAL DE LA NACIÓN

constitucionalidad que sirvió de fundamento a la sentencia C-037 de 1996, por cuanto esa reforma constitucional no modificó en manera alguna el artículo 249 de la Carta Política, norma superior que regula el periodo del Fiscal General de la Nación,

De la mano de lo anterior y con base en lo expuesto hasta este punto, es posible igualmente concluir que en el presente asunto se cumplen los cuatro requisitos, definidos en la jurisprudencia constitucional, para la existencia de cosa juzgada material en estricto sentido. Por lo anterior, el artículo 9° de la Ley 938 de 2004 es inconstitucional, en tanto reproduce el contenido material de una norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional por razones de fondo, con quebrantamiento del artículo 243 de la Carta Política. En efecto, mediante el artículo 9° de la Ley 938 de 2004 el legislador desconoció la prohibición que la cosa juzgada impone, en cuanto a incorporar el texto de la norma retirada del ordenamiento jurídico (en sentido formal o material) dentro de una nueva disposición.

Ahora bien, además de los argumentos señalados en cuanto a la existencia de cosa juzgada constitucional en el presente asunto, en la última parte de esta intervención se realizará, además de lo ya precisado, un ejercicio hermenéutico con el fin de demostrar que la aparente tensión entre los artículos 125 y 249 constitucionales, debe ser resuelta precisando que el periodo del Fiscal General de la Nación sigue siendo regulado por la segunda de estas disposiciones, de manera que se trata de un término personal y no institucional.

IV. LA TENSION APARENTE ENTRE LOS ARTICULOS 125 Y 249 CONSTITUCIONALES

En la actualidad, podría señalarse, en beneficio de la discusión, que la naturaleza institucional del periodo del Fiscal General de la Nación se deriva no sólo de lo establecido en el artículo 9° de la Ley 934 de 2004 sino de una disposición consagrada directamente en la Constitución Política, como el parágrafo del artículo 125 superior. Este parágrafo fue adicionado por el artículo 6 del acto legislativo 1 de 2003 en el que se señala que *“los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen, el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”*.

Existe una interpretación que defiende que la disposición contenida en el artículo 125, abarca cualquier tipo de elección y no sólo las de carácter popular. Al respecto debe señalarse que incluso bajo esta interpretación, la norma no cobija a la Fiscalía General de la Nación por las razones que se señalan a continuación.

1. La norma especial prima sobre la norma general.



El artículo 249 de la Constitución Política, según el cual Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años, no ha sido modificado. De conformidad con la ley y la jurisprudencia constitucional, se entiende que ese periodo es personal e individual y no institucional, como se evidencia de la declaratoria de inexequibilidad del inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, mediante sentencia C-037 de 1996, y del contenido literal del artículo 130 Ibídem, que prescribe que: *"son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial"*. Por su parte, el artículo 125 de la Constitución Política consagra periodos institucionales para los cargos de elección.

Aparentemente existe una contradicción normativa entre esas dos reglas constitucionales: una establece un periodo personal para el Fiscal General de la Nación (artículo 249); y la otra, conforme a una interpretación, señala un periodo institucional para el mismo cargo (artículo 125). La forma de resolver esa aparente antinomia es a través de los principios clásicos de resolución de contradicciones normativas.

Dado que las dos normas tienen el mismo rango jerárquico, la aplicación del criterio de jerarquía normativa es inviable (norma superior deroga norma inferior) para disolver la contradicción. El criterio adecuado para resolver la tensión es el de especialidad (norma especial deroga norma general).

En el caso sub iudice, es claro que la norma consagrada en el artículo 249 Superior es especial (regula en particular el periodo del Fiscal General de la Nación) frente a lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, que regula de forma general el periodo de los cargos de elección. Por esto, la disposición que prima es aquella contenida en el artículo 249 de la Constitución (norma especial) sobre el contenido del artículo 125 ibídem (norma general). Bajo este criterio de interpretación es claro que el periodo del Fiscal General es personal e individual, no institucional.

2. La norma especial anterior prima sobre la norma general posterior

A lo anterior, podría oponerse que el artículo 125 Superior es posterior en el tiempo, en relación con el artículo 249 de la Constitución. En efecto, el parágrafo del artículo 125, que consagró el periodo institucional para los cargos de elección, fue incorporado en la Carta Política mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, mientras que el contenido normativo del artículo 249 de la Constitución tiene la redacción original de 1991.

Esta situación es más compleja, porque la aparente contradicción no ocurriría sólo entre los artículos 125 y 249 de la Constitución, sino entre los mismos criterios para resolver antinomias. En efecto, si aplicamos el criterio de



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

temporalidad, debería prevalecer lo establecido en el artículo 125 Superior, pues es posterior en el tiempo, en relación con lo consagrado en el artículo 249 de la Constitución. Mientras que, si aplicamos el criterio de especialidad, prevalecería lo establecido en el artículo 249 de la Carta, sobre lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución. Es decir, existen respuestas distintas si se aplica el criterio de temporalidad o el criterio de especialidad.

Tanto la doctrina, la teoría jurídica y normativa, como la jurisprudencia constitucional (sentencias C-486 de 1997 y C-194 de 1998) enseñan que las normas posteriores generales no eliminan las normas anteriores especiales, a menos que así se disponga expresamente. En otras palabras, frente a normas contradictorias prevalece la especial anterior frente a la general posterior. La prevalencia del criterio de especialidad sobre el de temporalidad no es una cuestión caprichosa. Garantiza y conserva criterios de igualdad en la aplicación de la ley a la vez que mantiene el principio democrático y la seguridad jurídica.

Aplicado lo anterior al presente caso, la norma especial anterior es la consagrada en el artículo 249 Superior que consagra un periodo personal del Fiscal General, tal y como lo destacó la Corte Constitucional, mientras que el artículo 125 Superior es general posterior, dado que allí consagra de forma general que el periodo de los cargos de elección es institucional.

El constituyente derivado en el Acto Legislativo 1 de 2003 no eliminó lo consagrado en el artículo 249 Superior. Esa norma sigue vigente con todos sus efectos, de la misma forma en que la consagró el constituyente de 1991 y de conformidad con la interpretación de la Corte en sentencia C-037 de 1996.

3. Criterios hermenéuticos adicionales que evidencian la prevalencia del artículo 249 Superior sobre el artículo 125 constitucional

La doctrina acepta que la norma general posterior no deroga la norma especial anterior. Ese es el criterio dominante. Sin embargo, también es sabido que la dogmática, sin negar la utilidad y verdad de este criterio hermenéutico para resolver conflictos entre normas, ha discutido de forma reiterada sus alcances. Por señalar algunos ejemplos, Díez Picazo considera que *"el propio brocado lex posterior generalis non derogat legi priori speciali no puede aspirar, sin embargo, a un valor absoluto e incondicional"*³⁰.

De igual forma Bobbio ha indicado lo siguiente:

"Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico. Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior especial es incompatible con una norma posterior general. Existe conflicto porque al aplicar el criterio de especialidad se da prevalencia a la

³⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 16 de abril de 2013, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia, Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ).



primera norma, y al aplicar el criterio cronológico se da prevalencia a la segunda. También aquí se ha establecido una regla general: lex posterior generalis non derogat priori speciali.

Con base en esta regla el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico debe ser resuelto en favor del primero: la ley general posterior no elimina la ley especial anterior. Ello introduce una excepción ulterior al principio lex posterior derogat priori, ya que este principio desaparece no solo cuando la lex posterior es inferior, sino también cuando es generalis (y la lex prior es specialis). Esta regla, por otra parte, debe ser tomada con cierta cautela, ya que tiene un valor menos perentorio que el de la regla precedente”³¹

De esta manera, con base en lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Ley 153 de 1887, el Consejo de Estado precisó en sentencia del 30 de enero de 1968 que el criterio hermenéutico en mención tiene unos límites relacionados con (i) la declaración expresa del legislador, (ii) la incompatibilidad con otras disposiciones especiales posteriores y (iii) la regulación íntegra de una materia.

En otras palabras, la doctrina y la jurisprudencia aceptan que en ciertos y muy especialísimos casos, es posible que el criterio de “norma general posterior no deroga norma especial anterior” pueda no tener aplicación en un caso concreto. La excepcionalidad de esta particular circunstancia de todas maneras implica que (i) prima facie el criterio de “norma especial anterior deroga norma general posterior” tiene plena aplicación; (ii) el criterio no se aplica cuando esté demostrado hermenéuticamente que lo que quiso el legislador fue regular estructuralmente un tema. En estos casos deben entenderse también derogadas las normas especiales anteriores por una norma general posterior.

En el presente asunto, es claro que si el constituyente hubiese querido que el periodo del Fiscal General de la Nación fuera institucional, hubiese modificado expresamente el contenido normativo del artículo 249 de la Constitución Política. A continuación se presentan diversos argumentos que ofrecen sustento a esta afirmación y que demuestran que en el presente asunto la norma especial anterior consagrada en el artículo 249 (que regula el periodo personal del Fiscal) prevalece sobre la norma general posterior establecida en el artículo 125 constitucional (que establece el periodo institucional para los cargos de elección).

4. La reforma introducida al artículo 125 de la Constitución sólo aplica para los cargos de elección popular. En cualquier caso, bajo ningún entendido aplica a la Fiscalía dadas sus funciones jurisdiccionales

³¹ En este sentido, pueden verse, entre muchas otras, las sentencias C-487 de 2002, C-668 de 2004 y C-1057 de 2005.



El acto legislativo 01 de 2003 adoptó una “*reforma política constitucional*” tal y como puede inferirse de su título. Para el efecto, dicha reforma constitucional modificó (i) el artículo 107 Superior, que regula el tema relacionado con la constitución de partidos y movimientos políticos; (ii) los artículos 108 y 264 de la Constitución relacionado con el Consejo Nacional Electoral; (iii) el artículo 109 ibídem sobre financiación de partidos y movimientos políticos; (iv) los artículos 111 y 112 ibídem sobre utilización de medios de comunicación de partidos y movimientos políticos y acceso a la información; (v) los artículos 160 y 161 relacionado con los trámites de los proyectos de ley en el Congreso; (vi) el artículo 258 que consagra el voto como derecho y deber ciudadano; (vii) el artículo 263 sobre procesos de elección popular; (viii) la adición del artículo 264 A sobre adjudicación de curules; y (ix) el artículo 266 sobre la forma como se escoge al registrador nacional.

Como puede observarse, todas las materias reguladas por los anteriores artículos están íntimamente relacionadas con un tema en común: la elección popular de cargos. El Acto Legislativo señalado introdujo también una modificación al artículo 125 Superior, en el que consagró que “*los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales*”.

Es evidente que una interpretación sistemática del conjunto de las normas modificadas en la Constitución a través del acto legislativo 01 de 2003 conduce a concluir que el término “*cargos de elección*” contenido en el artículo citado, sólo puede referirse a los cargos de elección popular, dentro de los cuales no se encuentra el del Fiscal General de la Nación.

Adicionalmente, en sustento de este argumento pueden mencionarse las consideraciones que al respecto hizo el Consejo de Estado, en sentencia proferida el 16 de abril de 2013:

“la temática de todos y cada uno de los artículos de la Carta que se modificaron con el Acto Legislativo 01 de 2003 lleva a la Sala a la convicción, aunado a la exposición de motivos de los ponentes, que el contenido de esta reforma presenta una unidad de materia de carácter íntegramente político – electoral y que, por ende, no tuvo por finalidad incursionar en reformas a la Carta Política sobre la regulación de la Fiscalía General de la Nación, ni respecto del periodo del Fiscal General de la Nación, así como tampoco sobre la forma de contabilizarlo, pues, como se precisó durante el trámite de conciliación el involucrar a la Fiscalía General de la Nación en este Acto Legislativo conllevaría a la violación de los principios de unidad de materia y de consecutividad”³²

³² Consejo de Estado, Sentencia del 16 de abril de 2013, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia, Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00027-00(IJ).



5. Los periodos institucionales del Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional y la Comisión Nacional de Televisión

La sala de consulta del Consejo de Estado ha señalado que la noción "cargos de elección" debe entenderse de forma genérica y que por esta razón, como lo ha señalado antes en otros conceptos, cobija a instituciones como el Consejo Nacional Electoral, la Registraduría y la Comisión Nacional de Televisión. En cualquier caso, no es posible interpretar que lo consagrado en el artículo 125 Superior cobije a la Fiscalía General de la Nación.

Debe señalarse que la extensión de un periodo institucional para las entidades mencionadas, podría resultar razonable. Sin embargo, no es aceptable su extensión a la Fiscalía General de la Nación.

En efecto, como se ha señalado, el Acto legislativo 01 de 2003 introdujo una reforma política al texto constitucional, en la que se regularon aspectos sobre la elección popular y el acceso a medios de comunicación. No obstante, nada se estableció respecto de la rama jurisdiccional, por lo que se entiende que cualquier interpretación que indique que este Acto legislativo cobija a la Fiscalía General de la Nación o cualquier otro organismo con funciones jurisdiccionales, violaría el principio de unidad de materia de la enmienda y conduciría a afirmaciones incompatibles con la Constitución Política.

Afirmar que los periodos de elección del Consejo Nacional Electoral, la Registraduría y la Comisión Nacional de Televisión son institucionales, tiene sentido, siempre y cuando se interprete que tienen una relación directa con el tema de la reforma legislativa introducida por el Acto Legislativo 01 de 2003. En efecto, las anteriores instituciones tienen injerencia en aspectos relacionados con la elección popular (CNE y Registraduría) y con el acceso a medios de comunicación (CNTV).

De hecho, puede observarse que para el caso de la Registraduría el Acto legislativo introdujo una norma expresa y literal en relación con su periodo institucional (modificación del artículo 266 Superior). Dado que, como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C-753 de 2004, la variación del periodo es una cuestión de importancia constitucional. En relación precisamente con la variación del periodo del Registrador de uno personal a uno institucional, dijo la Corte en esa sentencia lo siguiente:

"La Corte señala la trascendencia jurídica que para la estabilidad institucional y para garantizar el derecho de acceso a los cargos públicos tienen los periodos señalados en la Constitución o en la ley cuando fuere el caso. La variación intempestiva del periodo en curso es un asunto muy sensible desde el punto de vista constitucional, por sus eventuales implicaciones sobre la organización de la estructura del Estado".



En esa oportunidad y con el fin de dar estabilidad institucional, en el Acto legislativo 1 de 2003 el constituyente derivado estableció un periodo de transición para el cambio del periodo del registrador y del CNE. Allí consagró que los periodos de los miembros "del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil irá hasta el año 2006."

Si la intención del constituyente hubiera sido la de modificar el periodo personal del Fiscal por uno institucional, lo más lógico habría sido que se incluyera dentro de ese periodo de transición. Esa cuestión no ocurrió, por lo que se infiere que el constituyente optó por mantener el periodo personal del Fiscal General.

Debe decirse además que la Fiscalía no puede estar incluida entre las anteriores instituciones que cambiaron su periodo personal por uno institucional, porque no es un organismo administrativo de control, sino, como se ha señalado, una institución adscrita a la rama judicial que ejerce funciones jurisdiccionales, naturaleza que la diferencia del Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Comisión Nacional de Televisión.

Si fuera cierto que a la Fiscalía le aplica lo establecido en el artículo 125 Superior, también debería aceptarse forzosamente que esa norma cobija a los magistrados de las altas cortes, pues los dos (Fiscalía y Cortes) hacen parte de la rama judicial y pueden llegar a tener conocimiento de los casos relacionados con delitos electorales. Sin embargo, la conclusión a que nos conduce este razonamiento, esto es, que el periodo de los magistrados es institucional, es absurdo porque afectaría el principio de autonomía e independencia judicial.

En suma, la conclusión a la que se llega es que (i) el artículo 125 aplica únicamente para los cargos de elección popular. El acto legislativo 1 de 2003 modificó otras cláusulas constitucionales para modificar expresamente el periodo personal a institucional de otros periodos de elección distintos a los populares; o (ii) el artículo 125 aplica a todos los cargos de elección, siempre y cuando estén relacionados con aspectos administrativos de los procesos electorales.

En ninguna de las dos alternativas pueden estar incluidas las entidades que ejercen funciones jurisdiccionales, pues de hacerlo afectaría los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial (artículos 228 y 230 Superiores).

En todo caso, la modificación de un periodo individual y personal de una entidad que ejerce funciones jurisdiccionales, como la Fiscalía, debe ser expresa. Si así lo hubiera querido hacer el legislador en relación con la Fiscalía, cuando modificó la Constitución y los periodos de elección, debió modificar igualmente la norma especial consagrada en el artículo 249 Superior, que consagra un periodo personal e individual del Fiscal General de la Nación.



V. CONCLUSIONES

A lo largo de la presente intervención se han presentado las razones por las cuales la Corte Constitucional debería ordenar en el presente asunto estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 y, en consecuencia, declarar la inexecutable de la expresión "*institucional*" del artículo 9° de la Ley 938 de 2004. Estas razones se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. El periodo del Fiscal General de la Nación está regulado directamente en la Constitución Política en el artículo 249.
2. El inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996 contemplaba para el Fiscal General de la Nación un periodo institucional, no obstante que éste no cuenta con sustento constitucional alguno. En efecto, la disposición en cuestión señalaba que "*en caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del periodo, quien sea designado en su reemplazo lo será para terminar el periodo*".
3. Mediante sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996 por razones de fondo, relativas a la independencia con que debe contar el Jefe del Ente acusador y a la aplicación analógica de las reglas sobre magistrados de las Altas cortes al periodo del Fiscal. En este sentido, la Corte concluyó en ese pronunciamiento que en cuanto al ejercicio de las funciones propias del Fiscal General de la Nación "*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 periodo de cuatro años señalado en la Carta*"³³.
4. El artículo 9° de la Ley 938 de 2004 consagró que el periodo del Fiscal General de la Nación es institucional. Esta disposición reproduce materialmente la norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996.
5. Los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la configuración de la cosa juzgada material en estricto sentido se cumplen en el presente caso, razón por la cual se solicitará a la Corte Constitucional que declare estarse a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 y, en consecuencia, la inexecutable de la expresión "*institucional*" del artículo 9° de la Ley 938 de 2004.
6. En cuanto a la última de las condiciones para la existencia de la cosa juzgada material, luego de un ejercicio hermenéutico sobre la aparente tensión entre los artículos 249 y 125 constitucionales, se concluyó que

³³ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.



el parámetro de constitucionalidad que sirvió a la Corte Constitucional para declarar la inexecutable del inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, no ha sido alterado. Al respecto, se advirtió cómo la adición de un párrafo al artículo 125 acerca del periodo de los cargos de elección popular no constituye una modificación de estándar constitucional aplicable al presente asunto, que, sigue siendo, el artículo 249 de la Carta Política.

Por todo lo anterior, la Fiscalía General de la Nación considera que el contenido material de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996, norma declarada inexecutable por razones de fondo por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, fue reproducido en la disposición bajo examen, artículo 9° de la Ley 938 de 2004. Por esta razón, en el caso bajo examen se configura entonces el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material, en estricto sentido, por vulneración de lo consagrado en el artículo 243 constitucional.

VI. PRETENSIONES

A lo largo de la presente intervención se ha demostrado que la expresión “*institucional*” del artículo 9° de la Ley 938 de 2004 vulnera el artículo 243 de la Carta Política y el principio de cosa juzgada constitucional, porque reproduce el contenido material de una norma declarada inexecutable por razones de fondo por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 (el inciso 3° del artículo 29 de la Ley 270 de 1996). Por lo anterior, me permito formular respetuosamente a la H. Corte Constitucional la siguiente pretensión:

Que se declare **ESTARSE A LO RESUELTO** en la sentencia C-037 de 1996 y, consecuentemente, se declare la **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión “*institucional*” contenida en el artículo 9° de la Ley 938 de 2004.

De los Honorables Magistrados,

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Fiscal General de la Nación