



MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – Contra acto que regula el trámite para la integración de la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación / FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN – Proceso de elección / ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Facultad discrecional para la conformación de la terna de candidatos para Fiscal General de la Nación / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – Limitación del juez a los argumentos de la demanda / PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA – Aplicación / FALSA MOTIVACIÓN – No se acreditó su configuración

En este evento los demandados cuestionan el Decreto 1163 de 2019 a través del cual se derogó el Decreto 450 de 2016 que establecía un trámite para la conformación de la terna de candidatos para el cargo de fiscal general de la Nación por parte del presidente de la República. Lo anterior por cuanto consideraron que el acto demandado se encuentra viciado de falsa motivación toda vez que no es cierto que el decreto derogado haya modificado la regla para elegir fiscal general de la Nación consagrada en la Constitución y la ley y por cuanto se invocó una providencia judicial no aplicable al caso. Al respecto resulta del caso recordar que la elección del fiscal general de la Nación está contemplada en el artículo 249 de la Constitución Política. (...). Dicha regla fue reproducida en el artículo 29 de la Ley 270 de 1996. (...). [E]s claro que la elección del fiscal general de la Nación implica un procedimiento complejo que conlleva la participación de dos autoridades: el presidente de la República, quien debe elaborar una terna de candidatos; y la Corte Suprema de Justicia, Corporación que debe elegir al fiscal de la referida terna. Ahora bien, ni la Constitución ni la ley prevén un procedimiento específico para la elaboración de la terna de candidatos como tampoco para la elección por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria. La norma simplemente establece que para ser elegido fiscal general de la Nación se deben reunir los mismos requisitos que para ser magistrado de una Alta Corte, que su período será de 4 años y que no puede ser reelegido. (...). [P]ara determinar si el acto acusado se encuentra viciado de falsa motivación o no, resulta del caso examinar la motivación invocada en el mismo. (...). Del análisis de la referida motivación [del decreto demandado] se advierte que la misma se basa en las normas que regulan el proceso de elección del fiscal general de la Nación y del supuesto según el cual la facultad discrecional del presidente de la República para la conformación de la terna de candidatos para fiscal general de la Nación no puede ser modificada ni sometida a reglas distintas de elección a las fijadas para otro servidor público vía reglamentaria, afirmaciones éstas que según se expuso con anterioridad, no son contrarias a la verdad, toda vez que al ser la referida regla de orden constitucional y estatutaria no puede ser variada por una norma inferior como un decreto presidencial. Además, en el acto acusado nunca se afirma directamente que el Decreto 450 de 2016 haya modificado dicha función discrecional, aunque en criterio de los actores, se insinúa. (...). Es decir, del análisis del referido Decreto 450 de 2016 se advierte que el mismo fue proferido en ejercicio de la facultad discrecional del presidente de la República para regular una función a su cargo y estableció una serie de etapas previa la conformación de la referida terna, con el fin de que el proceso aplicara de manera más eficaz los principios de participación, pluralidad, igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad de que tratan los artículos 1 y 209 de la Constitución Política, sin que con ello se haya modificado en manera alguna la regla constitucional de elección del fiscal general de la Nación. Así mismo, se advierte que el Decreto 1163 de 2019 tampoco modificó la referida regla, simplemente eliminó el procedimiento fijado por el mandatario anterior para el efecto. Entonces, es claro que la competencia para la elección del fiscal general de la Nación en sus dos etapas es absolutamente discrecional y en virtud de dicha discrecionalidad pueden proferirse reglamentaciones adicionales con el fin de mejorar tanto el proceso de elaboración



de la terna como el de elección, tal y como ocurrió con el Decreto 450 de 2016, que fijó un trámite para la integración de la terna consistente en una invitación pública, la elaboración de una lista, su publicación, una entrevista y la divulgación de la terna. No obstante, la implementación de dichas políticas no quiere decir que éstas resulten inmodificables o inderogables, por cuanto, el presidente de la República en uso de su facultad discrecional puede variar la reglamentación que sobre la materia exista, siempre y cuando respete la regla fijada en la Carta Política y reproducida en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, como aconteció en este caso. (...). Es decir, las afirmaciones planteadas como fundamento de la demanda según los cuales el acto demandado se encuentra falsamente motivado porque en él se establece que el Decreto 450 de 2016 modificó la regla constitucional de elaboración de la terna para la elección del fiscal general de la Nación y se basó en una consideración equivocada de una providencia proferida por esta Sección no tienen vocación de prosperidad, por cuanto, como se dejó dicho, en la motivación del acto demandado sólo se sostuvo que la regla constitucional de elección de dicho funcionario no podía ser alterada vía reglamentaria y que el Consejo de Estado había hecho una consideración sobre la aplicación del artículo 126 de la Carta Política, que efectivamente hizo. Entonces, no se encuentra que los elementos fijados por la Sección para la configuración de la falsa motivación se reúnan en este caso, toda vez que no se acreditó que las causas, razones y motivos que la administración plasmó para expedir el acto acusado no correspondan a la realidad, ni que no hayan estado debidamente probados o que se haya omitido tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados. Ahora, cosa diferente es que los referidos argumentos no condujeran a la derogatoria del Decreto 450 de 2016, sin embargo, frente a este punto, se debe tener en cuenta que ese no fue el fundamento de la demanda. (...). En este punto, resulta del caso recordar que el ejercicio del medio de control de nulidad limita las facultades del juez a los precisos argumentos esgrimidos en la demanda, toda vez que este tipo de trámites se rigen por el principio de justicia rogada. (...). [E]l análisis de legalidad que se efectúa por parte del fallador se restringe no solo a los cargos sino también a los precisos argumentos esgrimidos por el actor en su demanda; es decir, la competencia de la Sala en este caso está circunscrita a los argumentos del demandante respecto del acto acusado por lo que no es posible hacer estudios oficiosos adicionales. En consecuencia, como en este evento la argumentación de la parte actora se basó en atacar dos apartes específicos del acto demandado, los cuales resultaron ciertos y no se refirió en manera alguna a la falta de congruencia de aquellos con la decisión o a la falta de motivación de la decisión, no es viable para la Sala pronunciarse sobre ellos. (...). Entonces, aunque de conformidad con lo establecido por la Fundación para el Debido Proceso, la Open Society Justice Initiative y la fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, lo deseable es que las elecciones de los altos dignatarios del Estado y especialmente de autoridades judiciales y fiscales sea precedido de un proceso público que permita la participación de la comunidad, para que se garantice su imparcialidad, mérito, autonomía y objetividad, lo cierto es que tal y como está diseñada la norma constitucional, en la actualidad, resulta potestativo sujetarse o no a dicho procedimiento previo, sin que ello quiera decir que se están desconociendo los principios superiores que deben regir este tipo de elecciones. Es decir, el hecho de que se haya derogado el Decreto 450 de 2016 no implica que la conformación de la terna para fiscal vaya a desconocer los requisitos exigidos constitucional y legalmente para el cargo o que su designación no vaya a hacerse de manera transparente y meritatoria o que el elegido no vaya a ser independiente o autónomo. (...). Al margen de lo anterior, resulta del caso resaltar que tanto los demandantes como los coadyuvantes parecen fincar su inconformidad con el decreto demandado en el hecho de que éste desconoció el Decreto 450 de 2016 que, en su criterio es la norma adecuada para regir la



elaboración de la terna para la elección de fiscal general de la Nación, no obstante, debe advertirse en este punto que no es posible cotejar dos actos de la misma categoría o nivel jerárquico para derivar de uno, la nulidad del otro, como parece pretenderse en este caso. Es decir, el hecho de que el Decreto 450 de 2016 haya fijado un trámite deseable para la parte actora que el Decreto 1163 de 2019 derogó, no hace que este último sea ilegal. Visto así el asunto, concluye la Sala que ninguno de los reparos planteados por los actores y los coadyuvantes como fundamento de la demanda tienen vocación de prosperidad, por lo que en esos precisos términos la presunción de legalidad del acto demandado se mantiene incólume y por tanto, hay lugar a denegar las pretensiones de la demanda.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a la falsa motivación, consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 13 de octubre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00016-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; y, Sección Cuarta, sentencia del 15 de marzo de 2012, radicación 25000-23-27-000-2004-92271-02, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. En cuanto al ejercicio del medio de control de nulidad y que el juez está limitado a los precisos argumentos esgrimidos en la demanda, consultar: Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia del 8 de marzo de 2018, radicación 11001-03-25-000-2013-00171-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 249 / LEY 270 DE 1996 – ARTÍCULO 29

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1163 DE 2019 (2 de julio) GOBIERNO NACIONAL (No Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-24-000-2019-00319-00

Actor: ALEJANDRO JIMÉNEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Referencia: NULIDAD

SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA

Corresponde a la Sala decidir la demanda presentada por los señores Vivian Newman Pont, Mauricio Albarracín Caballero, Rodrigo Uprimny Yepes, Maryluz





Barragán González y Alejandro Jiménez Ospina en su calidad de ciudadanos y miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, contra el Decreto 1163 de 2019 a través del cual el presidente de la República, la ministra de Justicia y del Derecho y la directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República derogaron el Decreto 450 de 2016 por medio del que se estableció el trámite para la integración de la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación por parte del presidente de la República.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensión

Que se declare la nulidad del Decreto 1163 de 2019, expedido por el presidente de la República, la ministra de Justicia y del Derecho y la directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por el cual se deroga el Decreto 450 de 2016, por estar viciado de falsa motivación.

La pretensión tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Señalaron que el 15 de mayo de 2019, el fiscal general de la Nación de esa época, Néstor Humberto Martínez Neira, junto con la vicefiscal, María Paulina Riveros Dueñas, anunciaron la renuncia irrevocable a sus cargos.

Indicaron que como consecuencia de dichas renunciaciones, asumió como fiscal encargado el señor Fabio Espitia Garzón, quien ejercía como coordinador de la Unidad Delgada ante la Corte Suprema de Justicia.

Manifestaron que a partir del momento en que Néstor Humberto Martínez Neira dejó el cargo, se activó el procedimiento de elección de la persona que lo reemplazaría, la cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 249 de la Constitución Política, debe reunir los mismos requisitos para ser magistrado de alta Corte y será elegida por la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el presidente de la República.

Adujeron que para ese momento estaba vigente el Decreto 450 de 2016 a través del cual se establecía el trámite para la integración de la terna de candidatos a fiscal general de la Nación por parte del presidente de la República.

Explicaron que según dicho decreto, el procedimiento mediante el cual el presidente de la República debe conformar la terna para el referido cargo, tenía 6 etapas a saber: invitación pública para postularse, elaboración de la lista definitiva de candidatos, publicación de la lista para que la ciudadanía se pronuncie, entrevistas opcionales a los posibles ternados, divulgación de la terna y presentación de la misma ante la Corte Suprema de Justicia.



Sostuvieron que el 2 de julio de 2019, el presidente de la República, Iván Duque Márquez, a través del Decreto 1163 de 2019, derogó el Decreto 450 de 2016.

Afirmaron que como motivación de dicho acto, se indicó que de conformidad con los artículos 249 de la Constitución Política y 29 de la Ley 270 de 1996, la competencia para conformar la terna para fiscal general de la Nación es una facultad exclusiva y autónoma, sin que por vía reglamentaria pueda ser modificada ni sometida a reglas distintas de elección establecidas para la designación de otro tipo de servidores públicos.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Los demandantes señalaron como vulnerados los artículos 1, 29, 83, 123 y 209 de la Constitución Política; 3, 6, 42 y 44 de la Ley 1437 de 2011 y 3 de la Ley 1712 de 2014.

Como concepto de violación aseveraron que el acto demandado se encuentra viciado de falsa motivación.

Recordaron que el hecho de que una autoridad pública, en una manifestación de voluntad concreta, decida actuar fácticamente contra derecho, no sólo genera un problema de inconveniencia de su decisión, sino que la vicia desde el punto de vista de su legalidad.

Sostuvieron que al expedir el Decreto 1163 de 2019 el presidente de la República y las otras autoridades que intervinieron en su expedición, motivaron su decisión de forma falsa, por dos razones:

En primer lugar, porque basan su decisión bajo el entendido de que el Decreto 450 de 2016 modificó la regla constitucional y estatutaria de elección del fiscal general de la nación, sin que ello fuera cierto y en segundo, porque sustentan la derogatoria en una decisión judicial que no sirve de precedente relevante para el caso y que, en todo caso, si en gracia de discusión se aplica para este evento, es malinterpretada y descontextualizada en el decreto demandado.

Manifestaron que permitir al presidente de la República presentar la terna para fiscal general de la Nación sin aplicar el Decreto 450 de 2016, puede desconocer otros derechos y principios constitucionales tales como el debido proceso, el principio de buena fe y los demás principios que deben regir la actividad de la administración pública.

Recordaron que el Decreto 450 de 2016 establecía la forma en que se conformaría la terna que el presidente de la República enviaría a la Corte Suprema de Justicia para la elección del fiscal general de la Nación en aras de aumentar la transparencia y el control al ejercicio del poder público en la elección de altos dignatarios.



Señalaron que para justificar su derogatoria se adujo que la facultad para seleccionar a las personas que integrarán la terna corresponde única y exclusivamente al presidente de la República, que la regla de elección no puede ser modificada de ninguna manera y que no obstante lo anterior, el Decreto 450 de 2016 variaba dicha regla, por lo que debe ser derogado de acuerdo a lo dispuesto por esta Sección en sentencia del 30 de marzo de 2017 dentro del expediente 2016-0067.

Explicaron que en el acto demandado se partió de un supuesto equivocado según el cual el Decreto 450 de 2016 modificó por vía reglamentaria o sometió a reglas distintas de elección, fijadas para otro tipo de servidores públicos, la regla especial para la conformación de la terna de candidatos para ocupar el cargo de fiscal general de la Nación, la cual, al estar fijada en la Constitución y en una ley estatutaria no puede ser modificada por otra vía.

Sostuvieron que en el referido Decreto 450 de 2016 se fijaron 6 etapas para la conformación de la terna, a saber: la invitación pública para postularse, la elaboración de la lista definitiva de candidatos, la publicación de la lista definitiva, la entrevista opcional entre el presidente de la República y los posibles ternados, la divulgación de la terna y la presentación de la misma ante la Corte Suprema de Justicia.

Adujeron que en el Decreto 450 de 2016 se establecieron herramientas para la mejor toma de decisiones en el procedimiento de conformación de la terna para el cargo de fiscal general de la Nación, sin modificar o sustituir la regla contenida en los artículos 249 de la Constitución Política y 29 de la Ley 270 de 1996.

Manifestaron que en las referidas normas se fija un procedimiento especial y complejo de elección en el que intervine el presidente de la República – quien presenta la terna de candidatos- y la Corte Suprema de Justicia – que elige al fiscal general de la Nación de la terna presentada-.

Indicaron que en el Decreto 1163 de 2019 se sostuvo que con el Decreto 450 de 2016 se modificaba o sustituía la referida regla de elección por cuanto se radicaba la competencia de manera exclusiva y autónoma en el presidente de la República lo cual es absolutamente falso.

Aclararon que el procedimiento para la conformación de la terna de candidatos no modificó la regla constitucional y estatutaria, simplemente definió los pasos para el desarrollo de una de las etapas de elaboración de la terna por parte del presidente de la República dentro del proceso complejo de elección del fiscal general de la Nación.

Insistieron en que con el Decreto 450 de 2016 no hubo variación alguna ni en las autoridades que intervienen en el proceso complejo de elección ni en el orden en que cada una interviene en el mismo.



Agregaron que a la luz de lo establecido en la referida norma, a pesar de que la invitación pública permite que cualquier persona que cumpla con los requisitos para el cargo ponga su nombre a consideración del presidente de la República, éste puede incluir el nombre de cualquier otra persona en la lista definitiva de postulados, por cuanto no se trata de una convocatoria pública sino simplemente de una invitación.

Pusieron de presente que tampoco existen criterios de eliminación de candidatos diferentes a las causales de inhabilidad e incompatibilidad, por lo que es claro que el presidente de la República continúa con el total control de la terna.

Aclararon que lo único que hacía el plurimencionado Decreto 450 de 2016 era dotar al presidente de la República de mayores herramientas para poder tomar una decisión informada sobre quienes debían conformar la terna para fiscal general; además, permitía a la ciudadanía conocer con anterioridad, quiénes estaban siendo considerados para el cargo para así, poder ejercer control ciudadano en el proceso de conformación de la terna.

Afirmaron que de ser cierta la motivación del Decreto 1163 de 2019, el Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia también debería ser derogado, por cuanto consagra la función de la Sala Plena de elegir al fiscal general de la Nación previo estudio de la terna enviada por el presidente de la República, para lo cual celebrará audiencias para escuchar a los ternados, lo cual, en la lógica del Gobierno, implicaría una modificación de las atribuciones consagradas en los artículos 249 de la Carta Política y 29 de la Ley 270 de 1996.

Agregaron que el argumento según el cual el Decreto 450 de 2016 contraría lo establecido por esta Sección en sentencia del 30 de marzo de 2017 dentro del expediente 2016-0067 también es falso toda vez que parte de una interpretación errónea de dicha decisión judicial.

Precisaron que en esa providencia la Sala se pronunció sobre el presunto conflicto normativo que existía entre los artículos 126 y 281 de la Constitución Política en lo que a la elección del defensor de Pueblo se refiere, sin que se haya abordado el tema de la reglamentación por parte del presidente de la República de un procedimiento para conformar una terna.

Afirmaron que la falsa motivación invocada conlleva la vulneración de los artículos 29, 83 y 209 de la Carta Política.

Concluyeron que la norma demandada debe ser declarada nula por cuanto parte de la base de que el Decreto 450 de 2016 modifica la regla constitucional y estatutaria de elección del fiscal general de la Nación y porque utiliza como sustento una decisión judicial que no sirve como precedente relevante para el caso y por tanto, ha sido malinterpretada y descontextualizada.

4. Contestaciones de la demanda





4.1 Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho y Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Mediante apoderadas en escrito conjunto, las dos entidades se pronunciaron sobre la demanda en los siguientes términos:

Adujeron que la parte actora no cumplió con la carga de exponer de forma amplia y suficiente el concepto de la violación toda vez que en la demanda no se explicó la razón por la cual el acto demandado es contrario al ordenamiento jurídico superior.

Destacaron que la demanda se basó en una supuesta falsa motivación del acto acusado pese a que el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 establece que para que la suspensión provisional pueda ser decretada debe existir una contradicción entre el acto demandado y las normas superiores en que aquel debe fundarse, razón suficiente para declarar su improcedencia en el caso concreto.

Desarrollaron el concepto de potestad reglamentaria del presidente de la República a la luz de la Constitución Política y la jurisprudencia.

Señalaron que el acto de conformación de la terna por parte del presidente de la República para que la Corte Suprema de Justicia elija al fiscal general de la Nación es una competencia exclusiva, privativa, autónoma y personal atribuida directamente por la Constitución Política al ejecutivo.

Indicaron que la referida competencia debe ser ejercida en los términos definidos en los artículos 249 de la Carta y 29 de la Ley 270 de 1996, por lo que los demás aspectos relacionados al desarrollo de esta función están reservados al fuero discrecional del presidente de la República, quien deberá ejercerlos en forma razonable conforme a la finalidad de la función atribuida.

Negaron que el acto demandado esté viciado de falsa motivación toda vez que el Decreto 450 de 2016 adicionó elementos al procedimiento de conformación de la terna para la elección del fiscal general de la Nación y por ende, sí modificó la esencia de la regla especial dispuesta en los artículos 249 constitucional y 29 de la Ley 270 de 1996.

Manifestaron que las referidas normas otorgaron un margen de autonomía al presidente de la República para la elaboración de la terna que se traduce, a su vez, en la posibilidad de incidir de esa manera en el organismo encargado de ejercer la acción penal.

Resaltaron que la Carta Política solo limita el ejercicio de la potestad de postulación del presidente de la República al cumplimiento de los requisitos constitucionales por lo que los demás elementos hacen parte del fuero discrecional del jefe de Estado.



Mencionaron que el Decreto 450 de 2016 había alterado la discrecionalidad del presidente de la República reconocida expresamente en la Constitución Política y en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, con lo cual se puso en riesgo la configuración superior de la elección del fiscal general.

Recordaron que la discrecionalidad no es caprichosa sino que está arraigada al sistema de pesos y contrapesos para definir la forma en que debe operar la Fiscalía General de la Nación.

Insistieron en que el carácter discrecional en la elaboración de la terna se había erosionado con el Decreto 450 de 2016 toda vez que había agregado la participación de agentes externos al poder ejecutivo en la conformación de la lista – invitación pública – para limitar el ejercicio de la atribución presidencial.

Adujeron que la adición de nuevas fases al procedimiento de elaboración de la terna para fiscal general de la Nación sí suponía una modificación de la regla general constitucional y un desbordamiento de la facultad reglamentaria, por lo que era preciso retirar del ordenamiento jurídico el Decreto 450 de 2016.

Arguyeron que los motivos que dieron lugar a la expedición de la norma acusada son verdaderos, reales y legales, razón por la cual el cargo de falsa motivación no se configura.

Plantearon que en la sentencia del 30 de marzo de 2017 invocada en la parte motiva del acto acusado se estableció una regla de derecho que reconoce la importancia de aplicar estrictamente los procedimientos de elección especiales consagrados en la Carta Política sin necesidad de adelantar los procedimientos fijados de manera general para otros casos, por lo que sí resultaba pertinente traer a colación dicha postura jurisprudencial en el caso concreto.

Solicitaron negar las pretensiones de la demanda.

5. Intervención de Terceros

5.1 Fundación para el Debido Proceso, *Open Society Justice Initiative* y Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho

Recordaron la forma en que se elige al fiscal general de la Nación en Colombia de conformidad con lo establecido en la Constitución Política y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y el papel que desempeña este funcionario en un Estado Social de Derecho.

Resaltaron la importancia de que los fiscales generales sean funcionarios independientes y autónomos para lo cual resulta de vital importancia que su elección sea lo más objetiva posible.

Mencionaron que a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el





Estado colombiano tiene la obligación de garantizar la independencia, competencia e imparcialidad de las autoridades del sistema de justicia, dentro de los cuales evidentemente está el fiscal general de la Nación.

Expusieron que los órganos de los Sistemas Universal, Interamericano y Europeo han abordado el tema de la selección de fiscales en el sentido de establecer algunos estándares mínimos que deben observarse para garantizar su independencia relacionados, básicamente a la transparencia, publicidad, elección con base en el mérito y capacidades, escrutinio de los sectores sociales y respeto al principio de igualdad de condiciones y no discriminación.

Adujeron que en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos recogido en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que toda persona tiene derecho a ser oída con las garantías y dentro de un plazo razonable por un juez competente, independiente e imparcial; además que el artículo 23.1 de la referida convención reconoce el derecho a acceder a un cargo público en condiciones de igualdad.

Sostuvieron que la derogatoria del Decreto 450 de 2016, a través de la norma ahora demandada, supone un retroceso en la satisfacción de los estándares internacionales que se han fijado para el proceso de selección y nombramiento del fiscal general de la Nación para asegurar su autonomía y la de la institución.

6. Actuación procesal

La demanda fue radicada inicialmente ante la Sección Primera de esta Corporación, sin embargo, mediante auto del 30 de agosto de 2019 fue remitida a esta Sección para lo pertinente. (fols. 36 y 37 del cuaderno principal del expediente).

Una vez sometido a nuevo reparto el asunto, le correspondió a quien ahora funge como ponente el 17 de septiembre de 2019 (fol. 46 del cuaderno principal del expediente).

El 23 de septiembre de 2019 se admitió la demanda y se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar presentada junto con aquella. (fols. 48 a 49 del cuaderno principal del expediente y 33 a 34 del cuaderno de medida cautelar)

Mediante providencia del 11 de octubre de 2019 se negó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte actora (fols. 108 a 119 del cuaderno de medida cautelar).

La parte actora, inconforme con dicha decisión presentó recurso de reposición en contra de la misma, el cual fue resuelto negativamente mediante auto del 31 de octubre siguiente. (fols. 176 a 189).

La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 tuvo lugar el 27 de enero de 2020, en ella se saneó el proceso, se fijó el litigio y se

decretaron las pruebas oportunamente solicitadas y aportadas por las partes.

Al no haber pruebas pendientes para practicar, se prescindió de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

De igual forma, al considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento consagrada en el artículo 182 del mismo estatuto, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

7. Fijación del litigio

La fijación del litigio quedó planteada en los siguientes términos:

“De acuerdo con la lectura de la demanda y sus contestaciones, es claro que las partes coinciden en los hechos relacionados con la expedición del Decreto 1163 de 2019. Sin embargo, no se encuentran de acuerdo en lo referente a la motivación de dicho acto administrativo. En ese orden de ideas, la controversia en este proceso está circunscrita a determinar si se debe declarar la nulidad del Decreto 1163 de 2019 a través del cual se derogó el Decreto 450 de 2016 que establecía un trámite para la integración de la terna de candidatos a fiscal general de la Nación por parte del presidente de la República. Para el efecto, se debe establecer si el acto demandado fue expedido con falsa motivación, para lo cual se debe determinar si las razones expuestas como fundamento del mismo corresponden o no a la realidad. Específicamente lo referente a si el Decreto 450 de 2016 modificó la regla constitucional y estatutaria de elección del fiscal general de la Nación y si dicha norma desconoció la jurisprudencia de esta Sección sobre la materia que está dada en la sentencia proferida el 30 de marzo de 2017 dentro del expediente 2016-0067.”

8. Alegatos de conclusión

8.1 Parte actora

Recordaron la naturaleza y alcance de la falsa motivación como causal de nulidad del acto administrativo, independientemente de que este sea de carácter discrecional o reglado.

Reiteraron que el Decreto 450 de 2016 no modificó la regla constitucional y estatutaria de elección del fiscal general de la Nación.

Sostuvieron que de conformidad con lo establecido en la parte motiva del Decreto 1163 de 2019, el Decreto 450 de 2016 modificaba la referida regla al imponer un trámite en la elección de la terna por parte del Ejecutivo y, por tanto, era constitucionalmente válido proceder a su derogatoria, sin embargo, dicha tesis es equivocada, toda vez que desconoce el alcance del mandato constitucional y



considera que la participación ciudadana es opuesta al adecuado funcionamiento del poder ejecutivo.

Insistieron en que en el Decreto 450 de 2016 no hay ninguna modificación en el procedimiento fijado en los artículos 249 de la Carta Política y 29 de la Ley 270 de 1996 toda vez que el fiscal general sigue siendo elegido por la Corte Suprema de Justicia, por un período de 4 años, sin posibilidad de reelección de terna enviada por el presidente de la República.

Agregaron que el Decreto 450 de 2016 simplemente enriqueció la participación ciudadana, la transparencia y los demás principios de la función administrativa.

Señalaron que el referido decreto no erosionaba las facultades discrecionales del presidente de la República ni le obligaba a seleccionar una terna que no contara con su total, autónomo y exclusivo beneplácito, toda vez que podía seguir nominando y teniendo en cuenta posibles candidatos para la terna y elegir dentro de la lista de posibles candidatos a quienes efectivamente conformarían la terna.

Afirmaron que el Decreto 1163 de 2019 adolece de falsa motivación por error de derecho, toda vez que interpretó erróneamente el alcance del Decreto 450 de 2016 al considerar que este modificaba la regla constitucional y estatutaria para la elección de fiscal general, cuando lo cierto es que simplemente creaba un procedimiento en fomento de la transparencia y la participación ciudadana compatible con las directrices superiores.

Indicaron que la providencia del 30 de marzo de 2017 de la Sección Quinta, proferida dentro del expediente 11001-03-28-000-2016-00067-00 citada como fundamento del decreto demandado no es relevante para el caso –toda vez que los supuestos de hecho son diferentes- y se encuentra descontextualizada, por cuanto el aparte aducido en el decreto demandado no hace parte de la *ratio decidendi*, sino que constituye *obiter dicta*.

Adujeron que, si en gracia de discusión se acepta que el Decreto 450 de 2016 modificó la regla constitucional y estatutaria de elección del fiscal general de la Nación, también lo hizo el Reglamento General de la Corte Suprema de Justicia que habilita a la Sala Plena a celebrar audiencias para escuchar a los integrantes de la terna, es decir, agrega más al procedimiento, tal y como lo hizo el precitado Decreto 450.

Llamaron la atención sobre la duración de los procesos judiciales que van en detrimento de la efectividad de las decisiones.

De igual forma, solicitaron, de accederse a las pretensiones de la demanda, analizar la afectación que tendrían la democracia, transparencia y participación como consecuencia de la decisión, así como información sobre el término que tienen para demandar la elección del nuevo fiscal general de la Nación.

Finalmente agregaron que la discrecionalidad del presidente de la República y los



límites a la potestad reglamentaria no deben convertirse en excusas para avanzar en las buenas prácticas para la elección de funcionarios públicos.

8.2 Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho y Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Reiteraron íntegramente los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación de la demanda.

8.3 Daniel Ospina Celis

Presentó nuevamente el documento Estándares de derecho internacional aplicables al proceso de elección del fiscal general de la Nación que fue tenido en cuenta como intervención de terceros dentro de este proceso.

9. Concepto del Ministerio Público.

La procuradora séptima delegada ante esta Corporación, rindió concepto en los siguientes términos:

Recordó la naturaleza y alcance del vicio de falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos a la luz de la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Sostuvo que ni el Decreto 1163 de 2019 ni el Decreto 450 de 2016 modificaron las reglas constitucionales que rigen la elección del fiscal general de la Nación.

Explicó que el Decreto 450 de 2016 creó un proceso anterior a la conformación de la terna para el Ejecutivo, sin alterar en manera alguna la disposición contenida en el artículo 249 de la Carta Política.

Adujo que, así mismo, el Decreto 1163 de 2019, que derogó el Decreto 450 de 2016, tampoco alteró en manera alguna la regla constitucional.

Afirmó que una interpretación finalística y axiológica de la motivación del acto demandado deja ver que la misma resalta el carácter discrecional y autónomo del presidente de la República para conformar la terna de candidatos para fiscal general de la Nación, sin que para ello se requiera de un procedimiento previo, lo cual, en criterio de la señora agente del Ministerio Público es perfectamente compatible con el ordenamiento constitucional.

Señaló que aunque la manifestación que cuestionan los demandantes puede dar lugar a que se entienda que hubo una modificación de la regla para elección del fiscal general de la Nación, lo cierto es que ni el decreto acusado ni el derogado, tienen la fuerza normativa para variar o condicionar la facultad discrecional del presidente de la República para la conformación de la referida terna.



Destacó que en el acto demandado se indica que la facultad del presidente de la República para conformar la terna en cuestión es exclusiva y autónoma de este y que por vía reglamentaria no se puede modificar, afirmaciones ambas que son ciertas.

En lo que tiene que ver con el uso de la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 30 de marzo de 2017 dentro del expediente 2016-0067 al afirmar que la Corporación “*consideró que, cuando la Constitución establece la forma de elección de un funcionario público, se debe proceder a aplicar el procedimiento establecido en la Carta Política*”, puso de presente que lo anterior indica que se hizo una reflexión sobre la materia, que permite una interpretación.

Afirmó que plasmar una interpretación a partir de una consideración judicial, que se puede derivar, tiene pleno asidero y resulta válida.

Sostuvo que los dos postulados señalados como falaces dentro del acto administrativo cuestionado, tienen consideraciones ciertas desde el plano constitucional.

Indicó que las referidas consideraciones parten y se amparan en la discrecionalidad fijada en la Constitución Política para el presidente de la República en relación con la elaboración y la remisión de la terna de candidatos a fiscal general a la Corte Suprema de Justicia.

Recordó que existe facultad discrecional cuando el funcionario u órgano tiene cierto margen de apreciación para determinar qué medida satisface mejor el interés general en tanto el ordenamiento jurídico le deja la posibilidad de juzgar las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia, con el fin de realizar una acción o abstenerse de hacerlo o escoger el sentido de su decisión, lo cual no puede traducirse en arbitrariedad.

Adujo que ninguna norma indica la forma en que el presidente de la República puede integrar la terna, por lo que no cabe duda, que implica el ejercicio de una potestad discrecional.

Señaló que el acto demandado antes de ser reglamentario es discrecional, lo que implica un amplio margen de determinación para establecer o señalar criterios en aras de cumplir con una función de rango constitucional.

Manifestó que las causales de revocatoria de los actos administrativos contempladas en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no resultan aplicables para los actos de contenido electoral.

Expuso que el acto demandado proviene de una función electoral que es discrecional y autónoma del presidente de la República, cuya naturaleza no se puede emular con los actos que se expidan en virtud de su calidad de máxima autoridad administrativa.

Adujo que el acto administrativo que se expide con ocasión de la función administrativa, se abre camino para cumplir con los fines y principios del Estado y se inserta en la dinámica de la función pública, en cuanto a la prestación de servicios, la generación de posibilidades de participación, la configuración de las actuaciones y la estructura de las entidades del orden estatal, la producción de derechos subjetivos y la búsqueda del cumplimiento de las leyes.

Concluyó que, conforme con lo expuesto en su concepto hay lugar a denegar la pretensión de la demanda

Surtidos los trámites legales pertinentes, el proceso se adelantó con la observancia de las ritualidades previstas en la ley procesal y por lo tanto, sin que obre causal de nulidad que afecte la actuación, procede la Sección Quinta del Consejo de Estado a resolver previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ y el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación²

2. El acto acusado

El acto cuya nulidad se pretende dentro del presente asunto es el Decreto 1163 de 2019 expedido el 2 de julio de 2019 por el presidente de la República, la ministra

¹ **Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.** “El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden ...”

² Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003)

Artículo 13.- “DISTRIBUCIÓN DE LOS NEGOCIOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

Sección Quinta:

(...)

3-. Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos”.



de Justicia y del Derecho y la directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República a través del cual se derogó el Decreto 450 de 2016 por medio del cual se establecía un trámite para la integración de la terna de candidatos a fiscal general de la Nación por parte del presidente de la República.

3. Problema Jurídico

Conforme con lo establecido en la fijación del litigio hecha durante la audiencia inicial, corresponde a la Sala determinar si se debe declarar la nulidad del Decreto 1163 de 2019 a través del cual se derogó el Decreto 450 de 2016 que establecía un trámite para la integración de la terna de candidatos a fiscal general de la Nación por parte del presidente de la República.

Para el efecto, se debe establecer si el acto demandado fue expedido con falsa motivación, para lo cual se debe determinar si las razones expuestas como fundamento del mismo corresponden o no a la realidad. Específicamente lo referente a si el Decreto 450 de 2016 modificó la regla constitucional y estatutaria de elección del fiscal general de la Nación y si dicha norma desconoció la jurisprudencia de esta Sección sobre la materia que está dada en la sentencia proferida el 30 de marzo de 2017 dentro del expediente 2016-0067.

4. Caso concreto

En este evento los demandados cuestionan el Decreto 1163 de 2019 a través del cual se derogó el Decreto 450 de 2016 que establecía un trámite para la conformación de la terna de candidatos para el cargo de fiscal general de la Nación por parte del presidente de la República.

Lo anterior por cuanto consideraron que el acto demandado se encuentra viciado de falsa motivación toda vez que no es cierto que el decreto derogado haya modificado la regla para elegir fiscal general de la Nación consagrada en la Constitución y la ley y por cuanto se invocó una providencia judicial no aplicable al caso.

Al respecto resulta del caso recordar que la elección del fiscal general de la Nación está contemplada en el artículo 249 de la Constitución Política, así:

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

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

Dicha regla fue reproducida en el artículo 29 de la Ley 270 de 1996, así:





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

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

Conforme con lo anterior, es claro que la elección del fiscal general de la Nación implica un procedimiento complejo que conlleva la participación de dos autoridades: el presidente de la República, quien debe elaborar una terna de candidatos; y la Corte Suprema de Justicia, Corporación que debe elegir al fiscal de la referida terna.

Ahora bien, ni la Constitución ni la ley prevén un procedimiento específico para la elaboración de la terna de candidatos como tampoco para la elección por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria.

La norma simplemente establece que para ser elegido fiscal general de la Nación se deben reunir los mismos requisitos que para ser magistrado de una Alta Corte, que su período será de 4 años y que no puede ser reelegido.

Respecto de la falsa motivación, esta Sección ha dicho:

“Frente a la causal de falsa motivación, la Sala ha señalado que se configura cuando el acto administrativo acusado ha sido proferido en flagrante incongruencia con las razones, motivos y pensamientos que en la realidad debieron fundar el acto³, para ello se ha venido haciendo alusión a la sentencia de 8 de octubre de 2014, en la que se precisó el alcance de la causal, en los siguientes términos:

*“La falsa motivación alude a las causas, razones, opiniones, pensamientos y motivos que a la administración (en cabeza de su agente) le llevan a expedir el acto administrativo como declaración de voluntad que es. Esas 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.** De tal suerte que esa motivación surgirá falsa, es decir, no acorde o fuera de la realidad, cuando el sustento fáctico no corresponde al apoyo jurídico invocado (falsedad en el derecho) o viceversa (falsedad en el hecho), o cuando teniendo ambos fundamentos (fáctico y jurídico) la declaración de voluntad refiere a tema distinto o contradictorio a su motivo causal (falsedad en la decisión).” (Negrillas y subrayado fuera de texto.)⁴*

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. Nº. 11001-03-28-000-2015-00016-00. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sentencia de 13 de octubre de 2016. Actor: Municipio de Girardot.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. Nº. 11001-03-28-000-2015-00016-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sentencia de 13 de octubre de 2016. Actor: Municipio de Girardot.



La Sección Quinta señaló⁵ que para la prosperidad de la casual en comento es necesario demostrar⁶:

- 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 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.

De allí que estas irregularidades presentadas en la expedición del acto administrativo del que se pone en tela de juicio su legalidad, acarrearán el surgimiento de la incongruencia y la sinrazón administrativa que por supuesto afecta la validez del acto administrativo o electoral, precisamente, en el mayor de sus fondos semióticos como lo es que se trata de una declaración de voluntad y que conllevan a que se declare su nulidad.”⁷

Entonces, para determinar si el acto acusado se encuentra viciado de falsa motivación o no, resulta del caso examinar la motivación invocada en el mismo que es del siguiente tenor:

“Que de conformidad con el inciso segundo del artículo 249 de la Constitución Política, reproducido por el artículo 29 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996- modificada por las Leyes 585 de 2000, 771 de 2002 y 1285 de 2009, “el Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido. Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Que dicho mandato constitucional, en concordancia con la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, consagra una regla de procedimiento especial de la forma como debe llevarse a cabo la elección del Fiscal General de la Nación, estableciendo un trámite complejo, en el sentido de que participan el Presidente de la República –a quien corresponde la conformación de la terna- y la honorable Corte Suprema de Justicia –a la que se le atribuye la respectiva elección-.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Radiación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00. M.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio. Demandado Consejo Nacional Electoral.

⁶ Al respecto, entre otras ver: Consejo de Estado Sección Cuarta. Sentencia del 15 de marzo de 2012. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Exp. 25000-23-27-000-2004-92271-02.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2018-00034-00. Providencia del 29 de noviembre de 2018. M.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



Que la atribución reconocida al Ejecutivo para integrar la terna que debe presentar a la honorable Corte Suprema de Justicia para la elección de Fiscal General de la Nación es una competencia exclusiva y autónoma del Presidente de la República, que debe ser ejercida en los estrictos y precisos términos de lo consagrado en la Constitución Política y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, conforme a la regla especial de procedimiento allí prevista, sin que por vía reglamentaria pueda ser modificada ni sometida a reglas distintas de elección establecidas para la designación de otro tipo de servicios públicos.

Que el honorable Consejo de Estado en Sentencia del 30 de marzo de 2017 de la Sección Quinta, Radicado 2016-00067-00, consideró que, cuando la Constitución establece la forma de elección de un funcionario público, se debe proceder aplicar el procedimiento previsto en la propia Carta Política.”

Del análisis de la referida motivación se advierte que la misma se basa en las normas que regulan el proceso de elección del fiscal general de la Nación y del supuesto según el cual la facultad discrecional del presidente de la República para la conformación de la terna de candidatos para fiscal general de la Nación no puede ser modificada ni sometida a reglas distintas de elección a las fijadas para otro servidor público vía reglamentaria, afirmaciones éstas que según se expuso con anterioridad, no son contrarias a la verdad, toda vez que al ser la referida regla de orden constitucional y estatutaria no puede ser variada por una norma de inferior como un decreto presidencial.

Además, en el acto acusado nunca se afirma directamente que el Decreto 450 de 2016 haya modificado dicha función discrecional, aunque en criterio de los actores, se insinúa.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en el escrito de contestación de la demanda sí se afirmó por parte de las apoderadas de las entidades demandadas que el Decreto 450 de 2016 había alterado la esencia de la regla de conformación de la terna y la discrecionalidad del presidente de la República para el efecto.

Sin embargo, se reitera, del estudio directo de la referida norma no se evidencia que se haya modificado la regla constitucional y estatutaria de elección del fiscal general de la Nación por cuanto simplemente se estableció un trámite previo que en nada alteraba la discrecionalidad del jefe de Estado para el efecto.

Es decir, del análisis del referido Decreto 450 de 2016 se advierte que el mismo fue proferido en ejercicio de la facultad discrecional del presidente de la República para regular una función a su cargo y estableció una serie de etapas previa la conformación de la referida terna, con el fin de que el proceso aplicara de manera más eficaz los principios de participación, pluralidad, igualdad, moralidad, imparcialidad y publicidad de que tratan los artículos 1 y 209 de la Constitución Política, sin que con ello se haya modificado en manera alguna la regla constitucional de elección del fiscal general de la Nación.

Así mismo, se advierte que el Decreto 1163 de 2019 tampoco modificó la referida regla, simplemente eliminó el procedimiento fijado por el mandatario anterior para el efecto.

Entonces, es claro que la competencia para la elección del fiscal general de la Nación en sus dos etapas es absolutamente discrecional y en virtud de dicha discrecionalidad pueden proferirse reglamentaciones adicionales con el fin de mejorar tanto el proceso de elaboración de la terna como el de elección, tal y como ocurrió con el Decreto 450 de 2016, que fijó un trámite para la integración de la terna consistente en una invitación pública, la elaboración de una lista, su publicación, una entrevista y la divulgación de la terna.

No obstante, la implementación de dichas políticas no quiere decir que éstas resulten inmodificables o inderogables, por cuanto, el presidente de la República en uso de su facultad discrecional puede variar la reglamentación que sobre la materia exista, siempre y cuando respete la regla fijada en la Carta Política y reproducida en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, como aconteció en este caso.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la afirmación según la cual esta Corporación en sentencia del 30 de marzo de 2017 dentro del expediente 2016-00067 *“consideró que, cuando la Constitución establece la forma de elección de un funcionario público, se debe proceder a aplicar el procedimiento previsto en la propia Carta Política”* se advierte que la referida afirmación tampoco resulta alejada de la realidad.

Según se tiene, en ese caso se estudió la legalidad de la elección del defensor del Pueblo y se concluyó que para el efecto no era necesario agotar el trámite fijado en el artículo 126 de la Carta Política por cuanto hay un procedimiento especial, establecido en la misma Constitución Política para ese cargo.

De manera concreta se dijo:

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

Otro argumento que debe tenerse en cuenta para concluir que el artículo 126 no es aplicable para la elección del defensor, es que tal como se dijo al resolver la medida cautelar tanto el artículo 126 como el 281 de la Constitución Política fueron modificados por el Acto Legislativo 02 de 2015, por lo que es claro que si se hubiera querido modificar la forma de elección



del defensor del pueblo para encuadrarla en el trámite general del artículo 126, así habría quedado consagrado.”⁸

Entonces, si bien es cierto la Sala no se pronunció en los precisos términos utilizados en el acto acusado, sí se refirió al tema y parafraseando la regla jurisprudencial allí establecida se puede llegar a la conclusión mencionada en la parte motiva del Decreto 1163 de 2019, independiente de que la misma corresponda a la *ratio* de la decisión o no.

Así las cosas, la Sala advierte que la motivación del decreto demandado referente a las normas que regulan la elección del fiscal general de la Nación, la imposibilidad de que vía reglamentaria dicha normas sean modificadas y la referencia a la providencia del 30 de marzo de 2017 de esta Sección, no es contraria a la verdad.

Es decir, las afirmaciones planteadas como fundamento de la demanda según los cuales el acto demandado se encuentra falsamente motivado porque en él se establece que el Decreto 450 de 2016 modificó la regla constitucional de elaboración de la terna para la elección del fiscal general de la Nación y se basó en una consideración equivocada de una providencia proferida por esta Sección no tienen vocación de prosperidad, por cuanto, como se dejó dicho, en la motivación del acto demandado sólo se sostuvo que la regla constitucional de elección de dicho funcionario no podía ser alterada vía reglamentaria y que el Consejo de Estado había hecho una consideración sobre la aplicación del artículo 126 de la Carta Política, que efectivamente hizo.

Entonces, no se encuentra que los elementos fijados por la Sección para la configuración de la falsa motivación se reúnan en este caso, toda vez que no se acreditó que las causas, razones y motivos que la administración plasmó para expedir el acto acusado no correspondan a la realidad, ni que no hayan estado debidamente probados o que se haya omitido tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados.

Ahora, cosa diferente es que los referidos argumentos no condujeran a la derogatoria del Decreto 450 de 2016, sin embargo, frente a este punto, se debe tener en cuenta que ese no fue el fundamento de la demanda.

Además, así como en ejercicio de la facultad discrecional se expidió el Decreto 450 de 2016, en virtud de esa misma discrecionalidad aquel podía ser derogado por el presidente de la República quien consideró que la regulación anterior no era necesaria, como efectivamente ocurrió.

En este punto, resulta del caso recordar que el ejercicio del medio de control de nulidad limita las facultades del juez a los precisos argumentos esgrimidos en la

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2016-00067-00. Providencia del 30 de marzo de 2017. M.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.



demanda, toda vez que este tipo de trámites se rigen por el principio de justicia rogada.

Al respecto, esta Corporación ha sido enfática al señalar:

“El control que realiza el Consejo de Estado no es un control general de legalidad que supondría la confrontación con todos los ordenamientos superiores relacionados con el acto acusado, labor que resultaría imposible de ejecutar. Resulta procedente la prosperidad de la excepción de inepta demanda propuesta por la apoderada del Ministerio de Agricultura”. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero. Expediente: 6536. Fecha: 02/04/18).” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

*Consecuente con el precedente jurisprudencial enunciado, **considera la Sala que el Juez Contencioso Administrativo no puede realizar el estudio de legalidad del acto administrativo acusado con fundamento en normas superiores de derecho no invocadas en la demanda, ni atender conceptos de violación no explicados**, sino que debe limitarse a estudiar las razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, expuestas en la demanda, que constituyen el marco de la litis o del juzgamiento.*

*En otras palabras, **al Juez le está vedado pronunciarse sobre cuestiones o asuntos de fondo que no fueron objeto del debate en el proceso**, conforme lo ha sostenido esta Sección en reiterados pronunciamientos, entre ellos, en sentencia de 7 de junio de 2012 (Expediente núm. 73001-23-31-000-2007-00153-01, Actor: Ricardo Guarnizo Morales, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), en la cual se dijo que:*

“Reitera la Sala que al juez en cada instancia le está vedado pronunciarse sobre cuestiones o asuntos de fondo que no fueron objeto del debate procesal, toda vez que su competencia está circunscrita al ámbito del proceso...”⁹ (Resaltado original).

“En diferentes oportunidades el Consejo de Estado ha reafirmado la vigencia y aplicación del principio de justicia rogada, para señalar que no le es permitido al juez de lo contencioso administrativo, confrontar el acto acusado con disposiciones no invocadas en la demanda, ni atender conceptos de violación diferentes a los en ella contenidos. Sin embargo, al estudiar la constitucionalidad del artículo 137.4 del derogado Decreto 01 de 1984, que también exigía la indicación de las normas violadas y la explicación del «concepto de violación», la Corte Constitucional, en la

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente 05001-23-31-000-2006-93419-01. Providencia del 21 de junio de 2018. M.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés.



sentencia C-197 de 1999, resaltó la necesidad de no extremar el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo hasta el punto de restar importancia a la labor interpretativa del juez administrativo dentro del proceso, o menoscabar el principio de prevalencia del derecho sustancial, la garantía de los derechos fundamentales o la supremacía de la constitución y del ordenamiento jurídico....”¹⁰

Por lo tanto, el análisis de legalidad que se efectúa por parte del fallador se restringe no solo a los cargos sino también a los precisos argumentos esgrimidos por el actor en su demanda; es decir, la competencia de la Sala en este caso está circunscrita a los argumentos del demandante respecto del acto acusado por lo que no es posible hacer estudios oficiosos adicionales.

En consecuencia, como en este evento la argumentación de la parte actora se basó en atacar dos apartes específicos del acto demandado, los cuales resultaron ciertos y no se refirió en manera alguna a la falta de congruencia de aquellos con la decisión o a la falta de motivación de la decisión, no es viable para la Sala pronunciarse sobre ellos.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los argumentos adicionales esbozados por los coadyuvantes referidos a la importancia de que la elección de funcionarios como los fiscales generales sean elegidos de la manera más transparente y pública posible para que estos sean funcionarios independientes y autónomos, se advierte que la conformación de la terna en la forma en que tradicionalmente se ha hecho no implica *per se* que la elección en cuestión sea irregular.

Respecto de lo establecido en los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se tiene que disponen:

“Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8. Garantías judiciales:

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

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14:

- 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial,*

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Expediente 11001-03-25-000-2013-00171-00. Providencia del 8 de marzo de 2018. M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.



7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Del análisis de dichas disposiciones se extrae que las mismas se refieren al debido proceso de las personas investigadas penalmente para quienes se extienden una serie de garantías dentro de las cuales se incluye la de tener juzgadores independientes e imparciales, sin embargo, de ellas no se deduce la obligación para los Estados para crear convocatorias públicas previas para la elección del fiscal general de la Nación.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el artículo 23.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dicha norma establece:

“Derechos políticos:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”

Frente al punto, se debe tener en cuenta que para la elección del fiscal general de la Nación existe una regulación específica de orden constitucional y estatutario que habilita al presidente de la República para conformar la terna de candidatos de manera discrecional, dicha facultad no se la otorga el decreto demandado sino la misma Carta Política.

Sin embargo, se reitera, actualmente la norma es clara al establecer que el presidente de la República es libre de reglamentar el ejercicio de su facultad discrecional para la conformación de la terna por lo que no se encuentra que el decreto cuestionado desconozca la disposición en comento.

Entonces, aunque de conformidad con lo establecido por la Fundación para el Debido Proceso, la *Open Society Justice Initiative* y la fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, lo deseable es que las elecciones de los altos dignatarios del Estado y especialmente de autoridades judiciales y fiscales sea precedido de un proceso público que permita la participación de la comunidad, para que se garantice su imparcialidad, mérito, autonomía y objetividad, lo cierto es que tal y como está diseñada la norma constitucional, en la actualidad, resulta potestativo sujetarse o no a dicho procedimiento previo, sin que ello quiera decir que se están desconociendo los principios superiores que deben regir este tipo de elecciones.



Es decir, el hecho de que se haya derogado el Decreto 450 de 2016 no implica que la conformación de la terna para fiscal vaya a desconocer los requisitos exigidos constitucional y legalmente para el cargo o que su designación no vaya a hacerse de manera transparente y meritoria o que el elegido no vaya a ser independiente o autónomo.

En caso de que así ocurra se podrá atacar en su momento el acto correspondiente, pero en lo que atañe a este proceso no se encuentra que con el decreto demandado se hayan desconocido los instrumentos internacionales señalados por los coadyuvantes.

Al margen de lo anterior, resulta del caso resaltar que tanto los demandantes como los coadyuvantes parecen fincar su inconformidad con el decreto demandado en el hecho de que éste desconoció el Decreto 450 de 2016 que, en su criterio es la norma adecuada para regir la elaboración de la terna para la elección de fiscal general de la Nación, no obstante, debe advertirse en este punto que no es posible cotejar dos actos de la misma categoría o nivel jerárquico para derivar de uno, la nulidad del otro, como parece pretenderse en este caso.

Es decir, el hecho de que el Decreto 450 de 2016 haya fijado un trámite deseable para la parte actora que el Decreto 1163 de 2019 derogó, no hace que este último sea ilegal.

Visto así el asunto, concluye la Sala que ninguno de los reparos planteados por los actores y los coadyuvantes como fundamento de la demanda tienen vocación de prosperidad, por lo que en esos precisos términos la presunción de legalidad del acto demandado se mantiene incólume y por tanto, hay lugar a denegar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las solicitudes de información elevadas en el escrito de alegatos de conclusión por los demandantes se advierte que la Sala no es competente para el efecto, además, este no es el escenario para absolver consultas jurídicas sobre el ejercicio de otros medios de control.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE





LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – En la sentencia no se abordaron con suficiencia los cargos de falsa motivación y la imposibilidad de plantear un análisis de legalidad entre el decreto 450 de 2016 y el decreto 1163 de 2019

Aunque estoy de acuerdo con la decisión de negar las pretensiones de la demanda (...), estimo que no fueron abordados con suficiencia algunos de los motivos de inconformidad que desarrollaron los demandantes. Concretamente hago referencia (I) a la forma en que fue objeto de análisis el cargo consistente en la existencia de falsa motivación, (...), (II) a la consideración que se realiza en la parte final de la providencia, consistente en que no era posible plantear un análisis de legalidad entre el anterior decreto y el 1163 de 2019, porque entre ellos no hay lugar a considerar que existe una norma superior desconocida. (...). De la estructura argumentativa de las anteriores consideraciones pueden apreciarse las siguientes ideas centrales: (I) Al analizar la motivación del acto acusado, respecto de la conformación de la terna de candidatos para el cargo de fiscal general de la Nación, simplemente se indicó que aquélla no puede ser modificada ni sometida a reglas distintas de elección a las fijadas para otro servidor público vía reglamentaria. (II) El acto acusado en su motivación “nunca” indicó que el Decreto 450 de 2016 haya significado una modificación a la facultad discrecional del presidente de la República para conformar dicha terna. (III) No obstante lo anterior, la parte demandada, creadora del decreto cuya nulidad se controvierte, sí estima que el Decreto 450 de 2016 implicó una modificación a la facultad discrecional del presidente de la República para conformar la terna en mención. (IV) La Sala al analizar el Decreto 450 de 2016 concluyó, que el mismo no implicó que se modificara la facultad discrecional del presidente de la República para conformar la referida terna. Revisada la anterior estructura argumentativa, puede



apreciarse que en sus aspectos esenciales coinciden con el principal motivo de inconformidad del demandante, según el cual (I) una de las motivaciones del acto acusado consistió en que el Decreto 450 de 2016 implicó una modificación de la facultad discrecional del presidente de la República para conformar la mentada terna (frente a lo cual la sentencia resalta que tal consideración fue aceptada por la parte demandada), pero que (II) no es cierto que el Decreto 450 de 2016 haya significado dicha modificación (como lo acepta el fallo), por lo tanto, (III) es claro que de manera contraria a la realidad, y por ende con falsa motivación, el acto acusado invocó como motivación algo que no corresponde a la realidad (los efectos que se le atribuyen al Decreto 450 de 2016). Como puede apreciarse, con las afirmaciones traídas a colación se termina dándole la razón a la parte actora, aunque finalmente se niegan las pretensiones invocadas, lo cual no resulta coherente. Por la anterior situación, estimo que el análisis debió estar dirigido a ilustrar como lo dijo la parte demandada y puede inferirse de la motivación del acto acusado, que el Decreto 450 de 2016 sí implicó una modificación en el ejercicio de la facultad discrecional del presidente de la República para la conformación de la mentada terna. (...). [F]ueron varias las pautas procedimentales a las que el Presidente de la República sometió el ejercicio de su facultad discrecional para conformar la terna que presenta a la Corte Suprema Justicia, las cuales no se había previsto en la Constitución o la ley estatutaria de administración de justicia, razón por la cual el decreto acusado al indicar en sus considerandos que dicha facultad había sido objeto de regulación, simplemente hizo una manifestación que corresponde a la realidad, motivo por el cual no había lugar a considerar que se incurrió en la causal de nulidad de falsa motivación, cuestión distinta, es que tales pautas sean o no contrarias al ordenamiento superior, lo cual no fue objeto de la Litis. (...). En ese orden de ideas, aunque estoy de acuerdo con que el acto acusado no incurrió en falsa motivación, por las razones expuestas con anterioridad, disiento de la forma en que se abordó el estudio de dicho motivo de inconformidad. (...). [En cuanto a la presunta confrontación entre los decretos 1163 de 2019 y 450 de 2016 que propusieron los accionantes, se afirma que], (...) al parecer se pretendió responder al supuesto juicio de legalidad que plantearon los demandante entre los Decreto 1163 de 2019 y 450 de 2016, a fin de concluir que el mismo no es posible pues no se trata de normas de distinta jerarquía, consideraciones que estimo no resultaban pertinentes, en tanto de la revisión de la demanda no se evidencia que se haya planteado como cargo la infracción de norma superior, ni que se haya propuesto un juicio de validez entre los mencionados decretos, pues se hizo alusión a los mismos para argumentar que el 1163 de 2019 de manera contraria a la realidad consideró que el 450 de 2016 había implicado una modificación de la facultad discrecional del presidente de la República en lo atinente a la conformación de la terna para la elección del fiscal general de la Nación, lo que da cuenta de un cargo de falsa motivación, a luz del cual correspondía efectuar el análisis respectivo sin que fuere dable ir más allá del mismo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE ROCÍO ARAUJO OÑATE

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)





Radicación número: 11001-03-24-000-2019-00319-00

Actor: ALEJANDRO JIMÉNEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Referencia: SIMPLE NULIDAD - Solicitud de nulidad contra decreto que derogó el procedimiento de conformación de la terna para la elección del fiscal general de la Nación

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011¹¹ y con el acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la Sala, procedo a aclarar mi voto frente al fallo del 27 de febrero de 2020 que negó las pretensiones del medio de control de simple nulidad contra el Decreto 1163 de 2019 a través del cual el presidente de la República, la ministra de Justicia y del Derecho y la directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República derogaron el Decreto 450 de 2016, por medio del cual se estableció el trámite para la integración de la terna de candidatos al cargo de fiscal general de la Nación por parte del presidente de la República.

2. Aunque estoy de acuerdo con la decisión de negar las pretensiones de la demanda dentro del proceso de la referencia, en la medida en que el presidente de la República al derogar el procedimiento que había establecido para conformar la terna para la elección del fiscal general de la Nación, simplemente hizo uso de la potestad de la que está revestido en la materia, derivada de la discrecionalidad que el ordenamiento superior le concede para establecer qué personas puede postular ante la Corte Suprema de Justicia para la referida designación, por las razones que a continuación expongo, estimo que no fueron abordados con suficiencia algunos de los motivos de inconformidad que desarrollaron los demandantes.

3. Concretamente hago referencia (I) a la forma en que fue objeto de análisis el cargo consistente en la existencia de falsa motivación, porque supuestamente la norma demandada al indicar que el Decreto 450 de 2016 implicó una modificación al procedimiento de conformación de la referida terna efectuó una afirmación

¹¹ “Artículo 129. **Firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto.** Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo. Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente. Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho”.



contraria a la realidad, y de otra parte, (II) a la consideración que se realiza en la parte final de la providencia, consistente en que no era posible plantear un análisis de legalidad entre el anterior decreto y el 1163 de 2019, porque entre ellos no hay lugar a considerar que existe una norma superior desconocida, aunque a mi juicio es claro que los accionantes no formularon como causal de nulidad dicho motivo de inconformidad.

(I) Sobre la forma en que se abordó el cargo de falsa motivación

4. La providencia respecto de la cual aclaro mi voto, con los siguientes argumentos termina impropriamente reconociendo que el acto acusado incurrió en falsa motivación como lo explicó la parte demandante en su libelo introductorio, aunque finalmente el fallo niega las pretensiones formuladas:

*“Del análisis de la referida motivación (del Decreto 1163 de 2019) se advierte que la misma se basa en las normas que regulan el proceso de elección del fiscal general de la Nación y del supuesto según el cual **la facultad discrecional del presidente de la República para la conformación de la terna de candidatos para fiscal general de la Nación no puede ser modificada ni sometida a reglas distintas de elección a las fijadas para otro servidor público vía reglamentaria**, afirmaciones éstas que según se expuso con anterioridad, no son contrarias a la verdad, toda vez que al ser la referida regla de orden constitucional y estatutaria no puede ser variada por una norma de inferior como un decreto presidencial.*

*Además, en el acto acusado **nunca se afirma directamente que el Decreto 450 de 2016 haya modificado dicha función discrecional**, aunque en criterio de los actores, se insinúa.*

*No obstante, debe tenerse en cuenta que en el escrito de contestación de la demanda sí se afirmó por parte de las apoderadas de las entidades demandadas que el Decreto 450 de 2016 había alterado la esencia de la regla de conformación de la terna **y la discrecionalidad del presidente de la República para el efecto.***

*Sin embargo, se reitera, del estudio directo de la referida norma no se evidencia que se haya modificado la regla constitucional y estatutaria de elección del fiscal general de la Nación por cuanto **simplemente se estableció un trámite previo que en nada alteraba la discrecionalidad del jefe de Estado para el efecto.**” (Destacado fuera de texto)*

5. De la estructura argumentativa de las anteriores consideraciones pueden apreciarse las siguientes ideas centrales:

(I) Al analizar la motivación del acto acusado, respecto de la conformación de la terna de candidatos para el cargo de fiscal general de la Nación, simplemente se indicó que aquélla no puede ser modificada ni sometida a reglas distintas de elección a las fijadas para otro servidor público vía reglamentaria.

(II) El acto acusado en su motivación “nunca” indicó que el Decreto 450 de 2016 haya significado una modificación a la facultad discrecional del presidente de la República para conformar dicha terna.

(III) No obstante lo anterior, la parte demandada, creadora del decreto cuya nulidad se controvierte, sí estima que el Decreto 450 de 2016 implicó una



modificación a la facultad discrecional del presidente de la República para conformar la terna en mención.

(IV) La Sala al analizar el Decreto 450 de 2016 concluyó, que el mismo **no** implicó que se modificara la facultad discrecional del presidente de la República para conformar la referida terna.

6. Revisada la anterior estructura argumentativa, puede apreciarse que en sus aspectos esenciales coinciden con el principal motivo de inconformidad del demandante, según el cual (I) una de las motivaciones del acto acusado consistió en que el Decreto 450 de 2016 implicó una modificación de la facultad discrecional del presidente de la República para conformar la mentada terna (frente a lo cual la sentencia resalta que tal consideración fue aceptada por la parte demandada), pero que (II) **no es cierto que el Decreto 450 de 2016 haya significado dicha modificación** (como lo acepta el fallo), por lo tanto, (III) es claro que de manera contraria a la realidad, y por ende con falsa motivación, el acto acusado invocó como motivación algo que no corresponde a la realidad (los efectos que se le atribuyen al Decreto 450 de 2016).

7. Como puede apreciarse, con las afirmaciones traídas a colación se termina dándole la razón a la parte actora, aunque finalmente se niegan las pretensiones invocadas, lo cual no resulta coherente.

8. Por la anterior situación, estimo que el análisis debió estar dirigido a ilustrar como lo dijo la parte demandada y puede inferirse de la motivación del acto acusado, que el Decreto 450 de 2016 sí implicó una modificación en el ejercicio de la facultad discrecional del presidente de la República para la conformación de la mentada terna, en tanto sometió el ejercicio de la misma a un procedimiento con participación ciudadana que no existía y que en modo alguno le fue impuesto por el ordenamiento superior.

9. En otras palabras, que el Decreto 1163 de 2019 al indicar en sus considerados que la atribución reconocida al Ejecutivo para integrar la referida terna *“debe ser ejercida en los estrictos y precisos términos de lo consagrado en la Constitución Política y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, conforme a la regla especial de procedimiento allí prevista, sin que por vía reglamentaria pueda ser modificada ni sometida a reglas distintas de elección establecidas para la designación de otro tipo de servicios públicos”*, no incurrió en falsa motivación, pues corresponde a la realidad que la norma derogada sí implicaba una reglamentación del proceso a seguir para la elección del fiscal general de la Nación y, por ende, una modificación en el ejercicio de la facultad discrecional del presidente de la República en la materia.

10. En efecto, al analizar el Decreto 450 de 2016 se tiene que se estableció una invitación pública con un término perentorio (art. 3¹²), con el propósito de elaborar

¹² “Artículo 3°. Invitación pública. Dentro de las **dos (2) semanas anteriores a la fecha cierta en que culmine el periodo del Fiscal General de la Nación, se invitará públicamente**, mediante aviso que se publicará en un periódico de amplia circulación nacional, a quienes reúnan los requisitos

una lista con las personas que oportunamente acudieron a aquélla, aunque se dejaba a salvo la posibilidad de incluir a otros candidatos (art. 4¹³). Asimismo, se evidencia que luego de constituida la lista en el plazo establecido por la norma, la misma durante 5 días se sometía a consideración de la ciudadanía (art. 5¹⁴), para que posteriormente, luego de revisar y evaluar las observaciones efectuadas, si el presidente lo consideraba pertinente, se diera apertura a la fase de entrevista, para lo cual previamente tenían que divulgarse el mecanismo que garantizaría la equidad y transparencia en esta etapa (art. 6¹⁵).

11. Como puede apreciarse, fueron varias las pautas procedimentales a las que el Presidente de la República sometió el ejercicio de su facultad discrecional para conformar la terna que presenta a la Corte Suprema Justicia, las cuales no se había previsto en la Constitución o la ley estatutaria de administración de justicia, razón por la cual el decreto acusado al indicar en sus considerandos que dicha facultad había sido objeto de regulación, simplemente hizo una manifestación que corresponde a la realidad, motivo por el cual no había lugar a considerar que se incurrió en la causal de nulidad de falsa motivación, cuestión distinta, es que tales pautas sean o no contrarias al ordenamiento superior, lo cual no fue objeto de la litis del proceso de la referencia.

12. Por otra parte, advierto que la sentencia del 27 de febrero de 2020 luego de exponer la argumentación descrita en los numerales 4 y 5 de este escrito, frente al cargo de falsa motivación, de manera inmediata en los siguientes términos hizo alusión a la facultad discrecional del presidente de la República en la conformación de la terna:

establecidos en la Constitución Política y en la ley para tal cargo, con el fin de que dentro de **los siete (7) días calendario siguientes a dicha publicación**, postulen su nombre allegando al Ministro de la Presidencia de la República su hoja de vida, con los soportes documentales que correspondan”.

13 “Artículo 4°.Elaboración de la lista. Una vez vencido el término señalado, el Ministro de la Presidencia de la República remitirá la lista al Presidente de la República, quien, **en un término de dos (2) días calendario**, elaborará la lista definitiva de candidatos, en la que podrá incluir el nombre de otros ciudadanos”.

14 “Artículo 5°.Publicación de la lista definitiva. Una vez conformada la lista definitiva, Esta se publicará inmediatamente en la página web de la Presidencia de la República señalando expresamente si el candidato envió su hoja de vida según lo señalado en este Decreto o fue incluido por el Presidente de la República.

Se creará un canal, a cargo de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, para que los ciudadanos se pronuncien frente a los candidatos y se informará en medios de comunicación de amplia circulación la existencia del mismo. La ciudadanía contará **con un término de cinco (5) días calendario**, contados a partir de la publicación de la lista definitiva, para hacer llegar por escrito, de manera sustentada y a través del canal creado para este fin, las observaciones y apreciaciones que se consideren de interés respecto de los candidatos inscritos.

Dentro del mismo término la Secretaría Jurídica de la Presidencia podrá solicitar la opinión de organizaciones ciudadanas, sociales, universitarias o académicas, sobre los nombres inscritos en la lista.

Una vez vencido el término anterior, el Ministro de la Presidencia remitirá inmediatamente al Presidente de la República las observaciones y apreciaciones que le hayan sido presentadas por los ciudadanos”.

15 “Artículo 6°.Entrevista. Recibidas las observaciones y apreciaciones de los ciudadanos, el Presidente de la República podrá realizar entrevistas a los candidatos, caso en el cual se deberá establecer y divulgar **previamente un mecanismo para la realización de las mismas que garantice equidad y transparencia.**”

“Entonces, es claro que la competencia para la elección del fiscal general de la Nación en sus dos etapas es absolutamente discrecional y en virtud de dicha discrecionalidad pueden proferirse reglamentaciones adicionales con el fin de mejorar tanto el proceso de elaboración de la terna como el de elección, tal y como ocurrió con el Decreto 450 de 2016, que fijó un trámite para la integración de la terna consistente en una invitación pública, la elaboración de una lista, su publicación, una entrevista y la divulgación de la terna.

No obstante, la implementación de dichas políticas no quiere decir que éstas resulten inmodificables o inderogables, por cuanto, el presidente de la República en uso de su facultad discrecional puede variar la reglamentación que sobre la materia exista, siempre y cuando respete la regla fijada en la Carta Política y reproducida en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, como aconteció en este caso”.

13. Aunque comparto el contenido de las anteriores afirmaciones, que hacen énfasis en la facultad discrecional del presidente de la República en la materia, aspecto en el que valga la pena resaltar no se profundizó a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, estimo que con las referidas consideraciones no se responde de manera congruente al cargo de falsa motivación, en tanto si el fundamento de éste consistió en que la norma acusada indica de manera incorrecta que el Decreto 450 de 2016 había implicado una modificación en la facultad del presidente de la República de conformar la respectiva terna, el análisis correspondiente debía enfocarse en establecer la falsedad o veracidad de esa afirmación, más no en oponer a la misma que aquél tenía la potestad de variar la reglamentación que sobre el particular estableció, pues con esta última tesis no se resuelve de manera congruente el cargo formulado, dicho de otro modo, no se hace referencia directa a las premisas sobre la cuales los demandantes edificaron su argumentación en punto a la mentada causal de nulidad.

14. En ese orden de ideas, aunque estoy de acuerdo con que el acto acusado no incurrió en falsa motivación, por las razones expuestas con anterioridad, disiento de la forma en que se abordó el estudio de dicho motivo de inconformidad.

II) Sobre la presunta confrontación entre los decretos 1163 de 2019 y 450 de 2016 que propusieron los accionantes

15. De otra parte, en la parte final de la sentencia respecto de la cual aclaro mi voto se indicó:

“Al margen de lo anterior, resulta del caso resaltar que tanto los demandantes como los coadyuvantes **parecen fincar su inconformidad con el decreto demandado en el hecho de que éste desconoció el Decreto 450 de 2016** que, en su criterio es la norma adecuada para regir la elaboración de la terna para la elección de fiscal general de la Nación, **no obstante, debe advertirse en este punto que no es posible cotejar dos actos de la misma categoría o nivel jerárquico** para derivar de uno, la nulidad del otro, como parece pretenderse en este caso.

Es decir, el hecho de que el Decreto 450 de 2016 haya fijado un trámite deseable para la parte actora que el Decreto 1163 de 2019 derogó, no hace que este último sea ilegal” (Destacado fuera de texto).



16. Con los anteriores argumentos al parecer se pretendió responder al supuesto juicio de legalidad que plantearon los demandante entre los Decreto 1163 de 2019 y 450 de 2016, a fin de concluir que el mismo no es posible pues no se trata de normas de distinta jerarquía, consideraciones que estimo no resultaban pertinentes, en tanto de la revisión de la demanda no se evidencia que se haya planteado como cargo la infracción de norma superior, ni que se haya propuesto un juicio de validez entre los mencionados decretos, pues se hizo alusión a los mismos para argumentar que el 1163 de 2019 de manera contraria a la realidad consideró que el 450 de 2016 había implicado una modificación de la facultad discrecional del presidente de la República en lo atinente a la conformación de la terna para la elección del fiscal general de la Nación, lo que da cuenta de un cargo de falsa motivación, a luz del cual correspondía efectuar el análisis respectivo sin que fuere dable ir más allá del mismo.

En los anteriores términos, dejo expuesto mi aclaración de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD – Errada formulación de la demanda al pretender comparar la motivación de dos decretos del mismo rango / DISCRECIONALIDAD – Debió profundizarse en su análisis / CONVENCIONALIDAD – El análisis del fallo debió focalizarse solamente en el decreto demandado

[A]unque comparto la decisión tomada en el presente caso de negar las pretensiones de la demanda, al no advertir norma transgredida ni prosperidad en la causal de falsa motivación, me permito disentir mi voto en la modalidad de aclaración, frente a aspectos muy puntuales de las consideraciones, atinentes a: (i) la errada formulación del libelo dentro del medio de control de nulidad objetiva del acto de contenido electoral; (ii) la discrecionalidad cuando se trata de una competencia de selección para integrar una terna y (iii) el tratamiento de la convencionalidad. La formulación del libelo demandatorio. Considero que la demanda, en su argumento, adolecía de una indebida formulación argumentativa, teniendo en cuenta que se trataba de analizar la legalidad objetiva del decreto presidencial con el que el Primer mandatario determinó el trámite para la integración de la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación. Lo afirmo de ese modo, por cuanto la nulidad del acto de contenido electoral, en este caso recaía contra el Decreto 1163 de 2019, como corresponde a todo juicio en el que se demanda la presunción de legalidad del acto, parte de la comparación objetiva con el bloque de legalidad o de constitucionalidad o ambos, según sea del caso, es decir, el cotejo procede, de cara a la norma superior infringida o a partir de las otras causales generales contra el acto administrativo con componente diferencial, cuando se trata de la falsa motivación o la desviación de poder e incluso algunas veces de la expedición irregular, en tanto contienen la apariencia de legal y conforme a derecho. En el caso que ocupó la atención de la Sala y que concluyó



con el proferimiento del fallo de la referencia, advertí que aunque se invocaron normas superiores infringidas y se alegó la falsa motivación, profundizando bien en el contenido de la carga argumentativa de la censura, emerge en el sustrato del libelo genitor que lo que se acusa es un Decreto del Presidente (1163 de 2019 derogatorio) contra otro Decreto del Presidente (450 de 2016 derogado). (...). [U]na postulación en el sentido de la demanda, abstrae cualquier juicio de legalidad, por ser ajeno y desnaturalizar el presupuesto básico del análisis de legalidad del acto, en tanto ninguno de los decretos mencionados es superior uno del otro, por lo que jurídicamente, carecen entre ellos de relación jerárquica normativa dentro de la pirámide kelseniana, lo cual imposibilita desde todo punto de vista el comparativo de legalidad para auscultar el acto demandado, por lo menos, desde la óptica y circunscrito a la forma como fue formulada la censura por parte del actor. (...). Si bien, en el caso que ocupó la atención de la Sala, podría pensarse que entonces quedaba vigente la censura de falsa motivación, lo cierto es que tampoco estuvo bien formulada porque nuevamente el demandante lleva, al juez de la nulidad de contenido electoral, al comparativo entre la motivación de ambos decretos equivalentes en su rango. (...). Y tales vicisitudes se reflejaron en el fallo, cuando se entrelazó la aceptación de la motivación del decreto derogado 450 de 2016 con la del decreto derogatorio 1163 de 2019 y se indicó que ambos son conforme a derecho, siendo que la demanda no puede recaer o no recae sobre el mencionado Decreto 450 de 2016. (...). Por contera consideré que el hoy fallo, como lo expuse en la Sala en la que se discutía el entonces proyecto, debía focalizarse en el Decreto 1163 de 2019 y desechar por ser ajeno a este medio de control, el comparar las motivaciones de ambos decretos. El alcance de la discrecionalidad en una atribución de integración de una terna. (...). [A]dvertí que en el análisis de la discrecionalidad en una función que es privativa del Presidente de la República, dentro de la selección de unos ternados a la alta dignidad del Fiscal General de la Nación, no se hizo claridad si dentro del contexto de esa discrecionalidad era viable que quien tiene la atribución de terna planteara formas o métodos de facilitar su decisión de escogencia dentro del margen de lo que la norma le fija escuetamente, en tanto no es el nominador directo sino quien tiene a cargo la etapa previa de conformar la terna de candidatos elegibles. En el entonces proyecto se emplea y se reitera el vocablo “discrecionalidad”, pero en realidad no observé una explicación dentro de dos contextos que consideré necesarios: a) el poder derogatorio de los decretos que expide el Presidente, se puede demandar por nulidad de contenido electoral, cuando de lo que se trata es formular un planteamiento de conveniencia, o de cuál es más beneficioso o más ventajoso. Hasta qué punto la demanda de nulidad de contenido electoral emerge como un bloqueo a la facultad derogatoria del funcionario que terna a los aspirantes para que otro elija y, b) en realidad la discrecionalidad cómo se debe evaluar cuando no se tiene el poder nominador sino de elaboración de una postulación grupal de candidatos (terna), en el que la ley establece pocos requisitos a cumplir. (...). Respetuosamente consideré que el fallo dejó esos puntos basilares sin adentrarse en dicho análisis, sin demeritar la decisión denegatoria que apoyé al advertir la incorrecta formulación de fondo –no de forma- de la demanda y sin encontrar probado que el Decreto 1163 de 2019 fuera contrario a derecho, dentro del planteamiento que hiciera el demandante. La convencionalidad citada en el fallo. (...). [A] mi juicio, itero, que incluso dando vía al argumento de la convencionalidad, el fallo debió quedarse en el decreto demandado 1163 de 2019 y hacer todo el análisis con base en éste, sin dejarse llevar por el comparativo de actos del mismo rango que no es viable cuando se analiza presunción de legalidad y dejárselo claro al actor desde el inicio. (...). Por ello, finalmente durante el debate previo al proferimiento del fallo, sugerí que el análisis: (1) se focalizara en el decreto 1163 de 2019 que era lo demandado, (2) se indicara al actor que no era viable cotejar actos del mismo nivel jerárquico,



porque el estudio objetivo de legalidad es ajeno a comparar actos del mismo nivel jerárquico, (3) se desarrollara el manejo de la discrecionalidad como función tanto para escogencia de Fiscal, como para la derogación de actos por parte del Presidente de la República y (4) se respondieran inquietudes ¿Cómo es viable o no para un Presidente dentro de sus funciones discrecionales expedir un Decreto presidencial con lo que considera se debe implementar dentro del ejercicio de un asunto que le es discrecional, es ello legal y legítimo o debió dejarlo en una directriz o instructivo interno o incluso manifestarlo oralmente al momento de tener a los candidatos?. Lo anterior sin demeritar que la decisión de la parte resolutive es la correcta, la cual comparto plenamente en tanto no advertí prosperidad en las censuras de la demanda, al margen de lo que consideré una formulación hábil de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-24-000-2019-00319-00

Actor: ALEJANDRO JIMÉNEZ OSPINA

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

Referencia: NULIDAD - ACLARACIÓN DE VOTO AL FALLO - Decreto 1163 de 2019 derogatorio del Decreto 450 de 2016 expedidos por el Presidente de la República (Trámite para la integración de la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación por parte del Presidente de la República)

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto, he de manifestar que aunque comparto la decisión tomada en el presente caso de negar las pretensiones de la demanda, al no advertir norma transgredida ni prosperidad en la causal de falsa motivación, me permito disentir mi voto en la modalidad de aclaración, frente a aspectos muy puntuales de las consideraciones, atinentes a: **(i)** la errada formulación del libelo dentro del medio de control de nulidad objetiva del acto de contenido electoral; **(ii)** la discrecionalidad cuando se trata de una competencia de selección para integrar una terna y **(iii)** el tratamiento de la convencionalidad. Las siguientes son las razones de mi aclaración:

1) La formulación del libelo demandatorio

Considero que la demanda, en su argumento, adolecía de una indebida formulación argumentativa, teniendo en cuenta que se trataba de analizar la



legalidad objetiva del decreto presidencial con el que el Primer mandatario determinó el trámite para la integración de la terna de candidatos a Fiscal General de la Nación.

Lo afirmo de ese modo, por cuanto la nulidad del acto de contenido electoral, en este caso recaía contra el Decreto 1163 de 2019, como corresponde a todo juicio en el que se demanda la presunción de legalidad del acto, parte de la comparación objetiva con el bloque de legalidad o de constitucionalidad o ambos, según sea del caso, es decir, el cotejo procede, de cara a la norma superior infringida o a partir de las otras causales generales contra el acto administrativo con componente diferencial, cuando se trata de la falsa motivación o la desviación de poder e incluso algunas veces de la expedición irregular, en tanto contienen la apariencia de legal y conforme a derecho.

En el caso que ocupó la atención de la Sala y que concluyó con el proferimiento del fallo de la referencia, advertí que aunque se invocaron normas superiores infringidas y se alegó la falsa motivación, profundizando bien en el contenido de la carga argumentativa de la censuras, emerge en el sustrato del libelo genitor que lo que se acusa es un Decreto del Presidente (1163 de 2019 derogatorio) contra otro Decreto del Presidente (450 de 2016 derogado).

Con el propósito, muy hábil de la parte actora, de llevar al juez de la nulidad de contenido electoral a que dilucide que aquel no debía derogar a éste, porque a su juicio y en su pensar, uno es mejor que el otro, lo cual dentro del contexto del objetivo de legalidad es errado y ajeno a sus alcances, porque son dispositivos del mismo rango, por eso afirmé en su momento y recabo en ello, que una postulación en el sentido de la demanda, abstrae cualquier juicio de legalidad, por ser ajeno y desnaturalizar el presupuesto básico del análisis de legalidad del acto, en tanto ninguno de los decretos mencionados es superior uno del otro, por lo que jurídicamente, carecen entre ellos de relación jerárquica normativa dentro de la pirámide kelseniana, lo cual imposibilita desde todo punto de vista el comparativo de legalidad para auscultar el acto demandado, por lo menos, desde la óptica y circunscrito a la forma como fue formulada la censura por parte del actor.

En efecto, obsérvese que en el concepto de violación y en las normas invocadas, el actor solo menciona los artículos constitucionales sin mayor profundidad argumentativa, como si se tratara de un distractor en la carga argumentativa, como se aprecia de la mención de los artículos constitucionales 29 (debido proceso), 83 (buena fe) y 209 (principios de la función pública). En la misma línea, la invocación de los artículos 3, 6, 42 y 44 del CPACA no se desarrollan en su argumento exacto y éstos se refieren a materias generales como son en su orden: principios, deberes de las personas, contenido de la decisión administrativa y 44 decisiones discrecionales y finalmente, el artículo 3 de la Ley 1712 de 2014 *“Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”*, en cuyo artículo 3, sobre **“OTROS PRINCIPIOS DE LA TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. En la interpretación del derecho de acceso a la**



información se deberá adoptar un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, así como aplicar los siguientes principios...”:

Valga tener en cuenta que el único relacionado con el tema argumentativo de fondo es el 44 del CPACA sobre decisiones discrecionales, pero nuevamente el actor reenvía a su argumento medular que estructuró en la oposición de un decreto presidencial frente al otro del mismo nivel.

A mi juicio, sería tanto como demandar la inexecutable de una ley, trayendo algunas normas superiores, pero en realidad enfrentando una ley del mismo rango a otra y alegando que el legislador no podía derogar la ley anterior, al considerar más positivo o conveniente el texto de la norma derogada.

Si bien, en el caso que ocupó la atención de la Sala, podría pensarse que entonces quedaba vigente la censura de **falsa motivación**, lo cierto es que tampoco estuvo bien formulada porque nuevamente el demandante lleva, al juez de la nulidad de contenido electoral, al comparativo entre la motivación de ambos decretos equivalentes en su rango.

Quedando en el tintero las siguientes inquietudes: ¿Cómo determinar que una motivación es mejor que la otra, para así prelación una sobre la otra? ¿Acaso no resulta ajeno y extraño, al estudio de legalidad, que el cotejo normativo se apoye en comparar los dos decretos presidenciales del mismo nivel normativo?

Y tales vicisitudes se reflejaron en el fallo, cuando se entrelazó la aceptación de la motivación del decreto derogado 450 de 2016 con la del decreto derogatorio 1163 de 2019 y se indicó que ambos son conforme a derecho, siendo que la demanda no puede recaer o no recae sobre el mencionado Decreto 450 de 2016.

Ahora, si bien se agregó que se trajo a mención porque lo incluyeron las accionadas, lo cierto es que no hizo parte propiamente de la *causa petendi* más allá de buscar el comparativo con el Decreto 1163 sí demandado.

Por contera consideré que el hoy fallo, como lo expuse en la Sala en la que se discutía el entonces proyecto, debía focalizarse en el Decreto 1163 de 2019 y desechar por ser ajeno a este medio de control, el comparar las motivaciones de ambos decretos.

2) El alcance de la discrecionalidad en una atribución de integración de una terna

Otro punto llamó mi atención, y es que advertí que en el análisis de la discrecionalidad en una función que es privativa del Presidente de la República, dentro de la selección de unos ternados a la alta dignidad del Fiscal General de la Nación, no se hizo claridad si dentro del contexto de esa discrecionalidad era viable que quien tiene la atribución de terner planteara formas o métodos de facilitar su decisión de escogencia dentro del margen de lo que la norma le fija



escuetamente, en tanto no es el nominador directo sino quien tiene a cargo la etapa previa de conformar la terna de candidatos elegibles.

En el entonces proyecto se emplea y se reitera el vocablo “*discrecionalidad*”, pero en realidad no observé una explicación dentro de dos contextos que consideré necesarios: **a)** el poder derogatorio de los decretos que expide el Presidente, se puede demandar por nulidad de contenido electoral, cuando de lo que se trata es formular un planteamiento de conveniencia, o de cuál es más beneficioso o más ventajoso. Hasta qué punto la demanda de nulidad de contenido electoral emerge como un bloqueo a la facultad derogatoria del funcionario que terna a los aspirantes para que otro elija y, **b)** en realidad la discrecionalidad cómo se debe evaluar cuando no se tiene el poder nominador sino de elaboración de una postulación grupal de candidatos (terna), en el que la ley establece pocos requisitos a cumplir, argumento que alcanzó a esbozar el Ministerio Público, en su concepto final, cuando dijo: “*existe facultad discrecional cuando el funcionario u órgano tiene cierto margen de apreciación para determinar qué medida satisface mejor el interés general en tanto el ordenamiento jurídico le deja la posibilidad de juzgar las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia, con el fin de realizar una acción o abstenerse de hacerlo o escoger el sentido de la decisión, lo cual puede traducirse en arbitrariedad*” (véase folio 12 del proyecto).

Respetuosamente consideré que el fallo dejó esos puntos basilares sin adentrarse en dicho análisis, sin demeritar la decisión denegatoria que apoyé al advertir la incorrecta formulación de fondo –no de forma- de la demanda y sin encontrar probado que el Decreto 1163 de 2019 fuera contrario a derecho, dentro del planteamiento que hiciera el demandante.

3) La convencionalidad citada en el fallo

Finalmente, el fallo alude a la convencionalidad al tratamiento que en las normas supranacionales se la ha dado a la necesaria autonomía de la función del Fiscal General de la Nación, lo cierto es que es precisamente esa habilidad del demandante lo que lleva a terminar cotejando dos actos del mismo rango, para seguir dentro del encausamiento pretendido por el actor y es que el juez electoral se decante por determinar cuál de los dos decretos presidenciales es mejor en su motivación y claro, para su interés, ojalá el aceptado sea el Decreto 450 de 2016.

Por lo que a mi juicio, itero, que incluso dando vía al argumento de la convencionalidad, el fallo debió quedarse en el decreto demandado 1163 de 2019 y hacer todo el análisis con base en éste, sin dejarse llevar por el comparativo de actos del mismo rango que no es viable cuando se analiza presunción de legalidad y dejárselo claro al actor desde el inicio.

Ahora, si bien ello no daba para que se advirtiera obstáculo en los presupuestos procesales de la demanda que impidieran darle curso a la demanda o que hubieran imposibilitado el pronunciamiento cautelar el cual fue denegatorio, toda vez que en esos estadios iniciales del proceso, la demanda se advierte formulada correctamente desde sus presupuestos formales, y solo cuando el juez se adentra



en el mérito o fondo del análisis del asunto es que emerge el propósito de la demanda de una formulación de decreto contra decreto de igual jerarquía, es que surge con claridad que son incomparables o no cotejables desde su presunción de legalidad al estar en el mismo nivel y porque la nulidad como medio de control no está para “controlar” actos jerárquicamente iguales.

Por ello, finalmente durante el debate previo al proferimiento del fallo, sugerí que el análisis: **(1)** se focalizara en el decreto 1163 de 2019 que era lo demandado, **(2)** se indicara al actor que no era viable cotejar actos del mismo nivel jerárquico, porque el estudio objetivo de legalidad es ajeno a comparar actos del mismo nivel jerárquico, **(3)** se desarrollara el manejo de la discrecionalidad como función tanto para escogencia de Fiscal, como para la derogación de actos por parte del Presidente de la República y **(4)** se respondieran inquietudes ¿Cómo es viable o no para un Presidente dentro de sus funciones discrecionales expedir un Decreto presidencial con lo que considera se debe implementar dentro del ejercicio de un asunto que le es discrecional, es ello legal y legítimo o debió dejarlo en una directriz o instructivo interno o incluso manifestarlo oralmente al momento de tener a los candidatos?.

Lo anterior sin demeritar que la decisión de la parte resolutive es la correcta, la cual comparto plenamente en tanto no advertí prosperidad en las censuras de la demanda, al margen de lo que consideré una formulación hábil de la demanda.

En dichos términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada