

AUTO DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Concede, accede, reconoce al Departamento de la Presidencia de la República como sucesor procesal del DAS, mientras el Presidente dicta la reglamentación correspondiente / SUCESOR PROCESAL - Sucesión procesal, sucesor procesal, de entidad pública. Sucesión procesal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS / SUCESOR PROCESAL - Departamento de la Presidencia de la República será sucesor procesal del DAS, mientras el Presidente dicta la reglamentación correspondiente / AUTO DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Unifica jurisprudencia. Inaplica el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 por inconveniente, inconstitucional e ilegal / INAPLICACION DE NORMA - Por rompimiento del principio de independencia y separación de poderes

Vistas las consideraciones conceptuales pertinentes sobre el acceso a la administración de justicia, la sucesión procesal y las nulidades procesales, así como memorado brevemente algunas ideas sobre la independencia judicial, la Sala encuentra que tales insumos teóricos brindan suficiente apoyo como para considerar que a la luz de la normativa legal y reglamentaria citada la Fiscalía General de la Nación, órgano que integra la Rama Judicial del poder público, no puede ser considerada como sucesora procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS. (...) Si bien es cierto que al desaparecer una entidad pública, en este caso el Departamento Administrativo de Seguridad, hay lugar a distribuir las competencias que dicha Entidad tenía en las demás autoridades públicas existentes, es claro que en ese ejercicio de re-distribución funcional el Legislador y el Gobierno Nacional deben actuar conforme al principio de separación de los poderes públicos, los cuales si bien deben cooperar para la consecución (sic) (sic) de los fines convencionales y constitucionales del Estado, lo que hace que dicha separación sea flexible y no absolutamente rígida, no lleva ello a admitir una desfiguración de la identidad esencial de estos, tal como lo ha referido la jurisprudencia constitucional: “el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos.” (...) Y precisamente ello es lo que sucede en el sub iudice, por cuanto mediante el Artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 pretende el Gobierno Nacional que un órgano perteneciente a la Rama Judicial del poder público asuma la función de representación judicial (y las eventuales consecuencias jurídicas y patrimoniales desfavorables) de una extinta entidad que pertenecía al poder ejecutivo. (...) De tal cosa no pueden sino desprenderse consecuencias que pugnan seriamente con el modelo convencional y constitucional colombiano, (...) Todas estas circunstancias no hacen más que poner de presente la abierta disfuncionalidad, trasgresión al principio de separación de poderes y violación a la independencia judicial en que incurre el contenido normativo del Artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, en lo que refiere a la Fiscalía General de la Nación, pues no se distingue el ejercicio de la función ejecutiva con la judicial, se elude la responsabilidad del poder ejecutivo, se afecta el correcto ejercicio de la administración de justicia [competencia de persecución (sic) (sic) del delito de la Fiscalía], lo cual contraviene los contenidos normativos convencionales y constitucionales a los cuales está sujeto el legislador y el Gobierno Nacional al momento de ocuparse de la distribución de competencias de las entidades públicas extintas. (...) Aunado a todo lo anterior, esta Sala también encuentra serios reparos de legalidad al contenido normativo del artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, en lo que hace referencia a la Fiscalía General de la Nación. Ello por cuanto trasgrede, de manera abierta, el Decreto-Ley que, precisamente, dice reglamentar. (...) Fluye, entonces, la contrariedad entre lo preceptuado por el Decreto-Ley (4057 de 2011) y el reglamentario (1303 de 2014), por cuanto siendo este último acto jurídico concreción del ejercicio de la potestad reglamentaria en cabeza del Gobierno Nacional, pretende extender la representación judicial del DAS a un órgano que no integra la Rama Ejecutiva del

Poder Público, siendo que el Decreto-Ley estableció en modo claro y explícito que tal competencia sería distribuida entre las Entidades del poder ejecutivo, que no judicial. (...) Y es que en lo que hace relación al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República (artículo 189 núm. 11 Constitución Política), en virtud de su función como Suprema Autoridad Administrativa, debe advertirse que tal habilitación constitucional no supone, ni puede ser entendida como una autorización para desconocer, desvirtuar o trasgredir el contenido normativo de la Ley que se dice reglamentar, ya que, como bien entendido se tiene por esta Corporación, el ejercicio de reglamentación supone la adopción de decisiones administrativas tendientes a hacer operativa o llevar a ejecución la ley más, en modo alguno, que se cercene la voluntad legislativa. (...) Por tal razón, la Sala, en orden a avenirse con el deber convencional erga omnes que tienen las autoridades de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención (artículo 1.1 CADH) y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2 CADH), esto es, como una manifestación de la obligatoriedad de los criterios de convencionalidad para los jueces y todas las autoridades internas y apelando al artículo 4 superior sobre excepción de inconstitucionalidad, esta Sala se ve en la obligación de inaplicar el aparte del artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 en lo referente a la Fiscalía General de la Nación como destinataria de los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en los que estuviere involucrado el DAS. Corolario de lo dicho, no puede la Sala reconocer a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS. (...) En consecuencia, ante el vacío normativo que se configura al existir impedimento jurídico para que la Fiscalía adquiriera la calidad de sucesor procesal ya referida y a fin de recabar por una solución que garantice el derecho que tienen las partes en el proceso (y particularmente los actores) a que se continúen los procesos judiciales iniciados contra el DAS sin mayores dilaciones y con plena claridad sobre las Entidades públicas llamadas a ser convocadas al proceso como sucesoras procesales de dicha entidad, se ordenará, nuevamente en cumplimiento de las prescripciones del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, poner en conocimiento al señor Presidente de la República esta providencia, para que, actuando en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa y en el marco de sus competencias (artículo 189.17 Constitucional y Artículo 18 del Decreto-Ley 4057 de 2011), adopte las medidas administrativas que sean necesarias para garantizar, de la manera más clara y sin traumatismos, la sucesión procesal del DAS en los procesos contenciosos administrativos donde esta entidad obró como parte o tercero, según cada caso, y actuando dentro del marco convencional, constitucional y legal de respeto por la separación funcional de los poderes públicos. (...) 6.5.14.- Además, (...) esta Sala de Sección, en orden a solventar temporalmente las dificultades surgidas a partir de la problemática tratada en el sub iudice y mientras el Gobierno Nacional adopta las medidas pertinentes referidas en el numeral anterior, dispondrá RECONOCER COMO SUCESOR PROCESAL al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA y, en consecuencia, ORDENARÁ que se le notifique este proveído personalmente a dicha Entidad a fin de que tenga conocimiento de lo acá decidido y asuma la representación judicial del DAS, como su sucesor procesal, en aquellos procesos judiciales donde se reconoció (o habría de reconocerse de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014) a la Fiscalía General de la Nación. Reitera la Sala que tal situación se mantendrá hasta tanto el Presidente de la República, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales reglamente lo pertinente, en armonía con los principios, valores y reglas convencionales, constitucionales y legales. (...) Precisa la Sala que el presente pronunciamiento se contrae, exclusivamente, para el asunto sub iudice, donde se reconoció, en auto de 7 de julio de 2014, a la Fiscalía General de la Nación como sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS suprimido, por cuanto la Sala esbozó reparos de convencionalidad,

constitucionalidad y legalidad, por violación del principio de separación de poderes y la independencia judicial, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 60 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267 / LEY 1465 DE 2012 - ARTICULO 68

UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Sentencias de unificación y autos de unificación / SENTENCIA DE UNIFICACION - Ley 1437 de 2011. Precedente jurisprudencial de Sala Plena Contenciosa y Sala Plena de Sección / AUTO DE UNIFICACION - Ley 1437 de 2011. Precedente jurisprudencial de Sala Plena Contenciosa y Sala Plena de Sección / ALTA CORTE - Órgano de cierre. Competencia Consejo de Estado: Unificación Jurisprudencial

Es competente la Sala Plena de esta Sección para conocer del presente asunto, por cuanto trata de la unificación de criterios jurisprudenciales en lo que respecta a la sucesión procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, en supresión; conforme a la atribución que da cuenta el numeral 2 del artículo 13A del Acuerdo 058 de 1999, adicionado por el Acuerdo 148 de 2014 de la Sala Plena del Consejo de Estado. Para tal efecto, precisa la Sala, conforme a su propio precedente, que bien puede cumplirse la función unificadora de jurisprudencia vía sentencias o autos interlocutorios, según el tópico que ocupe la atención de la Sala en cada caso. Ello es así por la elemental pero poderosa razón según la cual cualquier providencia dictada por autoridad judicial es expresión de un criterio jurídico, de allí que cualquiera de las dos especies que constituyen manifestación de la actividad judicial, autos y sentencias, tengan la aptitud para unificar jurisprudencia. De hecho, este también ha sido entendimiento dado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a esta figura, tal como se advirtió en la providencia de 25 de junio de 2014: “[E]n criterio de esta Corporación no resulta admisible que se excluya o aplique de manera aislada el numeral 3 del artículo 111 del CPACA, sin efectuar una hermenéutica sistemática que permita a la Sala de lo Contencioso Administrativo fijar posiciones en todo tipo de providencias, es decir: autos y sentencias”. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre este tema ver los autos de la Sección Tercera: 6 de junio de 2013, exp. 45922; 25 de septiembre de 2013, exp. 20420; 17 de octubre de 2013, exp. 45679; 28 de abril de 2014, exp. 41834; 25 de junio de 2014, exp. 49299; y, 24 de noviembre de 2014, exp. 37747.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 148 DE 2014 REGLAMENTO CONSEJO DE ESTADO - ARTICULO 1 / ACUERDO 58 DE 1999 REGLAMENTO CONSEJO DE ESTADO - ARTICULO 13A NUMERAL 2

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Acceso a la administración de justicia. Garantías judiciales dentro de un proceso: Representación judicial / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Noción, definición, concepto

El derecho al acceso a la administración de justicia (...) [el] cual consiste en permitir la realización, en la mayor medida fáctica y jurídica posible, del derecho de todo ciudadano de acceder a la administración de justicia, en sentido material.

SUCESION PROCESAL - Finalidad / SUCESION PERSONAL - De persona natural: Causas o eventos que la origina / SUCESION PROCESAL - De persona jurídica: Causas o eventos que la origina / SUCESION PROCESAL - Persona jurídica: Supresión de entidad. Supresión del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS

En el marco de los procesos judiciales bien puede ocurrir un fenómeno de alteración de las personas que integran las partes y/o terceros en contienda, ora

por ocurrir en ellos hechos propios de la naturaleza, como es la muerte de las personas naturales, o situaciones que afectan a la existencia o identidad de las personas jurídicas, como sucede con la extinción, fusión o escisión de dichos entes morales, o finalmente ello puede tener ocurrencia por existir allí un negocio jurídico, como cuando se presenta una disposición del derecho litigioso y la contraparte no manifiesta su repudio a que el adquirente o nuevo titular llegue al proceso a reemplazar a quien fungió hasta el momento como titular del derecho en pleito. En todas estas circunstancias se torna común la situación ya antedicha, esto es, la alteración y/o cambio de quienes integran una parte (agréguese también a un tercero) dentro del proceso judicial, viniendo estos nuevos sujetos a tomar la actuación en el estado en que se encuentra a la hora de tener ocurrencia la situación generadora de sucesión. (...) Finalmente, no pierde de vista la Sala que tratándose de entidades públicas, como la que interviene en el extremo pasivo del sub iudice, otra circunstancia configuradora de sucesión procesal puede tener origen a partir de la alteración y/o cambio de competencias dispuestas por el ordenamiento jurídico. Con otras palabras, bien puede tener lugar una circunstancia en la cual sin presentarse extinción, fusión, escisión o supresión de una entidad pública, el legislador o el Gobierno Nacional, debidamente facultado, decidan acometer un traslado de competencias de una entidad a otra diferente, circunstancia esta que, necesariamente, repercutirá en la actuación judicial, pues será otro el órgano o persona jurídica de derecho público quien deba seguir asumiendo la defensa judicial del inicialmente convocado al proceso. Se trataría, entonces, de un caso de sucesión procesal por virtud de la Ley, stricto sensu.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 60 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267 / LEY 1465 DE 2012 - ARTICULO 68

SUCESION PROCESAL - Figura procesal. No altera la relación jurídico-sustancial debatida en el proceso judicial

Es claro que la sucesión procesal es, ante todo, una figura de raigambre esencialmente procedimental, de modo que su operancia no supone, de ninguna manera, alteración de la relación jurídico-sustancial debatida en el proceso judicial. Tal cosa ha sido precisada por la jurisprudencia constitucional, como sigue: "se advierte que esta institución por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado. Por eso, la sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso." **NOTA DE RELATORIA:** Sobre este tema ver la decisión T 553 de 2012 de la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 60 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267 / LEY 1465 DE 2012 - ARTICULO 68

NULIDAD PROCESAL - Garantías procesales. Debido proceso / NULIDAD PROCESAL - No magnifica la forma por la forma / NULIDAD PROCESAL - Principio de instrumentalidad

Las nulidades procesales, en tanto vicios ocurridos a lo largo del proceso, constituyen un mecanismo de garantía convencional (artículo 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), constitucional (artículos 29 y 288 constitucional) y legal del acceso material a la administración de justicia y el debido proceso, por cuanto a través de estas, y bajo la sanción de ineficacia, pretende subsanar ciertas irregularidades adjetivas que afectan, sustancialmente las garantías judiciales de quienes comparecen al proceso. (...) el sistema de

nulidades procesales, y su interpretación judicial, no está encaminado a la magnificación de la forma por la forma, sino más que eso, a proveer garantía efectiva de los derechos de quien comparece al proceso judicial. No es en vano, entonces, que aquellas causales que se identifican como generadoras de nulidad guarden estrecha correspondencia con posiciones jurídicas amparadas por el debido proceso y las garantías judiciales. Así, el derecho a ser oído y vencido en juicio, a ser juzgado conforme a las formas procesales preexistentes, por un juez natural, contando con el derecho de pedir la práctica de medios probatorios y controvertir aquellos formulados en su contra son expresiones de estas garantías convencionales y constitucionales y encuentran protección efectiva en el marco de los procesos judiciales vía institucionalización de las nulidades procesales. (...) Por consiguiente, emergen como criterios que auxilian la labor del juez en este campo los principios de instrumentalidad de las formas, el cual ilustra que las formas procesales no tienen un valor intrínseco o per se y por el contrario deben ser comprendidas conforme a la finalidad sustantiva que se persigue y la prohibición de incurrir en un exceso ritual manifiesto, lo que tiene lugar cuando “un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia”. (...) de concebir la nulidad como técnica de garantía de derechos, es que se cae en cuenta que no toda irregularidad o disconformidad de la actuación adjetiva viene a recaer bajo la órbita de la sanción anulatoria, por las siguientes razones: i) por cuanto son la Constitución y la Ley las fuentes jurídicas que tasan expresamente las situaciones generadoras de nulidad procesal, ii) por cuanto el intérprete habrá de atenerse a verificar si, en puridad, el acto sub iudice reportó una afectación efectiva al derecho del justiciado a su debido proceso, más que fungir como un guardián del rito procesal, iii) también habrá de adentrarse en otro juicio de valor que consiste en constatar si con otra actuación o comportamiento de las partes el vicio inicial ya fue enervado, iv) verificará que el escenario de la nulidad no resulte en provecho para quien con su actuación dio lugar a su declaratoria y v) como una manifestación de la conservación de las actuaciones procesales, corresponderá al operador valorar la adopción de medidas de saneamiento a fin de evitar las hondas repercusiones que tiene una declaratoria de nulidad para la marcha del proceso judicial, con otras palabras, se trata del criterio de la nulidad como última ratio procesal. (...) Por consiguiente, es dentro de este marco conceptual que las nulidades procesales operan como garantía de derechos para quienes intervienen en una contienda judicial.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 60 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267 / LEY 1465 DE 2012 - ARTICULO 68

AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA - ANDJE. No funge como sujeto procesal y no puede ser demanda en proceso que se adelanten contra las demás entidades públicas

El Decreto 1303 de 2014 trae a cuento a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, es menester señalar que de acuerdo a la preceptiva del párrafo 3 del artículo 6 del Decreto 4085 de 2011 “Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa del Estado”, la Agencia “en ningún caso tendrá la condición sustancial de parte demandada en los procesos que se adelanten contra las demás entidades públicas, razón por la cual no podrán dirigirse contra ellas pretensiones de la demanda y no podrá ser convocada a tales procesos a ningún título. En ningún caso la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado asumirá las obligaciones patrimoniales de las entidades públicas en cuyo nombre actúe”.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1303 DE 2014 / DECRETO 4085 DE 2011 - ARTICULO 6 PARAGRAFO 3

SUPRESION DE ENTIDAD PUBLICA - Departamento Administrativo de Seguridad, DAS / FUNCIONES - Reasignación de funciones del DAS: Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, Unidad Nacional de Protección y Fiscalía General de la Nación / FUNCIONES - Reasignación de funciones del DAS. Fiscalía General de la Nación: Función de Policía Judicial / FUNCIONES - Reglas de reasignación de funciones ante supresión del DAS

Por medio del Decreto-Ley 4057 de 11 de octubre de 2011, el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confieren los literales a) y d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 y en concordancia con el parágrafo 3 del mismo artículo, procedió a ordenar la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), reasignó unas funciones y dictó otras disposiciones. (...) Dicho Decreto-Ley fue reglamentado por medio del Decreto 1303 de 11 de julio de 2014, regulación dictada por el Presidente de la República de Colombia en desarrollo de las facultades constitucionales señaladas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. (...) De tal forma que con la expedición de los citados actos administrativos se dispuso la supresión de toda la actividad del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, como entidad que fungió y desempeñó su labor en el campo de la seguridad nacional, desde su creación mediante el Decreto 1717 de 1960. Consecuencialmente, con los referidos Decretos se promovió la asignación de funciones a determinadas entidades del orden nacional, con el objetivo de que estas asumirían las mismas [funciones] (...) se precisa que con la promulgación del Decreto-Ley 4057 de 2011 se dispuso asignar las funciones encomendadas al suprimido DAS, a entidades tales como, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección y finalmente a la Fiscalía General de la Nación; esta última encargándose de asumir lo concerniente a la función de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 2 del Decreto 643 de 2004 en concordancia con el artículo 251 de la Carta Magna. (...) Del mismo modo, el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011 prescribió las siguientes reglas en torno a las entidades que asumirían la representación de los procesos judiciales y de cobro coactivo en donde venía haciendo parte el DAS: i) el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS continuaría con la representación de estos procesos hasta tanto culmine el proceso de supresión; sucedido ello ii) se fijó que dicha representación recaería sobre las Entidades del poder ejecutivo a las cuales se les habían encomendado – en el mismo Decreto- la asunción de funciones del DAS y iii) como tercera regla de aplicación y en cuanto a aquellas entidades receptoras de funciones del DAS que no integraran la Rama Ejecutiva del poder público, determinó que correspondería al Gobierno Nacional determinar la entidad “de esta Rama” que los asumirá. (...) Posteriormente advino el Decreto reglamentario 1303 de 2014, signado por el Ministerio de Hacienda, el DAS y el DAFP, el cual refirió, en su artículo 7, a las entidades que obrarían como destinatarias de los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en los que estuviera involucrado el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS. De dicho precepto se extraen las siguientes dos reglas: i) se recalca que entidades tales como Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación deben asumir los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales de dicha Entidad, y por otro tanto, el Decreto refirió que tratándose de procesos y conciliaciones “que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores” ii) serán asumidos por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11 / DECRETO 643 DE

2004 - ARTICULO 2 / LEY 1444 DE 2011 - ARTICULO 18 LITERAL A / LEY 1444 DE 2011 - ARTICULO 18 LITERAL D / DECRETO 1303 DE 2014 (de 11 de julio) GOBIERNO NACIONAL

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto de los consejeros Stella Conto Díaz del Castillo, Ramiro de Jesús Pazos Guerrero y Danilo Rojas Betancourth, y, con salvamento parcial y aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)A

Actor: JUAN CARLOS AROCHA SERRANO Y OTROS

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION - RAMA JUDICIAL - DAS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (AUTO SUCESION PROCESAL)

Procede la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dada la importancia jurídica de la materia, a pronunciarse respecto la solicitud de nulidad interpuesta por la apoderada de la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual súplica se declare la nulidad del auto de 7 de julio de 2014, por medio del cual se le reconoció en calidad de sucesor del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, con fundamento en la indebida representación del DAS.

ANTECEDENTES

1.- Los señores Juan Carlos Arocha Serrano y otros, actuando por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, mediante escrito presentado el día 29 de noviembre de 2002, instauraron demanda contra la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación y el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, solicitando se les declarara administrativamente responsables

por los daños y perjuicios irrogados a los demandantes como consecuencia de la “*retención ilegal*” de que fue víctima el señor Juan Carlos Arocha Serrano en hechos ocurridos el día 29 de noviembre de 2001. (Fls. 5-27, C.1)

2.- En sentencia de 21 de julio de 2011, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró administrativamente responsable a la Nación – Departamento Administrativo de Seguridad – DAS por los perjuicios causados a la parte demandante por la privación injusta de la libertad, y adicionalmente absolvió de toda responsabilidad a la Nación – Fiscalía General de la Nación (Fls. 258-267, C. Ppal). Dicha providencia fue notificada mediante edicto fijado entre el día 12 y el 17 de agosto 2011 (Fl. 269, C. Ppal).

3.- Contra lo así decidido se alzó el apoderado del demandado Departamento Administrativo de Seguridad – DAS en escrito fechado el día 22 de agosto de 2011 (Fls. 270-271, C. Ppal). A su turno, el apoderado de la parte actora impugnó mediante recurso de apelación la sentencia de primera instancia, en memorial de 23 de agosto de 2011 (Fls. 276-280, C. Ppal). En audiencia de conciliación de que trata el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, y celebrada el día 26 de octubre de 2011 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander concedió los recursos de apelación interpuestos (Fls. 296-297, C. Ppal), y el día 28 de noviembre de la misma anualidad, esta Corporación admitió las referidas impugnaciones contra la providencia de 21 de julio de 2011 (Fl. 302, C. Ppal).

4.- El día 23 de enero de 2012, esta Corporación, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al señor agente del Ministerio Público, para que rindiera el concepto de rigor (Fl. 304, C. Ppal). El término concedido corrió en silencio del demandado Departamento Administrativo de Seguridad – DAS (Fl. 335, C. Ppal).

5.- Mediante oficio allegado el 24 de junio de 2014, visible de folio 360 a 362 del cuaderno principal, la jefe de la oficina asesora jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS en proceso de supresión, solicitó que se decretara la sucesión procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS en proceso de supresión en cabeza de la Fiscalía General de la Nación.

6.- En auto de 7 de julio de 2014 proferido por esta Corporación, se procedió a reconocer a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS. Dicho proveído se notificó mediante estado de 29 de julio de 2014, frente a lo cual no hubo pronunciamiento por alguna de las partes (Fls. 368-369, C. Ppal).

7.- En memorial radicado el día 16 de enero de 2015, la apoderada de la Nación – Fiscalía General de la Nación solicitó se declarara la nulidad procesal del auto de 7 de julio de 2014 (a pesar de que en la solicitud se indicó mal la fecha del proveído), mediante el cual esta Corporación resolvió reconocer como sucesor procesal a la Fiscalía General de la Nación, indicando que el suprimido Departamento Administrativo de Seguridad – DAS se encuentra indebidamente representado (Fls. 393-401, C. Ppal).

8.- El día 9 de febrero de 2015, se corrió el traslado de la petición de nulidad elevada (Fl. 429, C. Ppal). Las partes guardaron silencio.

9.- Visto el trámite que antecede, la Sala procede a resolver el asunto sometido a su decisión, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

1.1.- Es competente la Sala Plena de esta Sección para conocer del presente asunto, por cuanto trata de la unificación de criterios jurisprudenciales en lo que respecta a la sucesión procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, en supresión; conforme a la atribución que da cuenta el numeral 2 del artículo 13A del Acuerdo 058 de 1999, adicionado por el Acuerdo 148 de 2014 de la Sala Plena del Consejo de Estado¹.

1.2.- Para tal efecto, precisa la Sala, conforme a su propio precedente², que bien puede cumplirse la función unificadora de jurisprudencia vía sentencias o autos interlocutorios, según el tópico que ocupe la atención de la Sala en cada caso. Ello es así por la elemental pero poderosa razón según la cual cualquier providencia dictada por autoridad judicial es expresión de un criterio jurídico, de allí que

¹ Acuerdo 148 de 2014. Artículo 1°. Adiciónase al Acuerdo No. 58 de 1999 un nuevo artículo, así:
Artículo 13A. Otros asuntos asignados a las Secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:
(...)

2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Sub secciones o de los Tribunales Administrativos.

² Esta Sección ha unificado jurisprudencia, entre otros, en los siguientes autos: 6 de junio de 2013 (Exp. 45922), 25 de septiembre de 2013 (Exp. 20420), 17 de octubre de 2013 (Exp. 45679), 28 de abril de 2014 (Exp. 41834), 24 de noviembre de 2014 (Exp. 37747), entre otros.

cualquiera de las dos especies que constituyen manifestación de la actividad judicial, autos y sentencias, tengan la aptitud para unificar jurisprudencia.

1.3.- De hecho, este también ha sido entendimiento dado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a esta figura, tal como se advirtió en la providencia de 25 de junio de 2014: “[E]n criterio de esta Corporación no resulta admisible que se excluya o aplique de manera aislada el numeral 3 del artículo 111 del CPACA, sin efectuar una hermenéutica sistemática que permita a la Sala de lo Contencioso Administrativo fijar posiciones en todo tipo de providencias, es decir: autos y sentencias”³.

2.- Problema Jurídico

De acuerdo a lo expuesto, la Sala encuentra que el problema jurídico que entraña el *sub judice* consiste en determinar si le asiste competencia a la Fiscalía General de la Nación para comparecer a este proceso en calidad de sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS en supresión. Para tal fin la Sala, retomando la problemática jurídica planteada, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión, tal como sigue.

3.- El derecho al acceso a la administración de justicia

3.1.- Siguiendo para el efecto el criterio jurisprudencial de esta Sección sobre el particular⁴, la Sala señala que a fin de extraer los contenidos normativos que emanan de las normas procesales, debe tenerse siempre en consideración la teleología objetiva que se persigue, la cual consiste en permitir la realización, en la mayor medida fáctica y jurídica posible, del derecho de todo ciudadano de acceder a la administración de justicia, en sentido material.

3.2.- A este planteamiento se llega si se tiene en cuenta que el derecho en cuestión tiene en el ordenamiento jurídico un peso o importancia mayor que el derivado de su consideración como una simple regla⁵ determinadora del accionar

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 25 de junio de 2014. Exp. 49299.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Auto de 17 de octubre de 2013, exp. 45679.

⁵ DWORCKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel. 1984, pp.72, 75, 77. Dworkin entiende al principio como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad”. La diferencia, para dicho autor entre los principios y las normas jurídicas se centra en el hecho de que estas últimas “son aplicables a la manera de disyuntivas”, esto es, su observancia depende únicamente de si se ha presentado el estado de cosas señalado en la regla, de manera que

de la justicia y sus agentes o, visto desde otra perspectiva, se le tiene, en consecuencia, como un claro e inobjetable mandato de optimización, que implica que lo prescrito en su estructuración normativa o postulación debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles⁶.

3.3.- En todo caso, se trata de un cierto tipo de normas que no llevan aparejada dentro de su estructura normativa un claro supuesto de hecho, así como tampoco la indicación de una consecuencia jurídica precisa, por lo tanto, se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico ciertamente más amplio que las reglas, siendo esto una cuestión de grado, en cuanto que la tutela judicial efectiva pasa a ser en consecuencia criterio de interpretación adecuada del universo de reglas referidas y aplicables a la administración de justicia y a la actividad de sus agentes⁷⁻⁸.

3.4.- El marco sustancial convencional deviene de los artículos 1.1, 2, 8.1, 10 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia. Se destaca, a este respecto, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que *“se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”* [Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987].

“la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.”; mientras que en el caso de los principios la cuestión es tal que “los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”.

⁶ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Gedisa. 2º edición, 2004, p.162. “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan”.

⁷ GUASTINI, Riccardo. “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, en Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. No. 34. Marzo, 1999. Págs. 38-46, especialmente 44. Guastini señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: “Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible- y propiciando una interpretación adecuadora [sic]”. Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuadora hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. Para esto véase: GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Págs. 47-48.

⁸ Naturalmente este criterio lleva implícita la distinción entre disposición y norma jurídica, para decir que la primera hace referencia al enunciado consagrado positivamente mientras que la segunda alude a las múltiples lecturas que de ésta pueden hacer los operadores jurídicos en ejercicio de la labor interpretativa.

3.5.- En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez⁹ y Godínez Cruz¹⁰ considera que la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos¹¹, estos, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos¹².

3.6.- Al respecto ha dicho la Corte Interamericana que el *“acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados”*¹³, pues lo contrario sería tanto como considerar a las cartas de derechos humanos o fundamentales como proclamas retóricas carentes de vincularidad jurídica que dejarían inerte a su titular cuando sus derechos le sean conculcados, algo inaceptable en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

4.- Sucesión Procesal

4.1.- En el marco de los procesos judiciales bien puede ocurrir un fenómeno de alteración de las personas que integran las partes y/o terceros en contienda, ora por ocurrir en ellos hechos propios de la naturaleza, como es la muerte de las personas naturales, o situaciones que afectan a la existencia o identidad de las personas jurídicas, como sucede con la extinción, fusión o escisión de dichos entes morales, o finalmente ello puede tener ocurrencia por existir allí un negocio jurídico, como cuando se presenta una disposición del derecho litigioso y la contraparte no manifiesta su repudio a que el adquirente o nuevo titular llegue al

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.

¹² Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros c. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006.

proceso a reemplazar a quien fungió hasta el momento como titular del derecho en pleito¹⁴. En todas estas circunstancias se torna común la situación ya antedicha, esto es, la alteración y/o cambio de quienes integran una parte (agréguese también a un tercero) dentro del proceso judicial, viniendo estos nuevos sujetos a tomar la actuación en el estado en que se encuentra a la hora de tener ocurrencia la situación generadora de sucesión.

4.2.- Así, es claro que la sucesión procesal es, ante todo, una figura de raigambre esencialmente procedimental¹⁵, de modo que su operancia no supone, de ninguna manera, alteración de la relación jurídico-sustancial debatida en el proceso judicial. Tal cosa ha sido precisada por la jurisprudencia constitucional, como sigue: *“se advierte que esta institución por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado. Por eso, la sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso.”*¹⁶

4.3.- Finalmente, no pierde de vista la Sala que tratándose de entidades públicas, como la que interviene en el extremo pasivo del *sub judice*, otra circunstancia configuradora de sucesión procesal puede tener origen a partir de la alteración y/o cambio de competencias dispuestas por el ordenamiento jurídico. Con otras palabras, bien puede tener lugar una circunstancia en la cual sin presentarse extinción, fusión, escisión o supresión de una entidad pública, el legislador o el Gobierno Nacional, debidamente facultado, decidan acometer un traslado de competencias de una entidad a otra diferente, circunstancia esta que, necesariamente, repercutirá en la actuación judicial, pues será otro el órgano o persona jurídica de derecho público quien deba seguir asumiendo la defensa judicial del inicialmente convocado al proceso. Se trataría, entonces, de un caso de sucesión procesal por virtud de la Ley, *stricto sensu*.

¹⁴ “La sucesión procesal no constituye una forma más de intervención de terceros sino un medio encaminado a permitir la alteración de las personas que integran la parte o, inclusive, de quienes tienen la calidad de terceros, en otras palabras, puede sustituirse a sujetos de derecho que actúen como partes o como terceros”. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Tomo I. Bogotá, Dupré, 10^o edición, 2009, p. 365.

¹⁵ “Esas modificaciones en la estructura de las partes en el proceso, no alteran la relación jurídico-procesal en cuanto al contenido de la litiscontestatio, y sus defectos o los resultados de la sentencia, que permanecen inalterables. La sucesión o el incremento en cuanto a los sujetos o personas que constituyen las partes, tiene un sentido formal, pues se considera que el debate sigue siendo entre los mismos demandantes y demandados y respecto a la relación sustancial planteada, a pesar de que otras personas físicas o jurídicas asuman esa condición en su lugar o concurren a coadyuvarlas o a sostener una posición principal paralela a la de una de las partes iniciales y como litisconsortes de estas. El proceso continúa siendo el mismo, y la sentencia debe recaer sobre las relaciones sustanciales que las partes originalmente plantearon; solo como cuestión adicional, una vez resuelta la situación legal de estas, puede decidirse, si es el caso, sobre los efectos de la cesión o sucesión y sobre los derechos del interviniente principal litisconsorcial.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Nociones generales de derecho procesal civil. Madrid, Aguilar, 1966, p. 372.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-553 de 2012.

4.4.- El Código Contencioso Administrativo, legislación aplicación al *sub judice* dada la fecha de presentación de la demanda que dio lugar a esta actuación judicial¹⁷, no dispone de regulación jurídica que gobierne las condiciones bajo las cuales tiene lugar la aplicación la figura de la sucesión procesal, guardando entero silencio al respecto. Por consiguiente, en aplicación de la integración normativa memorada en el artículo 267 de dicha codificación contenciosa, hay lugar a acudir a las disposiciones de rigor del procedimiento civil. Ilustra dicha preceptiva legal: *“En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo”*.

4.5.- Por consiguiente, se encuentra que el Código de Procedimiento Civil enseña en el artículo 60 la figura de la sucesión procesal, señalando que esta procede ora por fallecimiento de personas naturales, por extinción o fusión de personas jurídicas o adquisición del derecho litigioso: *“(…) Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador. Si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren. El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente”*.

4.6.- En términos similares el Código General del Proceso da cuenta de la sucesión procesal en estos supuestos, agregando, en lo que hace relación a las personas jurídicas, que también se predicará cuando ocurra una escisión de sociedades. Así, el artículo 68 precisa: *“Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador. Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se*

¹⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 308. *Régimen de transición y vigencia*. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.

les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.”

5.- Las nulidades procesales.

5.1.- La nulidad procesal corresponde a un juicio de desvalor de un acto judicial por incurrir él en un defecto que atenta, de manera seria y relevante, el debido proceso y las garantías judiciales de quienes están sometidos a la jurisdicción. Así, corresponde a una particular y grave consecuencia imputada por el constituyente o el legislador al acto judicial, siendo este fulminado con la declaratoria de invalidez¹⁸ imponiéndose, en consecuencia, adelantar las actuaciones o subsanaciones a que haya lugar para borrar la mácula que aquél acto dejó sobre el proceso.

5.2.- En este sentido, las nulidades procesales, en tanto vicios ocurridos a lo largo del proceso, constituyen un mecanismo de garantía convencional (artículo 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), constitucional (artículos 29 y 288 constitucional) y legal del acceso material a la administración de justicia y el debido proceso, por cuanto a través de estas, y bajo la sanción de ineficacia, pretende subsanar ciertas irregularidades adjetivas que afectan, sustancialmente las garantías judiciales de quienes comparecen al proceso¹⁹.

5.3.- Con otras palabras, el sistema de nulidades procesales, y su interpretación judicial, no está encaminado a la magnificación de la forma por la forma, sino más que eso, a proveer garantía efectiva de los derechos de quien comparece al proceso judicial. No es en vano, entonces, que aquellas causales que se identifican como generadoras de nulidad guarden estrecha correspondencia con posiciones jurídicas amparadas por el debido proceso²⁰ y las garantías

¹⁸ “Cuando se dice que un acto jurídico es válido, se quiere afirmar que de él se originan todos los efectos jurídicos que, conforme a la Ley, le corresponden; es decir, que es un acto eficaz. Por el contrario, la invalidez de un acto significa su ineficacia. Por consiguiente, la nulidad consiste en la ausencia de los efectos jurídicos del acto, razón por la cual siempre se ha entendido como nulo el acto *quod nullum producit effectum*, cuando se debe a defectos de forma, competencia, capacidad o representación.” DEVIS ECHANDÍA, Op. Cit., p. 694.

¹⁹ “Es la sanción que el ordenamiento jurídico le impone a aquellos actos que han sido proferidos con inobservancia de las formas establecidas con el objeto de asegurar a los justiciables la adecuada defensa de sus derechos e intereses (...) es uno de los mecanismos a través de los cuales el derecho fundamental al debido proceso encuentra desarrollo legal.” SANABRIA SANTOS, Henry. Nulidades en el proceso civil. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2º ed., 2011, p. 101.

²⁰ Constitución Política. Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

judiciales²¹. Así, el derecho a ser oído y vencido en juicio, a ser juzgado conforme a las formas procesales preexistentes, por un juez natural, contando con el derecho de pedir la práctica de medios probatorios y controvertir aquellos formulados en su contra son expresiones de estas garantías convencionales y constitucionales y encuentran protección efectiva en el marco de los procesos judiciales vía institucionalización de las nulidades procesales.

5.4.- Por consiguiente, emergen como criterios que auxilian la labor del juez en este campo los principios de instrumentalidad de las formas, el cual ilustra que las formas procesales no tienen un valor intrínseco o *per se* y por el contrario deben ser comprendidas conforme a la finalidad sustantiva que se persigue²² y la prohibición de incurrir en un exceso ritual manifiesto, lo que tiene lugar cuando *“un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia”*²³.

5.5.- Y es que resulta claro que adicional a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, la Sala precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

²¹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-852 de 2002 y Auto A—029 de 2002.

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009. Cfr., entre otras, T-1306 de 2001, T-1123 de 2002, T-289 de 2005, T-429 de 2011, T-201 de 2015.

remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden convencional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.6.- Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, *ex officio*, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina²⁴⁻²⁵.

5.7.- Bajo este entendimiento, de concebir la nulidad como técnica de garantía de derechos, es que se cae en cuenta que no toda irregularidad o disconformidad de la actuación adjetiva viene a recaer bajo la órbita de la sanción anulatoria, por las siguientes razones: i) por cuanto son la Constitución y la Ley las fuentes jurídicas

²⁴ Constitución Política. Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

(...)

Sobre el control de convencionalidad, valga señalar que se trata de la denominación conceptual con la que se comprende la obligación que se impone a los jueces ordinarios de los países firmante de la Convención de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación, acatando la interpretación que de las primeras ha efectuado la Corte Interamericana; no es más que un instrumento para garantizar la efectividad de las disposiciones convencionales en el marco de las decisiones judiciales ordinarias. Esta doctrina surgió como tal en el seno de la Corte a partir de la sentencia caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile – sentencia de 26 de septiembre de 2006- en donde la Corte sostuvo:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.**” (Resaltado propio).

Y en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, del 24 de noviembre de 2006 el Tribunal Interamericano afirmó:

“**Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”²⁴ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana,** evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.” (Resaltado propio).

²⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Auto de 17 de octubre de 2013, exp. 45679. Igualmente: Auto de 24 de septiembre de 2012, exp. 44050; Auto de 17 de septiembre de 2013, exp. 45092; Auto de 16 de junio de 2014, exp. 49421; Auto de 11 de noviembre de 2014, exp. 20507; Auto de 1º de diciembre de 2014, exp. 44586, entre otras providencias.

que tasan expresamente las situaciones generadoras de nulidad procesal, ii) por cuanto el intérprete habrá de atenerse a verificar si, en puridad, el acto *sub judice* reportó una afectación efectiva al derecho del justiciado a su debido proceso, más que fungir como un guardián del rito procesal, iii) también habrá de adentrarse en otro juicio de valor que consiste en constatar si con otra actuación o comportamiento de las partes el vicio inicial ya fue enervado, iv) verificará que el escenario de la nulidad no resulte en provecho para quien con su actuación dio lugar a su declaratoria y v) como una manifestación de la conservación de las actuaciones procesales, corresponderá al operador valorar la adopción de medidas de saneamiento a fin de evitar las hondas repercusiones que tiene una declaratoria de nulidad para la marcha del proceso judicial, con otras palabras, se trata del criterio de la nulidad como *última ratio* procesal.

5.8.- Por consiguiente, es dentro de este marco conceptual que las nulidades procesales operan como garantía de derechos para quienes intervienen en una contienda judicial.

6.- Caso concreto

6.1.- Luego de referir el anterior marco, la Sala recuerda que el *sub judice* se contrae a abordar lo relativo a la petición de nulidad procesal elevada por la Fiscalía General de la Nación, la cual hace consistir en la indebida representación del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, suprimido, al haberse designado al ente *prosecutor* como sucesor procesal de este último, lo cual ocurrió mediante auto de 7 de julio de 2014.

6.2.- A fin de concretar el alegato, debe la Sala hacer una breve referencia a las varias disposiciones jurídicas referidas a la supresión del DAS y su sucesor procesal; a partir de este acervo normativo la Sala reflexionará sobre la independencia judicial como eje axiológico medular del Estado Social y Democrático de Derecho. Luego de ello, tratará en concreto lo relativo a la sucesión procesal tratada en el caso.

6.3.- Las varias disposiciones jurídicas referidas a la cuestión *sub judice*.

6.3.1.- Por medio del Decreto-Ley 4057 de 11 de octubre de 2011, el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confieren los literales a) y d) del artículo 18 de la Ley 1444 de 2011 y en concordancia con el párrafo 3 del mismo artículo, procedió a ordenar la supresión del Departamento

Administrativo de Seguridad (DAS), reasignó unas funciones y dictó otras disposiciones.

6.3.2.- Dicho Decreto-Ley fue reglamentado por medio del Decreto 1303 de 11 de julio de 2014, regulación dictada por el Presidente de la República de Colombia en desarrollo de las facultades constitucionales señaladas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

6.3.3.- De tal forma que con la expedición de los citados actos administrativos se dispuso la supresión de toda la actividad del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, como entidad que fungió y desempeñó su labor en el campo de la seguridad nacional, desde su creación mediante el Decreto 1717 de 1960. Consecuencialmente, con los referidos Decretos se promovió la asignación de funciones a determinadas entidades del orden nacional, con el objetivo de que estas asumirían las mismas de la siguiente manera:

“Decreto-Ley 4057 de 2011. Artículo 3. Traslado de funciones. Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:

3.1. Las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros de que trata el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 643 de 2004 y las demás disposiciones sobre la materia, se trasladan a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, que se creará en decreto separado.

3.2. La función comprendida en el numeral 11 del artículo 2 del Decreto 643 de 2004 de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Fiscalía General de la Nación en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política.

3.3. La función comprendida en el numeral 12 del artículo 2 del Decreto 643 de 2004 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada al Ministerio de Defensa Nacional -Policía Nacional.

Una vez culminado el proceso de incorporación de los servidores del DAS necesarios para la prestación del servicio a la planta de personal del Ministerio de Defensa Policía Nacional, así como el traslado de los elementos, bienes y equipos, las autoridades judiciales continuarán remitiendo los informes y avisos necesarios para que el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional mantenga actualizados los registros delictivos y de identificación de nacionales y expida los certificados judiciales. Para el efecto, se suscribirá un acta de inicio por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión y el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, el traslado se

comunicará a la comunidad en general y a las autoridades correspondientes.

El Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional garantizará que la información contenida en las bases de datos mantenga los niveles de seguridad requeridos de acuerdo a su naturaleza.

Igualmente, en desarrollo de esta función el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional deberá garantizar el acceso y consulta a la información en línea a la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades que ejerzan funciones de Policía Judicial y autoridades administrativas que en razón a sus funciones y competencias lo requieran; los titulares de los datos tendrán acceso a la información correspondiente a su certificado Judicial en los mismos términos y condiciones señalados en las normas vigentes.

3.4. La función comprendida en el numeral 14 del artículo 2 del Decreto 643 de 2004, en el Decreto 1700 de 2010 y las demás que se desprendan de la misma, se traslada a la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección que se creará en decreto separado.

Parágrafo. Las entidades receptoras de las funciones sustituirán al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), en los comités, juntas y demás instancias en los cuales participa y asiste, a la entrada en vigencia del presente decreto.”²⁶ (Resaltado propio)

6.3.4.- De lo anterior, se precisa que con la promulgación del Decreto-Ley 4057 de 2011 se dispuso asignar las funciones encomendadas al suprimido DAS, a entidades tales como, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional, la Unidad Administrativa denominada Unidad Nacional de Protección y finalmente a la Fiscalía General de la Nación; esta última encargándose de asumir lo concerniente a la función de Policía Judicial para investigaciones de carácter criminal, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 2 del Decreto 643 de 2004²⁷ en concordancia con el artículo 251 de la Carta Magna.

6.3.5.- Del mismo modo, el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011 prescribió las siguientes reglas en torno a las entidades que asumirían la representación de los procesos judiciales y de cobro coactivo en donde venía haciendo parte el DAS: i) el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS continuaría con la representación de estos procesos hasta tanto culmine el proceso de supresión; sucedido ello ii) se fijó que dicha representación recaería sobre las Entidades del poder ejecutivo a las cuales se les habían encomendado –en el mismo Decreto- la

²⁶ Decreto 4057 de 11 de octubre de 2011.

²⁷ Decreto 643 de 2004. Artículo 2°. El Departamento Administrativo de Seguridad tendrá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes:

(...)

11. Ejercer funciones de Policía Judicial, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, para investigaciones de carácter criminal, relacionadas con la naturaleza y finalidad institucionales.

asunción de funciones del DAS y iii) como tercera regla de aplicación y en cuanto a aquellas entidades receptoras de funciones del DAS que no integraran la Rama Ejecutiva del poder público, determinó que correspondería al Gobierno Nacional determinar la entidad “*de esta Rama*” que los asumirá. La literalidad de dicho precepto legal es como sigue:

“Decreto-Ley 4057 de 2011. Artículo 18. Atención de procesos judiciales y de cobro coactivo. Los procesos judiciales, reclamaciones de carácter administrativo, laboral, contractual y de cobro coactivo en los que sea parte el DAS y/o su Fondo Rotatorio quedarán a su cargo hasta la culminación del proceso de supresión.

Al cierre de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) los procesos y demás reclamaciones en curso serán entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

Si la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva el Gobierno nacional determinará la entidad de esta Rama que los asumirá.

Parágrafo. Para los efectos de notificaciones judiciales que surjan posterior a la vigencia del presente Decreto, se señala como domicilio único la ciudad de Bogotá D. C.”

6.3.6.- Posteriormente advino el Decreto reglamentario 1303 de 2014, firmado por el Ministerio de Hacienda, el DAS y el DAFP, el cual refirió, en su artículo 7, a las entidades que obrarían como destinatarias de los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en los que estuviera involucrado el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS. De dicho precepto se extraen las siguientes dos reglas: i) se recalca que entidades tales como Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación deben asumir los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales de dicha Entidad, y por otro tanto, el Decreto refirió que tratándose de procesos y conciliaciones “*que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores*” ii) serán asumidos por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. El texto del artículo glosado es como sigue:

Decreto 1303 de 2014. Artículo 7. Procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales. Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en los que sea parte el DAS y/o el Fondo Rotatorio del DAS que aún no han sido recibidos por las **entidades que asumieron las funciones, Migración Colombia, Dirección Nacional de Protección, Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación de conformidad con lo señalado en el numeral 3.2., del artículo 3 del Decreto-ley 4057 de 2011**, serán entregados a estas entidades por el Director del DAS en proceso de supresión debidamente inventariados y

mediante acta, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza, objeto o sujeto procesal.

Igualmente, los procesos que tengan relación con los servidores públicos del DAS incorporados a otras entidades de la Rama Ejecutiva deberán ser asumidos por la entidad receptora.

Los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales que no deban ser asumidos por las entidades a las cuales se trasladaron funciones o se incorporaron servidores deberán ser entregados a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que continúe con la defensa de los intereses del Estado, para efectos de lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público proveerá los recursos presupuestales necesarios.

(...) (Resaltados fuera del original)

6.3.7.- Finalmente, y dado que el Decreto 1303 de 2014 trae a cuento a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, es menester señalar que de acuerdo a la preceptiva del parágrafo 3 del artículo 6 del Decreto 4085 de 2011 *“Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa del Estado”*, la Agencia *“en ningún caso tendrá la condición sustancial de parte demandada en los procesos que se adelanten contra las demás entidades públicas, razón por la cual no podrán dirigirse contra ellas pretensiones de la demanda y no podrá ser convocada a tales procesos a ningún título. En ningún caso la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado asumirá las obligaciones patrimoniales de las entidades públicas en cuyo nombre actúe”*.

6.4.- La garantía de la independencia judicial en el marco jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho.

6.4.1.- La independencia judicial, en tanto ideal regulativo, constituye un elemento esencial en la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho. Una perspectiva convencional permite apreciar que tanto a nivel Universal como Regional se fija el deber de los Estados de establecer, y respetar, arreglos institucionales y funcionarios independientes para el ejercicio de la administración de justicia.

6.4.2.- Así, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal (...) o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*; (Resaltado propio).

6.4.3.- En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que el concepto de *“tribunal competente, independiente e imparcial”* no se satisface de manera debida en aquellas situaciones donde *“las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no son claramente distinguibles o en la que este último puede controlar o dirigir al primero”*²⁸.

6.4.4.- Al tiempo que la Relatoría Especial sobre independencia de los Jueces y Abogados de las Naciones Unidas ha sostenido que *“la independencia del poder judicial se ha definido como costumbre internacional y principio general del derecho reconocido por la comunidad internacional”*²⁹.

6.4.5.- En efecto, si la función de la judicatura es la de proteger o garantizar los derechos de los asociados, es claro que para el cumplimiento de este rol se requiere que no existan injerencias internas o externas, institucionales o personales, dirigidas a perturbar esta labor y, por el contrario, que se afiance su independencia respecto de los otros poderes públicos. Tal cuestión ha sido remarcada, principalmente, en la Declaración de Principios Relativos a la Independencia de la Judicatura³⁰ donde refiere que *“la independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole*

²⁸ NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 468/1991 de 10 de noviembre de 1993. Caso Ángel N. Oló Bahamonde vs Guinea Ecuatorial. Párr. 9.4. Esta misma formula jurídica ha sido recogida por el Comité en su Observación General No. 32 (2007) sobre el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El párrafo 19 de dicha Observación señala:

“19. El requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna. El requisito de independencia se refiere, en particular, al procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces, y las garantías en relación con su seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato, en los casos en que exista, las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y la cesación en sus funciones y la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por los poderes ejecutivo y legislativo. Los Estados deben adoptar medidas concretas que garanticen la independencia del poder judicial, y proteger a los jueces de toda forma de influencia política en la adopción de decisiones por medio de la Constitución o la aprobación de leyes que establezcan procedimientos claros y criterios objetivos para el nombramiento, la remuneración, el mandato, la promoción, la suspensión y la destitución, y las sanciones disciplinarias en relación con los miembros de la judicatura. Toda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente. Es necesario proteger a los jueces contra los conflictos de intereses y la intimidación. Para salvaguardar su independencia, la ley deberá garantizar la condición jurídica de los jueces, incluida su permanencia en el cargo por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, condiciones de servicio, pensiones y una edad de jubilación adecuadas.” (Notas a pie de página omitidas).

Igualmente véase: Informe del relator especial sobre la promoción y la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. “Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo”. A/63/223. Distribución General 6 de agosto de 2008, párr. 23.

²⁹ Naciones Unidas. Informe de la Relatoría sobre independencia de los jueces y abogados. A/69/294. Distribución general: 11 de agosto de 2014, p. 16.

³⁰ Adoptadas en el 7º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y confirmadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en las Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

respetarán y acatará la independencia de la judicatura". Siendo, entonces, un deber *erga omnes* que no solo demanda de una consagración normativa sino de su efectivo respeto en el marco dinámico de las relaciones entre judicatura y demás autoridades públicas.

6.4.6.- De análoga manera, la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce esta misma garantía de independencia judicial en el artículo 8 que enseña: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley (...)"*, de donde la jurisprudencia de la Corte Interamericana³¹ ha decantado variadas posiciones jurídicas amparadas por este derecho. Así, ha referido que el estándar de independencia judicial se verifica a partir de aspectos tales como: el proceso de selección o nombramiento de los jueces, las garantías de independencia del Juez (a nivel institucional y personal) durante el ejercicio del cargo y el régimen sancionatorio y la eventual posibilidad de la separación del cargo. Igualmente ha afirmado que a) uno de los objetivos principales de la separación de los poderes públicos consiste en la garantía de la independencia de los jueces, b) que este principio está llamado a tener plena vigencia, inclusive, durante los estados de excepción, c) constituye un pilar básico para la garantía del debido proceso, d) con su garantía se pretende evitar restricciones indebidas en ejercicio de las funciones judiciales, e) la independencia comprende una faceta institucional tanto como personal y f) implica que se predique a favor de los funcionarios judiciales una garantía reforzada debido a la independencia necesaria para su ejercicio.

6.4.7.- Por otro tanto, refiriéndose a las garantías para la independencia de las y los operadores de justicia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recabado sobre la independencia del poder judicial frente a los otros poderes, esto es, que *"34. (...) la independencia del Poder judicial y su clara separación respecto de los otros poderes debe ser respetada y garantizada tanto por el Poder ejecutivo*

³¹ Entre otros pronunciamientos, véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87 (30 de enero 1987) El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías, párr. 28-30 y 40; Opinión Consultiva OC-9/87 (6 de octubre de 1987). Garantías Judiciales en estados de emergencia, párr. 23-38; Caso Tribunal Constitucional c. Perú (31 de enero de 2001), párr. 73 y siguientes; Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica (2 de julio de 2004), párr. 171 y siguientes; Caso Apitz Barbera y otros c. Venezuela (5 de agosto de 2008), párr. 55 y siguientes; Caso Reverón Trujillo c. Venezuela (30 de junio de 2009), párr. 67; Caso Chocrón Chocrón c. Venezuela (1º de julio de 2011), párr. 97 y siguientes; Caso Atala Riffo y niñas c. Chile (24 de febrero de 2012), párr. 186 y siguientes; Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello)c. Ecuador (23 de agosto de 2013); párr. 144 y siguientes; Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) c. Ecuador (28 de agosto de 2013), párr. 188 y siguientes.

como por el Poder Legislativo, lo cual parte por el reconocimiento normativo de su independencia y la no injerencia de otros poderes³².

6.4.8.- Asimismo, cabe tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se ha señalado como pautas para determinar la independencia judicial situaciones como *“la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el cuerpo presenta una apariencia de independencia”*³³.

6.4.9.- Todas estas ideas de garantía y respeto por la labor independiente del poder judicial no hacen más que ratificar el que la división de poderes opera como piedra angular del constitucionalismo entendido como doctrina jurídica y política orientada a asegurar de manera efectiva la limitación al ejercicio del poder por parte del Estado, razón por la cual, como instrumento para la consecución de tal fin garantista de los derechos individuales, las competencias de creación legislativa, aplicación y su juzgamiento, por necesidad deben estar separadas en orden a concretar dicha vocación protectora.

6.4.10.- Precisamente es aquí donde el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano irrumpe como indiscutible expresión de esta línea de pensamiento, al postular: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*. Con otras palabras, el sentido de conformar instituciones jurídicas limitadas en su marco de acción y mutuamente controladas por los demás poderes no resulta valioso en sí mismo sino como valor instrumental, en tanto interdicción de la arbitrariedad.

6.4.11.- La Sala toma nota de estas ideas para afirmar cómo la garantía de la independencia judicial, en el marco de un Estado Social y Democrático de

³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas. 2013, p. 16. Información disponible en el siguiente enlace web: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf> [Consultado el 13 de octubre de 2015].

³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Campbell and Fell vs United Kingdom. Sentencia de 28 de junio de 1984. Párr. 78. En texto en inglés es del siguiente tenor: 78. In determining whether a body can be considered to be "independent" - notably of the executive and of the parties to the case (see, inter alia, the Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 24, para. 55) -, the Court has had regard to the manner of appointment of its members and the duration of their term of office (ibid., pp. 24-25, para. 57), the existence of guarantees against outside pressures (see the Piersack judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, p. 13, para. 27) and the question whether the body presents an appearance of independence (see the Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 17, para. 31).". Así mismo véase Case of Langborger Vs. Sweden. Sentencia de 22 de junio de 1989, Párr. 32.

Derecho, emana de la misma corriente del constitucionalismo, la cual no solo encuentra al día de hoy correspondencia sino, más aún, un potenciado desarrollo a partir de los diversos instrumentos jurídicos e institucionales garantes de los derechos individuales y colectivos, en el ámbito nacional como también desde una perspectiva convencional que trasciende las fronteras del propio espacio del Estado-Nación.

6.4.12.- Y dentro de este contexto, destaca la Sala que el respeto por la independencia judicial responde a un escenario dinámico, más que estático, de modo tal que su prudente valoración debe hacerse tomando en cuenta el entramado normativo infra-constitucional y las relaciones entre el poder judicial frente a los demás poderes y autoridades públicas. Con otras palabras, no basta postular a nivel constitucional tales preceptos, sino que es necesario –apelando al carácter normativo convencional y constitucional y su vinculatoriedad para todas las autoridades públicas– garantizar tal independencia judicial en todo momento.

6.5.- Vistas las consideraciones conceptuales pertinentes sobre el acceso a la administración de justicia, la sucesión procesal y las nulidades procesales, así como memorado brevemente algunas ideas sobre la independencia judicial, la Sala encuentra que tales insumos teóricos brindan suficiente apoyo como para considerar que a la luz de la normativa legal y reglamentaria citada la Fiscalía General de la Nación, órgano que integra la Rama Judicial del poder público, no puede ser considerada como sucesora procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS.

6.5.1.- Si bien es cierto que al desaparecer una entidad pública, en este caso el Departamento Administrativo de Seguridad, hay lugar a distribuir las competencias que dicha Entidad tenía en las demás autoridades públicas existentes, es claro que en ese ejercicio de re-distribución funcional el Legislador y el Gobierno Nacional deben actuar conforme al principio de separación de los poderes públicos, los cuales si bien deben cooperar para la consecución (sic) (sic) de los fines convencionales y constitucionales del Estado, lo que hace que dicha separación sea flexible y no absolutamente rígida, no lleva ello a admitir una desfiguración de la identidad esencial de estos, tal como lo ha referido la jurisprudencia constitucional: *“el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado*

que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos.”³⁴⁻³⁵

6.5.2.- Y precisamente ello es lo que sucede en el *sub judice*, por cuanto mediante el Artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 pretende el Gobierno Nacional que un órgano perteneciente a la Rama Judicial del poder público asuma la función de representación judicial (y las eventuales consecuencias jurídicas y patrimoniales desfavorables) de una extinta entidad que pertenecía al poder ejecutivo.

6.5.3.- De tal cosa no pueden sino desprenderse consecuencias que pugnan seriamente con el modelo convencional y constitucional colombiano, pues, por una parte i) si bien conforme al artículo 250 constitucional dentro de las competencias de la Fiscalía General de la Nación se encuentran “*las demás funciones que establezca la ley*”, estas deben guardar consonancia con la naturaleza constitucional de dicho órgano, esto es, la de pertenecer al poder judicial, ii) se instituye de cierto modo una elusión de responsabilidad que choca con el artículo 90 constitucional, en razón a que no será el poder ejecutivo – al que pertenecía el DAS – quien asumirá la defensa judicial y las, eventuales, consecuencias judiciales desfavorables en los litigios donde obre como demandado el DAS, sino otra rama del poder público que materialmente no fue quien intervino en los hechos que dieron lugar a cada proceso judicial; iii) se prohija la idea errada según la cual pueden el legislador y el Gobierno Nacional atribuir (o sustraer) libremente funciones a la Rama Judicial sin respetar la esencia de la función jurisdiccional, lo cual, como se vio *supra*, no deja de ser contrario a la independencia de la judicatura, iv) atribuir funciones [así sea de representación judicial] del DAS a la Fiscalía General de la Nación lleva a no distinguir las competencias propias del poder ejecutivo con el judicial, lo cual se opone a la garantía de independencia de este último y v) se genera, al interior de la Fiscalía General de la Nación, una situación de abierta contradicción que afecta el ejercicio de la función de persecución (sic) (sic) del delito, pues por una parte dicho Ente debe obrar como

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-970 de 2004.

³⁵ Es importante destacar en este punto que la jurisprudencia constitucional ha acogido el concepto de bloque de constitucionalidad respecto de ciertos tratados internacionales de Derechos Humanos a la vez que ha distinguido entre bloque “*lato sensu*” y en sentido restringido. En virtud de este planteamiento la Corte aplica, aún sin estar en su texto constitucional, principios, reglas y valores de tratados internacionales a efecto de emplearlo como parámetro en el control de constitucionalidad de las leyes. Precisamente en el primero de los fallos sobre la materia la Corte refirió sobre el particular lo siguiente: “el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.” Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995. Al respecto véase, entre otras, las siguientes providencias de dicho Tribunal en donde se ha fundamentado dicha construcción teórica: C-225/95, C-578/95, C-136/96, C-358/97, SU-039/97, C-191/98, T-652/98, T-483/99, C-528/99, C-1022/99, C-010/00, C-774/01, T-1319/01, C-067/03, C-620/03, C-401/05, Auto A-034/2007, C-465/08, C-488/09, C-238/10, T-171/11, C-715/2012, C-066/2013, entre otras.

acusador ante los posibles delitos cometidos por quienes fueron agentes o funcionarios del DAS pero, paradójicamente, en los procesos contenciosos donde asuma la vocería del DAS deberá defender la conformidad a derecho de las actuaciones de esta Entidad, disfuncionalidad que atenta contra el correcto y adecuado ejercicio de la función jurisdiccional, si se admite, como debe ser, la vigencia del principio lógico de no contradicción.

6.5.4.- Todas estas circunstancias no hacen más que poner de presente la abierta disfuncionalidad, trasgresión al principio de separación de poderes y violación a la independencia judicial en que incurre el contenido normativo del Artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, en lo que refiere a la Fiscalía General de la Nación, pues no se distingue el ejercicio de la función ejecutiva con la judicial, se elude la responsabilidad del poder ejecutivo, se afecta el correcto ejercicio de la administración de justicia [competencia de persecución del delito de la Fiscalía], lo cual contraviene los contenidos normativos convencionales y constitucionales a los cuales está sujeto el legislador y el Gobierno Nacional al momento de ocuparse de la distribución de competencias de las entidades públicas extintas.

6.5.5.- Aunado a todo lo anterior, esta Sala también encuentra serios reparos de legalidad al contenido normativo del artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, en lo que hace referencia a la Fiscalía General de la Nación. Ello por cuanto trasgrede, de manera abierta, el Decreto-Ley que, precisamente, dice reglamentar.

6.5.6.- En efecto, el artículo 18 del Decreto-Ley 4057 de 11 de octubre de 2011, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas mediante la Ley 1444 de 2011, enseña que una vez culmine el proceso de supresión del DAS la representación de los procesos judiciales de dicha entidad recaerá sobre las Entidades del poder ejecutivo a las cuales se les habían encomendado –en el mismo Decreto- la asunción de funciones del DAS y en cuanto a aquellas entidades receptoras de funciones del DAS que no integraran la Rama Ejecutiva del poder público, determinó que correspondería al Gobierno Nacional determinar la entidad “de esta Rama”, esto es, de la ejecutiva que los asumirá. No obstante ello, el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 atribuyó, entre otras entidades, a la Fiscalía General de la Nación la representación de los procesos judiciales y las conciliaciones prejudiciales en los que estuviere involucrado el DAS.

6.5.7.- Fluye, entonces, la contrariedad entre lo preceptuado por el Decreto-Ley (4057 de 2011) y el reglamentario (1303 de 2014), por cuanto siendo este último acto jurídico concreción del ejercicio de la potestad reglamentaria en cabeza del

Gobierno Nacional, pretende extender la representación judicial del DAS a un órgano que no integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, siendo que el Decreto-Ley estableció en modo claro y explícito que tal competencia sería distribuida entre las Entidades del poder ejecutivo, que no judicial.

6.5.8.- Y es que en lo que hace relación al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República (artículo 189 núm. 11 Constitución Política), en virtud de su función como Suprema Autoridad Administrativa, debe advertirse que tal habilitación constitucional no supone, ni puede ser entendida como una autorización para desconocer, desvirtuar o trasgredir el contenido normativo de la Ley que se dice reglamentar, ya que, como bien entendido se tiene por esta Corporación, el ejercicio de reglamentación supone la adopción de decisiones administrativas tendientes a hacer operativa o llevar a ejecución la ley más, en modo alguno, que se cercene la voluntad legislativa.

6.5.9.- Sin más, el precepto reglamentario que atribuye a la Fiscalía General de la Nación representación judicial de los procesos judicial y las conciliaciones prejudiciales del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, contraviene el orden convencional, constitucional y legal, conforme se expuso con suficiencia en las precedentes páginas.

6.5.10.- Por tal razón, la Sala, en orden a avenirse con el deber convencional *erga omnes* que tienen las autoridades de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención (artículo 1.1 CADH³⁶) y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2 CADH³⁷), esto es, como una manifestación de la obligatoriedad de los criterios de convencionalidad para los jueces y todas las autoridades internas³⁸ y apelando al

³⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³⁸ El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasa a señalarse: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Suarez Rosero Vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Mirna Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Voto razonado concurrente Juez Sergio García Ramírez); Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso La Última Tentación de Cristo Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2005; Caso López Álvarez Vs Honduras, sentencia de 1º de febrero de 2006; Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Voto

artículo 4 superior³⁹ sobre excepción de inconstitucionalidad⁴⁰, esta Sala se ve en la obligación de inaplicar el aparte del artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 en lo referente a la Fiscalía General de la Nación como destinataria de los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en los que estuviere involucrado el DAS.

6.5.11.- Corolario de lo dicho, no puede la Sala reconocer a la Fiscalía General de la Nación como sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS.

6.5.12.- En consecuencia, ante el vacío normativo que se configura al existir impedimento jurídico para que la Fiscalía adquiriera la calidad de sucesor procesal ya referida y a fin de recabar por una solución que garantice el derecho que tienen las partes en el proceso (y particularmente los actores) a que se continúen los procesos judiciales iniciados contra el DAS sin mayores dilaciones y con plena claridad sobre las Entidades públicas llamadas a ser convocadas al proceso como

razonado del Juez García Ramírez); Caso La Cantuta Vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Voto razonado del Juez García Ramírez); Caso Boyce Vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007; Caso Castañeda Gutman Vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008; Caso Radilla Pacheco Vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009; Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, sentencia de 1º de septiembre de 2010; Caso Vélez Looz Vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010; Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010; Caso Gelman Vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, sentencia de 1º de julio de 2011; Caso López Mendoza Vs. Venezuela, sentencia de 1º de septiembre de 2011; Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Voto parcialmente disidente Juez Alberto Pérez Pérez); Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012; Caso Masacre de Rio Negro Vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012; Caso Masacre de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador, sentencia 25 de octubre de 2012 (voto razonado del Juez Diego García Sayán); Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012; Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012; Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013; Caso García Cruz y Sánchez Silvestre Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2013; Caso J Vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, sentencia de 30 de enero de 2014; Caso Norín Catriman y Otros Vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014; Caso de las personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana sentencia de 28 de agosto de 2014; Caso Rochac Hernández y Otros Vs. El Salvador, sentencia de 14 de octubre de 2014.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta las siguientes Opiniones Consultivas y Resoluciones de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, OC-14/1994 de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención); Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso Gelman Vs Uruguay.

³⁹ Constitución Política. Artículo 4º. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicará las disposiciones constitucionales.

⁴⁰ “En los casos de excepción de inconstitucionalidad, la correspondiente autoridad no produce una decisión de inconstitucionalidad, simplemente se limita a inaplicar la norma que ostensiblemente contradiga los preceptos constitucionales. Ésta ha sido una constante jurisprudencial, que tiene como base el hecho de que existen autoridades con competencia para efectuar pronunciamientos de constitucionalidad. La norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la carta fundamental en defensa de la guarda, de la integridad y de la supremacía de la norma de normas”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El control de constitucionalidad por la jurisdicción contencioso-administrativa. En: VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coordinadores) Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Justicia Constitucional. México, 2002, p. 655-656.

sucesoras procesales de dicha entidad, se ordenará, nuevamente en cumplimiento de las prescripciones del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, **poner en conocimiento** al señor Presidente de la República esta providencia, para que, actuando en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa y en el marco de sus competencias (artículo 189.17 Constitucional y Artículo 18 del Decreto-Ley 4057 de 2011), adopte las medidas administrativas que sean necesarias para garantizar, de la manera más clara y sin traumatismos, la sucesión procesal del DAS en los procesos contenciosos administrativos donde esta entidad obró como parte o tercero, según cada caso, y actuando dentro del marco convencional, constitucional y legal de respeto por la separación funcional de los poderes públicos⁴¹.

6.5.13.- Y es que en este punto debe tomarse en consideración la competencia constitucional del Presidente de la República, como Suprema Autoridad Administrativa, en cuya virtud le compete, a voces del artículo 189.17 *“Distribuir los negocios según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos”*, lo cual, justamente, resulta predicable en este caso, por cuanto se requiere del ejercicio de sus atribuciones en orden a regular, conforme al orden convencional, constitucional y legal, la representación judicial del DAS, suprimido, en los procesos judiciales y conciliaciones judiciales donde ha sido vinculado como parte o tercero, según cada caso. Lo anterior en consonancia con el artículo 18 del Decreto-Ley 4057 de 2011.

6.5.14.- Además, recordando que el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS integraba el sector central de la Administración Pública a nivel Nacional, esta Sala de Sección, en orden a solventar temporalmente las dificultades surgidas a

⁴¹ Tal como ya fue ordenado en sentencia de 10 de septiembre de 2014 (Exp.29590) de la Subsección C respecto del contexto de incertidumbre sobre la sucesión procesal del ISS. Allí la Sala esbozó, *inter alia*, los siguientes argumentos:

“Así mismo, a efectos de cerciorarse del efectivo cumplimiento de lo acá dispuesto, se ordenará a la entidad demandada que informe a esta Sala de Subsección, al vencimiento de este término perentorio, si dio cumplimiento al fallo y, en caso de que no fuere así, que exponga las razones por las cuales ello no fue posible, pese a la orden judicial explícita dictada.

Por último, a fin de recabar por una solución que garantice el derecho que tienen las víctimas a una reparación integral por los daños y perjuicios causados y atendiendo las particularidades reseñadas en este caso, se ordenará, nuevamente, en cumplimiento de las prescripciones del artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, poner en conocimiento al señor Presidente de la República esta providencia, para que, actuando en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa (artículo 189 constitucional) y en el marco de sus competencias, adopte las medidas administrativas que sean necesarias para el cumplimiento de este fallo y adicionalmente las que considere necesarias en desarrollo del mencionado artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, si es que el marco jurídico nacional resulta insuficiente para garantizar los estándares del sistema interamericano de derechos humanos para el cumplimiento material, oportuno, efectivo y eficaz de la sentencia judicial que nos ocupa, para lo cual le otorga tres (3) meses a partir de la comunicación de la presente decisión.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C. Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (Exp. 29590).

partir de la problemática tratada en el *sub judice* y mientras el Gobierno Nacional adopta las medidas pertinentes referidas en el numeral anterior, dispondrá **RECONOCER COMO SUCESOR PROCESAL al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA** y, en consecuencia, **ORDENARÁ** que se le notifique este proveído personalmente a dicha Entidad a fin de que tenga conocimiento de lo acá decidido y asuma la representación judicial del DAS, como su sucesor procesal, en aquellos procesos judiciales donde se reconoció (o habría de reconocerse de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014) a la Fiscalía General de la Nación. Reitera la Sala que tal situación se mantendrá hasta tanto el Presidente de la República, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales reglamente lo pertinente, en armonía con los principios, valores y reglas convencionales, constitucionales y legales.

6.5.15.- Precisa la Sala que el presente pronunciamiento se contrae, exclusivamente, para el asunto *sub judice*, donde se reconoció, en auto de 7 de julio de 2014, a la Fiscalía General de la Nación como sucesora procesal del Departamento Administrativo de Seguridad DAS suprimido, por cuanto la Sala esbozó reparos de convencionalidad, constitucionalidad y legalidad, por violación del principio de separación de poderes y la independencia judicial, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

6.6.- Siendo así cuanto precede y considerada la petición de nulidad procesal del auto de 7 de julio de 2014 elevada por la Fiscalía General de la Nación, donde refiere a la indebida representación del DAS por cuanto el ente *prosecutor* pertenece a la rama judicial y no a la ejecutiva (fl 395, c1), esta Sala, más que encontrar configurado el vicio de nulidad procesal alegado, observa que los argumentos arriba expuestos ponen de presente que la providencia de 7 de julio de 2014 incurrió en un protuberante defecto en su raciocinio jurídico, pues faltó a su deber *ex officio* de verificar la corrección convencional, constitucional y legal del Decreto Reglamentario que le fue aducido como soporte jurídico para reconocer la sucesión procesal del DAS a favor de la Fiscalía.

6.6.1.- Conforme se ha dicho a lo largo de esta providencia, se torna evidente para el Pleno de Sección Tercera la oposición a la Convención y la Constitución del Decreto 1303 de 2014 (artículo 7, referente a la Fiscalía General de la Nación), razón por la cual se dejará sin efecto el auto de 7 de julio de 2014 y, a fin de adoptar medidas para continuar la marcha de los procesos judiciales donde es parte o tercero el DAS, ordenará i) **RECONOCER al DEPARTAMENTO**

ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA como SUCESOR PROCESAL DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS, disponiendo la pertinente notificación personal y ii) COMUNICAR esta providencia al señor PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, en su calidad de suprema autoridad administrativa, para que adopte las medidas convencional y constitucionalmente pertinentes para regular la distribución de competencias y la representación judicial (sucesión procesal) del DAS en las diversas entidades de la Rama Ejecutiva del poder público.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

PRIMERO: INAPLICAR, para el presente caso, por inconvencional, inconstitucional e ilegal el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 en lo que se refiere a la asunción de procesos judiciales y conciliaciones judiciales del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS** a cargo de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO el auto de 7 de julio de 2014 mediante el cual se reconoció a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** como sucesor procesal del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS**.

TERCERO: RECONOCER al **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA** la calidad de sucesor procesal del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS**, hasta tanto el Presidente de la República, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, reglamente lo pertinente.

CUARTO: PONER EN CONOCIMIENTO del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA** esta providencia, para los efectos relacionados en el numeral 6.5.7- respecto de la representación judicial del **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Presidente Sala de Sección

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Ausente con excusa

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada
Aclaró voto

RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO
Magistrado
Aclaró voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado
Aclaró voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró y salvó parcialmente voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado ponente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

**CON SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**EXCEPCIÓN DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD –
Improcedencia cuando media exceso de la potestad reglamentaria. Sucesión
procesal del DAS – Su definición no procede vía inaplicación por violación
del orden jurídico superior.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)A

Actor: JUAN CARLOS AROCHA SERRANO Y OTROS

**Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION - RAMA
JUDICIAL - DAS**

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (AUTO SUCESION PROCESAL)

1. La decisión de la mayoría inaplicó por inconvencional, inconstitucional e ilegal el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 en lo que se refiere a la representación judicial del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS al razonar:

(...)

De tal cosa no pueden sino desprenderse consecuencias que pugnan seriamente con el modelo convencional y constitucional colombiano (...) Todas estas circunstancias no hacen más que poner de presente la abierta disfuncionalidad, trasgresión al principio de separación de poderes y violación a la independencia judicial en que incurre el contenido normativo del artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, en lo que se refiere a la Fiscalía General de la Nación, pues no se distingue el ejercicio de la función ejecutiva con la judicial, se elude la responsabilidad del poder ejecutivo, se afecta el correcto ejercicio de la administración de justicia [competencia de persecución del delito de la Fiscalía], lo cual contraviene los contenidos normativos convencionales y constitucionales a los cuales está sujeto el legislador y el Gobierno Nacional al momento de ocuparse de la distribución de competencias de las entidades públicas extintas.

(...)

la Sala, en orden a avenirse con el deber convencional erga omnes que tienen las autoridades de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención (artículo 1.1 CADH) y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2 CADH), esto, como una manifestación de la obligatoriedad de los criterios de convencionalidad para los jueces y todas las autoridades internas y apelando al artículo 4 superior sobre excepción de inconstitucionalidad, esta Sala se ve en la obligación de inaplicar el aparte del artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 en lo referente a la Fiscalía General de la Nación como destinataria de los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en los que estuviere involucrado el DAS (f. 22, 23, 25 y 26).

Como acertadamente concluye la mayoría, el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 contradice abierta y flagrantemente lo prescrito por el artículo 18 del Decreto Ley 4057 de 2011, al disponer que un órgano de la rama judicial asuma la representación judicial del DAS.

Si ello es así se reúnen los presupuestos para inaplicar por ilegal, como en efecto se hizo, al mediar un evidente desbordamiento de la potestad reglamentaria. No había, pues, a mi juicio lugar a inaplicar por inconstitucional el precepto y menos a hacer un control de convencionalidad, ya que al mediar una violación de una ley en sentido material, no era menester proceder a otro tipo de consideraciones.

Huelga señalar que lo decidido en esta providencia no afecta ni puede interferir la eventual decisión que llegue a adoptar la Sección Primera cuando resuelva la demanda (Rad. 2014-00630) que pretende la nulidad de la expresión “Fiscalía

General de la Nación”, contenida en el primer inciso del artículo 7 del Decreto 1303 de 2014.

2. De otro lado, la providencia de la que respetuosamente me separo definió como sucesor procesal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República para:

solventar temporalmente las dificultades surgidas a partir de la problemática tratada en el sub iudice” y ordenó “que se le notifique este proveído personalmente a dicha entidad a fin de que tenga conocimiento de lo acá decidido y asuma la representación judicial del DAS, como su sucesor procesal, en aquellos procesos judiciales donde se reconoció (o habría de reconocerse de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014) a la Fiscalía General de la Nación (f. 27).

En mi criterio, en el ámbito de inaplicación por contravenir el orden jurídico superior, el juez de la administración no está facultado para estatuir disposiciones nuevas en reemplazo, modificarlas o reformarlas como sí lo puede hacer el juez natural del acto (artículo 170 del CCA hoy retomado por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011).

Por lo demás, es el Gobierno quien tiene la competencia para definir este asunto con arreglo al numeral 17 del artículo 189 superior, en consonancia con el artículo 18 del Decreto Ley 4057 de 2011.

En este sentido dejo presentados este salvamento parcial y aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

CON ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Acceso a la administración de justicia.
Garantías judiciales dentro de un proceso: Representación judicial /
DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA**

[S]e echa de menos en la providencia una mención a esta norma de derecho interno que es importante, pues es el referente constitucional del control de convencionalidad; ello a menos que lo establecido por la jurisprudencia interamericana sobre dicho control deba entenderse como una mutación en la naturaleza misma de la convención, en virtud de la cual el instrumento pasa de ser un tratado internacional a transformarse en un convenio supranacional. Entonces sería indispensable aducir los motivos que sustentan esta posición, pues no concuerda con o se aparta de lo establecido por la jurisprudencia constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)A

Actor: JUAN CARLOS AROCHA SERRANO Y OTROS

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION - RAMA JUDICIAL - DAS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (AUTO SUCESION PROCESAL)

Aunque estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala en el sentido de –
negrillas en el texto citado– i) ***“INAPLICAR por inconvencional, inconstitucional e ilegal el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 en lo que se refiere a la asunción de procesos judiciales y conciliaciones judiciales del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS a cargo de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN”***; ii) ***“DEJAR SIN EFECTO el auto de 7 de julio de 2014 mediante el cual se reconoció a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como sucesor procesal del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS; iii) RECONOCER al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA la calidad de sucesor procesal del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS, hasta tanto el Presidente de la República, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, reglamente lo pertinente, y comparto la argumentación que se ofreció para***

respaldar la decisión, no entiendo muy bien los motivos por los cuales la Sala le otorga a la Convención Americana de Derechos Humanos rango supranacional, cuando en estricto sentido se trata de un tratado internacional aprobado por el Congreso de la República y ratificado por el Gobierno nacional.

Esta tesis no se deriva de lo dispuesto por la Constitución y tampoco ha sido respaldada por la Corte Constitucional y aun cuando se sabe que existen normas internacionales de obligatorio cumplimiento, vale decir que entran a regir con independencia de lo que se establezca en los ordenamientos jurídicos nacionales –ius cogens–, no todas las normas de la Convención, que es un tratado internacional sobre derechos humanos, tienen ese rango.

Desde luego, por disposición constitucional con base en el artículo 93 de la C.P. las normas consignadas en la Convención tienen primacía en nuestro derecho interno. Adicionalmente, el mismo precepto ordena que los derechos establecidos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia, lo que incluye, ciertamente, la jurisprudencia sentada por los órganos competentes para fijar el sentido y alcance de la normas contempladas en dichos pactos. Reza la norma constitucional –se destaca–:

“ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados (sic.) [aprobados] por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados (sic.) por Colombia”.

No obstante, se echa de menos en la providencia una mención a esta norma de derecho interno que es importante, pues es el referente constitucional del control de convencionalidad; ello a menos que lo establecido por la jurisprudencia interamericana sobre dicho control deba entenderse como una mutación en la naturaleza misma de la convención, en virtud de la cual el instrumento pasa de ser un tratado internacional a transformarse en un convenio supranacional. Entonces sería indispensable aducir los motivos que sustentan esta posición, pues no concuerda con o se aparta de lo establecido por la jurisprudencia constitucional.

A propósito de lo anterior resulta importante tener en cuenta lo que sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-941 de 2010. Allí se pronunció el alto

tribunal en el sentido de mantener que aunque la Convención Americana integra el bloque de constitucionalidad, la Corporación no funge como juez de convencionalidad y dejó sentado que aunque la mentada Convención integra el bloque de constitucionalidad, esto no “*significa que adquiera el rango de norma supra-constitucional*”.

Me parece que la Corte confunde varios aspectos. En primer lugar, es claro que la Convención no tiene el rango de norma supra constitucional. Según la Constitución de 1991 las normas contenidas en ese tratado internacional aprobado por Colombia “*que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción*”, tienen primacía en el derecho interno –artículo 93.1 C.P.–. Adicionalmente, “[*los derechos y deberes consagrados en [la Carta Política], se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*” –artículo 93.2 C.P.–. Nótese que la tesis de la primacía y la obligación de interpretar tiene que ver con **tratados internacionales** aprobados por el Congreso y ratificados por el gobierno de Colombia.

Entonces, le cabe razón a la Corte Constitucional en el sentido de que la Convención no tiene carácter supraconstitucional, pero se equivoca en el sentido de sostener que no funge como juez de convencionalidad, pues, precisamente, eso es lo que ordena el artículo 93 C.P. que en ese punto se acompasa con la jurisprudencia interamericana.

La pregunta que surge y debe ser sustentada muy bien es ¿qué pasaría con el control de convencionalidad si no existiera una cláusula como la contemplada en el artículo 93 C.P.? No sé si valga la pena adentrarse en ese importante e interesante, pero complejo debate; lo que sí resulta imperioso es que la Sala argumente de manera más detallada y sólida su posición al respecto del rango de las normas convencionales en el ordenamiento jurídico interno, si pretende leerlas –como sucedió en el sub lite–, de manera separada a lo que establece el artículo 93 C.P.

En los términos que anteceden dejo sentados los motivos para salvar parcialmente mi voto.

Fecha *ut supra*

**Stella Conto Díaz del Castillo
Magistrada**

**CON ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO DANILO ROJAS
BETANCOURTH**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015).

Radicación número: 54001-23-31-000-2002-01809-01(42523)A

Actor: JUAN CARLOS AROCHA SERRANO Y OTROS

**Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION - RAMA
JUDICIAL - DAS**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (AUTO SUCESION
PROCESAL)**

1. El presente auto inaplica por *“inconvenional, inconstitucional e ilegal el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 en lo que se refiere a la asunción de procesos judiciales y conciliaciones judiciales del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS a cargo de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN”*, decisión respecto de la cual estimo indispensable aclarar que, a mi juicio: i) los análisis de convencionalidad y constitucionalidad realizados en el auto son incompletos (I); y ii) no es cierto que, como se desprende de los argumentos desarrollados en la providencia, el trasladar a la Fiscalía General de la Nación las competencias que, en materia de policía judicial, detentaba el DAS, vulnere la independencia judicial garantizada constitucionalmente (II); razones que no obstan para acompañar la decisión en tanto comparto las consideraciones relativas al hecho de que la disposición mencionada contraviene el sentido de la norma que pretendía reglamentar y, en ese sentido, debe inaplicarse por ilegal (III). Adicionalmente,

considero oportuno hacer algunas precisiones en torno a los efectos de la decisión adoptada (IV).

I. El carácter incompleto de los controles de convencionalidad y constitucionalidad realizados

2. En la providencia materia de la presente aclaración se desarrolla un acápite titulado “*La garantía de la independencia judicial en el marco jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho*” en el que, luego de relacionar varios instrumentos internacionales relativos a esta última, así como algunos de los entendimientos que se han dado a los mismos en jurisprudencia y doctrina internacionales, la Sala afirma que dicha garantía “*emana de la misma corriente del constitucionalismo*” de la que también lo hace el Estado Social y Democrático de Derecho, e implica que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional –se cita una frase de la sentencia C-970 de 2004⁴²–, no pueda desfigurarse la identidad esencial de los poderes públicos, cosa que ocurriría precisamente con lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1303 de 2012, por lo que se concluye que este último pugna “*con el modelo convencional y constitucional colombiano*”, esto es, “*contraviene los contenidos normativos, convencionales y constitucionales a los cuales está sujeto el legislador y el Gobierno Nacional al ocuparse de la distribución de competencias de las entidades públicas extintas*”. Como consecuencia de este razonamiento, se opta por inaplicarlo por inconvencional, inconstitucional e ilegal.

2.1. Sin embargo, teniendo en cuenta que, como tuve la oportunidad de exponerlo en otro lugar⁴³, el control de convencionalidad revela tensiones de hondo calado en torno a la articulación de los sistemas jurídicos internacionales y nacionales, estimo que los jueces estamos en la obligación de abordarlo de manera tal que se propenda por un diálogo jurisprudencial genuino y simétrico, lo que supone no sólo un análisis riguroso y sopesado tanto del *corpus iuris* internacional utilizado como marco de referencia para ejercer dicho control, como del contenido del precepto interno que habría de excluirse y del contraste entre los dos –lo que excluye de suyo que los instrumentos internacionales sean utilizados de forma retórica o

⁴² Dicha frase es: “*el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos*”.

⁴³ Rojas Betancourth, Danilo, “Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XXI, Bogotá, 2015, pp. 113-140.

impuestos de manera autoritativa, esto es, sin agotar respecto de ellos el debido ejercicio argumentativo que justifique la pertinencia de su aplicación para el caso concreto y que, como se desprende naturalmente de la exigencia de motivación de las providencias judiciales, debe agotarse respecto de cualquier texto normativo; sino también la posibilidad de contraargumentar y presentar énfasis diferentes, siempre y cuando se propicien soluciones acordes con los principios que dichos instrumentos promueven.

2.2. No obstante, estimo que la providencia que aclaro no sólo confundió los controles de convencionalidad y constitucionalidad; sino que, al hacerlo, ambos quedaron incompletos, de modo que, en lugar de facilitar el diálogo jurisprudencial que, a mi juicio, resulta necesario y beneficioso en el marco de concurrencia de sistemas jurídicos, el auto aprobado por la Sala parece inscribirse en una corriente jurisprudencial en la que los instrumentos internacionales son utilizados como un recurso argumentativo que, con su sola invocación y sin la motivación requerida, busca dar mayor legitimación a una decisión.

2.2.1. En efecto, no puedo dejar de advertir que, después de establecer con claridad el *corpus iuris* internacional que habría de utilizarse como referencia para el análisis de la convencionalidad de la disposición finalmente inaplicada, el auto que aclaro no realizó, como correspondía y como habría resultado lógico para efectos de distinguir los controles que en la parte resolutive del auto sí se diferencian, el control de convencionalidad respectivo. En cambio sí, acudiendo a argumentos que, aunque de raigambre constitucional, no se refieren a los textos propiamente dichos, sino a una tradición constitucional vagamente enunciada, indicó que *“tales insumos teóricos brindan suficiente apoyo para considerar que a la luz de la normativa legal y reglamentaria citada la Fiscalía General de la Nación, órgano que integra la Rama Judicial del poder público, no puede ser considerada como sucesora procesal del extinto Departamento Administrativo de Seguridad-DAS”* y, luego de citar una sentencia de la Corte Constitucional sobre el principio de la separación de poderes, de la que se desprendería la inadmisibilidad de la desfiguración de la identidad esencial de dichos poderes, concluyó que el artículo 7 del Decreto 1303 de 2012 era inconvencional e inconstitucional.

2.2.2. De esta manera, la Sala completó, con argumentos constitucionales cuyo fundamento textual y alcance no fueron precisados, el contenido normativo de los instrumentos internacionales a la luz de los cuales se concluyó que la disposición interna analizada era inconvencional; proceder que impide verificar si, efectivamente, el precepto inaplicado es contrario al *corpus iuris* internacional

referido –incompatibilidad que no salta a la vista a partir de la lectura de este último-; o si, en realidad, era exclusivamente inconstitucional, conclusión que tampoco puede afirmarse de manera categórica toda vez que, en el estudio realizado sobre el particular, no se definieron claramente las normas o principios constitucionales supuestamente vulnerados, ni su alcance, elementos indispensables para efectuar el control de constitucionalidad pretendido.

2.2.3. Ahora bien, dicha confusión no podría explicarse a la luz del concepto de bloque de constitucionalidad al que se alude en el pie de página n. 35 pues, por una parte, el mismo se refiere a la integración del derecho internacional al derecho interno y no a la inversa, como se hace en el auto que aclaro, y, por la otra, porque su invocación no puede relevar del deber de especificar la conformación de dicho bloque y de precisar los contenidos que, del *corpus iuris* internacional, ya están contenidos en la Constitución Política, y aquéllos que, sin estarlo, deben considerarse como formando parte de la misma, en virtud de ese concepto.

2.3. Así las cosas, estimo que, al no haber sido profundizados, los análisis de convencionalidad y constitucionalidad realizados en el auto materia de esta aclaración de voto, no justifican plenamente la decisión adoptada y, en esa medida, su fuerza persuasiva radica más en su invocación que en el desarrollo que debía sustentarlos.

II. El traslado de competencias en materia de policía judicial y la ausencia de vulneración de la independencia judicial

3. Luego de referirse a la garantía de la independencia judicial en el marco jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho, la providencia que aclaro indica que:

6.5.1. Si bien es cierto que al desaparecer una entidad pública, en este caso el Departamento Administrativo de Seguridad, hay lugar a distribuir las competencias que dicha Entidad tenía en las demás autoridades públicas existentes, es claro que en ese ejercicio de redistribución funcional el legislador y el Gobierno Nacional deben actuar conforme al principio de separación de los poderes públicos, los cuales si bien deben cooperar para la consecución de los fines convencionales y constitucionales del Estado, lo que hace que dicha separación sea flexible y no absolutamente rígida, no lleva ello a admitir una desfiguración de la identidad esencial de estos, tal como lo ha referido la jurisprudencia constitucional “el principio de separación de poderes, mantiene como elemento definitorio, la identificación de las distintas funciones del Estado que, en el nivel supremo de su estructura, habrán de asignarse a órganos separados y autónomos”.

6.5.2. Y precisamente ello es lo que sucede en el sub iudice, por cuanto mediante el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 pretende el Gobierno

Nacional que un órgano perteneciente a la Rama Judicial del poder público asuma la función de representación judicial (y las eventuales consecuencias jurídicas y patrimoniales desfavorables) de una extinta entidad que pertenecía al poder ejecutivo.

6.5.3. De tal cosa no pueden sino desprenderse consecuencias que pugnan seriamente con el modelo convencional y constitucional colombiano pues, por una parte i) si bien conforme al artículo 250 constitucional dentro de las competencias de la Fiscalía General de la Nación se encuentran “las demás funciones que establezca la ley”, estas deben guardar consonancia con la naturaleza constitucional de dicho órgano, esto es, la de pertenecer al poder judicial; ii) se instituye de cierto modo una elusión de responsabilidad que choca con el artículo 90 constitucional, en razón a que no será el poder ejecutivo –al que pertenecía el DAS- quien asumirá la defensa judicial y las eventuales consecuencias judiciales desfavorables en los litigios donde obre como demandado el DAS, sino otra rama del poder público que materialmente no fue quien intervino en los hechos que dieron lugar a cada proceso judicial; iii) se prohija la idea errada según la cual pueden el legislador y el Gobierno Nacional atribuir (o sustraer) libremente funciones a la Rama Judicial sin respetar la esencia de la función jurisdiccional, lo cual, como se vio supra, no deja de ser contrario a la independencia de la judicatura, iv) atribuir funciones [así sea de representación judicial] del DAS a la Fiscalía General de la Nación lleva a no distinguir las competencias propias del poder ejecutivo con el judicial, lo cual se opone a la garantía de independencia de este último y v) se genera, al interior de la Fiscalía General de la Nación, una situación de abierta contradicción que afecta el ejercicio de la función de persecución del delito, pues por una parte dicho Ente debe obrar como acusador ante los posibles delitos cometidos por quienes fueron agentes o funcionarios del DAS pero, paradójicamente, en los procesos contenciosos donde asuma la vocería del DAS deberá defender la conformidad a derecho de las actuaciones de esta Entidad, disfuncionalidad que atenta contra el correcto y adecuado ejercicio de la función jurisdiccional, si se admite, como debe ser, la vigencia del principio lógico de no contradicción.

3.1. Aunque referido específicamente al artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, no cabe duda que el razonamiento desarrollado en la providencia que aclaro también podría predicarse de la normativa que dicho articulado reglamenta, esto es, del Decreto-Ley 4057 de 2011 y ello en tanto que este último dispuso que la función de policía judicial para investigaciones de carácter criminal atribuida al DAS –entidad perteneciente al poder ejecutivo-, fuera trasladada a la Fiscalía General de la Nación –parte de la rama judicial-. En ese sentido vale la pena insistir en que el auto que aclaro considera expresamente que “*atribuir funciones [así sea de representación judicial] del DAS a la Fiscalía General de la Nación lleva a no distinguir las competencias propias del poder ejecutivo con el judicial*” y adicionalmente sugiere que, sean cuales fueren las competencias del Ejecutivo, concretamente del DAS, que se transfieran a la Rama Judicial, particularmente, a la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho traslado desnaturaliza la esencia de la función jurisdiccional, lo que, a juicio de la posición mayoritaria de la Sala, es contrario a la independencia de la judicatura.

3.2. Considero que lejos de confundir las competencias de los poderes Ejecutivo y Judicial, o de desnaturalizar la función jurisdiccional, el traslado de competencias en materia de policía judicial operado por el artículo 3.2 del Decreto-Ley 4057 de 2011 está en plena consonancia, como lo enuncia su tenor literal, con los mandatos constitucionales sobre la materia (3.2.1) y resulta mucho más coherente con la separación de poderes que la posición mayoritaria de la Sala pretende salvaguardar (3.2.2).

3.2.1. En efecto, como lo dispuso expresamente el artículo 3.2 del Decreto-Ley 4057 de 2011, la función comprendida en el 2.11 del Decreto 643 de 2004, esto es, la relativa a la policía judicial, asignada al DAS, se trasladaría a la Fiscalía General de la Nación *“en armonía con lo dispuesto en el artículo 251 de la Constitución Política”* y, efectivamente, se tiene que este último contempla en su numeral 5⁴⁴, como función especial del fiscal general de la Nación, el *“otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación”*; disposición que debe ser leída en consonancia con aquella del artículo 250 que, al referirse a las funciones de esta entidad, consagra en su numeral 8⁴⁵ la de *“dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley”*. Así pues, de conformidad con estos textos que, valga la pena precisar, fueron ignorados en la providencia que aclaro⁴⁶, no puede entenderse, como parece hacerlo aquélla, que las funciones de policía judicial son extrañas o ajenas a la *“naturaleza constitucional”* de la Fiscalía General de la Nación, esto es, al hecho de que hace parte de la Rama Judicial.

⁴⁴ Es de anotar que esta disposición fue la resultante de la modificación operada por el artículo 3 del Acto Legislativo n.º 3 de 2002; sin embargo, este numeral, correspondiente al 4 en el texto original, no sufrió cambio alguno. Es decir, desde 1991 la Constitución Política establece que la Policía Judicial se ejerce bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

⁴⁵ Como ocurre con el artículo 251, el texto del 250 que se cita es el modificado por el Acto Legislativo n.º 3 de 2002; sin embargo, este numeral, correspondiente al 3 en el texto original, permaneció intacto.

⁴⁶ En efecto, como se verifica en la parte antes transcrita de la providencia objeto de esta aclaración, en ella se consideró que *“si bien conforme al artículo 250 constitucional dentro de las competencias de la Fiscalía General de la Nación se encuentran “las demás funciones que establezca la ley”, estas deben guardar consonancia con la naturaleza constitucional de dicho órgano”*, es decir, sólo se hizo referencia a la función contenida en el numeral 9, sin tener en cuenta que, la aquí transcrita, esto es, la del numeral 8, no deja lugar a dudas sobre la consonancia extrañada entre la *“naturaleza constitucional”* de la Fiscalía y las funciones de policía judicial a ella transferidas.

3.2.2. Al contrario, si se tiene en cuenta que, tal como lo ha sostenido de manera reiterada y constante la Corte Constitucional, la policía judicial es “*una tarea cuya naturaleza es eminentemente judicial*”⁴⁷, resulta mucho más coherente con el principio de separación de poderes enarbolado por la posición mayoritaria de la Sala el que sea atribuida a una entidad como la Fiscalía General de la Nación, parte integrante de la Rama Judicial, a que permanezca en cabeza del poder Ejecutivo; sin perder de vista que, como también se sugiere en el auto materia de aclaración, la separación de poderes garantizada constitucionalmente no es de carácter orgánico ni mucho menos rígido, sino que se refiere a la identificación de las distintas funciones del Estado, de modo que el hecho de que una función como la policía judicial, propiamente judicial, pueda ser asignada a entidades pertenecientes al ejecutivo, no vulnera ese principio, a condición de que, como lo consagra la misma Constitución, su ejercicio está supeditado funcionalmente a la Rama Judicial.

3.2.2.1. En ese sentido vale la pena recordar *-in extenso* por su pertinencia para entender el argumento que aquí se defiende- que, en jurisprudencia constante y reiterada, la Corte Constitucional ha sido clara y enfática al afirmar, sustentada no sólo en los textos constitucionales, sino en la voluntad del constituyente que:

2. Los organismos que desempeñan funciones de Policía Judicial, como auxiliares de la administración de justicia, colaboran en una tarea cuya naturaleza es eminentemente judicial: averiguar, indagar y esclarecer los hechos que constituyen presupuesto indispensable de las sentencias y providencias que profieren los Jueces Penales. (...)

d. Los cuerpos permanentes de policía judicial, en la mayoría de los casos, orgánicamente pertenecen a la rama ejecutiva. Este nexo no ha sido obstáculo para el establecimiento de un orden distinto de dependencia funcional con la Fiscalía. El régimen propio de las fuerzas militares y el contexto histórico en el que actúan, a los cuales difícilmente pueden sustraerse sus miembros, no se concilian con las notas de independencia e imparcialidad inherentes a la policía judicial y que son apenas el reflejo de las características de la función jurisdiccional a la cual sirve. (...)

f. La integración de unidades de policía judicial con militares no responde a un correcto desarrollo de lo previsto en el artículo 251-4 de la Constitución Política. Los entes públicos a que se refiere este artículo deben tener aptitud constitucional para ejecutar funciones de policía judicial, lo que se echa de menos en el caso de las fuerzas militares. Igualmente, las atribuciones transitorias allí mencionadas no coinciden con las del universo investigativo, sino que son las de carácter técnico, como por lo demás se desprende de la intención manifestada por el Constituyente:

⁴⁷ En efecto, en la sentencia C-034 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"La Policía Judicial estará bajo la dirección de la Fiscalía General, como instrumento eficaz para adelantar investigaciones de tipo técnico. Pero como existen actividades muy complejas se faculta expresamente al fiscal general de la Nación para señalar los casos en los cuales otros organismos oficiales no pertenecientes a la Fiscalía, puedan asumir transitoria o permanentemente y bajo su dirección y responsabilidad, funciones de Policía Judicial. Tales serían los casos, por vía de ejemplo, de los superintendentes (Bancario, de Sociedades, de Notariado y Registro, de Industria y Comercio y Control de Cambios) de la Contraloría General de la República, de los inspectores de Trabajo, de la Sijin y de la Dijin". (Gaceta Constitucional No. 51, 16 de abril de 1991, pág. 16).⁴⁸

Encontramos así la noción de Policía Judicial como el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. No se trata de dos especies de un género común, sino que la Policía Judicial es una denominación que se emplea para aludir a las fuerzas de policía en cuanto dirigen su actividad para preparar la función represiva de los funcionarios judiciales (fiscales y jueces de la República). Por eso, la concepción moderna de la Policía judicial es la de un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de los fiscales o los jueces.

La Constitución Política en el numeral 3 del artículo 250 establece como función de la Fiscalía General de la Nación la de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley y como función especial del Fiscal General se encuentra la de otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir misiones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación (art. 251.4 CP). (...)

Si bien es cierto que la Policía Nacional por mandato constitucional (Art. 250-3) cumple funciones de Policía Judicial en forma permanente, así como otros servidores públicos según lo dispone el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, sus funciones se deben cumplir bajo la dirección y coordinación del Fiscal General y sus delegados. Por lo tanto, la orden de allanamiento sólo puede provenir de una autoridad competente, salvo los casos de flagrancia o detención preventiva, en las condiciones señaladas anteriormente.⁴⁹

3.2.2.2. Lo anterior sin mencionar que, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, ha sido una constante normativa el que las funciones de policía judicial asignadas al DAS tuvieran que ejercerse en coordinación con la Fiscalía General de la Nación. Así, desde el Decreto 2110 de 1992 proferido en ejercicio de las facultades conferidas al Gobierno Nacional por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política para que, teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones realizados por un comisión de expertos, reestructurara las

⁴⁸ Sentencia C-034 de 1993 *ibidem*, reiterada en la C-251 de 2002, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁹ Sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

entidades de la rama ejecutiva para ponerlas en consonancia con los mandatos de la reforma constitucional, en especial, con la redistribución de competencias que establecía, el artículo 6.4 contemplaba que era función del DAS “[a]ctuar como cuerpo de policía judicial en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, preferencialmente en los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, régimen constitucional, la administración pública, la administración de justicia y la seguridad pública y prestar a los magistrados, jueces y fiscales, los auxilios de inteligencia, operativos, científicos y técnicos que soliciten en la forma prevista por las leyes”; disposición que, aunque fue modificada posteriormente por los Decretos 218 de 2000⁵⁰ y 643 de 2004⁵¹, conservó su esencia.

3.2.3. Así las cosas, estimo desafortunado el que, en el auto aprobado por la mayoría de la Sala, se dé a entender que el trasladar a la Fiscalía General de la Nación las competencias que, en materia de policía judicial, detentaba el DAS, vulnera la independencia judicial y la separación de poderes garantizada convencional y constitucionalmente.

3.2.4. Cosa bien distinta es que, como se señaló en la providencia⁵², al establecer que los procesos judiciales y conciliaciones prejudiciales en curso en que sea parte el DAS serán entregados a las entidades que asumieron sus funciones, entre ellas, la Fiscalía General de la Nación, en tanto asumió las de policía judicial, el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, reglamentario del Decreto-Ley 4057 de 2011, dispone que sea esta entidad, perteneciente a la Rama Judicial, quien asuma las eventuales condenas que se habrían proferido contra una entidad perteneciente a la Rama Ejecutiva. Lo anterior por cuanto si bien es cierto que este dispositivo podría repugnar el principio del derecho de daños según el cual la persona que sea obligada a indemnizar los perjuicios debe ser aquella a la que le son imputables, se trata de un punto que fue tenido en cuenta expresamente por

⁵⁰ En su artículo 3.12 establecía como función de dicha entidad “Ejercer funciones de Policía Judicial, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, para investigaciones de carácter criminal, relacionadas con la naturaleza y finalidad institucionales”

⁵¹ El artículo 2.11 es del mismo tenor del equivalente en el Decreto 218 de 2000.

⁵² Se recuerda que uno de los motivos para inaplicar dicho dispositivo es que con él se instituiría “de cierto modo, una elusión de responsabilidad que choca con el artículo 90 constitucional, en razón a que no será el poder ejecutivo –al que pertenecía el DAS- quien asumirá la defensa judicial y las eventuales consecuencias jurídicas desfavorables en los litigios donde obre como demandado el DAS, sino otra rama del poder público que materialmente no fue quien intervino en los hechos que dieron lugar a cada proceso judicial”.

el Decreto-Ley 4057 de 2011, de modo que el Decreto 1303 de 2014, reglamentario de aquel, debió haberse plegado a lo allí dispuesto sobre el particular.

III. La ilegalidad del artículo 7 del Decreto 1303 de 2014

4. El artículo 18 del Decreto-Ley 4057 de 2011 fue claro al establecer que “al cierre de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) los procesos y demás reclamaciones en curso serán entregados a las entidades de la Rama Ejecutiva que hayan asumido las funciones de acuerdo con la naturaleza, objeto o sujeto procesal” y “[s]i la función no fue asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva el Gobierno Nacional determinará la entidad de esta Rama que los asumirá”, lo que está en perfecta consonancia con el principio del derecho de daños enunciado en el acápite anterior.

4.1. Sin embargo, como se expuso, el Decreto 1303 de 2004, reglamentario del 4057 de 2011, dispuso una cosa diferente, lo que, como se desarrolló en el auto materia de aclaración, constituye una vulneración del precepto superior objeto de reglamentación y da lugar a aplicar la excepción de ilegalidad prevista en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887⁵³ y sobre la que la Subsección B ha considerado, con fundamento en lo expuesto por la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad de ese precepto⁵⁴, que:

...la no conformidad de una norma con sus superiores jerárquicas la convierten en derecho positivo susceptible de ser retirado del ordenamiento. De dicha condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende para la Corte la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Por lo mismo, aunque la excepción de ilegalidad no esté prevista expresamente en la Constitución está perfectamente autorizada sobre la base de esta concepción sistemática y jerárquica del ordenamiento jurídico nacional:

“resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad (sic), resulta acorde con la Constitución.

⁵³ “Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a la leyes ni a la doctrina legal más probable”.

⁵⁴ Sentencia C-037 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional.^{55 56}

*La Corte Constitucional puso de presente, además, que tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa.*⁵⁷

4.2. Es entonces en aplicación de esta excepción de ilegalidad que acompaño la decisión de la Sala.

IV. Los efectos de la decisión

5. Por último, estimo indispensable indicar que no comparto la precisión contenida en la providencia según la cual “*el presente pronunciamiento se contrae, exclusivamente, para el asunto sub judice*”, lo que significa que la inaplicación del artículo 7 del Decreto 1303 de 2014 es única y exclusivamente “*para el presente caso*” pues considero que, en relación con la situación puesta de presente por el *sub examine* –la sucesión procesal del DAS-, la Corporación podría encontrarse en una situación asimilable a la que, en la Corte Constitucional, dio lugar a que se otorgaran efectos inter pares a la excepción de inconstitucionalidad en virtud de la cual dejó de aplicarse una disposición relativa a las reglas del reparto de la acción de tutela –artículo 1 del Decreto 1382 de 2000-⁵⁸. En esa ocasión, la Corte Constitucional desarrolló argumentos que, aunque referidos a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en el trámite de acciones de tutela, son aplicables *mutatis mutandi* a la formulación de dicha excepción en procesos ordinarios como en el del *sub examine*:

Determinar que cuando concurren las condiciones anteriormente enunciadas la excepción de inconstitucionalidad aplicada por esta Corporación tiene efectos inter pares, es decir, entre todos los casos semejantes, logra conciliar todas las normas constitucionales en juego. El Consejo de Estado al

⁵⁵ *Ibid*

⁵⁶ Sentencia de 25 de mayo de 2011, exp. 23650, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁷ Lo anterior sin perjuicio de que, como lo desarrollé en otro lugar, considero desafortunado el que la Corte Constitucional haya concluido que la aplicación de la excepción de ilegalidad se reserva únicamente a la jurisdicción contencioso administrativa. Al respecto ver: Rojas Betancourth, Danilo, “¿Abolida la excepción de ilegalidad?”, *Pensamiento Jurídico. Revista de teoría del derecho y análisis jurídico*, n.º 12, Universidad Nacional. Facultad de derecho, ciencias políticas y Sociales, Bogotá, 2000, pp. 209-220.

⁵⁸ Auto 071 de 2001, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

pronunciarse sobre la legalidad y constitucionalidad del Decreto 1382 de 2000 no queda ligado por los efectos de esta providencia ya que el proceso contencioso no es un caso semejante al decidido por esta Corporación. Es, por el contrario, completamente diferente: constituye el ejercicio de una competencia propia y específica de control abstracto de la norma demandada desatado por una acción pública, no el pronunciamiento de un juez sobre una acción de tutela presentada por el interesado en que sus derechos fundamentales sean amparados en una circunstancia concreta. No obstante, en todos los casos en los cuales deba decidirse una acción de tutela, los jueces quedan cobijados por los efectos inter pares de esta providencia, lo cual asegura que el principio de supremacía constitucional sea efectivamente respetado y que los derechos fundamentales que requieren por mandato de la Carta "protección inmediata" (artículo 86 de la C. P.), no se pierdan en los laberintos de los conflictos de competencia que impiden que se administre pronta y cumplida justicia en desmedro de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 de la C.P.). Los efectos inter pares también aseguran que, ante la evidencia del profundo, grave, generalizado y recurrente perjuicio que para el goce de los derechos fundamentales ha tenido la aplicación de normas administrativas contrarias a la Constitución, la Corte Constitucional como órgano del Estado al cual se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, cumpla su misión de asegurar la efectividad de los derechos y principios constitucionales, como lo ordena el artículo 2 de la Carta a todas las autoridades del Estado.

Al igual que esta Corporación, los demás jueces que integran la jurisdicción constitucional están llamados por el artículo 2 citado a asegurar que las personas puedan gozar efectivamente de sus derechos fundamentales y que la Constitución sea aplicada de manera preferente a una norma de jerarquía inferior contraria a ella en razón al principio de supremacía constitucional, pilar de la coherencia del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cuando se presente un caso semejante a los decididos por esta Corporación, deben inaplicar el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000 y aplicar el artículo 86 de la Constitución según el cual las acciones de tutela pueden ser presentadas "en todo momento y lugar". Ello significa que los jueces ante los cuales se presenten acciones de tutela no pueden remitir el expediente a otro despacho invocando el Decreto 1382 de 2000. Hacerlo significaría desconocer el principio de supremacía constitucional (artículo 4 de la C.P.).

5.1. Así las cosas y comoquiera que, como lo consideró la mayoría de la Sala, había lugar a inaplicar, por inconstitucional, el artículo 7 del Decreto 1303 de 2014, debió analizarse la pertinencia de otorgar a dicha decisión efectos inter pares.

6. En los términos anteriores dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

DANILO ROJAS BETANCOURTH