

Copia /

Bogotá D.C., 7 de noviembre de 2019

CONSEJO DE ESTADO

7 NOV '19 PM 4:08

Memorial en 30 Folios,
Poderes y anexos en
11 Folios y 1 DVD.
[Signature]

**HONORABLES CONSEJEROS
HONORABLE CONSEJERA PONENTE
ROCÍO ARAÚJO OÑATE
SECCIÓN QUINTA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CONSEJO DE ESTADO
E. S. D.**

Referencia: Nulidad
Radicación: 11001-03-25-000-2019-00519-00
Demandante: HUGO ARMANDO GRANJA ARCE Y ALEX MARIO CEPEDA
Demandados: NACIÓN- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO
Asunto: Pronunciamiento sobre medida cautelar

Nosotras, **MARÍA ALEJANDRA ARISTIZÁBAL GARCÍA**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía 1.016.054.624, abogada titulada e inscrita, portadora de la tarjeta profesional de abogado 262951 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la **NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO**; y **MARTHA ALICIA CORSSY MARTÍNEZ**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía 52.619.609, abogada titulada e inscrita, portadora de la tarjeta profesional 97.847 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la **NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**, con el comedimiento que nos es usual y dentro del término legal, recorremos el traslado de la solicitud de medida cautelar, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD DEL PRONUNCIAMIENTO

Las suscritas presentamos el pronunciamiento sobre la medida cautelar presentada por los demandantes dentro del término consagrado en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, dado que el Auto de fecha 25 de octubre de 2019, el cual corrió traslado a la parte demandada por el término de cinco (5) días, fue notificado el 30 de octubre de 2019.

II. DE LA SOLICITUD MEDIDA CAUTELAR

En escrito separado de la demanda, los actores solicitaron al Honorable Consejo de Estado la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1163 de 2019. Como sustento de la medida cautelar, los accionantes afirmaron que el acto acusado incurrió en las causales de falsa motivación y en la infracción de las normas en las que debería fundarse el acto.

(i) Frente a la falsa motivación, argumentaron que el Decreto 450 del 2016, derogado por la norma cuestionada, era legal y no modificó, por vía reglamentaria, el procedimiento para la conformación de la terna del fiscal, establecido en la Constitución Política y en la Ley 270 de 1996. Además, indicaron que, antes de la expedición del Decreto 450, existía un vacío respecto al trámite de la elección del Fiscal. De otro lado, la demanda señala que, en este caso, no se aplica la reserva legal al procedimiento que debe seguir el presidente de la República para la elección de la terna, motivo por el cual el primer mandatario tenía la potestad para reglamentar esa facultad de elección.

De igual forma, alegaron que el acto acusado incluye en sus motivaciones la Sentencia del 30 de marzo del 2017, emitida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, Expediente 2016-00067-00, fallo que, a su juicio, no guarda relación jurídica o fáctica con el asunto, por tanto, no es un fundamento que justifique la expedición del acto acusado.

(ii) En relación con la causal de infracción de las normas en las que debería fundarse, los demandantes adujeron que, en las motivaciones del Decreto 1163 del 2019, se invocaron los artículos 189-11 y 249 constitucionales, disposiciones que no le otorgan al presidente de la República la facultad de excluir un decreto del ordenamiento jurídico. Frente al particular, indicaron que el primer mandatario debió invocar alguna de las causales de revocatoria directa estipuladas en el artículo 93 de la Ley 1437 del 2011.

Adicionalmente, los accionantes argumentaron que el derogado Decreto 450 del 2016 no incurrió en ninguna causal de revocatoria directa, frente a lo cual concluyeron que los efectos de esta figura son los mismos que los de la derogatoria, pues, en su opinión, ambas figuras jurídicas buscan expulsar un acto administrativo del ordenamiento jurídico.

III. IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo por disposición del artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo procede “[...] por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. [...]”, presupuesto que no se cumple en la solicitud de decreto de la medida cautelar porque si bien en el aparte IV. de la demanda titulado “NORMAS VIOLADAS”¹ se mencionan las normas que se consideran vulneradas por los actores, en el aparte V. “CONCEPTO DE VIOLACIÓN”² se expone el concepto de violación de “falsa motivación”, falsa motivación que es una de las causales de nulidad de los actos administrativos de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 137 del Código de Procedimiento

¹ Página 7 de la demanda.

² Páginas 7 a 19 de la demanda.

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, causal esta que no configura la suspensión provisional de un acto administrativo.

Blanco sobre negro, los demandantes indican las normas jurídicas superiores que se consideran infringidas por el Decreto 1163 de 2019 pero no cumplen con la carga de exponer de forma amplia y suficiente el concepto de la violación, carga que implica fundamentar y argumentar porqué el acto acusado es contrario al ordenamiento jurídico superior.

La demanda considera equivocadamente que la causal de nulidad del Decreto acusado, cual es “la falsa motivación”, es el sustento de la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo acusado, error que desconoce lo normado por el artículo 231 del Código precitado, y en consecuencia, la medida cautelar solicitada es improcedente.

1. Prenotado de cargos

A continuación, se explicará *(i)* la potestad reglamentaria y los límites a su ejercicio, y *(ii)* la facultad del presidente de la República para intervenir en la elección del fiscal general de la Nación. Posteriormente, se expondrán las razones por las cuales no es procedente el decreto de la suspensión provisional, en especial, la inexistencia de falsa motivación *(iii)* al hacerse referencia a la modificación de la regla especial de elección del fiscal general de la Nación y *(iv)* a la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado.

1.1. La potestad reglamentaria y los límites a su ejercicio

De conformidad con lo previsto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema autoridad administrativa, “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

En relación con dicho mandato, la jurisprudencia constitucional ha puesto de presente que, por su intermedio, se pretende contribuir a la concreción y precisión de los contenidos abstractos de la ley, con el propósito de hacer posible su cumplida ejecución mediante la expedición de actos administrativos, sean estos decretos, resoluciones, circulares u órdenes. Por ejemplo, en sentencia C-917 del 29 de octubre de 2002, la honorable Corte Constitucional dijo: “[...] mientras el ejercicio de la función legislativa -que en primer lugar se le asigna al Congreso (artículo 150 C. N.), y, en circunstancias excepcionales, al Ejecutivo (artículos 150-10, 212 C. N.)- [se encamina] al establecimiento de normas obligatorias de carácter general, impersonal y abstracto, el de la función administrativa tiene por tarea la ejecución de esas medidas en el plano de lo particular y concreto”.³

Conforme con ello, la misma jurisprudencia ha definido la potestad reglamentaria como una facultad constitucional propia del presidente de la República que, como tal, no requiere de disposición expresa que la conceda más allá del propio mandato Superior y que lo autoriza para expedir normas “de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del presidente de la República y del ministro o director de Departamento Administrativo del ramo”.⁴

Teniendo en cuenta el contexto en el que se inscribe, el ejercicio de la facultad reglamentaria está condicionado a la existencia de una ley previa que sea objeto de la respectiva reglamentación y que contenga un contenido básico o esencial. Sobre este particular, en la sentencia C-810 del 5 de noviembre de 2014 la honorable Corte Constitucional explicó que “el ejercicio de la potestad reglamentaria por el ejecutivo, exige que la ley haya configurado una regulación básica, a partir de la cual el Gobierno pueda ejercer la función de reglamentar la ley. Si el legislador omite definir ese presupuesto normativo básico, estaría

³ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-917 del 29 de octubre de 2002, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, Expediente D-4082.

⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1005 del 15 de octubre de 2008, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-7260.

delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar”.⁵

La potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable e irrenunciable, pues se trata de una función propia de la Rama Ejecutiva -salvo excepciones- no sometida a plazo, puede ejercerse en cualquier tiempo y es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecutar la ley. De igual manera, dicha potestad se puede ejercer en forma amplia o restringida en la medida en que el Congreso de la República utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos de regulación. En relación con esto último, la Corte ha expresado que “la extensión de la potestad radicada en cabeza del Ejecutivo por el artículo 189 numeral 11, depende de la forma, así como del detalle, con que la Ley reguló los temas correspondientes”.⁶

Ahora bien, teniendo en cuenta el ámbito asignado a la facultad reglamentaria, el honorable Tribunal Constitucional ha dejado en claro que dicha facultad no es absoluta pues tiene como límite y radio de acción los mandatos que le marcan la propia Constitución y la ley. Sobre esa base, ha precisado el mismo honorable Tribunal que, siendo el objeto de la potestad reglamentaria contribuir a la concreción de la ley, el Ejecutivo, al ejercerla, no puede alterar, modificar, ampliar o restringir el contenido y espíritu de la ley, pues tal atribución se encuentra subordinada a lo dispuesto por ella, debiendo limitarse, en consecuencia, a desarrollarla, es decir, a “determinar la forma en que aquella debe cumplirse cuando no procede ejecutarla directamente”.⁷

En el mismo sentido, la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado ha sostenido que: “[...] el decreto que se expida en ejercicio de [la potestad prevista

⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-810 del 5 de noviembre de 2014, magistrado ponente Mauricio González Cuervo, Expediente D-10162.

⁶ Ob. Cit. Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1005 del 15 de octubre de 2008, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-7260.

⁷ *Ibidem*.

en el artículo 189 numeral 11] debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente está comprendido en la ley y, por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. De lo contrario, se estaría frente a una extralimitación de funciones por cuanto se invadiría el ámbito de competencia asignado por la Constitución al Legislador”.⁸

Acorde con lo anterior, honorable la Corte Constitucional ha señalado igualmente que no le compete al presidente ejercer la potestad reglamentaria respecto de leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco desarrollar tal atribución en relación con materias cuyo contenido está reservado al legislador.⁹

En relación con los límites a la potestad reglamentaria, dijo el honorable Tribunal constitucional en la Sentencia C-1005 del 15 de octubre de 2008:¹⁰

“7.- Considerado el punto desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que *prima facie* no habría espacio para una regulación ulterior.

8.- Lo dicho enlaza con la idea según la cual la extensión de la potestad radicada en cabeza del Ejecutivo por el artículo 189 numeral 11, depende de la forma, así como del detalle, con que la Ley reguló los temas correspondientes. Precisamente aquí se acentúa que la facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley. El objeto de la potestad reglamentaria consiste, entonces, en contribuir a la concreción de la ley y se encuentra, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador”.

⁸ Consejo de Estado, Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo, Auto del 14 de junio de 1963, consejero ponente Alejandro Domínguez Molina. Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1005 del 15 de octubre de 2008.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-028 del 30 de enero de 1997, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente OP-012.

¹⁰ Ob. Cit. Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1005 del 15 de octubre de 2008, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-7260.

Esa postura fue reiterada posteriormente, entre otras, en la Sentencia C-748 del 6 de octubre de 2011, al señalar:¹¹

“En efecto, ha dicho la Corte que la potestad reglamentaria tiene fundamento en lo previsto por el artículo 189-11 C.P., e implica que Ejecutivo está revestido de la facultad para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. La potestad reglamentaria, en consecuencia, tiene naturaleza “*ordinaria, derivada, limitada y permanente*”. Es ordinaria en razón a que es una función de la Rama Ejecutiva, sin que para su ejercicio requiera de habilitación distinta de la norma constitucional que la confiere. Tiene carácter derivado, puesto que requiere de la preexistencia de material legislativo para su ejercicio. Del mismo modo es limitada porque ‘encuentra su límite y radio de acción en la constitución y en la ley; es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador’”.

Es de advertir, que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la facultad reglamentaria no es absoluta y tiene como límite a la Constitución y a la ley, razón por la cual el Ejecutivo, al ejercerla, no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador.

En punto a la reserva de ley como límite a la potestad reglamentaria, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la misma tiene distintos significados. Entre otros, “se utiliza como sinónimo de ‘principio de legalidad’ o de ‘cláusula general de competencia del Congreso’, significando que, en principio, todos los temas pueden ser regulados por el órgano legislativo mediante ley y que la actividad de la administración, a través de su potestad reglamentaria, debe estar fundada en la Constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la ley”.¹² De igual manera, la reserva de ley es considerada “una técnica de redacción de

¹¹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-748 del 6 de octubre de 2011, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Expediente PE-032.

¹² Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-372 del 27 de mayo de 2009, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla, Expediente D-7473.

disposiciones constitucionales en las que el constituyente ordena al legislador que ciertos temas, en razón de su trascendencia, deban ser desarrollados por una fuente específica: la ley”.¹³

En cuanto a sus efectos, la reserva de ley se entiende “como la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias propias de esa técnica, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal”.¹⁴ Sobre este particular, el Tribunal Constitucional ha precisado que la regulación de materias sometidas a reserva de ley, son competencia exclusiva del legislador y, si bien puede ser llevada a cabo por el Ejecutivo a través de una ley de facultades extraordinarias o de decretos legislativos de estados de excepción, en ningún caso puede hacerlo a través de la potestad reglamentaria; concretamente, en cuanto hace a los elementos esenciales y principales.

Para la Corporación, la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley no es susceptible de ser intervenida a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones superiores -C.P. arts. 150-10, 152 y 338-. En relación con el tema, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1262 del 5 de diciembre de 2005 expresó:¹⁵

“La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. ... todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser ‘delegadas’ mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser ‘deslegalizadas’, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1262 del 5 de diciembre de 2005, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-5751.

que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución”.

Al existir reserva de ley, se impone el deber de “regular el tema mediante normas con fuerza de ley y la potestad reglamentaria únicamente podría ejercerla el presidente sobre aspectos marginales y muy puntuales. Cosa distinta sucede cuando no se presenta reserva de ley, por cuanto en tal evento, la materia puede ser regulada tanto por normas legales como reglamentarias”.¹⁶

En relación con esto último, cabe precisar que en la Constitución Política la determinación de reserva de ley se ha contemplado, entre otros aspectos, para la regulación de derechos fundamentales y, en general, para las materias propias de ley estatutaria. Al respecto, el inciso tercero del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, al regular el ejercicio de las facultades extraordinarias a cargo del presidente de la República, dispone expresamente que “Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

De acuerdo con el artículo 152 superior, una materia propia de regulación estatutaria es la referente a la “Administración de justicia”. Ello significa que, respecto de tal asunto opera el principio de reserva de ley, razón por la cual sus aspectos principales no pueden ser objeto de la potestad reglamentaria. Sobre el tema, en la Sentencia C – 037 del 5 de febrero de 1996 destacó que una ley estatutaria ha de ocuparse esencialmente sobre cuestiones referentes a “la estructura general de la administración de justicia y sobre los principios sustanciales y procesales que deben guiar a los jueces en su función de dirimir los diferentes conflictos o asuntos que se someten a su conocimiento”.¹⁷ De esa manera, se ha precisado en el mismo sentido que la interpretación de los asuntos

¹⁶ Ob. Cit. Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1005 del 15 de octubre de 2008, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, Expediente D-7260.

¹⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, Expediente PE-008.

que tienen reserva de ley estatutaria debe hacerse en forma restrictiva, “referente exclusivamente a la estructura orgánica esencial de la función pública de administración de justicia y a sus funciones generales”;¹⁸ lo cual comprende lo relacionado con “la determinación de los principios que informan la administración de justicia, así como los órganos encargados de ejercerla y sus competencias generales”.¹⁹

A partir de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha mantenido una posición uniforme, en el sentido de considerar “que la reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia solo aplica respecto de aquellas disposiciones (i) que se relacionan con su estructura general, entre ellas las referentes a sus principales órganos y las competencias que ejercen; (ii) que establecen y garantizan la efectividad de los principios esenciales que guían la función judicial; (iii) o que desarrollan aspectos sustanciales de esta rama del poder público”.²⁰

1.2. Facultad del presidente de la República para intervenir en la elección del fiscal general de la Nación

El inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política, reproducido por el artículo 29 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, dispone expresamente que: “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. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia”.

Dicho mandato, en concordancia con la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, consagra las reglas especiales de la forma como debe llevarse a cabo la

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-836 de 2002, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, Expediente D-4061.

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-055 del 16 de febrero de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, Expediente D-549.

²⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-406 del 4 de julio de 2013, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Expediente PE-037.

elección del Fiscal General de la Nación, previendo para el efecto, un trámite complejo, conformado por dos etapas o instancias: (i) la primera relacionada con la integración de terna por parte del presidente de la República, y (ii) la segunda, que corresponde a la elección por parte de la Corte Suprema de Justicia.

En relación con la integración de la terna por parte del presidente de la República, se trata, en consecuencia, de una competencia exclusiva, privativa y autónoma atribuida como Suprema Autoridad Administrativa,²¹ la cual debe ser ejercida en los estrictos y precisos términos de lo consagrado en la propia Constitución Política y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, conforme a la regla especial de procedimiento allí prevista, sin que resulte admisible someterla a condiciones adicionales a las allí previstas ni tampoco a reglas distintas de elección.

En concepto del 28 de octubre de 2010, la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, a propósito de una consulta remitida por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, explicó que la atribución de seleccionar y proponer candidatos a la Fiscalía General de la Nación “es una competencia especial, que se confiere a título personal al Presidente de la República por razón de su cargo”²² y que los aspectos no regulados por la Constitución y la ley para la conformación de la terna hacen parte del fuero discrecional del Presidente como Suprema Autoridad Administrativa. Allí se dijo:²³

“La Constitución regula esta competencia del Presidente de la República, reiterada por el artículo 29 de la Ley 270 de 1996, y es entonces en ella donde

²¹ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 2011-003, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila. “Cuando el Presidente de la República participa en la elección del Director de la Fiscalía General de la Nación (entidad que hace parte de la Rama Judicial del poder público) actúa como Suprema Autoridad Administrativa. En efecto, al postular a los tres candidatos, ejerce una competencia cuya finalidad es proveer el máximo cargo de dicha entidad, labor que es indispensable para la adecuada organización y funcionamiento de esa institución que, por lo demás, ejerce un papel trascendental dentro de la estructura del Estado y la sociedad misma”.

²² Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, providencia del 28 de octubre de 2010, Radicado 11001-03-06-000-2010-00113-00, consejero ponente Enrique José Arboleda Perdomo.

²³ *Ibidem*.

se debe consultar las condiciones, límites o restricciones para el ejercicio de su facultad de postular la terna de candidatos a la Fiscalía General de la Nación. Tales límites o condiciones y restricciones, están determinados por la finalidad de su atribución, que es, sin duda, la elección de Fiscal General de la Nación: las calidades que deben tener los candidatos (artículos 249 y 232 C.P.); la forma de proponer las candidaturas, esto es, la terna, porque los candidatos no pueden ser ni menos ni más de tres; la autoridad destinataria, que es la Corte Suprema de Justicia y no una autoridad distinta.

Salvo estas precisiones de naturaleza constitucional, expresas y especiales, mal podrían deducirse otras limitaciones o condiciones en consideración a razonamientos de orden teórico o a hipótesis doctrinarias, todas las cuales son evidentemente extraconstitucionales y entrarían en conflicto con los únicos aspectos reglados de esta función, establecidos en la Carta Política.

Resulta significativo que la ley no ha impuesto al Presidente de la República reglas de procedimiento especiales para la selección de candidatos ni para la elaboración de la terna para Fiscal General de la Nación. Así las cosas, salvo lo expresamente dispuesto sobre la materia en la Constitución, de la propia Carta se desprende que todos los demás aspectos atinentes al ejercicio de esta función deben quedar reservados a la discrecionalidad del Presidente de la República. Discrecionalidad de la cual cabe predicar, razonablemente, la regla establecida en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo [hoy artículo 44 CPACA], en un todo conforme con la naturaleza [finalidad] de esta competencia presidencial y con los mandatos de la Constitución Política”.

En igual sentido se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado en sentencia del 6 de marzo de 2012, cuando al decidir una acción pública de nulidad electoral contra los actos de elección y confirmación de Viviane Aleyda Morales Hoyos como Fiscal General de la Nación, sostuvo que actuaciones no reguladas en el proceso, como la de remitir otra terna ante la imposibilidad de elección en la Corte Suprema de Justicia, se ajustaban a las facultades discrecionales -no arbitrarias- del Presidente de la República en tanto estaban acordes con la finalidad de la atribución. En palabras de la Sala Plena del honorable Consejo de Estado:²⁴

“Teniendo en cuenta la previsión contenida en el inciso 2º del ya citado artículo 249 de la Constitución Política, la situación que se generó con la terna inicial, que provocó su sustitución, lejos de vulnerar alguna de las disposiciones constitucionales, obedeció al ejercicio de una facultad constitucional (no

²⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de marzo de 2012, radicado 11001-03-28-000-2011-00003-00, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

arbitraria), que consultó los fines de la norma así como razones de conveniencia institucional y de interés público (la interinidad se había prolongado mucho tiempo y la Corte no elegía al Fiscal), en consecuencia el Presidente ejerció nuevamente su facultad de postulación, esta vez ternando a los doctores Viviane Aleyda Morales Hoyos, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Carlos Gustavo Arrieta, revocando así, la designación anterior. Al efecto, la Suprema Autoridad Administrativa, sustentó ampliamente su decisión en escrito visible a folios 25 a 27 del expediente, ante la particular situación que en este caso se presentó (literal d).

Así, y hasta tanto no exista una reglamentación que desarrolle la disposición contenida en el artículo 249 inciso 2 de la Carta Política, a juicio de esta Corporación, la competencia del Primer Mandatario del Estado para formular la terna encaminada a la elección del Fiscal General de la Nación, no se agota sino hasta tanto se cumpla la finalidad constitucional, máxime cuando, como en este caso, diversas situaciones estaban prolongando una interinidad que afectaba la institucionalidad del Estado. No sobra reiterar que el ejercicio de la aludida facultad debe consultar el interés general y los fines de la disposición misma, sin que sea admisible arbitrariedad alguna.

Por otra parte, por las razones que anteceden, no se puede afirmar, como lo pretende el demandante, que existieron simultáneamente dos ternas pues, como ya se vio, con la radicación de la última, el Presidente de la República revocó tácitamente la primera”.²⁵

En suma, el acto de conformación de la terna por parte del presidente de la República, para que la Corte Suprema de Justicia elija al fiscal general de la Nación, es una competencia exclusiva, privativa, autónoma y personal atribuida directamente por la Constitución Política al Ejecutivo como Suprema Autoridad Administrativa; la cual debe ser ejercida en los términos definidos por el artículo 249 de la Constitución Política –reproducido por el artículo 29 de la Ley 270 de 1996–, quedando los demás aspectos atinentes al desarrollo de esta función, reservados al fuero discrecional del presidente de la República, quien deberá ejercerlos en forma razonable conforme a la finalidad de la función atribuida.

2. Inexistencia de configuración de los cargos formulados

²⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de marzo de 2012, radicado 11001-03-28-000-2011-00003-00, consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila.

2.1. Inexistencia de falsa motivación porque el Decreto 450 de 2016 modificó la regla constitucional y legal estatutaria especial de elección del fiscal general de la Nación.

Los demandantes argumentan que el Gobierno Nacional incurrió en una falsedad al motivar el Decreto 1163 del 2 de julio de 2019, en tanto partió de la idea de que el Decreto 450 de 2016 modificó la regla constitucional y estatutaria de elección del Fiscal General de la Nación, sin que ello fuera cierto.

Contrario a lo que opinan los actores, el Decreto 450 del 14 de marzo de 2016 adicionó elementos al procedimiento de conformación de la terna por parte del presidente de la República para la elección del Fiscal General de la Nación, y al hacerlo sí modificó la esencia de la regla especial dispuesta en el artículo 249 de la Constitución Política y 29 de la Ley 270 de 1996 para dicha elección, según se puede observar en el Grafico 1 de la demanda, Gráfico titulado “Procedimiento dispuesto en el Decreto 450 de 2016 para la elaboración de terna de candidatas (sic) a Fiscal (sic) General (sic) de la Nación Fuente: Elaboración propia”.²⁶ Ese cuerpo normativo, entonces, desbordó la potestad reglamentaria atribuida al ejecutivo y era pertinente retirarlo del ordenamiento jurídico para efectos de ajustar la etapa de conformación de la terna de manera estricta a la regla constitucional y estatutaria especial. No ocurre, por tanto, una falsa motivación.

Como ya ha sido señalado, el inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política, reproducido por el artículo 29 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -Ley 270 de 1996-, atribuye al presidente de la República la facultad de conformar una terna de candidatos para que la Corte Suprema de Justicia elija fiscal general de la Nación.

²⁶ “2.1. Los nombres de cargos y empleos (v. c. C1) se escriben de redondo y con inicial minúscula: [...]” Martínez de Sousa José. 2007. *Manual De Estilo De La Lengua Española*: (Mele 3). Cuarta edición, revisada y ampliada. Biblioteconomía Y Administración Cultural, 38. Gijón, Asturias: Ediciones Trea.

Mediante ese sistema de elección, el Constituyente le reconoció al presidente de la República un margen de autonomía en la elaboración de la terna, que se traduce, a su vez, en la posibilidad de incidir de esa manera en el organismo encargado de ejercer la acción penal sin comprometer su independencia. Como una expresión del sistema de frenos y contrapesos, la Carta Política dispone, entonces, que uno de los máximos órganos del poder judicial, Corte Suprema de Justicia, elija al director de una de las instituciones de su ramo más importantes, el Fiscal General de la Nación, pero a partir de tres candidatos enviados por la más alta autoridad de la rama ejecutiva -presidente de la República-, con el fin de que se promueva en la mayor medida posible la tecnificación de la entidad.

Luego, al regular el mandato contenido en el inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política, en lo que corresponde a la forma de elección del fiscal general, el Legislador Estatutario decidió reproducir la referida disposición Superior.²⁷ En ese sentido, determinó que en el proceso de elaboración de la terna el presidente únicamente se limita a cumplir los requisitos constitucionales, motivo por el cual debe entenderse que los demás aspectos atinentes al desarrollo de esta función, quedaron reservados al fuero discrecional del presidente de la República, como Suprema Autoridad Administrativa, quien deberá ejercerlos en forma razonable y sin mayor condicionamiento a que sus actuaciones deben dirigirse efectivamente a cumplir la finalidad de elegir al funcionario.

La facultad de postulación reconocida al presidente de la República para la elección del fiscal general de la Nación, que se materializa en la atribución de integrar la terna, se desarrolla por parte del primer mandatario en su condición de Suprema Autoridad Administrativa de manera exclusiva, privativa y autónoma, entendiendo que se trata de una gestión que este cumple para el buen funcionamiento de la administración pública, con lo cual debe entenderse que el

²⁷ Uno de los contenidos reservados al Legislador Estatutario es el relativo a la Administración de Justicia (art. 152. CP), concretamente, en todo lo que corresponde a su estructura general y la de sus principales órganos. Considerando que la Fiscalía General de la Nación se integra a la rama judicial (art. 249. CP) y que es una de sus instituciones más representativas, aquellos aspectos relacionados con la forma de elección del Fiscal General se encuentran sometidos al principio de reserva de ley estatutaria, en tanto se trata de un asunto sustancial de la Rama Judicial del Poder Público y hace parte de la estructura y funcionamiento básico de la Fiscalía General.

ejercicio de dicha facultad es discrecional -en lo que no está regulado por la Constitución y la ley- y que se encuentra amparada por la presunción de buena fe (C.P. art. 83), en el sentido que el presidente la ejercerá atendiendo al interés general y a los mejores designios de la Nación colombiana.²⁸

De acuerdo con lo anterior, para la conformación de la terna de la cual se elige al fiscal general de la Nación, el presidente de la República debe seguir el procedimiento especial previsto en la Constitución Política y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, como le corresponde, ajustando su proceder para la selección de candidatos a las condiciones y calidades exigidas en dichas disposiciones. El propósito del presidente de la República de ejercer sus funciones con estricto apego a la Constitución Política y a la ley, es lo que permite garantizar el correcto ejercicio de la función y, además, que la terna sea integrada con personas idóneas para el ejercicio del cargo.

A pesar de la claridad de la regla especial de elección, se expidió el Decreto 450 del 14 de marzo de 2016 para establecer un “trámite para la integración de la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación” (art. 1) con el fin aparente de agregar una dosis de publicidad y transparencia al procedimiento. Ese trámite contemplaba que, en primer lugar, se haría una “invitación pública [...] a quienes reúnan los requisitos establecidos en la Constitución Política y la ley [...] [para] que postulen su nombre” (art. 3). Luego, el “Ministro de la Presidencia de la República remitirá la lista al Presidente de la República, quien [...] elaborará la lista definitiva de candidatos, en el que podrá incluir el nombre de otros ciudadanos” (art. 4). Posteriormente, esa lista definitiva “se publicará inmediatamente en la página web de la Presidencia de la República [...] para que los ciudadanos se pronuncien frente a los candidatos” (art. 5). Una vez recibidas las observaciones, “el Presidente de la República podrá realizar entrevistas a los candidatos, [...] [garantizando] equidad y transparencia” (art.

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1194 del 3 de diciembre de 2008, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, Expediente D-7379. Como principio constitucional (C.P. art. 83), la buena fe “[...] exige a los particulares y de las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta (*vir bonus*). Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”.

6), o podrá directamente elaborar la terna, la cual “dará a conocer a la opinión pública a través de medios de amplia circulación los nombres que la integran y, posteriormente, por intermedio del Secretario Jurídico de la Presidencia, la presentará a la Corte Suprema de Justicia” (art. 7).

Ese trámite había alterado la discrecionalidad del presidente de la República reconocida expresamente en la Constitución Política y en la Ley Estatutaria y, con ello, puso en riesgo la configuración constitucional de la elección del Fiscal General.

Un aspecto esencial de la regulación constitucional y estatutaria es la discrecionalidad de la Suprema Autoridad Administrativa en lo que no está gobernado por la Constitución. Esa discrecionalidad no es caprichosa, sino que está arraigada de manera profunda al sistema de frenos y contrapesos para definir la forma en que debe operar la Fiscalía General de la Nación, como pilar de un sistema penal de carácter técnico e independiente a presiones políticas.

En los debates que tuvieron lugar al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, en uno de los informes de ponencia para primer debate en plenaria sobre la propuesta de reforma constitucional a la Fiscalía General de la Nación, el constituyente Fernando Carrillo Flórez argumentó que esa forma de elección era la más adecuada para materializar un verdadero sistema de frenos y contrapesos. Al respecto, explicó que “La Fiscalía debe tener una ascendencia orgánica en el Ejecutivo, entre otras razones, porque la lucha contra la impunidad es más responsabilidad del presidente y sus organismos de policía y seguridad que de los jueces que actúan solamente cuando se comete un delito. [...] Lo que evidentemente queda muy claro es que para su designación deben intervenir el Ejecutivo y el Judicial. Ahora bien, considero que dentro de las formas aplicables la más conveniente es la relativa a la terna que el presidente presentaría a la Corte Suprema de Justicia. Esta alternativa, en primer término, evita cualquier riesgo de politización. En segundo, garantiza que el Tribunal de Casación Penal se pronuncie en la nominación del funcionario encargado de la investigación. Y, por último, vale decir que de tiempo atrás el procurador se

viene eligiendo de terna presidencial y ello no ha incidido de modo alguno en la independencia e imparcialidad de dicho funcionario”.²⁹

El carácter discrecional en la elaboración de la terna se había erosionado con el Decreto 450 del 14 de marzo de 2016. Por una parte, ese decreto había agregado la participación de agentes externos al poder ejecutivo en la conformación de una lista previa -invitación pública- y, de otra, había integrado al procedimiento la intervención de un funcionario que puede limitar el ejercicio de la atribución presidencial -Ministro de Presidencia-. De esta manera, la configuración de la terna dejaba de ser una potestad exclusiva, autónoma y personal atribuida al presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa, en cuyo procedimiento hay dosis de discrecionalidad, y pasaba a ser una facultad limitada por agentes externos y funcionarios de inferior jerarquía. El vínculo orgánico que tiene el Fiscal con el poder ejecutivo se veía alterado por la regulación del decreto derogado, y en ese sentido se modificaba el sistema de elección como una forma de agregarle tecnicismo e independencia a la entidad, en los términos del Constituyente.

La facultad reglamentaria no es absoluta y tiene como límite a la Constitución y a la ley. Por tanto, al ejercerla el Ejecutivo no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador, como es precisamente el caso de lo relacionado con la elección del Fiscal General de la Nación. La reglamentación del Decreto 450 del 14 de marzo de 2016 había adicionado nuevos condicionamientos a la potestad del presidente de la República para la elaboración de la terna para Fiscal General de la Nación que, como surge del propio artículo 249 de la Carta Política, es un acto complejo en el que participan el Presidente de la República -a quien corresponde la conformación de la terna- y la Corte Suprema de Justicia – a la que se le atribuye la respectiva elección-.

²⁹ Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional No. 81 del 24 de mayo de 1991. Páginas 13 y 14.

Sobre esas bases, mediante el Decreto 1163 del 2 de julio de 2019, se dispuso derogar el Decreto 450 del 14 de marzo de 2016, con el propósito específico de ajustar la atribución reconocida al presidente de la República para conformar la terna de la cual la Corte Suprema de Justicia debe elegir al Fiscal General de la Nación, en sentido estricto, a las reglas constitucionales y estatutarias que regulan dicha elección, respetando con ello el grado de discrecionalidad que la Constitución Política y la ley le reconocen al propio presidente de la República en la materia.

Siendo ello así, no puede afirmarse, como equivocadamente lo sostienen los demandantes, que con la expedición del Decreto 1163 del 2 de julio de 2019 se incurrió en la causal de falsa motivación, pues la adición de nuevas fases al procedimiento de elaboración de la terna para Fiscal sí suponía una modificación de la regla especial constitucional y un desbordamiento de la facultad reglamentaria, por lo que era preciso retirar del ordenamiento el Decreto 450 del 14 de marzo de 2016. Con respecto a esto último, debe agregarse que el procedimiento especial dispuesto en la Constitución y en la ley estatutaria para la elección del Fiscal General de la Nación, no contempla un trámite previo relacionado con la consideración y publicación de los aspirantes a la conformación de la terna, por lo que en estricto sentido no existe un deber jurídico del Presidente de la República de condicionar su competencia para conformar la terna a reglas adicionales o complementarias de las fijadas directamente por la Carta Política y la ley estatutaria de administración de justicia. Si ese hubiese sido el querer del Constituyente -inicialmente- o del legislador estatutaria -en desarrollo del mandato Superior- así lo hubiesen previsto expresamente en la propia Constitución Política o directamente a través de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

En consecuencia, los motivos de derecho que dieron lugar a la expedición de la norma acusada son verdaderos, reales y legales, razón por la cual el primer cargo por falsa motivación no se configura y, por tanto, no hay lugar a decretar la suspensión provisional del Decreto 1163 del 2 de julio de 2019.

2.2. Inexistencia de falsa motivación porque la referencia jurisprudencial citada en el inciso cuarto del considerando del Decreto 1163 del 2 de julio de 2019 es pertinente.

En el segundo cargo los actores argumentan que el Decreto 1163 del 2 de julio de 2019 incurrió en una falsa motivación, porque al citarse la Sentencia³⁰ del 30 de marzo de 2017 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Radicado 2016-00067-00) se utiliza como sustento una decisión judicial que no sirve como precedente relevante para el caso y que en todo caso es malinterpretada y descontextualizada.

No obstante, contrario a lo que afirman los demandantes, la Sentencia del Consejo de Estado citada en el inciso cuarto del Decreto 1163 del 2 de julio de 2019 sí constituye una providencia aplicable para motivar la derogatoria del Decreto 450 del 14 de marzo de 2016. En la *ratio decidendi* de esa providencia se estableció una regla de derecho de la mayor importancia para reconocer la aplicabilidad estricta de los procedimientos de elección especiales consagrados en la Constitución Política, en perjuicio incluso de otras disposiciones superiores. Como uno de los propósitos del Decreto 1163 del 2 de julio de 2019 es ajustar estrictamente el procedimiento de elección del Fiscal General de la Nación a la regla especial constitucional y estatutaria, en perjuicio de una norma que establecía un trámite diferente, es evidente la relevancia de la cita jurisprudencial del Consejo de Estado para soportar su motivación.

En la Sentencia del 30 de marzo de 2017 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Radicado No. 2016-00067-00, a propósito de una demanda de nulidad contra la elección del Defensor del Pueblo, el Alto Tribunal dijo que el procedimiento para elegir ese funcionario debía ajustarse estrictamente a lo dispuesto por el artículo 281 de la Constitución Política que establece el

³⁰ “2.1. Los nombres genéricos ley, ley orgánica, decreto, real decreto, orden, real orden, pragmática, privilegio, resolución, disposición y otras semejantes se escriben de redondo y con inicial minúscula, y en los específicos se escriben con inicial mayúscula los sustantivos [...]” Martínez de Sousa José. 2007. *Manual De Estilo De La Lengua Española*: (Mele 3). Cuarta edición, revisada y ampliada. Biblioteconomía Y Administración Cultural, 38. Gijón, Asturias: Ediciones Trea.

procedimiento especial para su elección, por lo que no era viable aplicar ni siquiera otra normativa constitucional que ordena la convocatoria pública general -artículo 126-. Al respecto, sostuvo:

“Los actores, con fundamento en [el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política], dijeron que para la elección del Defensor del Pueblo, la terna que haga el Presidente debe estar precedida de una convocatoria pública.

De la revisión de las normas constitucionales, esta Sección encuentra que este aparte del artículo 126 de la Constitución no es aplicable para la elección del defensor del pueblo.

Lo anterior ya que en el artículo 281 –norma especial- se estableció que el defensor de pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma, y además se consagró la forma como debe hacerse su elección.

En este punto debe precisarse que dicha norma no solo señala las autoridades que participan en esa elección, sino que establece la forma en que debe hacerse la elección, puesto que dispone que el procedimiento estará conformado por dos etapas: (i) la primera relacionada con la realización de una terna elaborada por el Presidente de la República, y (ii) la segunda, que corresponde a la elección por parte de la Cámara de Representantes de uno de los integrantes de la terna. De acuerdo con lo anterior, es claro que para la elección del defensor del pueblo participan dos autoridades diferentes, por un lado el Presidente de la República y por otro, la Cámara de Representantes, razón por la cual no puede hablarse que se trata de una elección que esté únicamente en cabeza de la corporación pública.

Así las cosas, se tiene que el artículo 126 de la Constitución no es aplicable para la elección del defensor del pueblo porque: (i) el artículo 281 de la Constitución es una norma especial y posterior que consagra el procedimiento de la elección y (ii) en la elección del defensor del pueblo no solo interviene la Cámara de Representantes, razón por la cual no hay lugar a hacer la convocatoria pública”.

De lo anterior puede desprenderse una regla jurisprudencial según la cual cuando la Constitución establece la forma de elección de un funcionario público se debe proceder a aplicar el procedimiento especial previsto en la propia Carta Política, incluso en perjuicio de otras disposiciones superiores que buscan garantizar publicidad y transparencia. Ciertamente, en la sentencia del Consejo de Estado se reconoció la imposibilidad de aplicar una norma superior que establecía la necesidad de una convocatoria pública para elección de funcionarios en el caso del Defensor del Pueblo, justamente porque otra norma constitucional “consagró

la forma como debe hacerse su elección”. Ese concepto hace parte de la *ratio decidendi* de la sentencia, pues si el Alto Tribunal no le hubiera dado el carácter de regulación especial al artículo 281 superior para la elección del Defensor del Pueblo, muy seguramente habría estimado que era obligatorio aplicar el mandato de convocatoria pública del artículo 126 de la Constitución y su decisión habría sido la de declarar la nulidad de la elección demandada.

Para la expedición del Decreto 1163 del 2 de julio de 2019 se requería explicar hasta qué punto era viable derogar normas que –aparentemente– dotaban de publicidad y transparencia el procedimiento de elección del Fiscal General de la Nación, para el cual la Constitución establece una regla especial con la intervención de dos autoridades (presidente de la República y Corte Suprema de Justicia). Esa respuesta se encontraba claramente planteada en la sentencia del Consejo de Estado que se citó en la cuarta consideración del decreto demandado.

En efecto, la argumentación de esa providencia es fundamental para comprender *mutatis mutandis* que para la conformación de la terna para elegir Fiscal General de la Nación debe aplicarse estrictamente el procedimiento consagrado en el artículo 249 de la Constitución Política, incluso en perjuicio de otras disposiciones que en apariencia consagran un trámite que garantiza publicidad y transparencia (como el que traía el Decreto 450 del 14 de marzo de 2016), pues el Constituyente establece esa regla de elección para desarrollar otros valores relevantes en el marco del Estado Social de Derecho y el equilibrio de los poderes públicos.

Es en este contexto que la cita jurisprudencial del Consejo de Estado es relevante y pertinente para motivar la derogatoria. En tanto el objetivo del Gobierno Nacional con el Decreto 1163 de 2019 es ajustar el procedimiento de conformación de la terna para elección del Fiscal General de la Nación al texto Constitucional, sin sacrificar valores superiores irrazonablemente, es necesario exponer un soporte de autoridad que justificara la vigencia de esa regla especial de elección en perjuicio de otros trámites que establecían fases adicionales. La cita, entonces, reviste legitimidad jurídica la determinación de derogar un

decreto que formalmente pretendía dotar de publicidad y transparencia el procedimiento de elección del Fiscal General de la Nación, en tanto permite establecer que cuando la Constitución dispone una regla especial para la elección de un funcionario público debe aplicarse ese trámite.

Es evidente, entonces, que la sentencia del 30 de marzo de 2017 de la Sección Quinta del Consejo de Estado (radicado No. 2016-00067-00) es relevante y pertinente para motivar la derogatoria del Decreto 450 del 14 de marzo de 2016, en tanto delimita el alcance de las reglas especiales de elección de funcionarios públicos consagradas en la Constitución Política y da lugar a su aplicación directa, lo que es a todas luces importante para decidir sobre el procedimiento de elección del fiscal general de la Nación.

Así las cosas, el Decreto demandado no adolece de falsa motivación por citar la sentencia del 30 de marzo de 2017 de la Sección Quinta del Consejo de Estado (radicado No. 2016-00067-00) y, en ese sentido, no hay lugar a decretar la suspensión provisional del Decreto 1163 del 2 de julio de 2019 por este cargo.

2.3. Inexistencia de la infracción a las normas en las que debería fundarse, por las motivaciones del Decreto 1163 del 2019, en las que se invocaron los artículos 189.11 y 249 constitucionales; La revocatoria directa de los actos administrativos no aplica en el caso del Decreto 1163 de 2019

La segunda causal de nulidad alegada por los accionantes radica en la supuesta infracción de las normas en la que debió fundarse. A juicio de los actores, las motivaciones del decreto cuestionado debieron hacer alusión al artículo 93 de la Ley 1437 del 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), referente a la revocatoria directa, aun cuando, en este caso, el Decreto 450 no se enmarca en ninguna de las causales taxativas allí referidas. Para los actores, la Administración debió hacer uso de la figura de revocatoria directa, al considerar que esta figura comparte los mismos efectos de la derogatoria, pues ambas pretenden excluir del ordenamiento jurídico un acto administrativo.

A tal respecto, los argumentos de los demandantes resultan abiertamente contradictorios e incongruentes, como quiera que indican, prima facie, que la revocatoria directa de los actos generales, establecida en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, era el procedimiento que debió surtir la Administración si no estaba de acuerdo con el contenido del Decreto 450 del 2016, razón por la cual el Decreto 1163 del 2019 debió fundamentarse en esta figura. A renglón seguido, indican que el Decreto 450 no incurrió en ninguna de las causales de revocatoria directa incluidas en la ley para su aplicación. Por todo esto, no se entiende la razón por la cual el Decreto 1163 tendría que hacer alusión a la normativa de revocatoria directa, si el Decreto 450 no incurría en ninguna de las causales. En definitiva, los accionantes están justificando el hecho de que no se debía realizar el procedimiento de revocatoria directa, y, así, le dan la razón al Gobierno, cuando decidió derogar el Decreto 450.

Bajo la circunstancia antes mencionada, conviene aclarar las diferencias entre la revocatoria directa y la derogatoria, pues esta distinción es necesaria y conducente, para refutar las posturas teóricas de los accionantes sobre la aplicación y los efectos de las mismas.

La revocatoria directa está concebida como "una prerrogativa de control de la misma administración sobre sus actos que le permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, o de sus derechos fundamentales"³¹. Es decir, es una facultad propia de la autoridad administrativa que expidió el acto o de su superior jerárquico, y opera de oficio o a solicitud de parte.

En este punto es importante señalar que solamente los actos administrativos de carácter particular, individual y concreto son susceptibles de revocatoria directa,

³¹ Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 23 de febrero de 2011, Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: No. 11001-03-25-000-2005-00114-00(4983-05).

mientras que los de carácter general, impersonal y abstracto, como los decretos o circulares, son susceptibles de ser derogados por la administración.

Esta distinción surge en atención a la aplicación del artículo 58 de la Constitución Política, según el cual se deben garantizar los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. En este evento, cuando se trata de actos de contenido particular y concreto, la normativa contencioso administrativa ha establecido un procedimiento reglado, en razón de la creación de situaciones subjetivas, individuales y concretas de los administrados. Mientras que la derogatoria de actos generales por parte de la Administración se efectúa de forma unilateral y discrecional por parte de la autoridad u organismo que lo expidió.

La jurisprudencia del máximo órgano de lo Contencioso Administrativo ha señalado cuáles son las diferencias entre la revocatoria y la derogatoria en reiterados pronunciamientos, al sostener que:

“Una de las diferencias transcendentales de la revocatoria y la derogatoria la constituyen los efectos de la decisión; el acto administrativo que contiene una revocatoria tiene efectos *ex tunc*, genera efectos hacia el pasado, es decir, a partir de la existencia del acto que se revoca y la derogatoria tiene efectos *ex nunc*, hacia el futuro, es decir, siempre a partir del momento que queda en firme la decisión de derogación.³²”

Con relación a los efectos de esos dos modos de extinción de los efectos de los actos administrativos, el Consejo de Estado ha reiterado que la derogatoria surte efectos hacia el futuro (*ex nunc*), es decir, no afecta los derechos que se hubieren consolidado como adquiridos bajo el amparo del acto derogado y sin restablecer el orden violado, en cambio, la revocatoria tiene efectos *ex tunc*, hacia el pasado, esto es, a partir de la existencia del acto que se revoca, en otros términos, la

³² Colombia, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 23 de febrero. Sentencia del 31 de mayo del 2012, Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: No. 68001-23-31-000-2004-01511-01(0825-09)).

revocatoria se retrotrae en el pasado como si el acto revocado no hubiera existido³³.

Teniendo claridad acerca de la distinción de los efectos de ambas figuras, este Ministerio encuentra desacertada la premisa sobre la cual los accionantes fundamentaron su argumentación, expresando que “no existe diferencia entre la figura jurídica de la derogatoria vs. la revocatoria directa de los actos administrativos, razón por la cual, así se busque derogar y no revocar directamente un acto administrativo, la derogatoria, vía analogía legis, ya que no tiene normativa expresa que lo regule, deberá cumplir con los mismos presupuestos para la revocatoria directa, los cuales no se cumplen para el caso del decreto 1163 de 2019”.

Queda demostrado entonces, que existe una diferencia evidente entre la revocatoria directa y la derogatoria, pues aun cuando ambas figuras jurídicas son formas o modos de extinción de los actos administrativos, sus efectos recaen sobre decisiones de diferente tipo y sus consecuencias jurídicas en el tiempo son distintas, luego entonces, no se puede asimilar, en ningún escenario, los efectos retroactivos de la revocatoria directa de los actos administrativos con los futuros de la derogatoria de los mismos.

Desde tal perspectiva, resulta desacertado suponer que la administración debe acudir a la revocatoria, para generar la pérdida de vigencia de una norma de carácter abstracto contraria a la Constitución y a la Ley Estatuaria, que se había emitido bajo su potestad reglamentaria, cuando el camino para que ésta disposición deje de surtir efectos jurídicos corresponde a una derogatoria, como expresión negativa de la potestad reglamentaria de la administración.

Con todo lo anterior, es claro que Decreto 1163 del 2019 no está incurso en la causal de infracción a normas en las que debería fundarse, en tanto no era necesario ni pertinente referirse en las motivaciones a las causales de revocatoria

³³ Ibidem.Sentencia del 23 de febrero .Sentencia del 31 de mayo del 2012, Consejero Ponente, Gerardo Arenas Monsalve.

directa, puesto que el decreto demandado surge en acatamiento del deber del Gobierno de asegurar el cumplimiento del derecho contenido en disposiciones de superior jerarquía, sin que ello pueda comportar la modificación, ampliación o restricción de su contenido o alcance.

En conclusión, la norma demandada no adolece de falsa motivación, ni tampoco está incurso en la causal de infracción a las normas constitucionales en las que se sustenta, toda vez que la constitución no ha impuesto al presidente de la República reglas de procedimiento especiales para la selección de candidatos, ni mucho menos en la elaboración de la terna para designar al fiscal General de la Nación. De manera que, salvo lo expresamente dispuesto sobre la materia en el texto constitucional, todos los demás aspectos atinentes al ejercicio de ésta atribución constitucional deben quedar reservados a la discrecionalidad del presidente de la República.

IV. PETICIÓN

En virtud de lo anteriormente expuesto, solicitamos a la honorable Consejera Ponente no decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del Decreto 1163 del 2019, puesto que no se dan los presupuestos establecidos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

V. ANEXOS

1. Poder otorgado por Olivia Inés Reina Castillo, Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho a María Alejandra Aristizábal García, en un (1) folio.
2. Copia del apartado pertinente del Decreto 1427 de 2017, en cuyo artículo 18.6, asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio, en dos (2) folios y vueltos.
3. Copia de la Resolución N° 0641 del 4 de octubre de 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la representación judicial de la

entidad para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado, en un (1) folio y vuelto.

4. Copia de la Resolución No. 0796 de 2019 por la cual se nombra a la suscrita en el cargo de Directora Técnica en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, en un (1) folio.
5. Copia del Acta de Posesión de la Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, en un (1) folio.
6. Poder otorgado por Clara María González Zabala, Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República a Martha Alicia Corssy Martínez, en un (1) folio y vuelto.
7. Copia auténtica de la Resolución No. 0092 de febrero 11 de 2019 “por la cual se delegan unas funciones”, en un (1) folio.
8. Copia auténtica del Decreto 1605 de agosto 21 de 2018 “por el cual se hace un nombramiento ordinario”, en un (1) folio.
9. Copia autenticada del Acta de Posesión No. 054 del 21 de agosto de 2018 de Clara María González Zabala, como Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República en un (1) folio.
10. Copia auténtica del Acta de reincorporación No. 248 de febrero 12 de 2019 de Clara María González Zabala como Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, en un (1) folio.

VI. DISCOS COMPACTOS

Disco compacto que contiene debidamente digitalizados los siguientes documentos:

- 1.1. Pronunciamiento sobre la medida cautelar
- 1.2. Relación de los anexos 1 al 10 arriba enunciados.

VII. DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

Correo electrónico notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co

Teléfono: (57 1) 444 31 00

2. La PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA recibirá notificaciones en la Calle 7 No. 6 – 54 de la ciudad de Bogotá, D.C., Colombia. Correo electrónico notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co Teléfono (57 1) 562 93 00 y 382 28 00

De la honorable Consejera de Estado ponente, y de los demás Consejeros de Estado integrantes de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con el debido respeto,

María Alejandra Aristizábal García
MARÍA ALEJANDRA ARISTIZÁBAL GARCÍA
C.C. 1016.054.624
T.P. 262.951 del Consejo Superior de la Judicatura
Ministerio de Justicia y del Derecho


MARTHA ALICIA CORSSY MARTÍNEZ
C.C. 52.619.609
T.P. 97.847 del consejo Superior de la Judicatura
Presidencia de la República