



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: William Zambrano Cetina

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación Interna: 2095

Número Único: 11001-03-06-000-2012-000022-00

Referencia: Periodo institucional del Fiscal General de la Nación.

El Señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República consulta a esta Sala sobre el carácter institucional o personal del periodo del Fiscal General de la Nación y el tiempo por el cual debe ser nombrado quien sea designado en ese cargo ante la renuncia y la posterior declaratoria de nulidad de la elección de quien lo ocupaba.

I. ANTECEDENTES

1. La situación fáctica

1.1 El 31 de julio de 2009 venció el periodo del anterior Fiscal General de la Nación, doctor Mario Iguarán Arana, quien había reemplazado al doctor Luis Camilo Osorio Isaza, cuyo periodo de cuatro años había finalizado a su vez el 31 de julio de 2005.

1.2 Dado que a la fecha de vencimiento del periodo del fiscal anterior no se había hecho la elección de quien debía reemplazarlo, el 1 de agosto de 2009 el Presidente de la República posesionó como encargado al Vicefiscal General de la Nación, doctor Guillermo Mendoza Diago.

1.3 El 23 de noviembre de 2010 la Corte Suprema de Justicia eligió a la doctora Viviane Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación "para remplazar al doctor Mario Iguarán Arana, a quien se le venció el período el

pasado 31 de julio de 2009, y del doctor Guillermo Mendoza Diago, quien venía ejerciendo en encargo.”¹ La doctora Morales Hoyos tomó posesión de su cargo el 12 de enero de 2011.

1.4 El 5 de marzo de 2012 se aceptó la renuncia irrevocable de la doctora Viviane Morales Hoyos al cargo de Fiscal General de la Nación, ante el anuncio de que su elección sería anulada.

1.5 Efectivamente, en sentencia del 6 de marzo de 2012, la Sala Plena del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección de la Doctora Viviane Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación.

1.6 Actualmente el cargo lo está desempeñando un fiscal encargado.

2. Los antecedentes normativos

2.1 Antes de la reforma constitucional del 2003, el Consejo de Estado señaló en sentencia de Sala Plena del 30 de noviembre de 1995, que el periodo del Fiscal General de la Nación era personal y no institucional, pues la Constitución no había establecido una regla especial para ese cargo.

2.2 En igual sentido, en sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional señaló que como la Constitución no calificaba el periodo de 4 años del Fiscal General de la Nación, debía entenderse que el mismo era individual y no institucional, sin que fuera dable al legislador establecer una regla contraria.

2.3 Sin embargo, el Acto Legislativo 01 de 2003 adicionó una regla al artículo 125 de la Constitución Política, según la cual los periodos establecidos en la Constitución o la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales, de lo cual se ha entendido que cobija tanto los cargos de elección popular como otros cargos de origen electivo en el Estado, entre ellos los que corresponden a elecciones por cuerpos colegiados, como sería el caso del Fiscal General de la Nación.

2.4 Adicionalmente, la ley 938 de 2004, por la cual se expidió el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, estableció que el Fiscal General de la Nación es elegido “para un periodo institucional de cuatro (4) años”.

¹ Acta 40 de 2010 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.

3. Consideraciones del organismo consultante

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República señala que si bien el texto del Acto Legislativo 1 de 2003 y de la ley 938 de 2004 llevarían a entender *prima facie* que el periodo del Fiscal General de la Nación es institucional, existirían argumentos a favor de una interpretación distinta, según la cual se estaría frente a un periodo personal o, en todo caso, frente a un periodo que se inició con la posesión de la doctora Vivian Morales el pasado 12 de enero de 2011.

3.1 En primer lugar señala que podría entenderse que los antecedentes jurisprudenciales citados sobre el carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación estarían vigentes a pesar de los cambios normativos, en la medida que no sería claro que el artículo 125 de la Constitución cobije a dicho funcionario.

En tal sentido se aduce que si bien la redacción original del proyecto de reforma mencionaba expresamente al Fiscal General de la Nación (*“los periodos 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”*), dicha alusión desapareció del texto finalmente aprobado, el cual se refiere de manera general a los periodos señalados en la Constitución o la ley para *“cargos de elección”*. De manera que esa modificación del texto original podría explicar la intención del constituyente de no volver institucional el periodo del Fiscal General de la Nación.

3.2 En segundo lugar sostiene que, como la característica de los periodos institucionales es la de tener claramente definidas las fechas de inicio y de terminación del periodo, y en el caso del Fiscal General de la Nación ni la Constitución ni la ley las señalan, podría concluirse que el periodo sigue siendo personal y continuará así mientras el legislador no establezca una fecha de partida que permita inferir que existe un periodo institucional.

3.3 En tercer lugar indica que, aun en el caso de considerar que se trata de un periodo institucional, surgiría la duda del tiempo por el cual debe ser nombrado el reemplazo de la doctora Viviane Morales. Ello porque la Constitución indica para el caso de los periodos institucionales que *“quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del periodo para el cual éste fue elegido”*. (Resaltado original de la consulta).

A su juicio, la doctora Morales no fue elegida para reemplazar al doctor Mendoza Diago (quien no era titular del cargo y sólo actuaba como *encargado*), de manera que frente a su elección no era aplicable la regla constitucional transcrita y su periodo habría empezado el 12 de enero de 2011 por los 4 años señalados en la Constitución. En consecuencia, el Fiscal General de la Nación que se elija, éste sí en reemplazo de quien era titular del cargo, lo sería por el resto del periodo de la doctora Viviane Morales, esto es, hasta el 11 de enero de 2015. En ese sentido, el tiempo ocupado por un funcionario encargado, mientras se elige al titular del cargo, no reduciría el periodo de este último.

Con base en lo anterior, se **PREGUNTA**:

- 1) *“Según se concluya que el periodo del Fiscal es institucional o personal ¿entre qué fechas o entre qué actos jurídicos o administrativos debe correr el periodo del Fiscal General de la Nación?”*
- 2) *“¿El tiempo durante el cual ejerce el cargo el Fiscal encargado, antes de que se elija el Fiscal General, es imputable al periodo de este último?”*
- 3) *“En caso de que no le sea imputable ¿puede afirmarse que la persona elegida como titular del cargo de Fiscal General de la Nación tiene derecho a ejercer el cargo completo por un periodo completo de cuatro años?”*
- 4) *“¿Qué efectos tiene la nulidad de la elección del Fiscal General de la Nación en relación con la fecha a partir de la cual debe empezar a correr el periodo siguiente?”*
- 5) *“¿Qué sucede en relación con la duración del periodo si antes de la declaración de nulidad de la elección del Fiscal General de la Nación, éste renuncia a su cargo?”*

II. CONSIDERACIONES

A. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Como es por todos conocido, cuando se venció el periodo del anterior Fiscal General de la Nación el 31 de julio de 2009, no se había elegido aún a su

reemplazo, razón por la cual el cargo fue asumido por un fiscal encargado. La elección en propiedad del nuevo Fiscal General de la Nación sólo se realizó hasta el 23 de noviembre de 2010 y la persona elegida tomó posesión del cargo el 12 de enero de 2011.

Posteriormente, el 5 de marzo de 2012 se aceptó la renuncia de la Fiscal General de la Nación y el 6 de marzo de 2012 se declaró la nulidad de esa elección. Ahora se hace necesario elegir un nuevo fiscal, pero existe duda sobre el tiempo durante el cual ejercerá el cargo.

El organismo consultante plantea a la Sala el estudio de cuatro hipótesis, todas ellas dirigidas a determinar si es posible un entendimiento distinto al que surgiría *prima facie* del carácter institucional del periodo del Fiscal General de la Nación y que llevaría a considerar que dicho periodo empezó el 1 de agosto de 2009 -luego de finalizar el del anterior titular- y terminará el 31 de julio de 2013, siguiendo de esta forma la consecutividad que venía de los fiscales anteriores. Estas cuatro hipótesis que plantea la Consulta y que deberá verificar la Sala son las siguientes:

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.
3. La regla de la segunda parte del párrafo del artículo 125 de la Constitución, en virtud de la cual la persona designada para reemplazar las faltas absolutas del titular sólo ocupará el cargo para completar el resto del periodo institucional, no se aplica a los casos en que la persona elegida para ocupar el cargo por vencimiento del periodo de su predecesor es elegida o se posesiona luego de iniciado el respectivo periodo. En tales casos el periodo se desplazaría en el

tiempo y, por tanto, aún bajo el entendido de estar frente a un periodo institucional, el mismo no empezaría a contarse sino desde la elección o posesión efectiva de quien es designado como titular del cargo; en ese sentido, su periodo no se reduciría con el tiempo anterior en que hubiera ocupado el cargo un funcionario encargado. En el caso analizado, ello permitiría considerar que el periodo institucional de la doctora Morales empezó el 12 de enero de 2011 con su posesión y que la persona que la reemplace sería elegida para terminar el periodo que ella comenzó.

4. Dados los efectos retroactivos de la nulidad de la elección, el periodo de la doctora Morales nunca habría empezado a correr; por tanto, como las cosas vuelven al estado anterior a la elección anulada, la nueva elección de Fiscal General se haría para un periodo de 4 años.

Pasa entonces la Sala a revisar si el periodo del Fiscal General de la Nación es o no de carácter institucional y, en caso afirmativo, las consecuencias que tiene el hecho de que la elección del último Fiscal haya sido tardía y que posteriormente se produjera la renuncia del mismo y se declarara la nulidad de su elección. En particular, deberá verificar si tales circunstancias desplazan en el tiempo la fecha en que comenzaría a correr el periodo institucional al que estaría sometido el Fiscal General de la Nación.

B. EL CARÁCTER INSTITUCIONAL DEL PERIODO DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN

1. El periodo del Fiscal General de la Nación se encuentra establecido por la Constitución Política de la siguiente manera:

“Artículo 249. La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el Fiscal General, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley.

*El Fiscal General de la Nación será elegido **para un periodo de cuatro años** por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.” (Resalta la Sala)*

Como se observa, se trata de un periodo de cuatro (4) años, que la Constitución no lo califica expresamente como institucional o personal.

2. Tiene razón la entidad consultante al afirmar que antes del Acto Legislativo 1 de 2003 y, particularmente, antes de la ley 938 de 2004, por la cual se adopta el actual Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, no existía duda del carácter *personal* del periodo del Fiscal General de la Nación.

En efecto, el Consejo de Estado en sentencia de Sala Plena del 30 de noviembre de 1995 declaró la nulidad parcial de un acuerdo de la Corte Suprema de Justicia por el cual se elegía al Fiscal General de la Nación por el tiempo que le faltaba a su antecesor, quien había dejado el cargo de manera anticipada. Para el Consejo de Estado, dado que ni la Constitución ni la ley señalaban la fecha de iniciación del periodo del Fiscal General, debía concluirse que el mismo era personal y no institucional y que, por tanto, *“cada vez que la honorable Corte Suprema de Justicia elija Fiscal General de la Nación en propiedad, debe hacerlo por un período de 4 años como lo ordena la norma transcrita, porque esa Corporación carece de competencia para fijar esta fecha, cuestión que compete a la Constitución o a la ley.”*

A la misma conclusión llegó la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, al declarar inexecutable el inciso 3 del artículo 29 de la ley 270 de 1996, según el cual en caso de faltas absolutas del fiscal antes de terminar su periodo, su reemplazo solo lo sería para terminar el periodo ya iniciado. Para este alto Tribunal, el hecho de que la Constitución no hubiera hecho ningún condicionamiento al periodo de 4 años del Fiscal General de la Nación significaba que el mismo era personal y no institucional y que el legislador no podía modificarlo; de este modo, el periodo del Fiscal General empezaba a contarse desde la posesión en el cargo *“sin interesar si el anterior completó o no el periodo de cuatro años señalado en la Carta.”*

Además de lo anterior, el decreto 261 de 2000 o Estatuto General de la Fiscalía, hoy derogado por la ley 938 de 2004, establecía expresamente que el Fiscal General de la Nación era elegido para *“un período individual de cuatro años”*, lo que venía a ratificar normativamente la jurisprudencia existente hasta ese momento.

3. Sin embargo, como también advierte el organismo consultante, el marco constitucional y legal actualmente vigente es distinto, o para ser más

exactos, contrario al que en su momento sirvió de fundamento a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Por una parte, debe tenerse en cuenta que, mediante el Acto Legislativo 01 de 2003, el artículo 125 de la Constitución fue adicionado con un párrafo, que determinó el carácter de institucionales de todos los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección. Señala la norma:

“Artículo 125. Párrafo. 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.”

En relación con el citado artículo, esta Sala ha tenido oportunidad de indicar con base en los antecedentes de la reforma y un análisis sistemático de la Constitución, que la expresión “cargos de elección” es genérica y no se limita particularmente a los cargos de elección popular; comprende también, por tanto, salvo norma en contrario², los cargos cuyo periodo está fijado en la Constitución y la ley, y cuya provisión se hace por sistema de elección de cuerpos colegiados o con la intervención de varias autoridades. Al respecto, recientemente en concepto 2085 de 2011³ la Sala señaló:

“Del texto transcrito, destaca la Sala que la expresión “cargos de elección” es genérica y por tanto es comprensiva de los empleos de elección popular y de todos los demás empleos respecto de los cuales la facultad de nominación está radicada en un conjunto de voluntades, sea que integren un solo cuerpo colegiado o bien que correspondan a diferentes autoridades que confluyen en un proceso complejo de postulación y designación”.

En el mismo sentido se ha pronunciado también en los conceptos 1743 de 2006⁴, a propósito del periodo de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, 1774 de 2006⁵ en relación con el Registrador Nacional del Estado

² Por ejemplo, los artículos 233 y 239 en relación con el carácter personal del periodo de los Magistrados de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 09 de diciembre de 2011. M.P. Enrique Arboleda Perdomo.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 08 de junio de 2006 M.P. Gustavo Aponte Santos.

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de octubre de 2006. M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Civil y 1860 de 2007⁶ respecto de los miembros de la Comisión Nacional de Televisión. En el segundo de tales conceptos la Sala indicó:

*“Consideradas estas situaciones, a juicio de la Sala no existe razón para variar su doctrina sustentada en el Concepto No. 1173 de 1999 y por tanto debe reiterar que el periodo del Registrador Nacional del Estado Civil tiene carácter institucional, no sólo por la consagración constitucional de su duración y de la fecha de inicio del mismo, sino porque conforme al párrafo adicional al artículo 125 de la Carta por el artículo 6º de la Reforma Política, **“los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales”**⁷, precepto que despeja cualquier duda acerca de la naturaleza del empleo de Registrador Nacional.*

En este mismo sentido, en el Concepto No. 1.743 de 8 de junio de 2006⁸, la Sala precisó que el periodo de los miembros del Consejo Nacional Electoral es institucional, debido a que el artículo 125 de la Constitución, “...establece claramente ese carácter institucional, que no personal, de los cargos de elección, con lo cual zanjó definitivamente, a partir de su vigencia el 3 de julio de 2003, la polémica jurisprudencial que se había presentado al respecto...”.

Lo anterior concuerda también con el carácter amplio que la Corte Constitucional le ha dado a la expresión “cargos de elección”, para lo cual, como se observa en la sentencia C-559 de 2004, se remite simplemente a lo que por “elección” está definido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (pie de página original de la sentencia):

“Como se desprende de los antecedentes del Acto Legislativo aludido dicho texto superior pretendió resolver constitucionalmente las dificultades de interpretación que se pudieron presentar en relación con el reemplazo de los dignatarios que habiendo sido elegidos para un periodo determinado en la Constitución o en la ley no culminaron por cualquier razón el periodo correspondiente. En este sentido el Congreso actuando como Constituyente derivado fijó claramente la regla a aplicar en esas circunstancias.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 06 de diciembre M.P. Gustavo Aponte Santos.

⁷ Al revisar los antecedentes de esta norma se observa que tuvo origen en el Proyecto que dio lugar al Acto Legislativo 01 de 2003 (Proyecto de Acto Legislativo No.1 de 2002). La norma inicialmente propuesta le daba carácter institucional únicamente a los periodos de los cargos de elección en la Rama Ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación. Sin embargo, cuando se discutió la adición del párrafo al artículo 125 de la Carta Política, durante el debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en segunda vuelta, se propuso un pliego de modificaciones aprobado que corresponde al párrafo adicional vigente (Gacetas del Congreso Nos. 303 del 29 de julio de 2002, Senado de la República, pág. 2 y No. 271 del 11 de junio de 2003, Cámara de representantes, pág. 20).

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 08 de junio de 2006 M. P. Gustavo Aponte Santos.

Cabe precisar que la norma alude específicamente a los cargos de elección⁹ y no a aquellos que se proveen mediante la designación de sus titulares.

Resulta claro en efecto que el carácter institucional a que alude la norma se predica es de los "períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección".

Nótese, además, que la generalidad del contenido del párrafo en cuestión viene dada también por la ubicación en el texto de la Constitución del artículo 125 al que fue adicionado. En efecto, ha de tenerse en cuenta que este forma parte del capítulo de la Constitución que regula de manera general el ejercicio de la función pública. Igualmente, que la norma no fue ubicada en el capítulo referente a las elecciones y la organización electoral (artículos 258 y ss), lo que quizá le habría dado un campo de aplicación más restringido. De hecho, en los antecedentes del trámite parlamentario la propuesta de modificación del artículo 125 se tituló genéricamente "*designación de servidores públicos y periodos institucionales*"¹⁰, lo que denota el carácter amplio de la disposición estudiada.

4. Al respecto, precisamente, el organismo consultante plantea la posibilidad de entender que el párrafo del artículo 125 de la Constitución Política sólo se referiría a los cargos de elección popular, en tanto que su finalidad no habría sido, en el contexto de la reforma política del año 2003, regular los periodos de otros empleos del Estado. La Sala, empero, con base en los argumentos precedentes, observa que esta interpretación restringida de la norma constitucional carece de fundamento.

Además de lo ya señalado, debe precisarse que del análisis de los antecedentes del Acto Legislativo 01 de 2003 se desprende que el objeto de la reforma en este aspecto en particular era, precisamente, institucionalizar los periodos de los altos funcionarios del Estado y no solamente los de elección popular. Se observa así que el proyecto inicial preveía la reforma de cada uno de los artículos constitucionales que regulan los periodos de Contralor, Procurador, Defensor del Pueblo, Registrador, etc. para señalar que los mismos tendrían carácter institucional y que los reemplazos, en caso de falta absoluta, lo serían únicamente para completar el respectivo

⁹ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española Vigésima primera edición, el vocablo elección alude a la acción o efecto de elegir/ al nombramiento que regularmente se hace por votos, para algún cargo comisión; a la emisión de votos para elegir cargos políticos; a la designación de una persona para un oficio eclesiástico vacante, mediante los votos de un colegio al que corresponde ese derecho.

¹⁰ Ver por ejemplo, Gaceta del Congreso 146 de 2003 – Ponencia para primer debate en Segunda Vuelta- Senado de la República.

periodo¹¹. Posteriormente, en la ponencia para primer debate en el Senado de la República se justifica la necesidad de incluir, además, una regla general de institucionalización de los periodos de los altos funcionarios del Estado así:

*“Artículo 8. El Proyecto 01 propone adicionar el artículo 125 de la Carta para establecer que los periodos para los altos cargos del Estado en la Constitución sean institucionales. La Comisión de Ponentes acoge la propuesta, pues considera que los periodos personales han producido desorden al interior de las instituciones y, además, han recargado innecesariamente el trabajo de la Registraduría Nacional”.*¹²

Es evidente entonces que la preocupación del constituyente giraba en torno a la organización de los periodos de los altos funcionarios del Estado, que no podrían entenderse limitados a los *altos cargos de elección popular* (Presidente y Congresistas), pues respecto de éstos y de sus reemplazos no había problemas de organización en sus periodos; la reforma se centró, precisamente, en aquéllos otros altos cargos del Estado cuyo *periodo personal* generaba problemas institucionales.

Ciertamente, como señala el organismo consultante, en el debate parlamentario desaparecieron posteriormente las referencias particulares a ciertas instituciones (Fiscalía, organismos de control, etc.). En segundo debate de la segunda vuelta se encuentra una constancia de uno de los parlamentarios que participaron en el debate del proyecto, en el sentido de sugerir *“que la redacción del artículo se refiera simplemente a cargos de elección”*¹³, que fue lo que finalmente ocurrió. Sin embargo, a juicio de la Sala, ello obedeció a una simplificación de la redacción a partir de una regla amplia y general que bien corresponde a los fines de la reforma en este aspecto y no refleja la intención de excluir a quienes ya no aparecerían mencionados expresamente.

Prueba adicional de ello lo es la expedición meses más tarde de la ley 938 de 2004, en la que atendiendo precisamente al nuevo mandato constitucional sobre el carácter institucional de los periodos establecidos en

¹¹ Gaceta del Congreso 344 de 2002.

¹² Gaceta del Congreso 406 de 2002. La redacción original del párrafo que se proponía adicionar decía: “Párrafo 1. Los periodos establecidos en la Constitución Política o la ley para cargos de elección en la rama ejecutiva, los organismos de control y la Fiscalía General de la Nación, tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del periodo para el cual este fue elegido.”

¹³ Gaceta del Congreso 271 de 2003.

la Constitución Política o en la ley para cargos de elección, el legislador lo señaló expresamente para el caso de la Fiscalía General de la Nación.

5. En efecto, el segundo cambio normativo que modifica el contexto en el que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado definieron en su momento el carácter personal del periodo del Fiscal General de la Nación, se encuentra en la mención expresa de la ley 938 de 2004 sobre el carácter institucional de dicho cargo. Su artículo 9 señala:

*“Artículo 9o. Periodo. El Fiscal General de la Nación es elegido para un **período institucional** de cuatro (4) años.” (Resalta la Sala)*

En oposición al silencio que guardara el primer estatuto de la Fiscalía, contenido en el decreto 2699 de 1991, y contrariamente al carácter personal que le daba el Decreto 261 de 2000 al cargo, el régimen actual de la Fiscalía establece expresamente, en consonancia con la Constitución, que el Fiscal General de la Nación tiene periodo *institucional*.

De modo que aún si existiera duda de si el periodo del Fiscal General quedó o no contenido en la regla del parágrafo 125 de la Constitución, lo cierto es que el legislador en el artículo 9 de la ley 938 de 2004 definió el punto y zanjó cualquier inquietud sobre el modo en que frente a dicho cargo debe desarrollarse la actividad nominadora y electoral de las autoridades competentes.

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 parágrafo 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.

6. 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.

C. CARÁCTER DETERMINADO DE LA FECHA DE INICIO DEL PERIODO INSTITUCIONAL DEL FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN LUEGO DEL ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2003 Y LA LEY 938 DE 2004.

La consulta plantea una segunda hipótesis: en la medida que ni la Constitución ni la ley señalaron la fecha exacta en que empezaba el periodo del Fiscal General, podría entenderse que la norma es inaplicable en la práctica y que por tanto dicho periodo sigue siendo personal mientras no se llene ese vacío normativo. Por tanto, la persona elegida para ocupar el cargo empezaría un nuevo periodo de 4 años.

Para la Sala esta interpretación no es de recibo, pues tiene como consecuencia eliminar el efecto de las disposiciones constitucionales y legales que determinan que el periodo del Fiscal General de la Nación es institucional y no personal. En aplicación de dicha hipótesis el texto constitucional perdería su carácter normativo y la ley su efecto útil.

Ciertamente, ni la Constitución ni la ley fijaron la fecha de inicio del periodo institucional del Fiscal General de la Nación, pero ello no indica que la misma no sea clara y fácilmente determinable.

Como señaló esta Sala en el Concepto 2085 de 2011¹⁴, existen casos en que el inicio del periodo institucional está fijado en una norma jurídica y hay casos en que no es así, pero ello no impide su determinación para dar cumplimiento a la finalidad de dichos periodos¹⁵. Precisamente, en este último escenario, cuando la fecha de inicio no está determinada por la ley, la Sala ha utilizado referentes históricos y fácticos, como la fecha de posesión de quien dio inicio al periodo institucional¹⁶.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 09 de diciembre de 2011 M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁵ Concepto 2085 de 2011: *“Recientemente señaló la Sala: “La identificación como institucional de un periodo que la Constitución o la ley señalen para el ejercicio de un cargo o empleo público permite conocer de manera precisa las fechas de iniciación y terminación del mismo, teniendo en cuenta que hay periodos para los cuales aquella se encuentra expresamente fijada en la normatividad y, a partir de ella, cuenta el tiempo que lo conforma; pero en distintas ocasiones el inicio está determinado por la fecha de posesión del cargo, y es ésta la que a su vez identifica la fecha de terminación.”* (negrilla fuera de texto)

¹⁶ Ver por ejemplo Conceptos 1743 de 2006 y 2085 de 2011 (magistrados del Consejo Nacional Electoral) y 1774 de 2006 (Registrador Nacional del Estado Civil), en que se revisaron situaciones en las cuales la fecha de inicio del periodo institucional no está determinada con exactitud pero es determinable.

Así, en el caso del periodo institucional del Registrador Nacional del Estado Civil, la Sala consideró que la expresión “irá hasta el año 2006” del párrafo transitorio del artículo 266 de la Carta Política, adicionado por el artículo 15 del Acto Legislativo 01 de 2003, debía analizarse a la luz de lo que en su momento había dispuesto el artículo 33 transitorio de la Constitución Política de 1991 sobre la fecha de inicio de su periodo¹⁷.

Y en el caso del Consejo Nacional Electoral hizo el siguiente análisis, teniendo como punto de partida la fecha en que los primeros magistrados de esa corporación iniciaron su periodo:

- Los primeros magistrados del Consejo Nacional Electoral, designados por el Consejo de Estado de conformidad con el artículo 31 transitorio de la Constitución, terminaron su periodo el 1 de septiembre de 1994
- Los subsiguientes magistrados de esa Corporación iniciaron su periodo el 1 de septiembre de 1994 y así se mantuvo hasta el 2006.
- Por tanto, dijo la Sala, *“el período de los actuales Magistrados del Consejo Nacional Electoral va hasta el día primero (1º) de septiembre de dos mil seis (2006)”*.¹⁸
- En concepto 2085 de 2011 ratificó estas reglas y señaló que el periodo de tales Magistrados iría hasta el 1 de septiembre de 2010.

En el presente caso los hechos acaecidos después de la expedición del Acto Legislativo 1 de 2003 y de la ley 938 de 2004 permiten establecer claramente que el periodo del Fiscal General, atendiendo precisamente al carácter institucional ordenado en la Constitución y en la ley, fue determinado en la práctica institucional para atender sus mandatos. En efecto, con posterioridad a su expedición, quienes ocuparon el cargo se sujetaron al periodo institucional de 4 años indicado en la Constitución y la ley, tomando como fecha de inicio la del comienzo del primer periodo posterior a la reforma, así:

- El 31 de julio de 2005 venció el periodo institucional de cuatro años del Fiscal Luis Camilo Osorio Isaza.
- El 1 de agosto empezó el periodo institucional de 4 años del Fiscal Mario Iguarán Arana, quien a su vez terminó su periodo 31 de julio de 2009.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1774 del 26 de octubre de 2006 M.P. Gustavo Aponte Santos.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1743 del 08 de junio de 2006 M. P. Gustavo Aponte Santos.

Es claro, por tanto, que el periodo institucional del Fiscal General quedó fijado entre el 1 de agosto y el 31 de julio, fechas en las cuales cada 4 años empieza y termina el respectivo periodo. Quien sea elegido para ese cargo en reemplazo del anterior titular lo hará para ese periodo y quien eventualmente tuviere que reemplazarlo lo hará para terminar lo que haga falta del mismo (art.125 C.P).

De hecho, el proyecto original de la ley 938 de 2004 establecía que el periodo institucional del Fiscal General iba hasta el 31 de julio del cuatrienio respectivo y aunque dicha referencia finalmente se eliminó¹⁹, esa circunstancia es claramente indicativa de que el legislador era consciente de que esa fecha era el punto de partida para determinar el periodo de dicho funcionario.

Por tanto, la segunda hipótesis planteada por el organismo consultante sobre la posibilidad de considerar como personal el periodo del Fiscal por falta de una fecha cierta de inicio del periodo institucional, también debe descartarse. No solo porque como se ha dicho ello implicaría desconocer el carácter normativo de la Constitución y el efecto útil de la ley sino porque en realidad parte de un presupuesto que no es cierto, a saber, la supuesta inexistencia de una fecha clara de inicio y terminación del periodo del Fiscal General.

D. LAS CONSECUENCIAS DE QUE UN PERIODO SEA INSTITUCIONAL Y NO PERSONAL

Sea lo primero señalar que en el caso de los cargos que tienen fijado un periodo institucional, el tiempo de inicio y de terminación de los mismos, es un elemento objetivo del respectivo empleo, que no se ve afectado por los elementos subjetivos o personales relacionados con el servidor público, como el nombramiento, la posesión, la renuncia, etc. Estos últimos acompañan al servidor que ocupa dichos cargos, pero no modifican el periodo institucional como elemento objetivo que es.

Por ello, la Sala ha reiterado que la denominación de un periodo como *institucional* significa que existe certeza del momento en que el mismo empieza y termina²⁰; implica también que el periodo es estable y perentorio

¹⁹ Gaceta del Congreso 346 de 2003. La alusión a la fecha se elimina en Segundo Debate del Senado, Faceta 642 de 2003.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1743 del 08 de junio de 2006: "el carácter institucional de un periodo necesariamente implica la determinación constitucional o legal de las

de forma que no se extiende mas allá del plazo fijado para su finalización²¹; y conlleva igualmente que a su vencimiento cesa la competencia del funcionario, por lo cual éste deberá dejar el cargo²².

Igualmente se observa que el periodo institucional es fijo en el tiempo y que no se ve afectado por situaciones particulares del servidor público (renuncia, abandono, muerte, etc.); su inicio tampoco depende, se suspende o se desplaza en razón de situaciones coyunturales como la fecha de posesión, de designación, etc. Y tampoco vuelve a empezar por efectos de la declaratoria de nulidad de la elección de su titular²³.

En general, ninguna circunstancia tiene la entidad suficiente para desplazar los periodos institucionales y originar fechas distintas para el inicio y terminación de los mismos, pues ello, precisamente, acabaría con su carácter institucional y generaría multiplicidad de periodos atípicos en el tiempo, según las situaciones particulares de cada caso. Así, por ejemplo, si un congresista o un alcalde o un diputado o un concejal, toma posesión de su cargo después de iniciado su periodo, aún por fuerza mayor, en todo caso cesará en sus funciones cuando el periodo *institucional* termine. Del mismo modo si se produce su renuncia o se anula su elección, quien haya de reemplazarlo sólo ocupará el cargo hasta que el respectivo periodo finalice. Esa es una consecuencia del carácter institucional de sus periodos.

dos fechas precisas que delimitan el plazo para el ejercicio de la función pública asignada, es decir, la fecha de iniciación del periodo y la fecha de terminación. Esto significa que la persona designada para ocupar el cargo no puede tomar posesión antes de la fecha de inicio ni retirarse después de la fecha de terminación."

²¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1860 del 06 de diciembre de 2007. M.P. Gustavo Aponte Santos.

²² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2032 del 29 de octubre de 2010. M.P. William Zambrano Cetina

²³ Al respecto, la Sala indicó lo siguiente en su reciente Concepto 2085 de 2011 en un asunto similar al presente:

"Es generalmente aceptado que la anulación judicial de cualquier acto administrativo tiene efectos *ex tunc*, esto es que abarca el origen o nacimiento del acto que el juez retira del mundo jurídico, que conlleva la ficción de que dicho acto administrativo nunca existió y por lo mismo no produjo ningún efecto jurídico, por lo cual será necesario hacer lo posible para retrotraer las cosas al momento en que se encontraban al momento en que se expidió la decisión judicialmente anulada. Esta definición del efecto de la anulación de los actos administrativos tiene la siguiente razón de ser: nadie puede fundar un derecho sobre una decisión contraria a derecho y tampoco debe soportar una carga o una obligación basada en una decisión ilegal.

Sin embargo, la experiencia ha venido enseñando que en ciertas circunstancias es necesario morigerar los efectos *ex tunc* de las decisiones judiciales, pues en ocasiones es imposible volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la decisión anulada, o también es necesario hacer primar valores esenciales a la organización social como el de la seguridad jurídica por encima del efecto concreto de la sentencia anulatoria". Concepto 2085 de 2011 M.P. Enrique José Arboleda Perdomo.

La Sala tampoco encuentra que los periodos institucionales deban moverse en el tiempo para garantizar que su titular tenga el goce efectivo del tiempo fijado para el periodo, pues en tal caso simplemente se estaría frente a periodos personales. En ese sentido no se desconoce ningún derecho subjetivo de quien es elegido para completar un periodo institucional, pues de antemano conoce el alcance del llamado que se le hace a la función pública y, por lo mismo, cuándo habrá de terminar su gestión. Reitera la Sala que deben diferenciarse los elementos objetivos del empleo de aquéllos otros puramente subjetivos o personales del servidor público, los cuales no tienen entidad suficiente para alterar los primeros.

Se plantea en este sentido una inquietud respecto de lo que dispone la segunda parte del parágrafo del artículo 125 de la Constitución que señala:

Artículo 125. Parágrafo. 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. (Resalta la Sala)

Al respecto basta decir que la doctora Morales Hoyos no fue elegida para reemplazar al fiscal encargado. Fue elegida para cumplir el periodo institucional que empezó el 1 de agosto de 2009 y que concluirá el 31 de julio de 2013.

Por tanto, la Sala descarta también las hipótesis 3 y 4 de la consulta referidas a que el periodo del Fiscal General de la Nación se cuenta desde su posesión, o que tendría que volver a contarse completo a partir de la fecha de la sentencia de nulidad de la elección.

Conforme a lo expuesto, **SE RESPONDE:**

- 1) *Según se concluya que el periodo del Fiscal es institucional o personal ¿entre qué fechas o entre qué actos jurídicos o administrativos debe correr el periodo del Fiscal General de la Nación?*

Respuesta. De conformidad con la Constitución y la ley, el periodo de 4 años del Fiscal General de la Nación es institucional. El que está corriendo actualmente empezó el 1 de agosto de 2009 y terminará el 31 de julio del 2013.

- 2) *¿El tiempo durante el cual ejerce el cargo el Fiscal encargado, antes de que se elija el Fiscal General, es imputable al periodo de este último?*

Respuesta. Sí, porque el periodo institucional del Fiscal General de la Nación empezó a correr el 1 de agosto de 2009, independientemente del retraso en la elección de quien ejercería el cargo en propiedad.

- 3) *En caso de que no le sea imputable ¿puede afirmarse que la persona elegida como titular del cargo de Fiscal General de la Nación tiene derecho a ejercer el cargo por un periodo completo de cuatro años?*

Respuesta. Dado que la respuesta a la pregunta anterior es negativa, no hay lugar a responder este último interrogante por sustracción de materia.

- 4) *¿Qué efectos tiene la nulidad de la elección del Fiscal General de la Nación en relación con la fecha a partir de la cual debe empezar a correr el periodo siguiente?*

- 5) *¿Qué sucede en relación con la duración del periodo si antes de la declaración de nulidad de la elección del Fiscal General de la Nación, éste renuncia a su cargo.*

Respuesta. En la medida que el periodo institucional es objetivo y definido en el tiempo, ninguna de las circunstancias indicadas en estas preguntas (nulidad de la elección o renuncia) modifica o extiende las fechas en que empieza o termina el periodo del Fiscal General de la Nación.


AUGUSTO HERNANDEZ RECERRA
Presidente de la Sala


LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO 
Magistrado Magistrado


WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Magistrado


JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala