



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

MAGISTRADA: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

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

Referencia: NULIDAD
Radicación: 11001-03-24-000-2019-00319-00
Demandante: ALEJANDRO JIMÉNEZ OSPINA
Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS
Tema: 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 inexecuibilidad 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