

Bogotá D.C., 11 de enero de 2018

CON SOLICITUD DE
MEDIDA CAUTELAR

Señores

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CONSEJO DE ESTADO**

Ciudad

E.S.D.

Referencia: Demanda

Medio de control: Nulidad electoral

Demandantes: Rodrigo Uprimny Yepes, Vivian Newman Pont, Diana Rodríguez Franco, Alejandro Jiménez Ospina, Gustavo Gallón Giraldo, Juan Carlos Ospina, Jorge Iván Cuervo Restrepo

Demandado: Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez Neira

Vivian Newman Pont, Diana Rodríguez Franco, Alejandro Jiménez Ospina y María Paula Ángel Arango, identificadas como aparece al pie de nuestras firmas, investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Rodrigo Uprimny Yepes, también investigador de Dejusticia y quien actúa a través de su apoderado, Alejandro Jiménez Ospina¹, Gustavo Gallón Giraldo y Juan Carlos Ospina, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, director y coordinador de incidencia nacional de la Comisión Colombiana de Juristas y, Jorge Iván Cuervo Restrepo, identificado como aparece al pie de mi firma, con fundamento en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentamos ante ustedes demanda contentiva de medio de control de nulidad electoral contra la elección del señor Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia mediante el Acuerdo 871 de 11 de julio 2016 y su confirmación por parte de la misma Corporación.

A través del medio de control de nulidad electoral, en la presente demanda se alega que el Acuerdo 871 de 2016, a través del cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación y su confirmación por parte de la misma Corporación, deben ser anulados por el Consejo de Estado por estar incursos en un vicio de falsa motivación. El punto, en resumen, es que al acto de elección de Fiscal General de la Nación subyacen dos motivaciones, que son las únicas constitucionalmente legítimas: (i) la intención de plasmar la voluntad de la mayoría de los miembros de la corporación y, (ii) el convencimiento de que el elegido es el más idóneo y quien estará en mejores condiciones para desempeñar las funciones encomendadas. Sin embargo, la omisión del deber de proveer información grave y relevante por parte del ternado Néstor Humberto Martínez Neira sobre su grado de conocimiento del escándalo de corrupción de Odebrecht y el involucramiento en el mismo de empresas y personas a las que él había representado, concretamente Luis Carlos Sarmiento Angulo y el Grupo AVAL, llevó a que los miembros de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no contaran con información sustancial que podría haber

¹ Ver anexo, poder especial otorgado por Rodrigo Uprimny Yepes al abogado Alejandro Jiménez Ospina.

afectado su decisión y consideraran que ese ternado estaría en las mejores condiciones para desempeñar las funciones propias del cargo. Lo anterior, pues desconocían que tendría que declararse impedido en las líneas investigativas del caso de corrupción más importante del siglo en Colombia y Latinoamérica y que debería ser investigado por su conocimiento del mismo. Esto implica, necesariamente, una falsa motivación en el acto de elección de Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación, por cuanto éste ocultó información relevante para la decisión que tomaría la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y, por lo tanto, esta última votó, lo eligió y confirmó con el convencimiento de que era el ternado en mejores condiciones para desempeñar el cargo sin tener presentes hechos que serían de capital importancia para la elección y que ya eran conocidos por Martínez Neira al momento de ser ternado y elegido.

Con el fin de demostrar esto, la demanda se divide en nueve partes: (I) solicitud de suspensión provisional de los actos de elección y confirmación demandados; (II) pretensiones, en donde se encuentra la solicitud elevada al Consejo de Estado de declarar la nulidad del Acuerdo 871 de 2016, acto de elección de Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación, y del acto de confirmación de dicha elección; (III) fundamentos de hecho, aquí aparece el marco fáctico en que está inmerso el litigio; (IV) normas violadas, que da cumplimiento al requisito de enunciación de las disposiciones jurídicas violadas con el acto demandado; (V) concepto de violación, contenido de los fundamentos de derecho que sustentan las pretensiones y la aplicación al caso concreto de las consideraciones jurídicas enunciadas; (VI) competencia, en donde se explica por qué es el Consejo de Estado quien debe conocer de la demanda; (VII) pruebas, en donde se enumeran los elementos probatorios que se allegan con la demanda y que se solicita decretar y practicar al Consejo de Estado; (VIII) anexos y, (IX) notificaciones.

I. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACUERDO 871 DE 2016, A TRAVÉS DEL CUAL LA SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ELIGIÓ A NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA EN EL CARGO DE FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN Y DEL ACTO DE CONFIRMACIÓN DE DICHA ELECCIÓN

De acuerdo con el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cualquier proceso declarativo que se adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es posible solicitar la adopción de medidas cautelares. El artículo siguiente del mismo código establece que dichas medidas pueden ser preventivas, anticipativas o de suspensión y deben estar relacionadas directa y necesariamente con las pretensiones de la demanda. Una de las opciones con las que cuenta la ciudadanía en el marco del medio de control de nulidad electoral es la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, en ese caso, los actos de elección y confirmación. El presente apartado tiene como objetivo solicitar el decreto de la suspensión de los efectos del Acuerdo 871 de 2016, a través del cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira, identificado con la cédula de ciudadanía número 19'266.052, en el cargo de Fiscal General de la Nación y del acto de confirmación de dicha elección por parte de la misma Corporación. Para ello, en primera medida se hará una breve caracterización de la medida solicitada y los requisitos que establece la ley para que el operador

judicial la decreta. Posteriormente se explicará por qué en el presente caso se cumplen dichos requisitos. Y, finalmente, se presentará la solicitud concreta.

Según el artículo 238 de la Constitución, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene la facultad de “suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”. Esto implica, en esencia, que la ciudadanía, a través de la jurisdicción, puede solicitar que un acto administrativo (electoral para este contexto) deje de surtir efectos temporalmente con la intención de garantizar el ejercicio de un derecho, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión futura².

Para solicitar de forma adecuada la suspensión de los efectos de actos de elección y confirmación es necesario cumplir dos requisitos. Uno de ellos tiene que ver con la oportunidad. Según el artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la solicitud de suspensión de efectos debe ser presentada con la demanda o, en cualquier caso, antes de la admisión de la misma³. El otro está relacionado con la sustentación del mismo. No sólo es claro que la solicitud debe ser sustentada en el mismo texto de demanda, en virtud de la disposición arriba mencionada, sino que esta debe estar basada en unos argumentos específicos. De acuerdo con la jurisprudencia, la sustentación de esta medida en el medio de control de nulidad electoral debe explicar que la “violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal – cuando el trámite apenas comienza –, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”⁴. Es decir, lo que el operador debe verificar y el demandante debe especificar en la solicitud, es que haya un análisis del “acto acusado frente al contenido de la norma señalada como infringida, y estudiar las pruebas aportadas, a fin de concluir si surge su contradicción”⁵. Posición derivada de lo reglado en el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, en el presente caso es evidente que se cumple con el requisito de oportunidad, pues la solicitud se presenta en el mismo escrito de la demanda. Mientras tanto, frente al requisito de sustentación de la procedencia de la medida, en primer lugar, es necesario solicitar al Consejo de Estado que se remita a las consideraciones relacionadas con el concepto de violación contenidas en el presente texto⁶. Toda la argumentación presentada para sustentar la pretensión principal de esta demanda, es decir, la solicitud de declaratoria de nulidad del Acuerdo 871 de 2016 y del acto de confirmación de la elección declarada en el primero, tiene igual pertinencia para demostrar que la

² Ver Corte Constitucional. Sentencia C-523 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

³ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2013-00008-00. 27 de junio de 2013. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00137-00. 20 de noviembre de 2014. C.P. Susana Buitrago Valencia. Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 05001-23-33-000-2016-00189-02. 4 de agosto de 2016. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00137-00. 20 de noviembre de 2014. C.P. Susana Buitrago Valencia.

⁶ Ver *infra* p. 11 y siguientes.

“violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal (...) como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”⁷. Así, sería reiterativo y, por ende, ajeno al principio de economía procesal, reiterarlos de forma completa en este apartado⁸.

Para lo que aquí interesa, que es para el cumplimiento del requisito del artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la violación de las disposiciones invocadas como violadas, que se materializan en la ocurrencia del vicio de falsa motivación en el acto demandado, puede ser resumida de la manera que se hace a continuación.

El Acuerdo 871 de 2016, a través del cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación y el acto de confirmación de dicha elección, deben ser anulados por el Consejo de Estado por estar incurso en un vicio de falsa motivación. Al acto de elección de Fiscal General de la Nación subyacen dos motivaciones: (i) la intención de plasmar la voluntad de la mayoría de los miembros de la corporación y, (ii) el convencimiento de que el elegido es el más idóneo y quien estará en mejores condiciones para desempeñar las funciones encomendadas. La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia entendió que Néstor Humberto Martínez Neira era el más idóneo y quien estaría en mejores condiciones para desempeñar las funciones, partiendo de un conocimiento equivocado de las circunstancias particulares en que estaba envuelto el ternado y de los conflictos de interés potenciales y aparentes en los que estaba envuelto. Esto por cuanto Martínez Neira omitió entregar información grave y relevante sobre su grado de conocimiento del escándalo de corrupción de Odebrecht y el involucramiento en el mismo de empresas y personas a las que él había representado, concretamente Luis Carlos Sarmiento Angulo y el Grupo AVAL. Así, la Corte Suprema desconoció, por la omisión de Martínez Neira, que este tendría que declararse impedido en las líneas investigativas del caso de corrupción más importante del siglo en Colombia y Latinoamérica y que debería ser investigado por su conocimiento del mismo. Esto, como ya se ha mencionado repetidamente y se sustenta más a fondo y completamente en el Concepto de Violación, implica una falsa motivación en el acto de elección de Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación, por cuanto éste ocultó información relevante para la decisión que tomaría la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y, por lo tanto, esta última votó y lo eligió con el convencimiento de que era el ternado en mejores

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00137-00. 20 de noviembre de 2014. C.P. Susana Buitrago Valencia. Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 05001-23-33-000-2016-00189-02. 4 de agosto de 2016. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁸ Esta forma de sustentar la solicitud de decreto de una suspensión provisional de los efectos de un acto de elección ha sido señalada como procedente por la Sección Quinta del Consejo de Estado de manera reiterada. Por ejemplo, en una ocasión señaló: “[n]ótese que la anterior petición es huérfana de cualquier fundamentación normativa e incluso probatoria, pues con total desatención se omite indicar los preceptos legales que resultan infringidos con el acto de elección acusado, y las pruebas que así lo acredita (sic). Ahora bien, destaca la Sala que de la misma transcripción resulta evidente que el demandante a efectos de sustentar su petición cautelar no remite a los argumentos expuestos en el concepto de violación expuesto en la demanda, lo que impide al juez acudir a dicho escrito para encontrar la argumentación que permita abordar el análisis de fondo de la suspensión provisional que se reclama”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 05001-23-33-000-2016-00189-02. 4 de agosto de 2016. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

condiciones para desempeñar el cargo sin tener presentes hechos que serían de capital importancia para la elección y que ya eran conocidos por Martínez Neira al momento de ser ternado y elegido. Así, el Consejo de Estado debería declarar la nulidad de dichos actos y, antes de eso, en la admisión de la demanda, con el fin de proteger el objeto del proceso, salvaguardar la legalidad y la transparencia en el Estado colombiano y garantizar el acceso a la administración de justicia de los demandantes, decretar la suspensión provisional de los efectos de los mismos.

Ahora bien, además de la argumentación presentada anteriormente, complementada en el concepto de violación, es necesario que el Consejo de Estado tenga en cuenta una consideración adicional: asegurar que su decisión no tenga efectos nugatorios. Es claro que los potenciales efectos nugatorios de una sentencia es una consideración necesaria para el decreto de medidas cautelares distintas a la suspensión provisional de efectos de un acto, no obstante, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia y el derecho al debido proceso, puede ser una consideración útil y necesaria.

Lo que se analiza a este respecto es si de los hechos que fundamentan la demanda, los argumentos presentados en ella y las pruebas aportadas es posible deducir que, de no emitirse la medida cautelar, la sentencia carecerá de efectos concretos, es decir, no cumplirá con su objetivo fundamental. Dicha posibilidad de carencia de efectos concretos es latente en el presente caso por un motivo fundamental: el tiempo necesario para tramitar y decidir esta demanda. Dado que Néstor Humberto Martínez Neira se posesionó el 1 de agosto de 2016⁹, el período durante el cual ocupará el cargo de Fiscal General de la Nación terminará el 31 de julio de 2020. Eso deja menos de un año y seis meses para tramitar y decidir la nulidad electoral de su acto de elección, pues con la terminación del período del Fiscal el efecto de la sentencia sería meramente declarativo.

Un año y medio para tramitar un medio de control de nulidad electoral del impacto del presente es a todas luces insuficiente. Un ejemplo claro de ello es la reciente decisión del Consejo de Estado relacionado con la declaratoria de nulidad del acto de elección de Alejandro Ordoñez Maldonado como Procurador General de la Nación. La demanda presentada por Dejusticia contra dicha elección dató del 30 de enero de 2013, mientras que la decisión sobre la misma está fechada del 7 de septiembre de 2016, es decir, más de tres años después¹⁰. Si esto ocurriera en el presente caso, la sentencia sería emitida aproximadamente un año después de la terminación del período de Néstor Humberto Martínez Neira y, por lo tanto, perdería una buena parte de sus efectos prácticos.

De acuerdo con lo anterior, solicitamos muy atentamente al Consejo de Estado que suspenda los efectos del Acuerdo 871 de 11 de julio de 2016, expedido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, a través del cual se nombró a Néstor Humberto Martínez Neira, identificado con la cédula de ciudadanía número 19'266.052, en el cargo de Fiscal General de la Nación y del acto de confirmación de dicha elección.

⁹ Ver *infra* p. 8.

¹⁰ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Expedientes acumulados 11001-03-28-000-2013-00011-00, 11001-03-28-000-2013-00012-00 y 11001-03-28-000-2013-00008-00. 7 de septiembre de 2016. C.P. Rocío Araújo Oñate.

II. PRETENSIONES

A través del presente medio de control se solicita al Consejo de Estado:

PRIMERA Y ÚNICA: Que DECLARE la nulidad del Acuerdo 871 de 11 de julio de 2016, expedido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, a través del cual se nombró a Néstor Humberto Martínez Neira, identificado con la cédula de ciudadanía número 19'266.052, en el cargo de Fiscal General de la Nación y del acto de confirmación de dicha elección, por falsa motivación.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Mediante la Resolución No. 641 del 15 de diciembre de 2009, el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) adjudicó el contrato de concesión para el Proyecto Vial Ruta del Sol Sector II a la Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S¹¹.
2. El 22 de diciembre de 2009 se constituyó la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., persona jurídica compuesta por la Constructora Norberto Odebrecht S.A, Odebrecht Inversiones en Infraestructura Ltda., CSS Constructores S.A y Episol S.A.S, filial de Corficolombiana (empresa perteneciente al Grupo AVAL)¹².
3. En 2012 Néstor Humberto Martínez Neira, en su calidad de abogado privado, trabajó para la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en la elaboración de un contrato de estabilidad jurídica con el Ministerio de Comercio de Colombia, que le congelaría los impuestos a cambio de asegurar que haría una inversión en el país y que le pagaría una prima al Estado¹³.
4. En 2014 Néstor Humberto Martínez Neira, en su calidad de abogado privado, trabajó para la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en la elaboración de un concepto legal que apoyaba la solicitud de la Concesionaria de adicionar la vía Ocaña – Gamarra a las obras inicialmente pactadas con el Estado colombiano¹⁴.
5. A finales de 2014 estalla en Brasil un escándalo de corrupción relacionado con el pago de sobornos a funcionarios públicos y trabajadores de empresas públicas por parte de grandes compañías con el fin de asegurar contratos y concesiones¹⁵. A dicho escándalo se le conoció, en principio como la Operación Lava Jato.

¹¹ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 50.

¹² Ver anexo de pruebas, prueba documental número 50.

¹³ Disponible en: <<https://lasillavacia.com/historia/robledo-vs-martinez-lo-que-es-cierto-y-lo-que-no-59854>> (consultado el 9 de enero de 2019). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 51.

¹⁴ Disponible en: <<https://lasillavacia.com/los-vasos-comunicantes-entre-nestor-humberto-y-odebrecht-68835>> (consultado el 9 de enero de 2019). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 51.

¹⁵ Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2014/11/23/actualidad/1416777706_072872.html> (consultado el 19 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 1.

6. Desde marzo de 2014 la Justicia Federal en Curitiba, el Ministerio Público Federal y la Policía Federal encontraron pruebas consistentes en contra de una red de “doleiros”¹⁶. La policía detuvo a 17 personas, entre ellas a Paulo Roberto Costa, director de Abastecimiento de Petrobras entre 2004 y 2012¹⁷.
7. El 19 de junio de 2015 es detenido en Brasil el presidente y dueño de la multinacional constructora brasilera Odebrecht, Marcelo Odebrecht, en el marco de la Operación Lava Jato y la investigación del pago de sobornos y desvíos de dinero de la petrolera estatal Petrobras¹⁸.
8. En el año 2015 Brasil realizó un informe de derechos humanos. En él se menciona este entramado de corrupción calificándolo como “el más grande escándalo de corrupción en la historia de Brasil”¹⁹.
9. El 8 de marzo de 2016 Marcelo Odebrecht es condenado a 19 años de prisión en el marco de la Operación Lava Jato, específicamente, fue condenado por los delitos de corrupción, lavado de dinero y asociación criminal²⁰.
10. Mientras tanto, en Colombia, el 28 de marzo de 2016 terminó el período de Eduardo Montealegre Lynett como Fiscal General de la Nación.
11. El 14 de marzo de 2016 la Presidencia de la República expidió el Decreto 450 de 2016, por el cual se establece el trámite para la integración de la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación por parte del Presidente de la República²¹, a través del cual desarrollaría la función asignada en el artículo 249 de la Constitución. Dicho trámite cuenta con ocho etapas: (i) invitación pública a postularse; (ii) remisión del listado de postulados al Presidente de la República; (iii) elaboración de la lista de candidatos por parte del Presidente de la República; (iv) publicación de la lista de candidatos; (v) observaciones ciudadanas sobre los candidatos; (vi) entrevistas del Presidente de la República con los candidatos; (vii) divulgación de la terna y, (viii) remisión de la terna a la Corte Suprema de Justicia²².

¹⁶ Disponible en: <<https://chequeado.com/el-explicador/radiografia-de-la-operacion-lava-jato-en-brasil/>> (consultado el 7 de enero de 2019). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 2.

¹⁷ Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2017/04/12/actualidad/1492018492_100094.html> (consultado el 7 de enero de 2019). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 3.

¹⁸ Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2015/06/19/actualidad/1434724044_604707.html> (consultado el 19 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 4.

¹⁹ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 5.

²⁰ Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2016/03/08/actualidad/1457449025_846515.html> (consultado el 19 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 6.

²¹ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 7 y solicitud de emisión de oficio a la Presidencia de la República.

²² Vale aclarar que el Presidente de la República no está vinculado por el listado de personas que se presenten para postularse al cargo de Fiscal General de la Nación, es posible incluir en la lista de candidatos a personas que no se presentaron en la etapa inicial. Asimismo, la entrevista con los posibles postulados no es obligatoria.

12. El 27 de marzo de 2016 se abrió oficialmente el procedimiento para la selección de la terna de candidatos para el cargo de Fiscal General de la Nación²³.
13. El 12 de abril de 2016 María Lorena Gutiérrez Botero, Ministra de la Presidencia, remitió al Presidente de la República el informe sobre el trámite para la integración de la terna, que incluía una lista de 114 personas que se presentaron y cumplían los requisitos establecidos por la Constitución. Las 1.628 manifestaciones y apreciaciones ciudadanas sobre los distintos candidatos. El perfil de cada candidato elaborado por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública. Y un listado de 16 candidatos “para ser considerados por Usted para la elección de la terna”²⁴.
14. El 20 de abril de 2016 el Presidente de la República anunció la terna, conformada por Mónica Cifuentes Osorio, Yesid Reyes Alvarado y Néstor Humberto Martínez Neira²⁵.
15. El 28 de abril de 2016, luego de recibida la terna por parte del Presidente de la República, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia reveló el procedimiento que seguiría para la elección del Fiscal General de la Nación, a través del cual desarrollaría la función asignada en el artículo 249 de la Constitución. Dicho trámite tendría siete etapas: (i) estudio de eventuales impedimentos de integrantes de la Corte Suprema de Justicia para votar el asunto; (ii) fijación del cronograma; (iii) invitación al fiscal encargado para que exponga la situación actual de la institución; (iv) audiencia pública de presentación de los ternados ante la Corte; (v) deliberación; (vi) votación y, (vii) elección²⁶.
16. Durante el mismo mes de abril en que fue seleccionado para integrar la terna Néstor Humberto Martínez Neira gestionó un contrato de transacción entre el Grupo AVAL y Odebrecht por cuanto, según sus palabras a El Espectador, “se hicieron unas reclamaciones al accionista internacional (Odebrecht) y eso dio lugar a que Odebrecht le presentara unos informes diciéndole que sí eran fundados esos gastos (que Pizano advirtió como irregulares) y por ello fue que terminaron en un contrato de transacción”²⁷. El 16 de noviembre de 2018,

²³ Disponible en: <<http://es.presidencia.gov.co/noticia/Arranco-convocatoria-publica-para-integrar-terna-de-Fiscal-General>> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 8 y solicitud de emisión de oficio a la Presidencia de la República.

²⁴ Disponible en: <<http://es.presidencia.gov.co/sitios/busqueda/noticia/160413-Informe-sobre-el-tramite-para-la-integracion-de-la-terna-de-candidatos-a-Fiscal-General-de-la-Nacion/Noticia>> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Disponible en: <<http://es.presidencia.gov.co/noticia/160413-Listado-de-aspirantes-preseleccionados-para-integrar-terna-de-Fiscal-General>> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 9 y 10 y solicitud de emisión de oficio a la Presidencia de la República.

²⁵ Disponible en: <<http://es.presidencia.gov.co/noticia/160420-Presidente-anuncia-terna-para-Fiscal-General-de-la-Nacion>> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 11 y solicitud de emisión de oficio a la Presidencia de la República.

²⁶ Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2016/05/07/procedimiento-para-eleccion-de-fiscal-general-de-la-nacion/>> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 12 y solicitud de emisión de oficio a la Corte Suprema de Justicia.

²⁷ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/esto-lo-esta-moviendo-alguien-investigado-por-la-fiscalia-nestor-humberto-martinez-articulo-824116>> (consultado el 5 de enero de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 13 y solicitud de emisión de oficio a la concesionaria Ruta del

la opinión pública sería informada por El Espectador que esas irregularidades que Martínez Neira conocía desde 2015 que fueron objeto de transacción por \$33,000 millones de pesos fueron calificadas bajo al menos diez delitos diferentes, por el experto penalista Juan Carlos Forero Ramírez (ver detalles en el hecho No. 27).

17. Por lo menos desde el 4 de junio de 2016, el empresario Marcelo Odebrecht había anunciado una colaboración integral con la justicia sobre la forma como funcionaba la empresa criminal de Odebrecht²⁸.
18. El 9 de junio de 2016 fue realizada la audiencia pública de presentación de los ternados²⁹. Néstor Humberto Martínez Neira, al igual que las otras dos personas que integraban la terna, contó con tiempo para hacer una presentación, con los temas de su elección y, posteriormente, para contestar cuatro preguntas que le elevó la Sala Plena³⁰.
19. Ni durante su intervención inicial ni en las preguntas formuladas al ternado Néstor Humberto Martínez Neira hubo mención alguna a los conflictos de interés en que podría verse envuelto durante la investigación penal del escándalo de corrupción relacionado con la multinacional Odebrecht.
20. El 10 de mayo de 2016 los ternados para Fiscal General de la Nación otorgaron entrevista a Caracol Radio. Al ser preguntado “¿De llegar a ser elegido Fiscal en qué procesos se declararía impedido(a)?”³¹, Néstor Humberto Martínez Neira afirmó: “[n]o conozco ningún familiar próximo o cliente que esté involucrado en alguna investigación penal en la Fiscalía. Tampoco cursa actualmente ningún proceso vigente en la Fiscalía en el que yo haya actuado como apoderado judicial. Así que a la fecha no veo impedimentos”³².
21. El 11 de julio de 2016, a través del Acuerdo 871 de 2016³³, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación.
22. El acto de confirmación de la elección de Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación no se encuentra disponible para consulta pública. Antes de la presentación de esta demanda se solicitó a la Corte Suprema de Justicia entregar copia íntegra

Sol, la Constructora Norberto Odebrecht, Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S, Estudios y Proyectos del Sol Episol y CSS Constructores.

²⁸ Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2016/06/04/actualidad/1465063214_462909.html> (consultado el 8 de enero de 2019). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 14.

²⁹ Disponible en: <<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16615540>> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 15 y solicitud de emisión de oficio a la Corte Suprema de Justicia.

³⁰ Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=7jxsy3xmep4>> (consultado el 13 de diciembre de 2018), a partir del minuto 29:40. Ver anexo de pruebas, prueba documental número 16.

³¹ Misma pregunta que le hicieron a Mónica Cifuentes y Yesid Reyes.

³² Disponible en: <http://caracol.com.co/radio/2016/05/10/nacional/1462910776_325960.html> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número

³³ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 18 y solicitud de emisión de oficio a la Corte Suprema de Justicia.

de toda información relacionada con el trámite para la integración de la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación, la deliberación y elección del mismo. Esto incluye su confirmación. A la fecha no se ha recibido respuesta a esas peticiones de información y, por lo tanto, no ha sido posible identificar plenamente el acto de confirmación de la elección del Fiscal General de la Nación³⁴.

23. El 1 de agosto de 2016, ante el Presidente de la República, Néstor Humberto Martínez Neira se posesionó como Fiscal General de la Nación³⁵.
24. El 22 de diciembre de 2016 la cadena de noticias CNN reportaba que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América señalaba a 12 países de tener funcionarios inmersos en la trama de millonarios sobornos de Odebrecht, entre ellos Colombia, Brasil, Ecuador, República Dominicana y Perú³⁶.
25. Odebrecht estaba involucrado en dos mega obras entre 2009 y 2014 en Colombia: (i) La construcción del tramo dos de la Ruta del Sol, concesionada por el INCO en 2009 a un consorcio conformado por Constructora Norberto Odebrecht S.A. (25.01%), Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. (37%), Estudios y Proyectos del Sol Episol S.A.S. (33%) y CSS Constructores S.A. (4.99%)³⁷, cuya ejecución inició el 31 de marzo de 2010³⁸. (ii) El proyecto para recuperar la navegabilidad del río Magdalena, adjudicado el 15 de agosto de 2014 a PSF Navelena S.A.S., propiedad de Constructora Norberto Odebrecht S.A. (87%) y Valorcon S.A. (13%)³⁹.
26. El 21 de abril de 2017 Néstor Humberto Martínez Neira se declaró impedido para investigar a las exministras Gina Parody y Cecilia Álvarez por su presunto involucramiento en una adición al contrato de la Ruta del Sol II⁴⁰.

³⁴ Ver anexo de pruebas, pruebas documentales 49 y 51 y solicitud de emisión de oficio a la Corte Suprema de Justicia.

³⁵ Disponible en: <<https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/posesion-del-nuevo-fiscal-general-de-la-nacion-nestor-martinez-58132>> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 19 y solicitud de emisión de oficio a la Presidencia de la República.

³⁶ Disponible en: <<https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/22/escandalo-odebrecht-ee-uu-dice-que-12-paises-recibieron-sobornos/>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 20 y 21.

³⁷ Disponible en: <<https://www.ani.gov.co/proyecto/carretero/ruta-del-sol-sector-2-21285>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 22.

³⁸ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 23.

³⁹ Disponible en: <<http://www.eluniversal.com.co/regional/adjudican-licitacion-para-la-recuperacion-de-la-navegabilidad-del-rio-magdalena-167787-BUEU262021>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 24.

⁴⁰ Disponible en: <<https://www.bluradio.com/nacion/fiscal-general-se-declara-impedido-para-investigar-parody-y-alvarez-por-odebrecht-138451>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 25 y 26.

27. El 8 de noviembre de 2018 murió Jorge Enrique Pizano, quien estaba encargado de hacer control para la prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo en el proyecto Ruta del Sol II, cargo conocido como *controller*⁴¹.
28. Fallecido Jorge Enrique Pizano, el 12 de noviembre de 2018 Noticias UNO publicó un material que este le entregó y en donde constan conversaciones que sostuvo el *controller* con Néstor Humberto Martínez Neira antes de convertirse este último en el Fiscal General de la Nación. Allí pone en su conocimiento irregularidades relacionadas con la participación de Odebrecht y el Grupo AVAL, a quien Martínez y su firma asesoraban esporádicamente, en el contrato para la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol⁴².
29. El 13 de noviembre de 2018 Néstor Humberto Martínez Neira emitió un comunicado público⁴³ en el que afirmó que “(...) [c]omo se desprende de la noticia publicada en Noticias UNO, por virtud de una vieja relación de amistad, el doctor Pizano acudió al suscrito con el fin de hacer llegar al doctor Luis Carlos Sarmiento Angulo el resultado de unas investigaciones sobre contratos del Consorcio Ruta del Sol”⁴⁴ y que “(...) los consorciados llegaron a un acuerdo por virtud del cual Odebrecht se obligó a reintegrar al Consorcio Ruta del Sol la suma de \$33.000 millones de los contratos cuestionados. Para este fin, me fue confiada la redacción del contrato de transacción”⁴⁵.
30. El 16 de noviembre de 2018 El Espectador publicó un nuevo audio en el que Néstor Humberto Martínez Neira, quien todavía se desempeñaba como abogado privado, hacía una lista de delitos, aparentemente cometidos en el marco del contrato del tramo dos de la Ruta del Sol y contenidos en un concepto rendido por un abogado penalista, Juan Carlos Forero Ramírez⁴⁶. En el audio, concretamente mencionó: “Soborno, lavado de activos, falsedad en documento privado, administración desleal, abuso de confianza, estafa, hurto agravado... peculado por apropiación”⁴⁷.

⁴¹ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/fallecio-jorge-enrique-pizano-testigo-clave-en-caso-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 27.

⁴² Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/denuncias-de-jorge-enrique-pizano-sobre-odebrecht-que-involucran-al-fiscal-general/>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 28 y 29.

⁴³ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nestor-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 30.

⁴⁴ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nestor-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 30.

⁴⁵ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nestor-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 30.

⁴⁶ Disponible en: <<https://www.rcnradio.com/judicial/odebrecht-el-abogado-que-le-entrego-listado-de-delitos-al-fiscal-general>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 31.

⁴⁷ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/nueva-grabacion-entre-el-fiscal-general-y-jorge-enrique-pizano-articulo-823928>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 32 y 33 y solicitud de oficio a la concesionaria Ruta del Sol, la Constructora Norberto

31. El mismo 16 de noviembre de 2018 Néstor Humberto Martínez Neira solicitó que fueran publicadas todas las grabaciones que Jorge Enrique Pizano entregó a medios de comunicación⁴⁸.
32. Y ese mismo día Noticias UNO publicó todos los audios que estaban en su poder, todos contentivos de conversaciones anteriores a su elección, confirmación y posesión como Fiscal General de la Nación⁴⁹.
33. Un día después Néstor Humberto Martínez Neira concedió una entrevista a El Espectador en la que dio respuesta a diversas preguntas relacionadas con su relación con Jorge Enrique Pizano, Luis Carlos Sarmiento Angulo, el Grupo AVAL, la concesionaria Ruta del Sol, el contrato para la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol, el contrato de transacción firmado entre Odebrecht y el Grupo AVAL, entre muchas otras⁵⁰.
34. El 20 de diciembre de 2018 Dejusticia, a través de su directora (e), presentó una petición de información a Néstor Humberto Martínez Neira en la que se le solicitó dar respuesta a ocho interrogantes, todos relacionados con el objeto del presente litigio. En resumen, se le preguntó si había transparentado sus posibles conflictos de interés en el caso Odebrecht ante la opinión pública o la Corte Suprema de Justicia, cómo gestionó esos conflictos, en qué asuntos asesoró a Luis Carlos Sarmiento Angulo o sus empresas respecto de los contratos del tramo dos de la Ruta del Sol, en qué casos se ha declarado impedido hasta la actualidad y cuál es la relación de los mismos con los demás procesos relacionados con el tramo dos de la Ruta del Sol⁵¹.
35. El 27 de diciembre de 2018 Juan Guillermo Campo Lega, asesor del despacho del Fiscal General de la Nación contestó la petición de información presentada por Dejusticia. La respuesta puede ser dividida en cuatro grupos: (i) en cuanto a si Néstor Humberto Martínez Neira transparentó sus posibles conflictos de interés, explicó que no existe norma legal que obligue a quienes integran una terna para Fiscal General de la Nación a “exponer sus eventuales conflictos de interés”⁵² y que, en ese sentido, “ninguno de los ternados (...) puso en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia ningún posible conflicto de interés”⁵³, asimismo, afirmó que la investigación en el caso Odebrecht sólo fue abierta en la Fiscalía General de la Nación en diciembre de 2016; (ii) en cuanto a cómo gestionó los posibles

Odebrecht, Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S, Estudios y Proyectos del Sol Episol, CSS Constructores, Néstor Humberto Martínez Neira, Juan Carlos Forero Ramírez y DLA Piper Martínez Beltrán.

⁴⁸ Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/nacional/fiscal-martinez-pide-todos-los-audios-pizano-sean-revelados/>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 34.

⁴⁹ Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/los-audios-completos-de-jorge-enrique-pizano-con-nestor-humberto-martinez/>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 35 y 36.

⁵⁰ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/esto-lo-esta-moviendo-alguien-investigado-por-la-fiscalia-nestor-humberto-martinez-articulo-824116>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 37.

⁵¹ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 38.

⁵² Ver anexo de pruebas, prueba documental número 39.

⁵³ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 39.

conflictos de interés, afirmó que lo que Dejusticia llamaba conflictos de interés estaba regido por los impedimentos y recusaciones en Colombia y que los mismos no pueden declararse *in genere*, sino que “es necesario que el Funcionario esté conociendo directamente el asunto”⁵⁴, de manera que “únicamente cuando llegó al Despacho alguno de los temas que podrían configurar un impedimento (...) se lo hizo saber a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia (...) como lo indica la ley”⁵⁵; (iii) sobre las labores previas de Néstor Humberto Martínez Neira como posible asesor de Luis Carlos Sarmiento Angulo o el Grupo AVAL, afirmó que esto tiene que ver con “actividades personales, profesionales (secreto profesional), laborales, información de carácter reservado (...) que no se refiere en nada a su gestión”⁵⁶ por lo que no dio respuesta a lo solicitado, específicamente porque “vulneraría el secreto profesional (...) y no se advierte razón alguna que en el marco de un ejercicio de proporcionalidad y ponderación permita acceder al pedimento”⁵⁷ y, finalmente, (iv) sobre los impedimentos que ha presentado a la fecha y la relación de los mismos con el caso Odebrecht, explicó que Néstor Humberto Martínez Neira sólo se ha declarado impedido en tres casos, la investigación contra las ex ministras Gina Parody y Cecilia Álvarez por la adición al contrato Ocaña – Gamarra, la investigación sobre los contratos “espurios e irregulares que, por conducto de la Constructora y la Concesionaria, llevaron a cabo para canalizar dineros relacionados con la Ruta del Sol”⁵⁸ y en el caso Hyundai y, que actualmente se han abierto 17 líneas de investigación independientes y autónomas por el escándalo de corrupción de Odebrecht, ninguna de las cuales cursa en el despacho del Fiscal General de la Nación.

36. Dentro de las 17 líneas de investigación independientes y autónomas adelantadas por la Fiscalía General de la Nación frente al escándalo de corrupción de Odebrecht se encuentran los casos de Gabriel García Morales⁵⁹, Luis Fernando Andrade⁶⁰ y José Elías Melo⁶¹. Según la respuesta de Juan Guillermo Campo Lega, Néstor Humberto Martínez no ha llevado a cabo acción alguna para tramitar su conflicto de interés en estos casos⁶².

⁵⁴ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 39.

⁵⁵ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 39.

⁵⁶ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 39.

⁵⁷ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 39.

⁵⁸ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 39.

⁵⁹ Disponible en: <<https://www.semana.com/nacion/articulo/cinco-anos-de-carcel-para-el-exviceministro-de-transporte-gabriel-garcia-morales/550483>> (consultado el 5 de enero de 2019). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 40.

⁶⁰ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/tendra-luis-fernando-andrade-un-juicio-justo-articulo-826231>> (consultado el 5 de enero de 2019). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 41.

⁶¹ Disponible en: <<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/en-2019-continuara-el-juicio-contral-expresidente-de-corficolombiana-jose-elias-melo-2801368>> (consultado el 5 de enero de 2019). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 42.

⁶² Ver anexo de pruebas, prueba documental número 39.

IV. NORMAS VIOLADAS

Con el fin de cumplir el requisito establecido en el numeral 4 del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a continuación se indican las normas violadas y, dentro del apartado IV se detallará la violación de estas:

- Constitución Política de Colombia: artículos 1, 29, 83, 123, 126, 209, 232 y 249.
- Ley 1437 de 2011: artículos 3, 6, 11, 12, 42 y 44.

V. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La presente demanda, contentiva del medio de control de nulidad electoral, se relaciona con el acto de elección de Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación a través del Acuerdo 871 de 2016, “por el cual se hace el nombramiento del Fiscal General de la Nación”, expedido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 11 de julio de 2016 y la confirmación de dicha elección por la misma Corporación.

El Acuerdo 871 de 2016 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y la confirmación de dicha elección por la misma Corporación adolecen, por lo menos, de un vicio que debería llevar a su anulación por parte del Consejo de Estado. Esta causal de nulidad está contenida en las pretensiones de la demanda e implica que deben ser anulados por el Consejo de Estado por falsa motivación, contenida en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. No obstante, antes de abordar ese asunto es necesario explicar que no ha operado el fenómeno de la caducidad frente al medio de control aquí utilizado, este asunto se abordará inicialmente (A). Luego se pasará a la explicación de la falsa motivación en que están incursos el Acuerdo 871 de 2016 y la confirmación de la elección contenida en él (B).

A. UNA CUESTIÓN PREVIA: LA FALTA DE CADUCIDAD DE LA NULIDAD ELECTORAL POR FALSA MOTIVACIÓN DEL ACUERDO 871 DE 2016 Y LA CONFIRMACIÓN DE LA ELECCIÓN CONTENIDA EN ÉL

Antes de explicar por qué el Acuerdo 871 de 2016 y la confirmación de la elección contenida en él están viciados de falsa motivación es necesario abordar un punto crucial para que el Consejo de Estado declare su nulidad: la caducidad del medio de control de nulidad electoral utilizado para discutir su legalidad.

De acuerdo con el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la oportunidad para presentar una demanda contentiva del medio de control de nulidad electoral es antes de treinta días, contados a partir del día siguiente a la confirmación, para las elecciones que lo requieran⁶³. Es claro que ese término ya pasó para el presente caso, pues el Acuerdo 871 de 2016 fue expedido el 11 de julio de 2016 e independientemente de la fecha de

⁶³ Ver Ley 1437 de 2011, artículos 65 y literal a del numeral 2 del artículo 164.

confirmación, que en todo caso debe ser posterior a la elección y anterior a la posesión, los treinta días hábiles ya cursaron. Aquí vale aclarar, como está consignado en los Fundamentos de Hecho, que conocer el acto de confirmación de la elección de Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación ha sido imposible, dada la falta de respuesta de la Corte Suprema de Justicia a las peticiones que se le han presentado⁶⁴,

No obstante, la pretensión de nulidad por falsa motivación expuesta aquí se relaciona con un conocimiento sobreviniente de los hechos que la generan. Hechos que fueron ocultados por el beneficiario del acto de elección demandado. Néstor Humberto Martínez Neira ocultó tanto a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia como a la ciudadanía su grado de conocimiento de la trama Odebrecht y, en ese sentido, el término de caducidad sólo debe ser contado a partir de la salida a la luz de los hechos relevantes, de manera que no habría operado el fenómeno de la caducidad.

Para explicar el fundamento de esta afirmación, en primer lugar, se hará una breve caracterización de la caducidad como dispositivo jurídico y se argumentará por qué no es acorde con los postulados constitucionales y legales contar el término de caducidad a la manera del literal a del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Posteriormente se explicará cómo debe ser efectivamente contado el término. Y, finalmente, se descenderá al caso concreto para demostrar que no ha operado el fenómeno de la caducidad frente a una nulidad electoral del Acuerdo 871 de 2016 (y el acto de confirmación de la elección contenida en él) de las características de la presente.

La caducidad de la acción como dispositivo jurídico está instituida con dos lógicas concretas (i) la de los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción⁶⁵ y, (ii) la de las cargas que tienen los ciudadanos cuando van a utilizar el aparato jurisdiccional para promover causas determinadas⁶⁶. Así, frente al primer punto, la caducidad se entiende como un término con el que cuenta quien esté interesado en acudir a la jurisdicción para ejercer la acción, de manera que es un presupuesto para que la judicatura pueda abrir las puertas a una pretensión concreta. Y en cuanto al segundo punto,

“(…) al ciudadano se le imponen obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los deberes de colaboración con la justicia para tener acceso a su dispensación, su incumplimiento, o lo que es lo mismo, su no ejercicio dentro de los términos señalados por las leyes procesales (...) acarrea para el Estado la imposibilidad jurídica de continuar ofreciéndole mayores recursos y oportunidades, ante la inactividad del titular del derecho en reclamar (...)”⁶⁷.

Este entendimiento, que es estándar en la jurisdiccional constitucional, parte de la base de que la operancia del fenómeno de la caducidad en un caso concreto constituye un castigo para quien quiere ejercer la acción y no lo hace en el término previsto. Es decir, a partir de la norma procesal se castiga

⁶⁴ Ver anexo de pruebas, pruebas documentales 49 y 51 y solicitud de emisión de oficio a la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁵ Ver Corte Constitucional. Sentencia SU-498 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-351 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

a quien, teniendo la oportunidad de ejercer el derecho de acción, no lo hace⁶⁸. Al respecto la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha sido explícita. Según el Consejo de Estado, la caducidad “(...) es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional (...)”⁶⁹. Mientras que, por el lado de la jurisdicción constitucional, la Corte Constitucional, en un proceso de revisión de constitucionalidad de una norma de procedimiento civil relativa a la operancia de la caducidad, afirmó que “[l]a medida que establece el precepto acusado encubre una sanción – la pérdida del derecho de acción – que se muestra como razonable en relación con las personas que al acudir a la jurisdicción abandonan los deberes que le señala (sic) el orden jurídico para el ejercicio de sus derechos”⁷⁰.

Así, la caducidad es entendida tanto como un presupuesto procesal como una sanción que impone el Estado a la ciudadanía, a través de la ley procesal, por no ejercer a tiempo el derecho de acción. Todo esto con el fin de “(...) propender por el fortalecimiento y consolidación de la seguridad jurídica en favor de los asociados, estableciendo las condiciones legales que le permitan determinar con claridad los límites temporales para el ejercicio y exigencia de los derechos”⁷¹.

Si se entiende de esta manera, la caducidad de la acción debería estar cubierta por los postulados constitucionales relacionados con la imposición de sanciones por parte del Estado a los ciudadanos. Frente a esto la Corte Constitucional ha sido clara en explicar que de la cláusula del Estado Social de Derecho y de los principios de dignidad humana y libertad se desprende que las personas deben ser castigadas por sus actos, sean acciones u omisiones⁷². Si bien dicha posición ha sido asumida en revisiones de constitucionalidad relacionadas con normas de carácter penal o disciplinario, la lógica es trasladable al caso de la sanción impuesta por no ejercer el derecho de acción y lleva a una conclusión concreta: no es posible declarar que operó el fenómeno de la caducidad cuando la ciudadanía no tenía la posibilidad de ejercer el derecho de acción, especialmente en asuntos de interés público. Es decir, si no era exigible presentar el medio de control, porque no se conocía ni se debía conocer la existencia de la causal de nulidad o los hechos que la generan, no es posible decir que el conteo del término de caducidad inició. Especialmente cuando la falta de conocimiento de la causal o los hechos deriva de una actuación omisiva del beneficiario de los actos de elección y confirmación, como en este caso.

Contar el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral desde la publicación del acto de elección, como exige el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando el vicio en que está inmerso el acto no es de conocimiento de la ciudadanía gracias a una actuación del beneficiario, sería entonces contrario a la Constitución. En

⁶⁸ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-115 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 54001-23-31-000-1995-09295-01. 6 de mayo de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷² Ver Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional. Sentencia C-742 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. Corte Constitucional. Sentencia C-077 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería.

primer lugar, lo sería por constituir una sanción que se impone sin consideración a las acciones y omisiones del sancionado. Y, en segundo lugar, lo sería por cuanto implica que el beneficiario del acto de elección, que omitió transparentar ante la corporación electora y la ciudadanía los hechos que fundamentan la solicitud de nulidad, se beneficiaría de su propio ocultamiento.

Un ejemplo claro de una situación de esta índole es la del postulado a un cargo público que miente en su hoja de vida y falsifica el documento que prueba el cumplimiento de un requisito (v.g. el acta de grado del pregrado). Si el público se entera de la falsificación luego de pasados los 30 días hábiles de publicación del acto de elección o de la confirmación del mismo, si es del caso, nadie podría acudir al medio de control de nulidad electoral, por lo tanto, quien quiera proteger el interés público solicitando la nulidad de la elección del funcionario fraudulento no lo podrá hacer y este último se beneficiaría de su propio dolo.

La solución al problema es entonces entender de manera distinta a la del artículo 164 la forma de contar la caducidad en estos casos. Como no es exigible que la ciudadanía presente un medio de control de nulidad electoral cuando la causal de nulidad o los hechos que la generan fueron ocultados por el beneficiario del acto, entonces el término de caducidad debe contarse desde el momento en que la ciudadanía efectivamente tiene un conocimiento serio y verificable de la existencia del vicio. Solo a partir de ese momento sería exigible la presentación del medio de control y, por lo tanto, debería comenzar a contar el término de caducidad establecido en la ley.

Esta forma de entender el conteo de la caducidad no es nueva para la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Un ejemplo de asuntos en los que se aplica un estándar similar es el del medio de control de reparación directa. Según el literal i del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se pretende la reparación directa el accionante debe presentar la demanda en un término de dos años, el cual se cuenta desde la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño o desde cuando el demandante tiene o debió tener conocimiento de este⁷³. Así, el propio legislador ha entendido que si el ciudadano no tiene forma de conocer el hecho que origina su pretensión, no puede sancionársele con la operancia del fenómeno de la caducidad. Esta posición es consistente y pacífica con la que tenía el Consejo de Estado antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, pues el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) no traía esta disposición. Así lo expuso por lo menos desde el año 2000 hasta la expedición de la Ley 1437:

“(…) por regla general, la fecha de iniciación del conteo de ese término [el de caducidad] es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa. Excepcionalmente, esta Sala en su jurisprudencia ha tenido en cuenta que el término de caducidad, por alguna de esas conductas administrativas, se cuenta a partir del

⁷³ Esta norma ha sido aplicada recurrente y consistentemente por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Expediente 05001-23-31-000-2000-05432-01. C.P. Guillermo Sánchez Luque. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Expediente 73001-23-33-000-2014-00526-01. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

conocimiento del hecho dañino y ni a partir de su ocurrencia, precisamente, porque el hecho no se hizo visible”⁷⁴.

En el caso concreto, el término de treinta días consagrado en el literal a del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no debería contarse entonces a partir de la fecha de confirmación de la elección realizada a través del Acuerdo 871 de 2016, sino desde que la ciudadanía conoció el grado de conocimiento de Néstor Humberto Martínez Neira de la trama de Odebrecht y, en consecuencia, la falsa motivación de los actos de elección y confirmación. Hasta ahora dicho conocimiento deriva de la publicación del material audiovisual entregado por Jorge Enrique Pizano a Noticias UNO y El Espectador, de manera que, como mínimo, el tiempo debería contarse desde la publicación del primer audio por parte de Noticias UNO el 13 de noviembre de 2018.

Si se toma como base esa fecha, la caducidad de la acción operaría el 18 de enero de 2018 y, por lo tanto, el plazo para presentar la demanda contentiva del medio de control de nulidad electoral sería hasta el 17 de enero de 2018. De manera que frente a la presente no sería procedente declarar la operancia del fenómeno de la caducidad. El conteo realizado se justifica de la siguiente manera: el 13 de noviembre de 2018 la ciudadanía tiene conocimiento de los hechos que sustentan el presente medio de control de nulidad electoral a través de Noticias UNO. Entre el 14 de noviembre de 2018 y el 19 de diciembre de 2018, último día de actividad en la Rama Judicial para ese año, pasaron 25 días hábiles, pues el 17 de diciembre los despachos judiciales estuvieron cerrados⁷⁵. A partir de ese momento inició la vacancia judicial en Colombia y el trabajo jurisdiccional se retomó el 11 de enero de 2019, momento a partir del cual se cuentan los cinco días restantes del término de caducidad del medio de control, de manera que el fenómeno operaría luego del 17 de enero del mismo año.

Respecto de esta manera de contar el término de caducidad es necesario explicar un punto. El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no consagra normas sobre la forma de contar términos judiciales, de manera que, por remisión del artículo 306 del mismo código, la norma aplicable es la consagrada en el Código General del Proceso. Así, según el artículo 118 de ese cuerpo normativo, cuando los términos están consagrados en días, “no se tomarán en cuenta los días de vacancia judicial ni aquellos en que, por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado”⁷⁶. Dado que el literal a del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra el término en días, según la norma aplicable para su conteo, no se deben tener en cuenta los días de vacancia judicial, los sábados y domingos y los demás días en que estén cerrados los despachos, como el Día de la Rama Judicial.

⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 12.200. C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 76001-2331-000-2005-04726-01. 22 de marzo de 2007. C.P. Alirio Eduardo Hernández Enríquez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 05001-23-31-000-2009-01084-01. C.P. Enrique Gil Botero.

⁷⁵ De acuerdo con el Decreto 2766 de 1980, el 17 de diciembre es día cívico para la Rama Judicial, celebración que ha sido denominada Día de la Rama Judicial, en la cual sólo laboran los despachos que no están sometidos al régimen de vacaciones colectivas. El Consejo de Estado sí está sometido al régimen de vacaciones colectivas y, por lo tanto, tal día no es hábil para efectos del conteo del término de caducidad.

⁷⁶ Ley 1564 de 2012, artículo 118. Dicha disposición concuerda con lo reglado en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, que se expresa en el mismo sentido y aún está vigente.

B. EL ACUERDO 871 DE 2016, A TRAVÉS DEL CUAL LA SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ELIGIÓ A NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA COMO FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN Y EL ACTO DE CONFIRMACIÓN DE DICHA ELECCIÓN DEBEN SER ANULADOS POR EL CONSEJO DE ESTADO POR FALSA MOTIVACIÓN

De acuerdo con el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la falsa motivación es una de las causales que habilitan a una persona para solicitar la declaratoria de nulidad de un acto administrativo. El artículo 275 del mismo estatuto establece que en el medio de control de nulidad electoral es posible afirmar la concurrencia tanto de las causales del 137 como de las especiales, contenidas en el propio 275.

Lo que se afirma aquí es que el Acuerdo 871 de 2016, a través del cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación y el acto de confirmación de dicha elección, adolecen de una falsa motivación causada, esencialmente, por una actuación omisiva del ternado. Concretamente, las únicas motivaciones constitucionalmente legítimas para la elección de Fiscal General de la Nación son: (i) que es necesario plasmar en el acto la decisión mayoritaria de la corporación y, (ii) que quien resultó elegido lo fue por ser el mejor candidato posible dentro de la terna, teniendo en cuenta tanto sus cualidades y aptitudes personales como su capacidad para desarrollar las funciones propias del cargo. Así, si bien el acto de elección del Fiscal General de la Nación es de naturaleza discrecional, a él subyacen dos motivaciones, que son pasibles de ser cuestionadas en sede de nulidad electoral. En este caso, por efecto del ocultamiento de información grave y relevante por parte del ternado Néstor Humberto Martínez Neira para evaluar sus posibilidades reales de desarrollar las labores a las cuales se postulaba, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no contó con información sustancial que podría haber afectado su decisión y, sin dicha información, lo eligió Fiscal General de la Nación, entendiendo que era el mejor candidato de la terna y, así, incurrió en una falsa motivación del acto.

Lo anterior se puede resumir en el siguiente problema jurídico: ¿el Acuerdo 871 de 2016, a través del cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación y el acto de confirmación de dicha elección deben ser anulados por el Consejo de Estado por estar incurso en falsa motivación? Para darle respuesta, la presente sección se divide en tres partes. En primer lugar, se hará una aproximación al deber de motivación de los actos administrativos y se revisará la forma en que dicho deber se relaciona con la facultad discrecional de la administración en la toma de ciertas decisiones (1). En segundo lugar, se revisará la causal de falsa motivación como habilitante para solicitar la nulidad de un acto administrativo electoral y, dentro de esta, se explicará por qué es posible que un acto discrecional esté incurso en el vicio de falsa motivación (2). Y, en tercer lugar, se descende al caso concreto para demostrar que efectivamente en el Acuerdo 871 de 2016 (y en la confirmación de la elección contenida en él) se incurrió en una falsa motivación causada, esencialmente, por una actuación omisiva del entonces ternado Néstor Humberto Martínez Neira (3). Por último, se presentan algunas consideraciones adicionales, relacionadas con la falta de protección de la información que entregó Jorge Enrique Pizano a Néstor Humberto Martínez Neira por el secreto profesional (4) y con la importancia del caso

para la lucha contra la corrupción, la transparencia y la búsqueda de un Estado más abierto y democrático (5).

1. SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE ELECCIÓN DE ALTOS DIGNATARIOS

La regla general en Colombia es que los actos y decisiones del Estado deben ser motivados; tanto así que la jurisprudencia, la ley⁷⁷ y la doctrina han entendido que los elementos del acto administrativo son la competencia, la forma y procedimiento, el motivo y la motivación y el contenido u objeto⁷⁸. De acuerdo con el Consejo de Estado, la motivación “es definida como el deber que tienen todas las autoridades de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión o a la expedición de un acto”⁷⁹. Razones que “pueden ser fácticas y jurídicas o de derecho o sólo jurídicas o de derecho (casi siempre, más no exclusivo, en actos de contenido general) deben corresponder en forma concertada, coordinada y exacta a la decisión que se adopta, como si se tratara de una “congruencia” administrativa frente a su declaración”⁸⁰.

Según la Corte Constitucional⁸¹, ese deber de expresar las razones que conducen a la toma de una determinada decisión proviene, por lo menos, de cuatro fuentes constitucionales distintas: (i) la cláusula de Estado de Derecho⁸²; (ii) el debido proceso⁸³; (iii) el principio democrático⁸⁴ y, (iv) el principio de publicidad⁸⁵; y tiene como fines (i) convencer a las partes; (ii) poner de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico; y, (iii) permitir el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública⁸⁶. De esta forma se garantiza que los ciudadanos “(...) tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder”⁸⁷. Así, existe en Colombia un deber de la autoridad de motivar, una facultad del ciudadano de cuestionar dicha motivación y una competencia de la jurisdicción para verificar si dicha motivación se ajusta o no al ordenamiento jurídico. Todo ello fundado en una presunción de racionalidad y razonabilidad del ejercicio de la autoridad y el poder público.

Sin embargo, ese deber de motivación, que es claro en los actos administrativos regulares, se difumina cuando se trata de actos en los que la discrecionalidad de quien lo emite es amplia. Así, de acuerdo

⁷⁷ Ver Ley 1437 de 2011, artículo 137.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente 11001-03-27-000-2010-00004-00. 28 de noviembre de 2013. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Expediente 11001-03-25-000-2012-00276-00 (1016-12). 23 de agosto de 2018. C.P. William Hernández Gómez.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2013-00060-00. 8 de octubre de 2014. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁸¹ Ver Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸² Ver Constitución Política de Colombia, artículo 1.

⁸³ Ver Constitución Política de Colombia, artículo 29.

⁸⁴ Ver Constitución Política de Colombia, artículos 1, 123 y 209

⁸⁵ Ver Constitución Política de Colombia, artículo 209.

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

con la jurisprudencia constitucional⁸⁸, no sólo es posible sino deseable que en algunos casos la autoridad cuente con discrecionalidad para decidir desde distintos ámbitos: (i) desde la oportunidad para decidir; (ii) desde las opciones de decisión con que cuenta la autoridad o, incluso, (iii) desde los supuestos de hecho en los que la autoridad puede actuar, dejando a su leal saber y entender la decisión a tomar. Es decir, en palabras de la Corte Constitucional, “(...) hay facultades administrativas que se ejercen dentro de cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios”⁸⁹. Los actos de elección de altos dignatarios, como el Fiscal General de la Nación, son un claro ejemplo de la discrecionalidad que tiene un órgano para tomar una decisión, especialmente los que derivan de una facultad de elección otorgada a un cuerpo colegiado.

Ahora bien, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sido claros en que la discrecionalidad no puede confundirse con arbitrariedad. Por eso, incluso en los casos en los que no se exige motivación, por ejemplo el de los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional o de los que declaran insubsistencias de funcionarios de libre nombramiento y remoción, se ha dicho que la discrecionalidad no es absoluta⁹⁰ y que “tiene como medida la ‘razonabilidad’”⁹¹. Así, en palabras del Consejo de Estado:

“la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad”⁹².

En consecuencia,

“la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado⁹³ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa”⁹⁴.

⁸⁸ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-734 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Citando a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹¹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. Expediente No. 25000-23-25-000-2010-00254-01. 20 de agosto de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

⁹² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. Expediente No. 05001-23-31-000-2002-04725-01(1092-10). 27 de enero de 2011. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. Expediente No. 25000-23-25-000-2010-00254-01. 20 de agosto de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia T-372 de 2012. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. Expediente No. 25000-23-42-000-2014-01047-01(3744-16). 8 de febrero de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Consejo de Estado, Sala

Por eso, si bien el acto discrecional no está en la necesidad de tener una motivación expresa, está en todo caso fundado en motivos implícitos, que al igual que los explícitos de los actos reglados están condicionados por la razonabilidad⁹⁵, y en esa medida, se presumen adecuados “a los fines de la norma, del Estado y de la función administrativa, y (...) proporcional[es] a los hechos que le sirven de causa”⁹⁶.

De esta forma, no es suficiente suponer que el acto discrecional de elección a partir del voto de los integrantes de un cuerpo colegiado, como es el caso de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia al elegir al Fiscal General de la Nación, está solamente motivado por una necesidad de certificar el “(...) resultado de la voluntad mayoritaria de sus miembros”⁹⁷. De entender así la motivación del acto de elección de altos dignatarios, la ciudadanía no podría iniciar un control jurisdiccional de la decisión desde el punto de vista de su motivación, pues la voluntad de cada uno de los miembros no está plasmada en ningún acto jurídico, ni administrativo ni de otra índole, por lo que no es controlable y la ciudadanía no contaría con herramienta alguna para discutirla.

Por ejemplo, si se diera el caso de la elección de una persona perteneciente a una terna para Fiscal General de la Nación, y la motivación subyacente de quienes la eligieran fuera que es la única persona ternada que no es afrocolombiana o indígena, la ciudadanía no podría discutir esa motivación, abiertamente racista y discriminatoria, por cuanto el acto de elección sólo está motivado por la necesidad de declarar la voluntad mayoritaria de los miembros de la corporación. Lo mismo ocurriría si un ternado mintiera sobre su hoja de vida, certificara conocimientos y habilidades que en realidad no tiene (sin que se trate del cumplimiento de los requisitos para el cargo, pues estos tienen su causal de nulidad propia), y a partir de eso la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia lo eligiera para el cargo, por entender que es el más capacitado teniendo en cuenta la información falsa que le fue suministrada.

Evidentemente, esta forma restringida de entender la motivación de los actos de elección contraría la fórmula del Estado social de derecho, el principio democrático y, más concretamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha afirmado en repetidas ocasiones que “(...) los actos

Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente No. 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16). 19 de febrero de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente No. 25000-23-25-000-2010-00739-01(4541-13). 20 de septiembre de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁹⁵ En concordancia con la jurisprudencia, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser “adecuada” a los fines de la norma que la autoriza y “proporcional” a los hechos que le sirven de causa.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente No. 25000-23-42-000-2014-01047-01 (3744-16). 8 de febrero de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Ver Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente No. 25000-23-42-000-2013-01223-02(4578-16). 19 de febrero de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente No. 25000-23-25-000-2010-00739-01(4541-13). 20 de septiembre de 2018. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Expedientes acumulados 11001-03-28-000-2012-00027-00, 11001-03-28-000-2012-00028-00, 11001-03-28-000-201-200019-00 y 11001-03-28-000-2012-0021-00. 16 de abril de 2013. C.P. Susana Buitrago Valencia.

discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad”⁹⁸.

Por eso, de manera análoga a como sucede en los casos de retiro discrecional del servicio de miembros de la Policía Nacional o de declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, que aunque no requieren motivación se presumen proferidos en ejercicio de potestades legales, en aras del buen servicio y en beneficio de la misión constitucional y legal del servicio público a su cargo⁹⁹; en el caso de la decisión de elección del Fiscal General de la Nación se debe adoptar una “presunción teleológica”¹⁰⁰ en virtud de la cual se considere que la Corte Suprema de Justicia ejerció dicha facultad tanto buscando certificar la voluntad de la mayoría, como en aras de que el candidato elegido para ocupar el cargo de Fiscal General de la Nación fuera el mejor de los postulados, tanto en términos de capacidades y aptitudes personales y profesionales como de las posibilidades que tendría para ejercer las funciones propias del cargo.

Dichas motivaciones no se encuentran plasmadas en el texto del acto de elección, pues este no contiene ninguna consideración distinta a la resolución adoptada, pero subyacen al acto mismo y, en ese entendido, pueden controlarse por la vía jurisdiccional¹⁰¹.

2. SOBRE LA FALSA MOTIVACIÓN COMO VICIO DEL ACTO DE ELECCIÓN

Ahora bien, si el acto de elección es controlable por la vía jurisdiccional y dicho control incluye la posibilidad de revisar la motivación, entonces es necesario caracterizar el vicio en el que el acto incurriría si existiera una falla en la motivación. Este es el de falsa motivación, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La jurisprudencia de lo contencioso administrativo no ha sido unánime al definir los supuestos para la configuración de la causal de nulidad por falsa motivación. Sin embargo, a partir de una interpretación sistemática e integradora de las posiciones predominantes en la jurisprudencia, se puede establecer que la causal de nulidad por falsa motivación se puede dar por un error de hecho o por un error de derecho¹⁰². Según el Consejo de Estado:

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-172 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. Expediente No. 05001-23-31-000-2002-04725-01 (1092-10). 27 de enero de 2011. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Ver Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. Expediente No. 05001-23-31-000-2003-02262-01 (2809-13). 6 de septiembre de 2018. C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda. Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16). 15 de febrero de 2018. C.P. William Hernández Gómez.

¹⁰¹ El propio Consejo de Estado ha entendido, a partir de García de Enterría, que la motivación es un elemento intrínseco al acto administrativo, no un simple requisito de forma. Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expedientes acumulados 11001-03-28-000-2014-00107--00 y 11001-03-28-000-2014-00106-00. 2 de mayo de 2016. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

¹⁰² Una caracterización un poco más compleja, y principalmente desarrollada por la Consejera Ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, habla de tres tipos de supuestos de falsa motivación, a saber: falsedad en el derecho, falsedad en el hecho y falsedad en la decisión. Así, mientras la falsedad en el derecho sucede cuando el sustento fáctico del acto administrativo no concuerda con apoyo jurídico invocado, la falsedad en el hecho se da cuando el fundamento jurídico invocado el que no concuerda con los hechos probados, y finalmente, la falsedad en la decisión se identifica cuando “la declaración de voluntad refiere a tema distinto o contradictorio

“El error de hecho se presenta cuando la Administración desconoce los supuestos fácticos en que debía soportar su decisión, ya sea porque la autoridad que profirió el acto no los tuvo en cuenta o, porque pese a haberlos considerado se deformó la realidad de tal manera que se dejaron por fuera o se introdujeron circunstancias de tiempo modo y lugar que resultan irreales y que traen como consecuencia que el acto administrativo no se funde en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser proferido.

Por otra parte, también se incurre en falsa motivación por error de derecho, que tiene lugar cuando se desconocen los supuestos jurídicos que debían servir de fundamento a los actos demandados, situación que se presenta por: i) inexistencia de las normas en que se basó la Administración; ii) ausencia de relación entre los preceptos que sirvieron de fundamento a la manifestación de voluntad de la Administración y los supuestos de hecho objeto de decisión; y finalmente iii) cuando se invocan las disposiciones adecuadas pero se hace una interpretación errónea de las mismas”¹⁰³.

Adicionalmente, al ahondar en el error de hecho, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en el mencionado error es necesario que se demuestre una de las siguientes dos circunstancias:

“a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”¹⁰⁴.

a su motivo causal”. En últimas, se trata de algún tipo de incongruencia entre el sustento fáctico, el apoyo jurídico invocado y/o la declaración de voluntad incluida en el acto administrativo cuestionado. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-28-000-2013-00060-00. 8 de octubre de 2014. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-28-000-2015-00016-00. 13 de octubre de 2016. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-28-000-2018-00004-00. 6 de septiembre de 2018. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-28-000-2018-00034-00. 29 de noviembre de 2018. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente No. 25000-23-36-000-2013-00802-01(53206). 23 de octubre de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 05001-23-31-000-2007-03305-01. 12 de abril de 2018. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 25000-23-24-000-2010-00244-01. 3 de mayo de 2018. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Expediente No. 11001-03-27-000-2006-00032- 00 (16090). 23 de junio de 2011. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Expediente No. 25000-23-27-000-2004-92271-02. 15 de marzo de 2012. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente No. 25000-23-25-000-2009-00614-01 (0482-12). 7 de marzo de 2013. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Expediente No. 19909. 6 de julio de 2016. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Expediente No. 21224. 21 de marzo de 2018.

En otras ocasiones, y de manera más laxa, el Consejo de Estado ha complementado esas dos circunstancias con las siguientes tres, que también configurarían un error de hecho susceptible de ser demandado por falsa motivación: “(...) ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión”¹⁰⁵.

En todo caso, y de manera más general, al referirse a la falsa motivación por error de hecho, el alto tribunal de lo contencioso administrativo ha dicho que:

“Los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

Todo lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cuál es el hecho o hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos”¹⁰⁶.

En esa medida, mientras la falsa motivación por error de derecho se configura cuando en el acto administrativo se desconocen los supuestos jurídicos que le debían servir de fundamento, la falsa motivación por error de hecho se da cuando la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión, ya sea porque se decidió con base en hechos no probados o en hechos contrarios a la realidad (por error o por razones engañosas o simuladas), no se tuvieron en cuenta los hechos probados relevantes, se hizo una inadecuada interpretación o apreciación de los hechos o los hechos aducidos no justifican la decisión.

C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 25000-23-24-000-2010-00244-01. 3 de mayo de 2018. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente No. 11001-03-25-000-2014-00754-00(2353-14). 20 de septiembre de 2018. C.P. William Hernández Gómez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente No. 11001-03-28-000-2018-00034-00. 29 de noviembre de 2018. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente No. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797). 25 de febrero de 2009. C.P. Myriam Guerrero de Escobar. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Expediente No. 250002324000200800265-01. 14 de abril de 2016. C.P. María Claudia Rojas Lasso; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Expediente No. 11001-03-24-000-2009-00499-00. 8 de junio de 2018. C.P. Hernando Sánchez Sánchez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente No. 11001-03-25-000-2013-00811-00(1651-13). 5 de julio de 2018. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente No. 88001-123-33-000-2015-00019-01(4055-16). 4 de octubre de 2018. C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Expediente No. 11001-03-27-000-2006-00032-00 (16090). 23 de junio de 2011. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Como ya se explicó, el artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es claro al disponer que dentro del medio de control de nulidad electoral se puede afirmar la concurrencia de cualquiera de las causales de nulidad del acto administrativo consagrados en el artículo 137 del mismo estatuto. Así, como no hay disposición expresa que la excluya y sí hay una que la incluye dentro del medio de control, la falsa motivación es un vicio que puede ser alegado cuando se discute la legalidad de actos de elección y confirmación. Esto es algo que no sólo se desprende de la norma, sino que es práctica recurrente del Consejo de Estado. En diversas oportunidades, con ocasión de la utilización del medio de control de nulidad electoral, esa Corporación ha admitido la posibilidad de ocurrencia del vicio de falsa motivación en un acto de elección¹⁰⁷; independientemente de que haya accedido a las pretensiones del demandante o no.

Así, lo siguiente es revisar si en el caso concreto el Acuerdo 871 de 2016, por el cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación y el acto a través del cual se confirmó la elección contenida en él, están incurso en el vicio de falsa motivación.

3. CASO CONCRETO: EL ACUERDO 871 DE 2016 Y LA CONFIRMACIÓN DE LA ELECCIÓN DECLARADA EN ÉL ESTÁN VICIADOS POR FALSA MOTIVACIÓN, POR LO TANTO, DEBEN DECLARARSE NULOS

Para explicar la materialización del vicio de falsa motivación en el Acuerdo 871 de 2016, por el cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación y del acto de confirmación de dicha elección por la misma Corporación, es necesario, en primera medida, llevar a cabo un recuento fáctico de las circunstancias que rodearon dicha elección, así como de las actuaciones y omisiones del entonces ternado en el marco de la misma. Posterior a esto se explicará en qué consiste específicamente la falsa motivación alegada y, finalmente, se resolverá el asunto con la reiteración de la pretensión elevada en esta demanda al Consejo de Estado.

Desde 2014 en Brasil se desarrollaban investigaciones en el marco de la Operación Lava Jato, que en principio estaban relacionadas con el pago de sobornos a funcionarios públicos y trabajadores de empresas públicas por parte de grandes compañías para asegurar contratos y concesiones¹⁰⁸. En ese

¹⁰⁷ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 08001-23-33-000-2015-00863-02. 8 de marzo de 2018. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2014-00112-00. 9 de febrero de 2017. C.P. Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expedientes acumulados 11001-03-28-000-2014-00107-00 y 11001-03-28-000-2014-00106-00. 2 de mayo de 2016. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2013-00060-00. 8 de octubre de 2014. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁰⁸ Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2014/11/23/actualidad/1416777706_072872.html> (consultado el 19 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 1.

marco fue capturado en junio de 2015¹⁰⁹ y condenado en marzo de 2016¹¹⁰ Marcelo Odebrecht, presidente y dueño de la multinacional constructora brasilera Odebrecht, quien afirmó que colaboraría con la justicia luego de su condena¹¹¹. Y antes de eso ya habían sido detenidas por lo menos 17 personas en Brasil, con inclusión de funcionarios de la estatal petrolera Petrobras¹¹².

La multinacional propiedad de Marcelo Odebrecht estaba involucrada, como mínimo, en dos mega obras de infraestructura colombianas, ejecutadas entre 2009 y 2014: (i) la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol, concesionada por el INCO en 2009 a un consorcio conformado por Constructora Norberto Odebrecht (25.01%), Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. (37%), Estudios y Proyectos del Sol Episol (33%) y CSS Constructores (4.99%)¹¹³, cuya ejecución inició el 31 de marzo de 2010¹¹⁴. Y (ii) el proyecto para recuperar la navegabilidad del río Magdalena, adjudicado el 15 de agosto de 2014 a PSF Navelena S.A.S., propiedad de Constructora Norberto Odebrecht (87%) y Valorcon S.A. (13%)¹¹⁵.

En la concesión para la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol, no sólo participaban Marcelo Odebrecht y sus empresas, sino que estaba Estudios y Proyectos del Sol Episol S.A.S., vehículo de inversión de Corficolombiana, una empresa del Grupo AVAL. Néstor Humberto Martínez Neira, en ese entonces abogado privado, era y es conocido por sus relaciones personales y profesionales con Luis Carlos Sarmiento Angulo y sus empresas, las mismas que conforman el Grupo AVAL¹¹⁶. Razón que, sumada a una vieja relación de amistad¹¹⁷, llevó a Jorge Enrique Pizano, quien era el encargado de hacer control para la prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo en el proyecto de construcción del tramo dos de la Ruta del Sol, a acercarse a él.

En conversaciones que luego serían reveladas por Noticias UNO y El Espectador, Jorge Enrique Pizano ponía en conocimiento de Néstor Humberto Martínez Neira irregularidades graves y cuantiosas relacionadas con la participación de Odebrecht en el contrato para la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol, en donde el Grupo AVAL tenía interés a través de Episol, dueña del

¹⁰⁹ Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2015/06/19/actualidad/1434724044_604707.html> (consultado el 19 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 4.

¹¹⁰ Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2016/03/08/actualidad/1457449025_846515.html> (consultado el 19 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 6.

¹¹¹ Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2016/06/04/actualidad/1465063214_462909.html> (consultado el 19 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 14.

¹¹² Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2017/04/12/actualidad/1492018492_100094.html> (consultado el 7 de enero de 2019) Ver anexo de pruebas, prueba documental número 3.

¹¹³ Disponible en: <<https://www.ani.gov.co/proyecto/carretero/ruta-del-sol-sector-2-21285>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 22.

¹¹⁴ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 23.

¹¹⁵ Disponible en: <<http://www.eluniversal.com.co/regional/adjudican-licitacion-para-la-recuperacion-de-la-navegabilidad-del-rio-magdalena-167787-BUEU262021>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 24.

¹¹⁶ Disponible en: <<https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/nelor-humberto-martinez>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 43.

¹¹⁷ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nelor-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de prueba, prueba documental número 30.

33% de la concesionaria¹¹⁸. Al parecer, luego de presenciar irregularidades en la contratación que hacían quienes ejecutaban el tramo dos de la Ruta del Sol y darse cuenta de que tanto en Brasil como en Estados Unidos había pruebas claras del comportamiento delictivo de Odebrecht, sus ejecutivos y socios, Jorge Enrique Pizano decide acudir a Néstor Humberto Martínez Neira, conocido y amigo de su empleador (Luis Carlos Sarmiento/Grupo AVAL) para entregarle las pruebas que tenía y solicitarle que las trasladara personalmente a Luis Carlos Sarmiento¹¹⁹. Para ese momento ya era evidente que la forma de hacer negocios de Odebrecht incluía la utilización de herramientas como el soborno para conseguir contratos públicos. Jorge Enrique Pizano lo entendió así y, Néstor Humberto Martínez Neira también. Tanto que, en una de las conversaciones revelada por Noticias UNO, Martínez Neira le explica a Pizano: “Jueputa sí, porque esta vaina se nos está saliendo y estos huevones están cagados del susto (risas). ¿Sabe qué es lo que yo creo? Que es que es de todo, todos, que es para los ‘paras’, que es corrupción interna, que es pa’ pagar coimas afuera, que es pa’ pagar coimas adentro. Todas las anteriores”¹²⁰.

Dadas las irregularidades, el abogado Martínez Neira entrega la información a la organización AVAL, que realiza, por recomendación del reputado abogado penalista Juan Carlos Forero Ramírez, una auditoría forense a la concesión¹²¹. Jorge Enrique Pizano continúa su trabajo como *controller*, su documentación de las irregularidades y sus conversaciones con Néstor Humberto Martínez Neira¹²². Y el asunto, que implicaba la utilización irregular de dineros de la concesión, terminó con la gestión de un contrato de transacción entre Odebrecht y el Grupo AVAL, al parecer redactado por el abogado Martínez Neira, en el que la multinacional retornaba 33.000 millones de pesos en pagos irregulares¹²³.

Mientras todo esto ocurría, Néstor Humberto Martínez Neira pasó a integrar la terna enviada por el Presidente a la Corte Suprema de Justicia para elegir al Fiscal General de la Nación que reemplazaría a Eduardo Montealegre y entró en la carrera para ser elegido al tiempo que los abogados Mónica Cifuentes Osorio y Yesid Reyes Alvarado.

Para llevar a cabo el proceso de selección, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia emitió un comunicado en el que explicó que antes de deliberar y decidir realizaría una audiencia pública en la

¹¹⁸ Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/denuncias-de-jorge-enrique-pizano-sobre-odebrecht-que-involucran-al-fiscal-general/>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 28 y 29.

¹¹⁹ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nestor-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 30.

¹²⁰ Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/denuncias-de-jorge-enrique-pizano-sobre-odebrecht-que-involucran-al-fiscal-general/>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 28 y 29.

¹²¹ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/esto-lo-esta-moviendo-alguien-investigado-por-la-fiscalia-nestor-humberto-martinez-articulo-824116>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 37.

¹²² Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/nueva-grabacion-entre-el-fiscal-general-y-jorge-enrique-pizano-articulo-823928>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 32 y 33.

¹²³ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/nueva-grabacion-entre-el-fiscal-general-y-jorge-enrique-pizano-articulo-823928>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 32 y 33.

que le daría tiempo a los tres candidatos para que expusieran lo que consideraran importante y luego harían preguntas al respecto. Antes de esto, para conocer la situación actual de la Fiscalía General de la Nación, citaron al Fiscal General encargado, Jorge Perdomo, para que rindiera informe¹²⁴.

Hasta el momento de la audiencia ninguno de los tres candidatos había expuesto ante la Corte Suprema de Justicia o la opinión pública la posibilidad de existencia de conflictos de interés para el cumplimiento de sus futuras obligaciones como Fiscal General de la Nación¹²⁵. Conflictos de interés que son entendidos en la presente demanda, con fundamento en lo expresado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, como una situación que se da “cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña”¹²⁶. Por el contrario, los tres se centraron en discutir sus virtudes y lo que aportarían en caso de ser seleccionados para encabezar el órgano acusatorio. Dentro de la audiencia pública celebrada ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia tampoco se presentó manifestación alguna relacionada con posibles conflictos de interés de parte de ninguno de los ternados¹²⁷. Nuevamente, en lo que se centraron fue en explicar por qué deberían ser seleccionados y cuál sería su plan de trabajo y los ejes en los que giraría su gestión¹²⁸. Algo similar ocurrió después de la audiencia pública. El entonces ternado Néstor Humberto Martínez Neira fue entrevistado por Caracol Radio. Allí afirmó lo siguiente al ser preguntado “¿De llegar a ser elegido Fiscal en qué procesos se declararía impedido(a)?”¹²⁹: “[n]o conozco ningún familiar próximo o cliente que esté involucrado en alguna investigación penal en la Fiscalía. Tampoco cursa actualmente ningún proceso vigente en la Fiscalía en el que yo haya actuado como apoderado judicial. Así que a la fecha no veo impedimentos”¹³⁰.

Luego de la audiencia la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia inició la deliberación para elegir al nuevo Fiscal General de la Nación, que terminaría el 11 de julio de 2016 con la expedición del Acuerdo 871 de 2016, a través del cual se eligió a Néstor Humberto Martínez Neira para ocupar el cargo y la posterior confirmación de dicha elección. Es decir, el 11 de julio de 2016 la mayoría de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia decidió que Néstor Humberto Martínez Neira era el ternado más idóneo y en mejores condiciones para ejercer las funciones de Fiscal General de la Nación entre 2016 y 2020 y luego confirmó la elección.

¹²⁴ Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2016/05/07/procedimiento-para-eleccion-de-fiscal-general-de-la-nacion/>> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 12 y solicitud de emisión de oficio a la Corte Suprema de Justicia.

¹²⁵ Ver anexo de pruebas, prueba documental número 39.

¹²⁶ Departamento Administrativo de la Función Pública. Guía de Administración Pública. Conflictos de interés de servidores públicos. Versión 2. Disponible en: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/admon/files/empresas/ZW1wcmVzYV83Ng==/archivos/1525712072_3a81e8f4a6052bcbff4f90ca61f6de90.pdf>, p. 9 (consultado el 8 de enero de 2019).

¹²⁷ Disponible en: <<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16615540>> (consultado el 13 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 15 y 16.

¹²⁸ Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=7jxsy3xmep4>> (consultado el 13 de diciembre de 2018), a partir del minuto 29:40. Ver anexo de pruebas, prueba documental número 16.

¹²⁹ Misma pregunta que le hicieron a Mónica Cifuentes y Yesid Reyes.

¹³⁰ Disponible en: <http://caracol.com.co/radio/2016/05/10/nacional/1462910776_325960.html> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 17.

Según el artículo 250 de la Constitución es función de la Fiscalía General de la Nación, que pasaría a ser dirigida por Néstor Humberto Martínez Neira, el “(...) ejercicio de la acción penal”¹³¹ y la “(...) investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento”¹³². Asimismo, según el artículo 251 del mismo texto, es función especial del Fiscal General de la Nación, “[a]sumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos”¹³³.

La decisión tomada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia estaba entonces fundamentada en dos niveles. Por un lado, en la necesidad de plasmar la voluntad mayoritaria de los magistrados y magistradas. Y, por el otro, tanto en la idoneidad de Néstor Humberto Martínez Neira como en las posibilidades que tendría de cumplir dichas funciones, entre otras, de manera completa, imparcial, eficiente y acorde con los principios básicos de la función pública. Dicha motivación resultó ser falsa respecto a la segunda dimensión, pues Néstor Humberto Martínez Neira, se demostraría después, no tenía la posibilidad de cumplir sus funciones en múltiples casos dentro de una de las categorías más importantes de la política criminal colombiana contemporánea. Si bien esa imposibilidad de cumplir sus funciones la conocerían la ciudadanía y la propia Corte Suprema de Justicia después de nombrado y posesionado, al momento de ser ternado y seleccionado ya era conocida por el propio Martínez Neira. El ahora Fiscal General de la Nación no sólo conocía los hechos relacionados con la condena contra funcionarios de Odebrecht en Brasil y las investigaciones llevadas a cabo en Estados Unidos, sino que contaba con información privilegiada, en razón de sus conversaciones con Jorge Enrique Pizano, sobre el comportamiento de Odebrecht en Colombia; al tiempo que estaba consciente de su actividad como asesor jurídico esporádico de Luis Carlos Sarmiento Angulo y el Grupo AVAL en negocios que dicho grupo empresarial desarrollaba en asocio con Odebrecht y otros.

Luego de la elección, confirmación y posesión, ocurrió lo que Néstor Humberto Martínez Neira y Jorge Enrique Pizano veían venir. En el mundo ganaba fuerza una de las tramas de corrupción más importantes del siglo. La multinacional constructora brasilera Odebrecht era acusada en los Estados Unidos de América de sobornar funcionarios públicos en distintos países, especialmente de Latinoamérica, con el fin de ganar contratos multimillonarios¹³⁴. El 22 de diciembre de 2016 la red de noticias norteamericana CNN reportaba que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América señalaba a 12 países de tener funcionarios inmersos en la trama, entre ellos Colombia, Brasil, Ecuador, República Dominicana y Perú¹³⁵. Así, según la cadena noticiosa, el informe del Departamento de Justicia establecía que

¹³¹ Constitución Política de Colombia, artículo 250.

¹³² Constitución Política de Colombia, artículo 250.

¹³³ Constitución Política de Colombia, artículo 251.

¹³⁴ Disponible en: <<https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/22/escandalo-odebrecht-ee-uu-dice-que-12-paises-recibieron-sobornos/>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 20.

¹³⁵ Disponible en: <<https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/22/escandalo-odebrecht-ee-uu-dice-que-12-paises-recibieron-sobornos/>> (consultado el 16 de diciembre de 2018).22 Ver anexo de pruebas, prueba documental número 20.

“(…) durante o entre 2001 y 2016, Odebrecht, junto a sus cómplices, consciente y deliberadamente conspiró y acordó con otros proveer corruptamente cientos de millones de dólares en pagos y otros objetos de valor a y para el beneficio de funcionarios oficiales extranjeros, partidos políticos extranjeros, miembros de partidos políticos extranjeros y candidatos políticos extranjeros para asegurar una indebida ventaja e influenciar a esos funcionarios extranjeros, partidos políticos extranjeros y candidatos políticos extranjeros a fin de obtener y retener negocios en varios países alrededor del mundo”¹³⁶.

De acuerdo con el mismo documento, entre 2009 y 2014 Odebrecht llevó a cabo pagos por más de once millones de dólares en Colombia para asegurar contratos de obra pública, beneficiándose en más de cincuenta millones de dólares como resultado. Así, en el país se dio a conocer el asunto y se agudizaron las preguntas. El escándalo avanzó y el 8 de noviembre de 2018 murió Jorge Enrique Pizano¹³⁷. Luego de fallecido y por instrucciones suyas, el 12 de noviembre de 2018 Noticias UNO publicó un material que les entregó Pizano. Allí constan las conversaciones que sostuvo el *controller* con Néstor Humberto Martínez, antes de su elección, confirmación y posesión como Fiscal General de la Nación, en las cuales ponía en su conocimiento las irregularidades relacionadas con la participación de Odebrecht en el contrato para la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol¹³⁸.

El 13 de noviembre de 2018 Néstor Humberto Martínez Neira emitió un comunicado público¹³⁹ en el que afirmó que “(…) [c]omo se desprende de la noticia publicada en Noticias UNO, por virtud de una vieja relación de amistad, el doctor Pizano acudió al suscrito con el fin de hacer llegar al doctor Luis Carlos Sarmiento Angulo el resultado de unas investigaciones sobre contratos del Consorcio Ruta del Sol”¹⁴⁰. Información que no fue entregada a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia durante el proceso de elección del Fiscal General de la Nación, ni siquiera bajo reserva o confidencialidad. Y no sólo eso, dentro del mismo comunicado el señor Martínez Neira explicó que con base en la información que el señor Pizano le entregó a Luis Carlos Sarmiento por intermedio del ahora Fiscal General, “(…) los consorciados llegaron a un acuerdo por virtud del cual Odebrecht se obligó a reintegrar al Consorcio Ruta del Sol la suma de \$33.000 millones de los contratos cuestionados. Para este fin, me fue confiada la redacción del contrato de transacción”¹⁴¹. Es decir, Néstor Humberto Martínez no sólo omitió poner en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia

¹³⁶ Disponible en: <<https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/22/escandalo-odebrecht-ee-uu-dice-que-12-paises-recipientes-sobornos/>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 20.

¹³⁷ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/fallecio-jorge-enrique-pizano-testigo-clave-en-caso-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 27.

¹³⁸ Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/denuncias-de-jorge-enrique-pizano-sobre-odebrecht-que-involucran-al-fiscal-general/>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 28 y 29.

¹³⁹ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nestor-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas prueba documental número 30.

¹⁴⁰ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nestor-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas prueba documental número 30.

¹⁴¹ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nestor-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas prueba documental número 30.

que tenía conocimiento de los hechos que rodeaban las irregularidades en el contrato del tramo dos de la Ruta del Sol, sino que fungió como gestor jurídico de actuaciones dentro del mismo y tampoco lo expuso.

El escándalo continuó. El 16 de noviembre de 2018 Néstor Humberto Martínez Neira solicitó que fueran publicadas todas las grabaciones que Jorge Enrique Pizano entregó a medios de comunicación antes de morir¹⁴². Esto por cuanto ese mismo día El Espectador publicó un nuevo audio en el que Martínez Neira hacía una lista de delitos, aparentemente cometidos en el marco del contrato del tramo dos de la Ruta del Sol. Concretamente mencionó: “[s]oborno, lavado de activos, falsedad en documento privado, administración desleal, abuso de confianza, estafa, hurto agravado... peculado por apropiación”¹⁴³. Ese mismo día Noticias UNO publicó todos los audios que estaban en su poder¹⁴⁴. Allí la opinión pública y la propia Corte Suprema pudieron tener una perspectiva más amplia del verdadero conocimiento que, para el período entre 2015 y 2016, tenía Néstor Humberto Martínez de las irregularidades en el contrato para la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol.

El 22 de noviembre de 2018, con la información publicada por Noticias UNO y El Espectador, el Congreso de la República fijó fecha para un debate de control político solicitado por algunos senadores en contra del Fiscal General de la Nación por su involucramiento en la trama Odebrecht¹⁴⁵. El debate fue realizado el 27 de noviembre del mismo año, con presencia de miembros del Gobierno y el propio Néstor Humberto Martínez. Allí el fiscal hizo gala de su conocimiento sobre los hechos que rodeaban el caso Odebrecht, así como sobre lo que sabía e informó Jorge Enrique Pizano antes de su muerte, con inclusión de grabaciones inéditas¹⁴⁶.

Todo lo ocurrido, que fue ampliamente cubierto por la prensa y puede ser revisado en las pruebas aportadas con la presente demanda, demostró que Néstor Humberto Martínez Neira, al momento de postularse para el cargo de Fiscal General de la Nación, tenía conocimiento claro de la comisión de múltiples delitos de macro corrupción, así como de los impedimentos en que estaría incurso para investigar la trama de corrupción internacional más grande del siglo en Latinoamérica y de su actividad privada como asesor esporádico del Grupo AVAL en negocios que, entre otras cosas, ese grupo empresarial desarrollaba en conjunto con la multinacional Odebrecht, como el contrato para la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol. No obstante, decidió no compartir esa información con la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Por el contrario, con visión estrecha, afirmó ante la opinión pública no estar incurso en ningún impedimento al momento de su elección.

¹⁴² Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/nacional/fiscal-martinez-pide-todos-los-audios-pizano-sean-revelados/>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas prueba documental número 34.

¹⁴³ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/nueva-grabacion-entre-el-fiscal-general-y-jorge-enrique-pizano-articulo-823928>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 32 y 33.

¹⁴⁴ Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/los-audios-completos-de-jorge-enrique-pizano-con-nessor-humberto-martinez/>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 35 y 36.

¹⁴⁵ Disponible en: <<https://www.rcnradio.com/politica/congreso-fijo-fecha-para-debate-contra-el-fiscal-general>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 44.

¹⁴⁶ Disponible en: <<https://www.eltiempo.com/politica/congreso/debate-contra-el-fiscal-martinez-sobre-odebrecht-en-el-congreso-298582>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, pruebas documentales número 45 y 46.

Así, al momento de elegirlo la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no tenía toda la información disponible necesaria para tomar una decisión sobre quién, entre los ternados, era el mejor candidato para ocupar el cargo. Por el contrario, tomó una decisión amparada en la información con que sí contaba, que podría haber sido distinta si supiera del grado de involucramiento de Néstor Humberto Martínez en los casos. Recuérdese que, a la fecha, ni Mónica Cifuentes Osorio ni Yesid Reyes Alvarado han sido involucrados en la trama Odebrecht o cualquier otro caso de alto impacto que podría ser investigado por la Fiscalía General de la Nación.

La información que ocultó Néstor Humberto Martínez era de gran importancia para la evaluación que debía realizar la Corte Suprema de Justicia sobre la idoneidad de los candidatos por tres motivos. Por un lado, a partir de los hechos que estaban ocurriendo en Brasil desde marzo de 2014 y en Estados Unidos desde el 2015, más el conocimiento que tenía Martínez Neira por las conversaciones que sostuvo con el *controller* Jorge Enrique Pizano de las irregularidades en Colombia (calificadas como múltiples delitos, según él mismo, por el prestigioso penalista Juan Carlos Forero Ramírez¹⁴⁷), era inminente que en Colombia se desatara una investigación relacionada con los sobornos de Odebrecht. Siendo el Fiscal General de la Nación la cabeza del órgano encargado de la persecución penal de los delitos cometidos, hubiese sido un criterio importante para la Corte analizar la cantidad de impedimentos que tendría que declarar el candidato y como esto pudiese o no afectar la idoneidad de este para poder cumplir con sus funciones.

Por otro lado, si Néstor Humberto Martínez Neira no hubiese ocultado lo que conocía por Pizano y hubiese dejado en evidencia que posterior a esto había desarrollado una asesoría jurídica en el contrato de transacción que aseguraría los beneficios económicos de su cliente, habría quedado en evidencia una conducta, por lo menos, éticamente cuestionable.

Y, finalmente, en la misma línea del punto anterior, la asesoría jurídica brindada por Néstor Humberto Martínez Neira no sólo denotaba una actuación que puede cuestionarse desde el punto de vista ético, sino que era relevante para entender el conflicto de interés potencial y aparente en que podría verse inmerso. El ternado Martínez Neira no sólo sabía de lo que ocurría en Estados Unidos y Brasil y conocía la información entregada a él por Jorge Enrique Pizano, sino que tenía un interés claro y concreto en salvaguardar los intereses del Grupo AVAL y la integridad de los negocios en que este participaba, entre otros la construcción del tramo dos de la Ruta del Sol. El conocimiento de este vínculo entre el Grupo AVAL, Odebrecht y Néstor Humberto Martínez Neira era esencial para que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia revisara la idoneidad del ternado y las posibilidades que tendría de cumplir las funciones de Fiscal General de la Nación de forma correcta y acorde con el principio de imparcialidad.

Entonces, ¿en qué consiste la falsa motivación en que están incursos el Acuerdo 871 de 2016 por el cual la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia eligió a Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación para el período 2016-2020 y el posterior acto de confirmación de dicha

¹⁴⁷ Disponible en: <<https://www.rcnradio.com/judicial/odebrecht-el-abogado-que-le-entrego-listado-de-delitos-al-fiscal-general>> (consultado el 17 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 31.

elección? En que, al expedir el mencionado acto de elección, la Corte Suprema de Justicia incurrió en un error de hecho, como se explica a continuación.

Si de manera amplia se acogen las cinco circunstancias arriba enunciadas, que en ocasiones ha aceptado el Consejo de Estado para poder hablar de un error de hecho, se puede decir que el que aquí se aduce consistió en que la elección del Fiscal General de la Nación la Corte Suprema de Justicia basó su decisión en hechos incompletos y contrarios a la realidad. Así, la omisión de información de Néstor Humberto Martínez Neira antes descrita indujo a la Sala Plena a errar en su criterio y a tomar su decisión con base en una supuesta idoneidad del ternado Martínez Neira y en la presunta conveniencia de su elección para el adecuado ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior, al no conocer hechos decisivos, hasta hace poco revelados a la opinión pública, pero ya conocidos por Martínez Neira al momento de su elección, quien tenía la potencialidad de informar mejor el criterio del órgano elector sobre, a saber: (i) que Jorge Enrique Pizano había entregado información y material probatorio a Néstor Humberto Martínez Neira de la ocurrencia de irregularidad en el marco de la ejecución del contrato de construcción del tramo dos de la Ruta del Sol y, (ii) que Néstor Humberto Martínez Neira había participado, en su calidad de abogado privado, en la redacción de un contrato de transacción entre Odebrecht y sus contrapartes en la concesionaria Ruta del Sol, para reintegrar los dineros identificados por Jorge Enrique Pizano como irregularmente gastados. Asuntos que, sumados al conocimiento general de lo que ocurría en Estados Unidos y Brasil con Odebrecht y la relación ampliamente documentada de Néstor Humberto Martínez Neira con Luis Carlos Sarmiento Angulo y el Grupo AVAL, ahora sí configurarían un conocimiento completo de la realidad.

Por otra parte, si se acoge la visión más estricta y restrictiva del error de hecho, en la que sólo se admiten dos posibles circunstancias para determinar su existencia, hay que afirmar que el que aquí se aduce consistió en omitir un hecho que si hubiese sido considerado por la Corte Suprema de Justicia habría podido conducir a una decisión sustancialmente diferente y que, si bien en su momento no estaba demostrado para la Sala Plena, lo hubiera estado de no ser por la omisión de información en la que incurrió el beneficiario del acto en cuestión.

Sea cual sea el supuesto de configuración del error de hecho que se decida acoger, lo cierto es que, a partir de las revelaciones de los audios de Jorge Enrique Pizano, publicados desde el 13 de noviembre de 2018, es claro que la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Corte Suprema de Justicia supuso que existía al tomar la decisión de elegir a Néstor Humberto Martínez como Fiscal General de la Nación. Como se explicó anteriormente, la doble motivación del acto de elección de altos dignatarios implica, por un lado, una intención de plasmar en el acto la voluntad mayoritaria de los miembros de la corporación electora y, por el otro, una decisión sobre quién es el ternado mejor capacitado personal y profesionalmente y más apto para ejercer las funciones encomendadas al cargo. Gracias a la omisión de información del ternado Néstor Humberto Martínez Neira, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia decidió elegirlo como Fiscal General de la Nación para el período 2016-2020, sin saber que tenía información y vínculos que: (i) podrían entorpecer y poner en entredicho su labor como Fiscal General de la Nación, al menos en la investigación de la trama de corrupción más importante de los últimos años, que como ya se vio más arriba, para julio de 2016 ya era claro que tendría repercusiones importantes en Colombia; y que, (ii) ponían en duda sus calidades éticas, al

mostrarlo como una persona capaz de ocultar información sobre su conocimiento de esos casos con, entre otros posibles, el fin de obtener un cargo público.

De allí que el Acuerdo 871 de 2016 y el acto de confirmación de la elección contenida en él estén viciados de falsa motivación y deban ser declarados nulos por el Consejo de Estado.

4. UNA CUESTIÓN ADICIONAL: LA INFORMACIÓN ENTREGADA POR JORGE ENRIQUE PIZANO A NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA NO SE ENCONTRABA NI SE ENCUENTRA COBIJADA POR EL SECRETO PROFESIONAL

Ahora bien, de la respuesta de Juan Guillermo Campo Lega, asesor del despacho del Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez Neira, se desprende que este parece afirmar la existencia de una protección de la información que tenía en su poder y recibió de manos de Jorge Enrique Pizano derivada del secreto profesional. Si esto fuera así, su deber de transparentar la misma ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia evidentemente no sería aplicable. No obstante, tal información, de acuerdo con los dichos del propio Martínez Neira en distintos medios de comunicación y en los comunicados públicos que ha emitido hasta el momento, no está cobijada por el secreto profesional, como a continuación se explicará. Para ello, en primer lugar, se llevará a cabo una breve caracterización de la figura del secreto profesional, con un acercamiento particular al que concierne a los abogados y profesionales del derecho. Seguidamente se presentarán los hechos que permiten afirmar que no existe tal protección respecto de la información entregada por Jorge Enrique Pizano a Néstor Humberto Martínez Neira y, posteriormente, se concluirá con la consecuencia argumentativa de lo expuesto. Finalmente, como punto adicional, se explicará que, si en gracia de discusión se aceptara que sí existía secreto profesional sobre esos asuntos, Néstor Humberto Martínez Neira tendría que haber realizado un ejercicio de ponderación y proporcionalidad que resultara en la necesidad de transparentar ante la Corte Suprema de Justicia, por lo menos, la existencia de los posibles conflictos de interés.

De acuerdo con el artículo 74 de la Constitución, el secreto profesional en Colombia es inviolable. Según la Corte Constitucional, esto se refiere a “la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad”¹⁴⁸. Así, el profesional tiene un derecho a no ser obligado a revelar esa información y un deber de no revelarla por cuenta propia. Al tiempo que su cliente tiene el derecho a que el profesional no la revele. Esto por cuanto, según la propia Corte, “[e]n el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación”¹⁴⁹. De manera que, por lo menos desde el punto de vista constitucional, la figura jurídica del secreto profesional tiene como fundamento la protección a la privacidad, la honra, el buen nombre, la libertad de expresión, el derecho de defensa y la inviolabilidad de las comunicaciones¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Corte Constitucional. Auto 006 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-151 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵⁰ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Entendido de esa manera, el secreto profesional tiene cuatro características: (i) es esencial al ejercicio de ciertas profesiones, especialmente las que están ligadas a la prestación de servicios personalísimos¹⁵¹; (ii) es inviolable¹⁵²; (iii) deriva de una relación interpersonal de confianza, pero puede oponerse a terceros¹⁵³ y, (iv) tiene un alcance distinto en cada profesión¹⁵⁴. De acuerdo con esto, lo que surge entonces es una relación de confianza que tiene dos extremos, por un lado, el profesional que recibe la información en razón de su actividad y, por el otro, el cliente que la entrega con la intención de recibir un servicio, normalmente personalísimo, como puede ser el derecho, la medicina o, incluso, las finanzas. En virtud de ella, el derecho impone un velo de secreto que impide al profesional divulgar la información y que lo protege de intentos de terceros por hacerlo divulgarla.

Como ya se ha explicado a profundidad en la presente demanda, está documentado, en grabaciones publicadas por Noticias UNO y El Espectador, que Jorge Enrique Pizano se reunió en repetidas ocasiones con Néstor Humberto Martínez Neira y le entregó información y pruebas relacionadas con el escándalo de corrupción de Odebrecht, específicamente con el contrato del tramo dos de la Ruta del Sol. Es un hecho notorio, que ha sido referenciado por la prensa nacional, que el abogado y fiscal Néstor Humberto Martínez Neira era y es bastante cercano a Luis Carlos Sarmiento Angulo y al Grupo AVAL¹⁵⁵; de manera que es legítimo preguntarse si al momento en que recibió la información por parte de Jorge Enrique Pizano, empleado de una de las empresas del señor Sarmiento Angulo, Néstor Humberto Martínez Neira actuaba en calidad de profesional del derecho y, por lo tanto, tanto él como su cliente estaban y están protegidos por el secreto profesional.

Afortunadamente, la respuesta a este interrogante la ha dado el propio Néstor Humberto Martínez Neira en distintas oportunidades. La primera de ellas fue al responder, a través de un comunicado de prensa, a la publicación de la primera grabación de sus conversaciones con Jorge Enrique Pizano por Noticias UNO el 13 de noviembre de 2018. Allí afirmó que “por virtud de una vieja relación de amistad, el doctor Pizano acudió al suscrito con el fin de hacerle llegar al doctor Luis Carlos Sarmiento Angulo el resultado de unas investigaciones sobre contratos del Consorcio Ruta del Sol”¹⁵⁶. Es decir, Jorge Enrique Pizano no acudió a él como su abogado ni como el abogado de Luis Carlos Sarmiento Angulo o de alguna de sus empresas, sino como su viejo amigo.

No obstante, quedaría una duda legítima. Puede que Jorge Enrique Pizano no haya acudido a Néstor Humberto Martínez Neira como su abogado o como el abogado de su empleador o de las demás empresas que integran el grupo empresarial propiedad de Luis Carlos Sarmiento Angulo; pero, en todo caso, es posible que Néstor Humberto Martínez Neira fuera efectivamente el abogado de Luis Carlos Sarmiento Angulo o alguna de sus empresas en ese momento. No obstante, las explicaciones de Martínez Neira vuelven a salir a la luz para dar la respuesta a la pregunta. Un día después de la

¹⁵¹ Ver Corte Constitucional. Sentencia T-708 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵² Ver Corte Constitucional. Sentencia C-264 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵³ Ver Corte Constitucional. Sentencia T-151 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁵⁴ Ver Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁵⁵ Disponible en: <<https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/nelson-humberto-martinez>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 43.

¹⁵⁶ Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nelson-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 30.

publicación de la segunda grabación por parte de El Espectador el 16 de noviembre de 2018, Néstor Humberto Martínez Neira dio una entrevista a ese mismo medio¹⁵⁷. Allí afirmó: “[y]o nunca he sido empleado del Grupo Aval. Nunca. Ni asesor externo permanente”¹⁵⁸. Es decir, Néstor Humberto Martínez Neira, según sus propias palabras, sólo asesoraba al Grupo AVAL en asuntos concretos, no era su asesor permanente. Es completamente imposible que antes de acudir Jorge Enrique Pizano a él lo contratara el Grupo AVAL para asesorarlos en las posibles irregularidades cometidas aparentemente sólo por Odebrecht en la ejecución del tramo dos de la Ruta del Sol, pues supuestamente nadie sabía de ese asunto en la organización hasta ese momento además del señor Pizano, mucho menos Néstor Humberto Martínez Neira, que no era empleado ni su asesor externo permanente. Él parece aceptar esto al explicar, en la misma entrevista a El Espectador, que “(...) Jorge Enrique me menciona el caso y eso da lugar a que yo le pida que prepare un dossier para llevárselo al doctor (Luis Carlos) Sarmiento”¹⁵⁹.

Néstor Humberto Martínez Neira no era el abogado de Jorge Enrique Pizano, sino su amigo. Tampoco era empleado del Grupo AVAL o las empresas que lo conforman, ni su asesor externo. Todo esto derivado de sus propias palabras. Entonces nunca surgió una relación profesional en virtud de la cual operará el derecho-deber derivado del secreto profesional. Ni Jorge Enrique Pizano ni Luis Carlos Sarmiento Angulo o sus empresas tenían el derecho a que Néstor Humberto Martínez Neira no divulgara la información entregada por el *controller*. Ni Néstor Humberto Martínez Neira tenía el deber de no divulgarla y el derecho a no ser obligado a hacerlo. Esto por cuanto no existía relación profesional alguna de prestación de servicios jurídico-legales que lo justificara.

La caracterización que ha hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional del secreto profesional es clara. En una protección que surge en virtud de una relación profesional de confianza entre una persona que presta un servicio, normalmente personalísimo, y otra que recibe dichos servicios, es decir, entre un profesional y su cliente. Dada la importancia de dicha relación y la estricta protección constitucional que deriva de ella, la relación profesional que la origina debe ser absolutamente clara y estar demostrada, algo que no ocurre en el presente caso. De manera que no existía un derecho-deber de Néstor Humberto Martínez Neira de no transparentar ante la opinión pública y la corporación que debía decidir si era idóneo para ocupar el cargo de Fiscal General de la Nación su conocimiento de hechos graves de posible corrupción en la concesión vial más grande del país o su relación con el caso de corrupción transnacional más importante de los últimos años.

Sin embargo, si en gracia de discusión se aceptara que la información que Néstor Humberto Martínez Neira conocía sobre la presunta comisión de delitos en la adición al contrato de la Ruta del Sol II estaba cubierta por el secreto profesional, lo cierto es que dicha clasificación de información, al igual

¹⁵⁷ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/esto-lo-esta-moviendo-alguien-investigado-por-la-fiscalia-nestor-humberto-martinez-articulo-824116>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 37.

¹⁵⁸ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/esto-lo-esta-moviendo-alguien-investigado-por-la-fiscalia-nestor-humberto-martinez-articulo-824116>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 37.

¹⁵⁹ Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/esto-lo-esta-moviendo-alguien-investigado-por-la-fiscalia-nestor-humberto-martinez-articulo-824116>> (consultado el 16 de diciembre de 2018). Ver anexo de pruebas, prueba documental número 37.

que el resto de las clasificaciones existentes, no es absoluta. Por el contrario, se trata de una clasificación que debe ser valorada en cada caso concreto y que, en esa medida, admite excepciones.

Prueba de ello es el test de daño que el artículo 28 de la Ley 1712 de 2014 le exige realizar a todo servidor público que decida aplicar una reserva o clasificación de información, incluido el secreto profesional, sobre información pública. Así, la exigencia de demostrar, en cada caso concreto, la existencia de un “daño presente probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información”¹⁶⁰, da cuenta del carácter relativo de las reservas y clasificaciones de información, cuya existencia *per se* no es suficiente para argumentar en todos los casos la negación de acceso a información.

Así mismo, en el caso concreto del secreto profesional contamos con varios ejemplos que dan cuenta del carácter no absoluto de dicha clasificación de información. Por ejemplo, si se revisa el *secreto profesional médico* es posible constatar que éste no es oponible para negarse a suministrar a la autoridad sanitaria información relacionada con la ocurrencia de un evento de interés en salud pública¹⁶¹.

Por su parte, frente a la *reserva bancaria*, asimilada al deber del secreto profesional de los funcionarios bancarios, en la sentencia T-440 de 2003 la Corte Constitucional señaló:

“(…) el legislador ha dispuesto que no es aplicable el secreto bancario, en asuntos tales como la lucha contra el tráfico y la trata de personas, el lavado de activos, la corrupción, el narcotráfico y las infracciones cambiarias, así como el control a las entidades bancarias y financieras, la investigación acerca de ciertos fenómenos financieros dentro del ámbito estatal y el régimen disciplinario de aduanas”¹⁶².

Del mismo modo, en el caso del *secreto profesional de los abogados*, que aquí ocupa, el literal f) del artículo 34 de la Ley 1123 de 2007 más arriba citado permite a los profesionales del derecho hacer caso omiso al secreto profesional en caso de que “tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito”. Para sustentar la constitucionalidad de esta disposición, en la sentencia C-301 de 2012 la Corte Constitucional señaló que “la doctrina penal ha reconocido que los profesionales que revelan información para evitar daños a terceros podrían invocar un estado de necesidad justificante o disculpante, situación que otorga criterios esenciales de interpretación como la necesidad, la adecuación, la proporcionalidad y la razonabilidad para el análisis de cada evento en el cual se haya revelado información sujeta a reserva para evitar la comisión de un delito”¹⁶³. En consecuencia, aportó los siguientes criterios esenciales, que deben ser analizados en cada evento concreto en el que se pretenda pasar por alto el secreto profesional para evitar la comisión de un delito:

¹⁶⁰ Ley 1712 de 2014. Artículo 28.

¹⁶¹ Decreto 3518 de 2006. Artículo 18.

¹⁶² Corte constitucional. Sentencia T-440 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2011. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“(i) la adecuación de la revelación del secreto como una medida que efectivamente pueda impedir la comisión del delito; (ii) la necesidad de la medida entendida de acuerdo con la cual debe valorarse si existen medios menos lesivos para impedir la comisión del delito; (iii) la proporcionalidad entre el daño causado por el delito que se pretenda impedir y el daño causado con la revelación del secreto; y (iv) la razonabilidad como criterio límite para la restricción de la arbitrariedad que exige que las conclusiones del análisis resulten coherentes y debidamente argumentadas”¹⁶⁴.

Como se ve, en varios casos tanto el Legislador como la Corte Constitucional han resuelto el conflicto entre un determinado bien jurídico y la inviolabilidad del secreto profesional, a favor del primero. Esto, luego de realizar una confrontación o test de proporcionalidad entre los valores en tensión, y definir que, en ciertos casos concretos, el bien jurídico en cuestión tiene un mayor peso y por ende desplaza a la conservación del secreto.

En el presente caso, el eventual secreto profesional al que habría estado sujeto Néstor Humberto Martínez Neira se veía confrontado, al ser ternado como Fiscal General de la Nación, a los beneficios que representaba para el ejercicio de la función electoral de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de esa información por parte de esta última. Ante ese escenario, el ciudadano Martínez Neira debió utilizar los criterios esenciales de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad a los que ha hecho referencia la Corte en otros casos, para establecer si en ese caso concreto, los valores protegidos por el secreto profesional pesaban más que lo que estaba en juego en la selección de la cabeza del órgano de investigación.

Al respecto, resulta necesario recordar que el secreto profesional “tiene como fundamentos esenciales la tutela de la privacidad natural de la persona y la protección de la honra, el buen nombre y la buena fama del depositante del secreto”¹⁶⁵. En contraste, la revelación de dicho secreto frente a la Corte Suprema de Justicia hubiera apuntado a proteger valores tales como la moralidad pública, la recta e imparcial administración de justicia, e incluso, la confianza institucional en la justicia. Al comparar estos dos fundamentos, parecería imperioso concluir que en este caso concreto los valores protegidos con la revelación del secreto pesaban más y que, por ende, el entonces candidato a Fiscal debía haber optado por revelar a la Corte Suprema de Justicia la información que tenía sobre los presuntos actos de corrupción cometidos en la adición al contrato de la Ruta del Sol II. A pesar de ello, el entonces ternado prefirió guardar silencio, beneficiándose finalmente del resultado final de la decisión.

Por último, queremos resaltar que en Colombia la elección del Fiscal General de la Nación también debe propender por la preservación del principio de imparcialidad judicial, el cual también se predica – aunque con algunos matices – del Fiscal General, al ser éste un funcionario perteneciente a la Rama Judicial. En esa medida, era entonces deber de la Corte Suprema de Justicia seleccionar en la terna el candidato que mejor garantizará a los colombianos dicho principio, el cual, como lo han dicho la

¹⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional¹⁶⁶, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁷ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶⁸, tiene también una dimensión objetiva en la cual las apariencias cuentan. Según este último tribunal, el funcionario judicial “(...) debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad”¹⁶⁹. Esto quiere decir que los justiciables tienen derecho no sólo a que el funcionario sea imparcial sino a que no haya ningún elemento que genere la apariencia de que carece de imparcialidad. En este caso, era obvio que los hechos que Néstor Humberto Martínez Neira se abstuvo de informar a la Corte Suprema implicaban que, en caso de resultar elegido Fiscal, no aparecería imparcial a los ojos de los colombianos por sus conflictos de interés relacionados con el principal caso de corrupción en el país.

5. UNA CUESTIÓN HACIA EL FUTURO: LA IMPORTANCIA DE DISTINGUIR ENTRE CONFLICTOS DE INTERÉS GENERALES Y PARTICULARES

Argumentar, como lo hace el Fiscal General de la Nación en su respuesta a nuestro derecho de petición, que los conflictos de interés sólo se deben revelar en casos concretos y que los únicos mecanismos para tramitarlos son los impedimentos y las recusaciones, denota varias deficiencias conceptuales que deben ser aclaradas.

Para empezar, la equiparación del concepto de “conflicto de interés” al conflicto de interés actual o concreto olvida que existen también los conflictos de interés aparentes y los potenciales. De acuerdo con la OECD,

“se puede decir que existe un conflicto de intereses aparente cuando parece que los intereses privados de un funcionario público podrían influir indebidamente en el desempeño de sus funciones, pero esto no es de hecho el caso. Un conflicto potencial surge cuando un funcionario público tiene intereses privados que son tales que surgiría un conflicto de intereses si el funcionario llegase a terminar involucrado en responsabilidades oficiales relevantes (v.g. conflictivas) en el futuro”¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Ver Corte Constitucional. Sentencia T-1034 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional. Sentencia C-762 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Corte Constitucional. Auto A-169 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁶⁷ Ver CIDH. Caso Guy Malary vs. Haití. Caso 11.335. Fondo. Informe N° 78/02. 27 de diciembre de 2002; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

¹⁶⁸ Ver Caso Morris v. El Reino Unido. Sentencia del 26 de febrero de 2002; TEDH. Caso Pabla KY v. Finlandia, Sentencia del 26 de junio de 2004; TEDH. Caso Micallef vs. Malta [GC], no 17056/06. Sentencia del 15 de octubre de 2009.

¹⁶⁹ TEDH. Caso Pabla KY v. Finlandia, Sentencia del 26 de junio de 2004.

¹⁷⁰ OECD. OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service. Disponible en: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/2957360.pdf>>, p.4 (consultado el 8 de enero de 2019).

Esta clasificación de los conflictos de interés resulta relevante para el presente caso por dos razones. Por un lado, porque da cuenta de que el hecho de que aún no se haya incurrido en un conflicto de interés actual no exime a la persona—en su momento al terno Martínez Neira— de tener un conflicto de interés potencial (o para hablar en los mismos términos de la respuesta del Fiscal, un conflicto de interés in genere). Además, deja entrever que más allá de los conflictos reales, las apariencias también juegan un papel importante para el servidor público, quien no sólo debe ser imparcial, sino que debe aparecerlo ante los ciudadanos.

Al aplicar estas dos ideas al caso del entonces terno y hoy Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez Neira, parece evidente que si bien al momento de ser terno Martínez Neira no contaba con un conflicto de interés actual, sí tenía tanto un conflicto de interés potencial como uno aparente. Al respecto, de los hechos de la presente demanda debe recordarse que: i) Martínez Neira tenía conocimiento de los presuntos actos de corrupción cometidos en la adición al contrato de la Ruta del Sol II, el cual estaba a cargo de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, persona jurídica compuesta por la Constructora Norberto Odebrecht S.A, Odebrecht Inversiones en Infraestructura Ltda., CSS Constructores S.A y Episol S.A.S, filial de Corficolombiana (empresa perteneciente al Grupo AVAL); ii) Desde hace más de 20 años Martínez Neira era amigo personal y abogado de confianza de Luis Carlos Sarmiento Angulo, presidente de la junta directiva del Grupo AVAL, del cual posee más del 80% de las acciones; iii) Martínez Neira trabajó directamente para la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. tanto en la elaboración de un contrato de estabilidad jurídica que le congelaría los impuestos a cambio de asegurar que haría una inversión en el país y de pagarle una prima al Estado (2012), como en la elaboración de un concepto legal que apoyaba la solicitud de la Concesionaria de adicionar la vía Ocaña - Gamarrá a las obras inicialmente pactadas (2014); y, iv) Martínez Neira participó, en su calidad de abogado privado, en la negociación, redacción y celebración de un contrato de transacción entre Odebrecht y sus contrapartes en la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, para reintegrar los dineros identificados por Jorge Enrique Pizano como irregularmente gastados.

Estos cuatro elementos evidencian claramente la existencia de un conflicto de interés potencial en cabeza de Néstor Humberto Martínez Neira, pues el terno tenía tanto información relevante como intereses privados de tal naturaleza que surgiría un conflicto de interés actual si llegase a terminar elegido como Fiscal General de la Nación. Así mismo, y por más que en su cabeza Néstor Humberto Martínez Neira considerase que su relación personal y profesional con Luis Carlos Sarmiento Angulo, con el Grupo Aval y con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S no afectaría su imparcialidad para investigar los actos de corrupción de los que ya había tenido conocimiento gracias a Pizano, lo cierto es que los cuatro elementos antes descritos podían despertar en la ciudadanía dudas sobre el real interés del Fiscal en que se esclarecieran los hechos de corrupción en comento, pues los mismos podrían terminar salpicado a los conocidos clientes de Martínez Neira. En esa medida, aunque no actual, al momento de la elección del hoy Fiscal General de la Nación sí existía un conflicto de interés aparente en cabeza de Martínez Neira, pues se podía entender que los intereses privados del terno podrían influir indebidamente en el desempeño de sus funciones, aunque pudiera no ser el caso. Lo anterior, minando la confianza de la ciudadanía en la idoneidad e imparcialidad del Fiscal, la cual resulta especialmente relevante en el caso de un funcionario judicial, de quien se predica el principio de imparcialidad tanto real como aparente.

Entonces, si bien al momento de elegir al Fiscal General de la Nación la Corte Suprema de Justicia no podía identificar dichos conflictos de interés, pues le faltaba conocer dos de los cuatro elementos fácticos antes descritos (el elemento (i) referente al conocimiento que Néstor Humberto Martínez Neira tenía sobre los presuntos actos de corrupción cometidos en la adición al contrato de la Ruta del Sol II, y el elemento (iv) sobre el contrato de transacción), lo cierto es que al momento de su elección Martínez Neira sí contaba con todos los elementos para identificarlos. Y, sin embargo, decidió callarlos en lugar de tramitarlos por medio de la transparencia.

Por otro lado, y en relación con este último punto, la distinción entre conflictos de interés actuales, potenciales y aparentes resulta también relevante pues, tal y como lo ha manifestado la OECD, “[l]a implementación de medidas apropiadas para situaciones de conflicto de interés aparentes y potenciales es tan importante como prevenir y gestionar situaciones reales de conflicto de intereses”¹⁷¹.

Así, centrar exclusivamente el análisis en los conflictos de interés actuales o concretos implica a su vez restringir la discusión —como lo hace el Fiscal en su respuesta— a los impedimentos y las recusaciones como los únicos mecanismos que existen en el ordenamiento jurídico para tramitar los conflictos de interés. De esa manera se olvida que, si bien los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos establecidos para resolver los conflictos de intereses actuales o concretos, el registro y la declaración de intereses privados (“disclose of private interests”) es el mecanismo adecuado para transparentar los conflictos de interés potenciales o abstractos. En palabras de la OCDE, “la verificación de la presentación o la revisión de los formularios de divulgación de intereses privados no necesariamente da lugar a la resolución de conflictos de intereses potenciales o reales, pero sí puede prevenir efectivamente conflictos de intereses potenciales”¹⁷² (negrilla y cursiva fuera del texto). Por eso, dentro de las Pautas para la gestión de conflictos de intereses en la administración pública la OCDE señala que los “[l]os intereses privados y afiliaciones de los funcionarios públicos que podrían comprometer el desempeño desinteresado de los deberes públicos deben ser divulgados apropiadamente, para permitir el control adecuado y la gestión de una solución”¹⁷³.

En el caso de Colombia, el mecanismo que sirve para transparentar los conflictos de interés potenciales se concreta en la Declaración Juramentada de Bienes y Rentas y Actividad Económica Privada que según el inciso 3° del artículo 122 de la Carta Política, el artículo 13° de la Ley 190 de 1995 y el artículo 1° del Decreto 2232 de 1995, debe entregar todo servidor público al momento de

¹⁷¹ OECD. Making the Difference in Public Services Delivery: The Review of the Colombian Public Procurement System. Meeting of the Working Party of the Leading Practitioners on Public Procurement. 16-17 December 2015. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/the_review_of_the_colombian_public_procurement_system.pdf>, p.33 (consultado el 8 de enero de 2019).

¹⁷² OECD. Making the Difference in Public Services Delivery: The Review of the Colombian Public Procurement System. Meeting of the Working Party of the Leading Practitioners on Public Procurement. 16-17 December 2015. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/the_review_of_the_colombian_public_procurement_system.pdf>, p.46 (consultado el 8 de enero de 2019).

¹⁷³ OECD. OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service. Disponible en: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/2957360.pdf>>, p.5 (consultado el 8 de enero de 2018).

posicionarse en el cargo y actualizar cada año. Incluso, en el caso de los Congresistas de la República dicho instrumento se ve complementado con el Registro de Intereses, que según el artículo 289 de la Ley 5 de 1993, consiste en un “libro de registro de intereses privados en el cual los Congresistas consignarán la información relacionada con su actividad privada. En ella se incluirá la participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el país o fuera de él”.

Así, tanto la Declaración Juramentada de Bienes y Rentas y Actividad Económica Privada como el Registro de Intereses son prueba de la existencia de conflictos de interés que, aunque aún no son actuales sino potenciales, imponen sobre su titular un deber de transparencia. Transparencia que, si bien sólo es formalmente necesaria desde el momento de la posesión del servidor público, en el caso de servidores públicos elegidos también resulta sumamente útil y relevante durante su elección.

Frente a la existencia de los conflictos de interés potenciales y aparentes, podría argumentarse que en repetida jurisprudencia el Consejo de Estado ha dicho que se debe tratar de un interés directo, particular y actual e inmediato, “lo que excluye sucesos contingentes, futuros o imprevisibles”¹⁷⁴. De esa manera, los conflictos de intereses potenciales o aparentes a los que aquí se hace referencia no serían relevantes para el ordenamiento jurídico.

Al respecto, resulta necesario aclarar que, si bien la exigencia de un interés directo, particular y actual e inmediato es cierta, la misma sólo ha sido reclamada por el Consejo de Estado como requisito para que se configure la causal de desinvestidura por violación al régimen de conflictos de interés por parte de congresistas¹⁷⁵, y no para revelar en general la configuración de un conflicto de interés. En esa línea, el Consejo de Estado ha dicho que “solo si el interés que rodea al legislador satisface los prenotados calificativos, podrá imputársele un auténtico e inexcusable deber jurídico de separarse del conocimiento del asunto vía impedimento”¹⁷⁶. En otras palabras, el Consejo de Estado ha dicho que la pérdida de investidura procede cuando el servidor público ha faltado al deber jurídico de declararse impedido de cara a un conflicto de interés que es directo, particular, actual e inmediato.

Entonces, si bien los conflictos de interés potenciales y aparentes no son relevantes para la estructuración de la pérdida de investidura, pues no generan un deber de declararse impedido, eso no

¹⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Deciséis Especial de Decisión. Expediente 11001-0315-000-2018-00320-00 (PI). 5 de septiembre de 2018. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁷⁵ Al respecto, en la sentencia del 5 de septiembre de 2018 el Consejo de Estado reiteró: “la estructuración de la sanción constitucional [de pérdida de investidura] en comento por ocurrir un conflicto de intereses es menester la reunión favorable de los siguientes presupuestos: (i) la calidad de congresista, elemento transversal y común a todo juicio de desinvestidura, (ii) la concurrencia de un interés directo, particular y actual o inmediato en cabeza de quien es congresista o su círculo cercano, (iii) su no manifestación de impedimento o no haber sido separado del conocimiento del asunto por recusación, (iv) haber conformado el quorum o participado el congresista en el debate o votación del asunto y (v) que esa participación tenga lugar en un asunto de conocimiento funcional del congresista, cualquiera sea su naturaleza, lo que no circunscribe la causal a las cuestiones legislativas, sino a toda materia que conforme al ordenamiento sea de competencia del Congreso de la República”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Deciséis Especial de Decisión. Expediente 11001-0315-000-2018-00320-00 (PI). 5 de septiembre de 2018. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Deciséis Especial de Decisión. Expediente 11001-0315-000-2018-00320-00 (PI). 5 de septiembre de 2018. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

quiere decir que no sean relevantes para el ordenamiento jurídico y en particular para el interés público que gobierna a la función pública y a la función judicial. Lo anterior, pues como ya se vio, sí generan la obligación de transparentarlos. Además, y al igual que los conflictos de interés actuales, si no se gestionan de manera adecuada, los conflictos de interés potenciales y aparentes – como el que tenía Néstor Humberto Martínez Neira al momento de ser ternado – tienen el potencial de socavar el correcto funcionamiento de los gobiernos democráticos, al: (i) “[d]ebilitar la adhesión de los funcionarios públicos a los ideales de legitimidad, imparcialidad y equidad en la toma de decisiones públicas”¹⁷⁷; (ii) “[d]istorcionar el Estado de Derecho, el desarrollo y la aplicación de políticas, el funcionamiento de los mercados y la asignación de recursos públicos”¹⁷⁸ y, (iii) generan posibilidades permanentes de afectación al principio de imparcialidad judicial que se predica, en este caso concreto, de jueces y fiscales, tanto en la realidad como en la apariencia. Además, la transparencia, como mecanismo de trámite de conflictos de interés potenciales, ofrece mayores posibilidades de lucha contra la corrupción. De acuerdo con la OECD, “[S]i bien un conflicto de intereses no es corrupción ipso facto, existe un reconocimiento creciente de que, si no se gestionan adecuadamente, los conflictos entre los intereses privados y los deberes públicos de los funcionarios públicos pueden resultar en corrupción”¹⁷⁹. Así, si su titular no lo identifica y transparenta, tiene la posibilidad de convertirse en un abuso de un poder delegado para beneficio privado o de un tercero.

Para terminar, resulta necesario resaltar que la respuesta dada por Néstor Humberto Martínez Neira a nuestro derecho de petición se enmarca en un tipo de discusión pública que tiende a hacer un énfasis excesivo en los procedimientos y en las formas del derecho. Tipo de discurso que, en conjunto con la ausencia de reglas claras que hay en Colombia para separar el mundo de la abogacía del mundo de la función pública¹⁸⁰, deriva en la cultura de tolerancia a la puerta giratoria que parece imperar en Colombia, y que tiene al caso del Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez Neira como uno de sus mayores exponentes. El paso del sector privado a la función pública, para luego devolverse al sector privado y al poco tiempo retornar nuevamente a la función pública (con mayor razón cuando se ha hecho en múltiples oportunidades, como es el caso del Fiscal General de la Nación) es una conducta reproachable que permite que la información privilegiada de cada sector se utilice en beneficio de quién cambia de sector y en detrimento del interés público. Además, este discurso va en detrimento del sentido de instituciones como el “conflicto de interés” y de las normas que las regulan. Institución que, más allá de establecer una simple tramitología—como lo hace ver el Fiscal en su respuesta—busca, por medio de los impedimentos, las recusaciones y las obligaciones de transparencia: (i) evitar la captura de las instituciones estatales por parte de intereses privados; (ii) proteger la confianza en las instituciones y en quienes las manejan; e incluso, (iii) proteger el interés particular del funcionario, que es también un interés legítimo.

¹⁷⁷ OECD. OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service. Disponible en: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/2957360.pdf>>, p.4 (consultado el 8 de enero de 2018).

¹⁷⁸ OECD. OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service. Disponible en: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/2957360.pdf>>, p.4 (consultado el 8 de enero de 2018).

¹⁷⁹ OECD. OECD Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service. Disponible en: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/2957360.pdf>>, p.2 (consultado el 8 de enero de 2018).

¹⁸⁰ A diferencia de Colombia, en países desarrollados como Alemania, tanto la estructura de carrera de Derecho como los requisitos para ejercer la profesión jurídica hacen que existan muy pocos incentivos (económicos, sociales y prácticos) para pasar entre las distintas subprofesiones que existen en el derecho: profesor, juez, notario, funcionario, asesor jurídico, árbitro o abogado litigante.

VI. COMPETENCIA

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es competencia del Consejo de Estado en única instancia conocer de la “(...) nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus Cámaras y Comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las Comisiones de Regulación”.

Dado que Néstor Humberto Martínez Neira fue elegido Fiscal General de la Nación por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, elección confirmada por la misma Corporación, el medio de control de nulidad electoral contra el acto de elección corresponde al Consejo de Estado en única instancia.

VII. PRUEBAS

En el presente apartado se enumeran las pruebas que se solicita al Consejo de Estado practicar, incorporar al expediente y ser consideradas al momento de tomar una decisión.

A. DOCUMENTAL

Se solicita al Consejo de Estado incorporar al expediente la siguiente prueba documental:

1. Copia simple de nota de prensa sobre la Operación Lava Jato. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2014/11/23/actualidad/1416777706_072872.html>. En 4 folios.
2. Copia simple de nota de prensa sobre la Operación Lava Jato. Disponible en: <<https://chequeado.com/el-explicador/radiografia-de-la-operacion-lava-jato-en-brasil/>>. En 22 folios.
3. Copia simple de nota de prensa sobre la Operación Lava Jato. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2017/04/12/actualidad/1492018492_100094.html>. En 9 folios.
4. Copia simple de nota de prensa sobre captura de Marcelo Odebrecht. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2015/06/19/actualidad/1434724044_604707.html>. En 3 folios.
5. Copia simple de informe de derechos humanos de Brasil. En 27 folios.
6. Copia simple de nota de prensa sobre condena de Marcelo Odebrecht. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2016/03/08/actualidad/1457449025_846515.html>. En 4 folios.

7. Copia simple del Decreto 450 de 2016. En 3 folios.
8. Copia simple de anuncio de apertura de proceso de selección para conformar la terna para Fiscal General de la Nación. Disponible en: <<http://es.presidencia.gov.co/noticia/Arranco-convocatoria-publica-para-integrar-terna-de-Fiscal-General>>. En 3 folios.
9. Copia simple de anuncio de presentación de informe sobre el trámite del proceso de selección para conformar la terna para Fiscal General de la Nación. Disponible en: <<http://es.presidencia.gov.co/sitios/busqueda/noticia/160413-Informe-sobre-el-tramite-para-la-integracion-de-la-terna-de-candidatos-a-Fiscal-General-de-la-Nacion/Noticia>>. En 3 folios.
10. Copia simple de listado de preseleccionados para conformar la terna para Fiscal General de la Nación. Disponible en: <<http://es.presidencia.gov.co/noticia/160413-Listado-de-aspirantes-preseleccionados-para-integrar-terna-de-Fiscal-General>>. En 2 folios.
11. Copia simple de anuncio de la terna para Fiscal General de la Nación por parte del Presidente de la República. Disponible en: <<http://es.presidencia.gov.co/noticia/160420-Presidente-anuncia-terna-para-Fiscal-General-de-la-Nacion>>. En 3 folios.
12. Copia simple de anuncio de procedimiento para selección del Fiscal General de la Nación. Disponible en: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2016/05/07/procedimiento-para-eleccion-de-fiscal-general-de-la-nacion/>>. En 2 folios.
13. Copia simple de entrevista rendida por Néstor Humberto Martínez Neira a El Espectador, en donde detalla su participación en la firma del contrato de transacción. Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/esto-lo-esta-moviendo-alguien-investigado-por-la-fiscalia-nestor-humberto-martinez-articulo-824116>>. En 14 folios.
14. Copia simple de nota de prensa en la que consta la intención de colaborar con la justicia de Marcelo Odebrecht. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2016/06/04/actualidad/1465063214_462909.html>. En 4 folios.
15. Copia simple de nota de prensa sobre audiencia pública para selección del Fiscal General de la Nación. Disponible en: <<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16615540>>. En 4 folios.
16. Copia simple de video contentivo de la audiencia pública para selección del Fiscal General de la Nación. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=7jxsy3xmep4>>. En 1 CD.

17. Copia simple de entrevista a Néstor Humberto Martínez Neira realizada por Caracol Radio. Disponible en: <http://caracol.com.co/radio/2016/05/10/nacional/1462910776_325960.html>. En 5 folios.
18. Copia simple del Acuerdo 871 de 2016 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. En 1 folio.
19. Copia simple de nota de prensa sobre posesión de Néstor Humberto Martínez Neira como Fiscal General de la Nación. Disponible en: <<https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/posesion-del-nuevo-fiscal-general-de-la-nacion-nestor-martinez-58132>>. En 1 folio.
20. Copia simple de nota de prensa sobre escándalo de Odebrecht en los Estados Unidos de América. Disponible en: <<https://cnnespanol.cnn.com/2016/12/22/escandalo-odebrecht-ee-uu-dice-que-12-paises-recibieron-sobornos/>>. En 7 folios.
21. Copia simple de documento original del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América sobre la trama Odebrecht. En 29 folios.
22. Copia simple de micrositio de la Agencia Nacional de Infraestructura relacionado con el tramo dos de la Ruta del Sol. Disponible en: <<https://www.ani.gov.co/proyecto/carretero/ruta-del-sol-sector-2-21285>>. En 3 folios.
23. Copia simple de acta de inicio del tramo dos de la Ruta del Sol. En 12 folios.
24. Copia simple de nota de prensa sobre adjudicación de la licitación para la recuperación de la navegabilidad del río Magdalena. Disponible en: <<http://www.eluniversal.com.co/regional/adjudican-licitacion-para-la-recuperacion-de-la-navegabilidad-del-rio-magdalena-167787-BUEU262021>>. En 3 folios.
25. Copia simple de nota de prensa sobre impedimento de Néstor Humberto Martínez Neira para investigar a Gina Parody y Cecilia Álvarez. Disponible en: <<https://www.bluradio.com/nacion/fiscal-general-se-declara-impedido-para-investigar-parody-y-alvarez-por-odebrecht-138451>>. En 4 folios.
26. Copia simple de decisión de la Corte Suprema de Justicia aceptando el impedimento de Néstor Humberto Martínez Neira para investigar a Gina Parody y Cecilia Álvarez. En 24 folios.
27. Copia simple de nota de prensa sobre la muerte de Jorge Enrique Pizano. Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/fallecio-jorge-enrique-pizano-testigo-clave-en-caso-odebrecht>>. En 7 folios.

28. Copia simple de nota de prensa sobre grabación de conversación entre Néstor Humberto Martínez Neira y Jorge Enrique Pizano. Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/denuncias-de-jorge-enrique-pizano-sobre-odebrecht-que-involucran-al-fiscal-general/>>. En 5 folios.
29. Copia simple de grabación de conversación entre Néstor Humberto Martínez Neira y Jorge Enrique Pizano publicada por Noticias UNO. Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/denuncias-de-jorge-enrique-pizano-sobre-odebrecht-que-involucran-al-fiscal-general/>>. En 1 CD.
30. Copia simple de nota de prensa con el primer comunicado de prensa emitido por Néstor Humberto Martínez Neira luego de la publicación de la primera grabación de Noticias UNO. Disponible en: <<https://www.lafm.com.co/judicial/nestor-humberto-martinez-responde-denuncias-de-jorge-enrique-pizano-por-odebrecht>>. En 8 folios.
31. Copia simple de nota de prensa en la que se afirma que Juan Carlos Forero Ramírez fue el abogado que rindió concepto sobre los hallazgos de Jorge Enrique Pizano. Disponible en: <<https://www.rcnradio.com/judicial/odebrecht-el-abogado-que-le-entrego-listado-de-delitos-al-fiscal-general>>. En 7 folios.
32. Copia simple de nota de prensa sobre grabación de conversación entre Néstor Humberto Martínez Neira y Jorge Enrique Pizano publicada por El Espectador. Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/nueva-grabacion-entre-el-fiscal-general-y-jorge-enrique-pizano-articulo-823928>>. En 15 folios.
33. Copia simple de grabación de conversación entre Néstor Humberto Martínez Neira y Jorge Enrique Pizano publicada por El Espectador. Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/denuncias-de-jorge-enrique-pizano-sobre-odebrecht-que-involucran-al-fiscal-general/>>. En 1 CD.
34. Copia simple de nota de prensa con el segundo comunicado de prensa emitido por Néstor Humberto Martínez Neira luego de la publicación de la primera grabación de El Espectador. Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/nacional/fiscal-martinez-pide-todos-los-audios-pizano-sean-revelados/>>. En 4 folios.
35. Copia simple de nota de prensa sobre todas las grabaciones entregadas por Jorge Enrique Pizano a Noticias UNO. Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/los-audios-completos-de-jorge-enrique-pizano-con-nestor-humberto-martinez/>>. En 19 folios.
36. Copia simple de grabaciones de Jorge Enrique Pizano publicadas por Noticias UNO. Disponible en: <<https://canal1.com.co/noticias/los-audios-completos-de-jorge-enrique-pizano-con-nestor-humberto-martinez/>>. En 1 CD.

37. Copia simple de entrevista rendida por Néstor Humberto Martínez Neira a El Espectador. Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/esto-lo-esta-moviendo-alguien-investigado-por-la-fiscalia-nestor-humberto-martinez-articulo-824116>>. En 14 folios.
38. Documento original de petición presentada por Dejusticia a Néstor Humberto Martínez Neira. En 5 folios.
39. Documento original de respuesta a petición presentada por Dejusticia a Néstor Humberto Martínez Neira. En 7 folios.
40. Copia simple de nota de prensa sobre proceso penal contra Gabriel García Morales. Disponible en: <<https://www.semana.com/nacion/articulo/cinco-anos-de-carcel-para-el-exviceministro-de-transporte-gabriel-garcia-morales/550483>>. En 4 folios.
41. Copia simple de nota de prensa sobre proceso penal contra Luis Fernando Andrade. Disponible en: <<https://www.elespectador.com/noticias/judicial/tendra-luis-fernando-andrade-un-juicio-justo-articulo-826231>>. En 6 folios.
42. Copia simple de nota de prensa sobre proceso penal contra José Elías Melo. Disponible en: <<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/en-2019-continuara-el-juicio-contra-el-expresidente-de-corficolombiana-jose-elias-melo-2801368>>. En 2 folios.
43. Copia simple de perfil de Néstor Humberto Martínez Neira realizado por La Silla Vacía. Disponible en: <<https://lasillavacia.com/quienesquien/perfilquien/nestor-humberto-martinez>>. En 17 folios.
44. Copia simple de nota de prensa sobre fijación de fecha para debate de control político en el Congreso de la República relacionado con Néstor Humberto Martínez. Disponible en: <<https://www.rcnradio.com/politica/congreso-fijo-fecha-para-debate-contra-el-fiscal-general>>. En 6 folios.
45. Copia simple de nota de prensa sobre debate de control político en el Congreso de la República relacionado con Néstor Humberto Martínez. Disponible en: <<https://www.eltiempo.com/politica/congreso/debate-contra-el-fiscal-martinez-sobre-odebrecht-en-el-congreso-298582>>. En 8 folios.
46. Copia simple de grabación de debate de control político en el Congreso de la República relacionado con Néstor Humberto Martínez. Disponible en: <<https://www.eltiempo.com/politica/congreso/debate-contra-el-fiscal-martinez-sobre-odebrecht-en-el-congreso-298582>>. En 1 CD.
47. Documento original de petición presentada por Dejusticia a la Presidencia de la República. En 3 folios.

48. Documento original de respuesta de la Presidencia de la República a petición presentada por Dejusticia. En 1 folios.
49. Documento original de petición presentada por Dejusticia a la Corte Suprema de Justicia. En 2 folios.
50. Copia simple de sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el marco de la acción popular promovida por la Procuraduría General de la Nación contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y otros (1 CD).
51. Copia simple de nota de prensa de La Silla Vacía en donde se evidencia la participación de Néstor Humberto Martínez Neira en la gestión de un contrato de estabilidad jurídica para el Consorcio Ruta del Sol S.A.S. En 18 folios.
52. Documento original de petición presentada por Alejandro Jiménez Ospina a la Corte Suprema de Justicia. En 2 folios.

B. OFICIOS

Se solicita al Consejo de Estado oficiar a las autoridades referidas para que entreguen la información y documentos mencionados a continuación:

1. A la Presidencia de la República, para que traslade al Consejo de Estado los seis anexos mencionados en el “Informe sobre el trámite para la integración de la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación”, rendido por la Ministra de la Presidencia María Lorena Gutiérrez Botero al Presidente de la República el 12 de abril de 2016. Específicamente: (i) anexo 1: listas de aspirantes a integrar la terna para Fiscal General de la Nación; (ii) anexo 2: listado de organizaciones no gubernamentales y universidad invitadas por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para expresar su opinión sobre los aspirantes; (iii) anexo 3: 1479 comentarios favorables, 51 comentarios desfavorables, 98 comentarios de otra índole, 177 correos electrónicos que no alcanzaron a llegar al buzón de correo y desistimiento de Yesenia de los Remedios Mazeneth Cabello; (iv) anexo 4: perfiles de los candidatos elaborados por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Departamento Administrativo de la Función Pública, así como la clasificación realizada según niveles de estudios, experiencia y trayectoria; (v) anexo 5: lista de 16 candidatos para ser considerados para la elección de la terna y, (vi) anexo vi: informe consolidado preparado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, con caracterización de los postulantes por edad, nivel de estudios, departamento de origen, universidad donde cursaron sus estudios, edad, género, entre otros. Así como el acto que certifica la posesión del mismo y cualquier otro documento relacionado con el trámite para la conformación de la terna para Fiscal General de la Nación en el año 2016. Esto con el fin de demostrar los hechos 9 a 12 y 19 de la presente demanda.

2. A la Corte Suprema de Justicia, para que traslade al Consejo de Estado todas las actas de las salas en las que se deliberó y votó la elección del Fiscal General de la Nación en el año 2016. Así como el acto o actos donde conste la confirmación de dicha elección. Esto con el fin de demostrar los hechos 13, 15, 16 y 18 de la presente demanda e identificar plenamente el acto de confirmación de la elección del Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez Neira.
3. A la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S, Estudios y Proyectos del Sol Episol S.A.S. y CSS Constructores S.A., para que trasladen al Consejo de Estado el contrato de transacción gestionado por Néstor Humberto Martínez Neira y su firma de abogados. Esto con el fin de demostrar el hecho 14 de la presente demanda.
4. A la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S, Estudios y Proyectos del Sol Episol S.A.S., CSS Constructores S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura, para que trasladen al Consejo de Estado copia del expediente completo del contrato de construcción del tramo dos de la Ruta del Sol, con inclusión de todas las etapas de contratación. Esto con el fin de demostrar el hecho 21 de la presente demanda y solo si no se consideran suficientes las pruebas incluidas en el expediente al momento del decreto de pruebas.
5. A la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que certifique la muerte de Jorge Enrique Pizano a través de copia de su registro civil de defunción. Esto con el fin de demostrar el hecho 23 de la presente demanda y solo si no se consideran suficientes las pruebas incluidas en el expediente al momento del decreto de pruebas.
6. A la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S, Estudios y Proyectos del Sol Episol S.A.S. y CSS Constructores S.A., para que certifiquen el cargo a través del cual estaba vinculado Jorge Enrique Pizano, conocido como *controller*. Esto con el fin de demostrar el hecho 23 de la presente demanda y solo si no se consideran suficientes las pruebas incluidas en el expediente al momento del decreto de pruebas.
7. A la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S, Estudios y Proyectos del Sol Episol S.A.S., CSS Constructores S.A., Néstor Humberto Martínez Neira, Juan Carlos Forero Ramírez y DLA Piper Martínez Beltrán, para que trasladen al Consejo de Estado el concepto emitido por el abogado Juan Carlos Forero Ramírez Esto con el fin de demostrar el hecho 26 de la presente demanda.
8. A la Fiscalía General de la Nación, para que traslade al Consejo de Estado la Declaración Juramentada de Bienes y Rentas y Actividad Económica Privada y la Declaración de Conflictos de Interés diligenciadas por Néstor Humberto Martínez Neira al posesionarse como Fiscal General de la Nación.

9. Al Consejo de Estado, para que traslade al presente expediente copia de las actuaciones surtidas en el marco de la acción popular presentada por la Procuraduría General de la Nación contra el Consorcio Ruta del Sol S.A.S. y otros, identificada con el radicado 25000-23-41-000-2017-00083-01. Esto con el fin de probar los hechos 1 y 2.

VIII. ANEXOS

Con la presente demanda se anexan los siguientes documentos:

1. Prueba documental enunciada en el acápite de pruebas.
2. Poder especial otorgado por Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía número 79'146.539 de Usaquén, a Alejandro Jiménez Ospina, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.037'620.354 de Envigado y portador de la tarjeta profesional número 239.208 del Consejo Superior de la Judicatura, para presentar y tramitar a su nombre la presente demanda, además de otras facultades consignadas en el mismo documento.
3. CD contentivo del texto de demanda y las pruebas documentales allegadas, en formato PDF.

IX. NOTIFICACIONES

1. Los accionantes: se recibirán notificaciones en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), ubicado en la Calle 35 No. 24 – 31 de la ciudad de Bogotá D.C. y en la Comisión Colombiana de Juristas, ubicada en la Carrera 15A bis No. 45 – 37 de la misma ciudad. Asimismo, quedan a disposición del Consejo de Estado los correos electrónicos vnewman@dejusticia.org, ajimenez@dejusticia.org y ccj@coljuristas.org.
2. El Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez Neira: en la Diagonal 22B No. 52 – 10 de la ciudad de Bogotá D.C. y en el correo electrónico jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.
3. La Corte Suprema de Justicia: en la Calle 12 No. 7 – 65 y en el correo electrónico secretariag@cortesuprema.ramajudicial.gov.co.

Cordialmente,
Los accionantes,

VIVIAN NEWMAN PONT

DIANA RODRÍGUEZ FRANCO

ALEJANDRO JIMÉNEZ OSPINA

MARÍA PAULA ÁNGEL ARANGO

GUSTAVO GALLÓN GIRALDO

JUAN CARLOS OSPINA

JORGE IVÁN CUERVO RESTREPO

El apoderado,

ALEJANDRO JIMÉNEZ OSPINA

Actuando como apoderado de Rodrigo Uprimny
Yepes.