

COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL – Creación / COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL – Integración / COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL – Exequibilidad

El artículo 19 del AL 02/15 creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (...) Como es sabido, la Sentencia C-285-16 declaró inexecutable el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial, y reconfiguró el Consejo Superior de la Judicatura y sus funciones. Asimismo, la Sentencia C-373-16 declaró executable el artículo 19 del AL 02/15, el cual quedó incorporado como artículo 257 A de la Constitución Política. De manera que, si bien operó la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria como efecto del artículo 15 del AL 02/15, dicha sala debió continuar en ejercicio de la función disciplinaria hasta cuando, de acuerdo con el artículo 19 del mismo AL 02/15 – artículo 257 A de la Constitución Política - sea integrada la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 – ARTÍCULO 19 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 257 A

NOTA DE RELATORÍA: En este concepto se hace un recuento de las normas y actos administrativos expedidos para suplir las vacantes de la Comisión de Disciplina Judicial, así como los pronunciamientos que dispusieron su suspensión y los que finalmente ordenaron la anulación

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los pronunciamientos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil en torno a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 24 de abril de 2017, Radicación interna: 2327, Número Único: 11001-03-06-000-2017-000013-00, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2018, Radicación interna: 2378 – Ampliación 2327; Número Único: 11001-03-06-000-2018-00091-00, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de octubre de 2018, Radicación interna: 2400, Número único: 11001030600020180019100

APLICACIÓN DE LA LEY POR ANALOGÍA - En el ejercicio de funciones administrativas

El elemento en mención – compartir la misma razón jurídica – es uno de los que, en criterio de la Sala, debe configurarse como condición *sine qua non* para la procedencia de la analogía en el ejercicio de funciones administrativas, y está presente en el asunto que hoy estudia la Sala, como se explicará adelante. Ahora bien, el segundo elemento que también para la Sala es de la naturaleza y de la esencia de la analogía, es la existencia de una ley de referencia. (...) Así, la analogía se configura y, por lo mismo es procedente, cuando (i) se está ante un asunto que debe resolverse; (ii) pero no existe una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) en cambio hay una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que, por compartir la misma razón jurídica, admiten la misma solución en derecho. (...) Para concluir este análisis, la Sala destaca que, en la aplicación de una ley por vía de analogía, la autoridad resuelve, con las reglas contenidas en una ley vigente, el asunto que carece de normatividad propia. Dicha autoridad, que debe tener la competencia para conocer y decidir del asunto de que se trate, no crea ni fija las reglas; aplica la ley ya existente. Ahora bien, para la Sala es de especial interés dejar registrado en este concepto, por el interés que sin duda tiene para la autoridad consultante y para las autoridades que intervienen en la conformación de las ternas y la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación acogió la argumentación y las conclusiones expuestas por esta Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto

2274, cuando negó las pretensiones de las demandas de nulidad electoral presentadas contra algunas elecciones de contralores territoriales precisamente con aplicación -por vía analógica- de la Ley 1551 de 2012 sobre elección de los personeros municipales

FUENTE FORMAL: LEY 153 DE 1887 – ARTÍCULO 8 / LEY 1551 DE 2012

APLICACIÓN ANALÓGICA DE LEY QUE ESTABLECE LAS REGLAS DE LA CONVOCATORIA PÚBLICA PREVIA A LA ELECCIÓN DE CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA POR EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – A elección de Comisión de Disciplina Judicial

[D]esde el punto de vista de la similitud en la razón jurídica u objeto jurídico tutelado, la Ley 1904 de 2018 es susceptible de ser aplicada por analogía al caso que nos ocupa. (...) la ley cumple con los requisitos de similitud necesarios para ser tenida como ley de referencia, y en consecuencia hacer que se tengan por cumplidas las condiciones de utilización del método (de la analogía). (...) [T]al como se analizó en los conceptos 2274 y 2400, ante la ausencia de la ley especial que regule dichas convocatorias en cumplimiento del artículo 126, inciso cuarto, constitucional, las respectivas autoridades competentes – para el caso, el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura – pueden acudir a la aplicación por vía analógica, de Ley 1904 de 2018, en el entendido de que al hacerlo no están creando sus propias reglas sino dando aplicación a una ley que ya regula el procedimiento de convocatoria pública como etapa previa al ejercicio de la competencia del Congreso de la República para la elección de unos servidores públicos: en la Ley 1904, el Contralor General de la República; y en su aplicación por analogía, los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

FUENTE FORMAL: LEY 1904 DE 2018 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126

COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL – Implementación y entrada en funcionamiento

Como se anotó en la reseña del Concepto 2378 (ver punto 3.2 del presente concepto) la Sala desde entonces – junio 18 de 2018 - advirtió que el hecho de no integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, creada en el AL 02/15 y declarada exequible por la Corte Constitucional, estaba empezando a configurar «una especie de “estado de cosas inconstitucional” porque había tornado indefinida la continuidad de los cargos de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, órgano que a su vez fue derogado tácitamente por el mismo acto legislativo y confirmada tal derogatoria en virtud de las decisiones contenidas en las Sentencias C-285-16 y C-373-16

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 – ARTÍCULO 19 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 257 A

PRINCIPIO – De la supremacía de la Constitución / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / VINCULACIÓN MÁS FUERTE – Principio

El principio de supremacía de la Constitución encuentra su fuente en el artículo 3° de la Carta, conforme al cual la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público que se ejercerá en los términos establecidos en la propia Constitución (...) El principio de legalidad prescribe que las autoridades deben someter sus actuaciones y actividades al imperio de la ley, esto es, que su

proceder debe estar de acuerdo con el orden jurídico existente. (...) Es así que la Constitución y la ley cumplen con el rol de establecer las funciones de las ramas del poder público, y de delimitar de manera rigurosa y precisa el poder dado a todo funcionario u organismo estatal. (...) Según el principio de vinculación más fuerte, todos los operadores jurídicos deben hacer primar la obediencia a la Constitución por encima de cualquier otro mandato, y los órganos del Estado deben cumplir fines determinados de acuerdo con su marco funcional. En tales circunstancias, para la sala no cabe duda de que a las autoridades concernidas les resulta obligatoria la actuación de que se ocupa el presente concepto

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 3

COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL – Entrada en funcionamiento

[E]l constituyente derivado en el AL 02/15 dejó manifiesta su voluntad de la concurrencia de los máximos órganos de las tres ramas del poder público en la integración de la Comisión Nacional de Defensa Judicial. Ese mandato constitucional, en el marco del diseño también constitucional de tres ramas autónomas pero regidas por el principio de la colaboración armónica, permite -y a la vez exige- el cumplimiento del propio deber en el proceso de conformación de ternas y de la subsiguiente elección. El principio de colaboración armónica busca evitar que los fines del Estado se vean obstruidos por la inacción de alguna de las autoridades públicas que, en casos como el que ahora estudia la sala, deban concurrir para su realización. A la vez, supone que cada uno de los órganos debe emplear sus propios medios constitucionales y legales para intervenir y realizar el objeto normativo de que se trate – por supuesto sin perjuicio y a partir de sus respectivas autonomías

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 – ARTÍCULO 19 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 257 A

COMISIÓN DE DISCIPLINA JUDICIAL – Ternas / COMISIÓN DE DISCIPLINA JUDICIAL – Competente para ejercer función disciplinar en la Rama Judicial

(i) Los incisos primero y quinto del artículo 257 A, transcrito, asignan a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial la función disciplinaria (1) respecto de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y (2) en relación con los abogados, mientras la ley no la atribuya a un Colegio de Abogados. (ii) Los incisos segundo y tercero disponen el número de miembros, cómo y por quién son elegidos, el período y la prohibición de reelección, y los requisitos para ejercer el cargo. Estos mandatos son permanentes y han de cumplirse siempre que deban proveerse uno o varios de los cargos de magistrado de la Comisión. (iii) La asignación de la función disciplinaria por el artículo 19 del AL 02/15 original, a un órgano nuevo -la Comisión en estudio-, guardaba armonía con el texto original del artículo 15 del mismo AL02/15 en tanto este remplazaba el artículo 254 original para suprimir el Consejo Superior de la Judicatura y sus dos Salas y crear otros órganos de gobierno y administración de la Rama Judicial. (...) (iv) Para efectos de la transición entre el órgano suprimido y el órgano creado, se fijó el plazo de un año a la elección de los magistrados de la Comisión, y se vinculó su posesión al inicio de la labor de la misma Comisión. (...) Estima la Sala que el texto constitucional supone: (1) la elección de un número plural de magistrados; (2) la posesión; y (3), con esta, la posibilidad jurídica de que la Comisión avoque el conocimiento de los procesos disciplinarios, es decir, inicie el ejercicio de la función para la que fue creada. Para el ejercicio de la función, la norma no habla de los magistrados; se

refiere a la Comisión -esto es, al órgano-, por cuanto es este el competente para ejercer la función disciplinar en la Rama Judicial, y no sus miembros individualmente considerados. En el esquema diseñado para completar la transición, el órgano que sustituye a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria es también la Comisión, y no sus miembros

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 – ARTÍCULO 19 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 257 A

ÓRGANO QUE DEBE SUSTITUIR COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL – Esquema para completar la transición

(v) El esquema de transición se planteó bajo tres supuestos: (...) la supresión del órgano anterior – la Sala Jurisdiccional Disciplinaria – en el nivel constitucional, en virtud del artículo 15 original del AL 02/15; (...) la continuidad de la función mediante la conservación transitoria de la estructura y la organización de la Sala original –desligada del Consejo Superior de la Judicatura, como ya se expuso-; (...) y la existencia constitucional del órgano sustituto, que se configuraba con la entrada en vigencia del acto legislativo. (...) (vi) Los tres supuestos referidos confluyen en la consideración de que, para la primera elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el Congreso de la República debería recibir del Presidente de la República y del Consejo Superior de la Judicatura las ternas que a cada una de estas autoridades corresponde. (...) [P]ara la integración inicial, en el ejercicio independiente de las competencias propias de cada uno, el Presidente de la República o el Consejo Superior de la Judicatura, teóricamente, podrían conformar el número de ternas que les corresponden y presentarlas al Congreso de la República, sin coordinación temporal alguna. De manera igualmente teórica, en tal caso, también el órgano legislativo podría elegir, en ejercicio de su competencia propia. (...) [L]a elección con base en las ternas presentadas por solo una de las autoridades habilitadas, quedarían elegidos, sin duda, los respectivos magistrados. Pero frente al mandato del artículo 257 A en su párrafo transitorio, no podría reconocerse como constituido -ni fáctica ni jurídicamente- el órgano creado para remplazar a la Sala Jurisdiccional disciplinaria en la función disciplinar de y para la Rama Judicial

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 – ARTÍCULO 19 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 257 A

FUNCIÓN DISCIPLINAR – Continuidad

El trámite que se adelante en aras de la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberá entonces velar porque tal integración sea eficaz, pues, se repite, no son sus magistrados quienes ejercen la función disciplinar, sino la Comisión, vale decir el órgano del que forman parte

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015

MAGISTRADOS QUE CONFORMEN COMISIÓN DE DISCIPLINA JUDICIAL – Posesión

a) Como se dejó establecido al plantear el problema jurídico, *ut supra*, la norma constitucional se refiere al inicio de operaciones del órgano, y no de magistrados aisladamente considerados. Así, lo que debe ocurrir es que, en principio, el Presidente de la República posea a los siete integrantes simultáneamente. b) Para que tal evento sea plausible, la elección a cargo del Congreso debería

surtirse, en principio, también de manera simultánea, por manera que en ese momento empiecen a correr los términos relativos al cumplimiento de requisitos previos a la posesión, etcétera. c) Se sigue de lo anterior que es fuerza que el envío de las ternas al Congreso acaezca de manera coetánea, o sincrónica. La posibilidad de que el proceso arriba descrito se cumpla al pie de la letra, o se cumpla al máximo (lo cual sería suficiente para llegar a la posesión simultánea), presenta dos escenarios fundamentales –y que además no son excluyentes-, a saber: (...) El simple y pacífico desarrollo del principio de colaboración armónica ordenado por el artículo 113 de la Constitución, al cual se hizo referencia extensa en el acápite anterior. (...) El exhorto, por parte del Congreso, a las autoridades que tienen a su cargo el acto previo de envío de las ternas, para que las envíen en una época determinada, por manera que el primero pueda ejercer su función electoral y de paso honrar su propia decisión de creación de un órgano, tomada como constituyente derivado. En lo que respecta al escenario A), resultaría trivial cualquier comentario adicional. Los actores concernidos tendrían que hacer los acuerdos correspondientes. El escenario B) se apoya en tres consideraciones normativas, consagradas en la Constitución Política y las leyes 5ª de 1992 y 734 de 2002. **En primer lugar**, que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes no solo de los particulares sino también del Estado -entre otras finalidades-. (...) **En primer lugar**, que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes no solo de los particulares sino también del Estado -entre otras finalidades-. (...) **En segundo lugar**, de hecho, acota la Sala, el envío coetáneo de las ternas no solo resulta de mínima consideración con el H Congreso de la República, sino que tiene fundamento en la propia Ley 5ª de 1992 (...) **En tercer lugar**, el escenario B) también obedece al trasunto del mismo principio de colaboración armónica, del cual arriba se afirmó que “es ante todo un deber exigible a las autoridades públicas para el buen logro de los cometidos estatales.” Bajo esa consideración, también, el Congreso de la República está facultado para exhortar al Presidente de la República y al Consejo Superior de la Judicatura en orden a que, previo agotamiento del procedimiento de convocatoria pública reglada, le remitan simultáneamente o con una mínima diferencia de tiempo, las respectivas ternas

FUENTE FORMAL: LEY 5 DE 1992 / LEY 734 DE 2002 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 113

CONGRESO DE LA REPÚBLICA – Debe exhortar para que autoridades postulen a los candidatos de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

[R]esulta procedente que el H Congreso de la República, mediante un exhorto, requiera a las autoridades de las otras ramas del poder con competencia para postular los candidatos a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, para que cumplan con el deber previsto en el artículo 257 A de la Carta y activen la convocatoria pública en orden a conformar sus respectivas ternas y enviarlas de manera sincrónica al órgano legislativo. La anterior circunstancia permitiría al Congreso de la República, reunido en pleno, elegir simultáneamente a los magistrados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 257 A

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Obligatoriedad

[L]a excepción de inconstitucionalidad corresponde a un deber de los operadores jurídicos para inaplicar los preceptos legales cuando resulten contrarios al texto

superior. Todas las autoridades públicas, y no solo los funcionarios judiciales, tienen la obligación de garantizar la supremacía de los preceptos constitucionales, pues así lo manda expresamente el artículo cuarto de la Carta. En suma, de acuerdo con las razones expuestas en este numeral, se concluye que la aplicación analógica de las normas contenidas en la Ley 1904 para la conformación de ternas o listas para elecciones atribuidas a las corporaciones públicas –en general-, conforme a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, no solo es consecuencia de lo previsto en el artículo octavo de la Ley 153 de 1887. Es, además, corolario de la excepción de inconstitucionalidad que debe ser aplicada debido a la manifiesta inexequibilidad, frente al artículo 158 constitucional, de la norma derogatoria que fue incluida en la ley del Plan Nacional de Desarrollo

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 158 / LEY 153 DE 1887 / LEY 1904 DE 2018

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-06-000-2019-00050-00(2415)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Referencia: Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Integración. Derogatoria del párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018. Cumplimiento de requisito del artículo 126 de la Constitución Política. Aplicación de la ley por analogía en el ejercicio de la función administrativa. Reiteración.

El señor Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República consultó a la Sala sobre si el Presidente de la República debería adelantar la convocatoria pública para conformar y presentar al Congreso de la República las tres ternas de su competencia en la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y cuáles serían sus efectos, con independencia de las actuaciones del Consejo Superior de la Judicatura sobre las ternas que a este competen.

Para dicha convocatoria se aplicaría la Ley 1904 de 2018¹, en virtud de la analogía prevista en el párrafo transitorio de su artículo 12 y el concepto emitido por esta Sala, de fecha 29 de octubre de 2018, Radicación interna 2400.

¹ Ley 1904 de 2018 (Junio 27) “*Por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República.*”

Con posterioridad a la consulta entró en vigencia la Ley 1955 de 2019² que adoptó el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Su artículo 336 derogó el mencionado párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018.

En razón de tal derogatoria, la señora Directora (encargada) del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República dio alcance a la consulta original para que el pronunciamiento se emitiera sobre la integración de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Por referirse específicamente a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y no a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y con el fin de atenderlo en concepto separado de este, a dicho alcance le fue asignada la radicación interna 2421. El concepto respectivo fue debidamente entregado en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y en la Secretaría Jurídica de la misma presidencia el 15 de julio del año en curso.³

Por otra parte, la derogatoria mencionada debe traerse a colación también a propósito de la consulta original sobre la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

El presente concepto responderá las precisas consultas que le dieron origen. No obstante, dada la especial y delicada relación entre los temas relativos a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, se permitirá resumir el estado de cosas, con base en el conjunto de conceptos al respecto, emitidos por la Sala.

I. ANTECEDENTES

La consulta a la cual se da respuesta con el presente concepto, se orienta a conocer los efectos que tendría - tanto en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial como en la conformación y en la actividad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria -, el que solamente el Presidente de la República integre y presente al Congreso de la República las tres ternas de su competencia, y que el órgano legislativo efectivamente proceda a la elección. Naturalmente, y como ya se dijo, este concepto carecería de sentido si no se abordan los posibles efectos de la derogatoria del párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, con base en el cual el organismo consultante anuncia que haría la convocatoria correspondiente.

Como antecedentes, el escrito de consulta se refirió a los siguientes:

1.1. El artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015⁴ creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y dispuso su integración por siete magistrados elegidos por el Congreso de la República en pleno, de ternas elaboradas, *previa convocatoria pública reglada*, tres por el Presidente de la República y cuatro por el Consejo Superior de la Judicatura⁵.

² Ley 1955 de 2019 (mayo 25) "*por el (sic) cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 "Pacto por Colombia, pacto por la equidad"*"

³ Oficios Nos. 1156 y 1157 de fecha 15 de julio de 2019.

⁴ Acto Legislativo 02 de 2015 (julio 1) "*POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA UNA REFORMA DE EQUILIBRIO DE PODERES Y REAJUSTE INSTITUCIONAL y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES*"

⁵ Consejo Superior de la Judicatura, entendido de conformidad con la Sentencia C- 285-16.

1.2. El Gobierno Nacional consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil la viabilidad de aplicar por analogía, a la convocatoria pública, el procedimiento establecido en la Ley 1904 de 2018 para la elección del Contralor General de la República.

1.3. La Sala rindió concepto el 29 de octubre de 2018⁶, en el cual, además de destacar la indiscutible existencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, explicó:

(i) El artículo 257 A constitucional⁷ estableció el procedimiento para la elección de los magistrados de la Comisión, que comprende (a) una «convocatoria pública reglada» para que tanto el Consejo Superior de la Judicatura como el Presidente de la República integren las ternas que a cada uno corresponden; y (b) la elección por el Congreso de la República en pleno, de entre las ternas que sean presentadas.

(ii) Las fases necesarias para la elaboración de las ternas debían llevarse a cabo con aplicación de las reglas contenidas en la Ley 1904 de 2018 en virtud de la analogía indicada en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la misma Ley 1904.

(iii) El Decreto 1485 de 2018 (agosto 6) – que había desarrollado los elementos de la Ley 1904 aplicables al proceso de elección de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial -, gozaba de presunción de legalidad y estaba vigente.

(iv) La aplicación de la Ley 1904 de 2018 sería procedente hasta cuando se promulgara una ley que regulara específicamente el proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

1.4. En desarrollo del marco jurídico y acorde con el concepto de la Sala, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República invitó a universidades públicas y privadas a presentar cotizaciones para contratar la prestación de servicios que tendría por objeto adelantar la convocatoria pública para conformar las tres (3) ternas correspondientes al Presidente de la República. Ese proceso precontractual fue suspendido.

Con base en lo expuesto, la consulta formuló las siguientes

PREGUNTAS:

¿El Presidente de la República debe adelantar el proceso de convocatoria pública para la conformación de las tres (3) ternas de los aspirantes a ocupar el cargo de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y presentarlas al honorable Congreso de la República, independientemente de que el Consejo Superior de la Judicatura adelante su proceso de convocatoria pública para sus cuatro (4) ternas y las presente?

En el evento de que la anterior respuesta sea afirmativa:

(i) ¿Los tres (3) magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial que el honorable Congreso de la República elija de las ternas que envíe el presidente de la

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de octubre de 2018, Radicación interna: 2400, Número único: 11001030600020180019100, Referencia: Elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Convocatoria pública reglada por la ley. Aplicación por analogía de la Ley 1904 de 2018. Improcedencia de aplicación del artículo 254 original de la Constitución Política de 1991.

⁷ Corresponde al artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015.

República a quiénes de los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (sic) remplazarían?, o

(ii) ¿La elección de los tres (3) magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial que el honorable Congreso de la República elija de las ternas que envíe el Presidente de la República implica que los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (sic) cesen en sus funciones?, o

(iii) ¿Cuándo podrán tomar posesión y ejercer sus funciones los tres (3) magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial que se elijan de las ternas del señor Presidente de la República, pese a que los cuatro (4) magistrados de las ternas del Consejo Superior de la Judicatura no han sido elegidos?

II. CONSIDERACIONES

Advertencia previa

Como se indicó al comienzo, esta consulta fue formulada en vigencia del párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, que contenía el mandato de aplicarla por analogía para cumplir con la exigencia del artículo 126 de la Constitución Política:

Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía. (Subraya la Sala)

Por consiguiente, el mandato así incluido en la Ley 1904 comprendía la convocatoria pública reglada para conformar las ternas determinadas en el artículo 257 A constitucional.

La derogatoria del mencionado párrafo transitorio pareciera significar que ya no sería viable –ni obligatoria- la analogía en cuestión. Desde el punto de vista jurídico, la derogatoria elimina el mandato directo de la aplicación analógica de la Ley 1908 para la convocatoria pública exigida en el inciso cuarto del artículo 126 constitucional, pero no tiene como efecto impedirla. Como se verá adelante, razones de orden constitucional permiten entender que, en lo que respecta a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la obligatoriedad de la aplicación analógica nunca dependió del párrafo transitorio, y por tanto se mantiene incólume.

Como se reiterará en este concepto, ha sido criterio de la Sala que la aplicación de una ley por analogía es procedente en el ejercicio de funciones de naturaleza administrativa, bajo condicionamientos precisos y sin que sea menester autorización legal específica o expresa.

Precisamente, también el AL 02/15 reformó el proceso de selección de los aspirantes a contralor departamental, distrital y municipal. La Sala encontró que, mientras se expedía la ley que desarrollara el nuevo procedimiento, cabía aplicar por vía de analogía las disposiciones legales y reglamentarias ya vigentes para la elección de los personeros municipales, conforme lo explicó en el concepto de fecha 10 de noviembre de 2015, radicación 2274, con el cual respondió la consulta formulada por el Ministerio del Interior.

El mencionado antecedente y la consulta que ahora se estudia tienen en común que la aplicación de una ley por analogía se plantea en el ejercicio de funciones de naturaleza administrativa.

La Sala hará un breve recuento sobre (i) la Comisión Nacional de Disciplina Judicial; (ii) los reglamentos para la convocatoria pública expedidos para adelantar las convocatorias públicas por parte del Consejo Superior de la Judicatura y del Presidente de la República y las razones de su anulación por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación; (iii) los conceptos de esta Sala de Consulta y Servicio Civil; (iv) la viabilidad de la analogía en el ejercicio de funciones administrativas; (v) la aplicación por analogía de la Ley 1904 de 2018, mientras se expida la ley que regule la convocatoria pública de que trata el artículo 257 A constitucional; (vi) la supremacía de la Constitución Política y el efecto de competencia-obligación para cumplir sus mandatos; (vii) el principio constitucional de colaboración armónica entre las Ramas del Poder Público; (viii) el problema jurídico planteado y la respuesta de la Sala; (ix) una digresión imprescindible: La norma derogatoria de la Ley 1955 de 2019 desde la perspectiva constitucional. La excepción de inconstitucionalidad; y (x) cuadro de síntesis de los cuatro conceptos previos y del concepto actual.

1. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Creación, integración y exequibilidad

El artículo 19 del AL 02/15 creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en los siguientes términos:

Artículo 19. El artículo 257 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 257. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

*Estará conformada por siete Magistrados, cuatro de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial Consejo Superior de la Judicatura, **previa convocatoria pública reglada adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial**, y tres de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Presidente de la República, **previa convocatoria pública reglada**. (Las negrillas no son del original).⁸*

Tendrán periodos personales de ocho años, y deberán cumplir con los mismos requisitos exigidos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no podrán ser reelegidos.

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-285-16. En virtud de la inexecutable del Consejo de Gobierno Judicial y de la Gerencia de la Rama Judicial, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, en la definición de la sentencia en cita, integrar 4 de las 7 ternas de que trata la norma transcrita./ El primer punto de la parte resolutive de la Sentencia C-285-16 en cita dice: «Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015, salvo en lo que tiene que ver con la derogatoria tácita del numeral 2º del artículo 254 de la Constitución, en relación con la cual la Corte se **INHIBE** de pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda. En consecuencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el artículo 254 de la Carta Política quedará así: “Artículo 254. El Consejo Superior de la Judicatura estará integrado por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.”»

Podrá haber Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial integradas como lo señale la ley.

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, salvo que esta función se atribuya por la ley a un Colegio de Abogados.

Parágrafo. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial no serán competentes para conocer de acciones de tutela.

Parágrafo Transitorio 1o. Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura serán transformadas en Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial. Se garantizarán los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura quienes continuarán conociendo de los procesos a su cargo, sin solución de continuidad.

Como es sabido, la Sentencia C-285-16 declaró inexequibles el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial, y reconfiguró el Consejo Superior de la Judicatura y sus funciones.

Asimismo, la Sentencia C-373-16 declaró exequible el artículo 19 del AL 02/15, el cual quedó incorporado como artículo 257 A de la Constitución Política.

De manera que, si bien operó la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria como efecto del artículo 15 del AL 02/15⁹, dicha sala debió continuar en ejercicio de la función disciplinaria hasta cuando, de acuerdo con el artículo 19 del mismo AL 02/15 – artículo 257 A de la Constitución Política - sea integrada la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

2. Reglamentos para la convocatoria pública, su suspensión y su anulación

Con el propósito de poner en marcha el nuevo órgano disciplinar de la Rama Judicial, tanto el Presidente de la República como el Consejo Superior de la Judicatura expidieron los reglamentos de la convocatoria pública requerida en el artículo 19 del AL 02/15.

El Gobierno Nacional, con el Decreto 1189 de 2016¹⁰, reglamentó el trámite de la convocatoria pública para las tres ternas que corresponden al Presidente de la República.

⁹ AL 02/15, artículo 15 - texto original -: *El artículo 254 de la Constitución Política quedará así: Artículo 254. El Gobierno y la administración de la Rama Judicial estarán a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial. Estos órganos ejercerán las funciones que les atribuya la ley con el fin de promover el acceso a la justicia, la eficiencia de la Rama Judicial, la tutela judicial efectiva y la independencia judicial. (...) –Inexequible Sentencia C-285-16 -*

¹⁰ Decreto 1189 de 2016 (julio 19) “por el cual se adiciona un título al Decreto 1081 de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República”,

El Consejo Superior expidió el Acuerdo PSAA16-10548 de 2016, con la misma finalidad, para las cuatro ternas de su competencia.

Ambos reglamentos fueron objeto de medida cautelar de suspensión de sus efectos¹¹ y, más adelante, fueron declarados nulos por la Sala Plena de esta Corporación, por considerar que el artículo 126 constitucional es aplicable a la conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y, por consiguiente, las reglas de la convocatoria pública de que trata el artículo 19 del AL 02/15 – artículo 257 A constitucional - deben ser expedidas por el Congreso de la República.

A continuación, se hace una breve reseña de las decisiones judiciales en comento:

2.1. La sentencia del 5 de diciembre de 2017¹². Anulación del Decreto 1189 de 2015.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en la sentencia del 5 de diciembre de 2017, comparó el texto original del artículo 19 del AL 02/15 con el texto derivado de la declaratoria de inexecuibilidad del Consejo de Gobierno Judicial y de la Gerencia de la Rama Judicial – sentencia C-285/16 - para destacar que la convocatoria pública, inicialmente a cargo de la mencionada gerencia, no quedó expresamente asignada ni al Presidente de la República ni al Consejo Superior de la Judicatura en el texto constitucional definitivo.

El problema jurídico, entonces, fue planteado en los siguientes términos:

27.1 Como quiera que el artículo 257A de la Constitución Política no atribuyó en forma expresa, a ninguna autoridad estatal, la facultad de reglar la convocatoria pública previa, exigida por la misma disposición para conformar las tres ternas a cargo del Presidente de la República, ¿resulta nulo el decreto 1189 de 2016 por falta de competencia constitucional del Presidente de la república para reglamentar dicha convocatoria?

Para resolverlo se analizaron tres alternativas:

La primera alternativa contemplaba la posibilidad de que el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria (C.P. Art. 189-11), expidiera el reglamento de la convocatoria pública. Esta hipótesis se encontró improcedente puesto que «...la atribución contemplada en el artículo 189, numeral 11 constitucional, como se desprende de su tenor literal, tiene como fin la reglamentación **de la ley, no de la Constitución...**» (Negritas del original).

La segunda alternativa fue el reglamento autónomo constitucional, en el entendido de que el artículo 19 del AL 02/15 es una norma constitucional que no fue afectada

en relación con el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a cargo del Presidente de la República”.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 24 de noviembre de 2016, Radicación 11001 0324 000 **2016 00475** 00. «Tesis: Para que el **Presidente de la República** pueda postular la terna de candidatos a magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debe haber previamente una ley que regule la convocatoria (artículo 126 de la Constitución)» / Auto del 23 de noviembre de 2016, Radicación 11001 0324 000 **2016 00480** 00. «Tesis: Para que el **Consejo Superior de la Judicatura** pueda postular la terna de candidatos a magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debe haber previamente una ley que regule la convocatoria (artículo 126 de la Constitución).»

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del cinco (5) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00484-00(AI)

por la sentencia C-285-16, y que en su párrafo transitorio había asignado al Presidente de la República *la responsabilidad directa* de integrar tres ternas en el plazo de un año; este plazo expresaba «la intención del constituyente de poner en marcha la reforma en el menor tiempo posible», es decir que, por razón del corto plazo, le correspondía expedir la reglamentación de la convocatoria para «cumplir oportunamente con el cometido de conformar las tres ternas.»

Esta alternativa fue desechada al analizar (i) la evolución histórica del reglamento constitucional autónomo; (ii) que la Constitución de 1991 «... decidió, en general, abolir los reglamentos autónomos constitucionales para dar más importancia al principio democrático mediante el fortalecimiento de las competencias legislativas del Congreso»¹³; y (iii) que el AL 02/15 reformó el artículo 126 de la Constitución para que todas las elecciones de competencia de las corporaciones públicas, que no estén sujetas a concurso de méritos, estén precedidas de la convocatoria pública que garantice «los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección».

Agregó que la Constitución consagró para el Congreso de la República¹⁴ la cláusula general de competencia en virtud de la cual expide las leyes y también las modifica, adecúa o suprime, para atender «los requerimientos sociales, la conveniencia pública y la necesidad de adoptar las políticas públicas que en materia legislativa se deban implementar en beneficio de la colectividad¹⁵», y concluyó:

... A la luz de las anteriores consideraciones y de la revisión exhaustiva del artículo 257-A, resulta claro que la Constitución le confirió al Presidente de la República la facultad expresa para conformar tres ternas con destino al Congreso en Pleno para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no así, la potestad expresa de reglamentar la convocatoria pública para tal efecto, de manera tal que bajo un criterio restrictivo de interpretación antes señalada, que es el que corresponde tratándose de reglamentos autónomos constitucionales, no se evidencia alguna facultad atribuida al Presidente para desarrollar directamente la Constitución, en tal aspecto.

La tercera alternativa, aunada con la cláusula general de competencia del órgano legislativo, se estructuró con base en la lectura conjunta de los artículos 125 y 126 constitucionales, por cuanto el artículo 125 establece que cuando en la Constitución o en la ley no está previsto el sistema de nombramiento, este estará precedido de un concurso público; el artículo 126 y por consiguiente, la forma especial de designación de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial consagrada en el artículo 257 A, descarta que pueda someterse a un concurso público, por cuanto esa norma se refiere a «una convocatoria pública reglada».

Como las funciones de establecer las reglas y de adelantar la convocatoria no están asignadas expresamente a ninguna autoridad, le corresponde al Congreso de la República, en ejercicio de su competencia general de hacer las leyes.

Finalmente, la sentencia dijo:

NOTA: Las citas 12, 13 y 14, son de la sentencia del 5 de diciembre de 2017, CE, SP.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-1250 del 28 de noviembre de 2001, M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-031 del 25 de enero de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Destacado fuera de texto.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

30. Conclusión y cierre argumentativo

30.1 Como corolario de todo lo expuesto, es claro para la Sala que el Decreto 1189 de 2016 es contrario al artículo 126 de la Constitución Política, puesto que, ante la ausencia de una disposición clara, expresa e inequívoca en el artículo 257-A de la Constitución Nacional, que fije la competencia para expedir el reglamento en cabeza del Presidente de la República, es necesario atender la cláusula general de competencia que le asiste al Congreso de la República para realizar la ley de convocatorias de servidores públicos que no deben acceder a la función pública por concurso y que deben ser elegidos por una corporación pública, prevista en el artículo 126 ibidem, a partir del cual la elección los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debe estar precedida por una convocatoria pública reglada por ley. En consecuencia, el Presidente de la República no es competente para expedir actos que reglamenten dicha convocatoria, motivo por el cual hay lugar a declarar su inconstitucionalidad del mencionado decreto presidencial. (Sic)

2.2. La Sentencia del 6 de febrero de 2018. Anulación del Acuerdo PSAA16-10548 de 2016

El Acuerdo PSAA16-10548 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura para reglamentar la convocatoria pública e integrar las 4 ternas de su cargo en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, fue declarado nulo por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 6 de febrero de 2018.¹⁶

La sentencia en mención partió de considerar que «uno de los ejes fundamentales del AL 02/15» fue la reforma al artículo 126 de la Constitución Política en el sentido de adicionar el requisito de la convocatoria pública reglada para las elecciones de servidores públicos por las corporaciones públicas.

Dicha reforma armonizaba con el artículo 18 transitorio del mismo AL 02/15, que previó la expedición de una ley estatutaria para desarrollar la reforma de los órganos de gobierno y administración judicial y, en el entretanto, el Consejo de Gobierno Judicial reglamentaría provisionalmente las convocatorias públicas que debía adelantar la Gerencia de la Rama Judicial.

De donde coligió que las normas en cita, en armonía con el artículo 19 del AL 02/15, significaban que

... el artículo 126 C.P. incluye una regla imperativa que deberá aplicarse en toda y cualquier elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas. Se trata de un precepto de carácter general que busca garantizar principios constitucionales de primer orden para el ejercicio de la función pública.

Destacó que en virtud de la Sentencia C-285-16 continuó vigente la reforma del artículo 126 constitucional mientras que se declaró inexecutable el artículo 18.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de febrero de 2018, Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00480-00(AI). Demandas de nulidad por inconstitucionalidad (acumuladas) presentadas contra el Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016, "Por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial", expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Calificó la convocatoria pública como *conditio sine qua non* para la integración de las ternas de competencia del Consejo Superior de la Judicatura, y explicó que como el artículo 257 A no señala el órgano que debe adelantarla,

... el asunto que la Sala debe resolver se contrae a responder si de la Carta Política deriva una regla de competencia que faculte al Consejo Superior de la Judicatura para expedir el Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016... o si, resulta indispensable, acorde con lo dispuesto por los artículos 257 y 126 C.P., que medie una ley que regule la convocatoria.

Al problema así planteado se dieron dos posibilidades de respuesta:

(i) como la Sentencia C-285-16 no tocó el artículo 257 A constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura –resultante de la misma sentencia – habría quedado habilitado directamente por dicho artículo 257 A, «para regular la convocatoria pública allí prevista a efectos de integrar cuatro de las siete ternas que deben presentarse ante el Congreso de la República para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.»;

(ii), que el artículo 257 A «en ningún caso puede equipararse a una norma completa, justamente, porque guarda silencio acerca del organismo estatal que debe regular la convocatoria pública. Según esta última perspectiva, la norma es incompleta, pues por sí misma no atribuye competencia.»

Con fundamento en los artículos 6 y 121 de la Carta¹⁷, y la vigencia de los artículos 256 (parcial) y 257 constitucionales en virtud de la Sentencia C-285-16, la Sala Plena consideró que continúa siendo claro que «las funciones atribuidas al Consejo Superior de la Judicatura deben ejercerse de acuerdo con la ley –artículo 256 C.P.», entre ellas «la facultad reglamentaria asignada a este organismo por la Constitución...».¹⁸

La sentencia del 6 de febrero de 2018, en comentario, se refirió también a la cláusula de reserva de ley; la señaló como una de «las manifestaciones más relevantes del principio democrático y del principio de separación de poderes. Como puntualizó la Corte Constitucional en sentencia C-504 de 2014...». Y agregó:

La reserva legal implica asegurar que, tratándose de la conformación de cuatro de las siete ternas que serán presentadas al Congreso de la República a efectos de elegir los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la integración de las ternas previa a la elección tendrá lugar bajo estricto respeto por los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito (artículos 126, 256 y 257 C.P.).

Asimismo, puntualizó:

¹⁷ Constitución Política, artículo 6º: «Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones». / Artículo 121: «Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.»

¹⁸ Dijo la sentencia, citando el artículo 257-3 de la Constitución: «Con sujeción a la ley, el Consejo Superior de la Judicatura cumplirá las siguientes funciones: (...) Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador. [Tal función reglamentaria] «tiene por objeto concretar la aplicación de la ley mediante reglamentos administrativos que coadyuvan al funcionamiento eficaz de la administración de justicia, función que debe ser ejercida conforme al mandato legal y en los aspectos no previstos por el legislador.»

En un Estado social, democrático y constitucional de Derecho no existen competencias reguladoras implícitas» puesto que el principio de separación de poderes que es uno de sus presupuestos «asegura que cada uno de los órganos estatales ejercerá sus tareas dentro del marco competencial que fija la Constitución, la ley o el reglamento –para el asunto que ocupa la atención de la Sala, en cumplimiento de los artículos 6º, 121, 126, 256 y 257 C.P. –. Por ello mismo, resulta equivocado hablar de competencias regulatorias implícitas de organismos estatales o que las competencias puedan fijarse de manera analógica o extensiva.

Como consecuencia de los argumentos expuestos, la Sala Plena encontró que el Consejo Superior de la Judicatura carecía de la competencia para reglar la convocatoria pública y que esta correspondía al Congreso de la República.

Por lo demás, la afirmación de que las competencias *no pueden fijarse de manera analógica o extensiva* es un asunto de especial interés en el presente concepto y en la reiteración del criterio de la Sala sobre la analogía en el ejercicio de la función administrativa, como se explicará más adelante.

3. Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil

3.1. Primer concepto. Concepto 2327 del 24 de abril de 2017¹⁹

Cuando la Sección Primera de esta Corporación adoptó la medida cautelar de suspensión del Decreto 1189 de 2016 y del Acuerdo PSAA16-10548 del mismo año, el Ministro de Justicia y del Derecho consultó a la Sala sobre la transición consagrada en el parágrafo transitorio del artículo 19 en cita.

La Sala manifestó que dicha transición:

(i) garantizaba la continuidad en el ejercicio de las funciones de la antigua Sala Jurisdiccional Disciplinaria, no obstante su supresión como órgano con la derogatoria del artículo 254 constitucional original y la Sentencia C-285-16;

(ii) permitía que, en aras de la continuidad de la función disciplinaria, quienes integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al entrar en vigencia el AL 02/15, continuaran en ejercicio de funciones hasta cuando se conformara la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y sus miembros se posesionaran;

(ii) pero que la consiguiente continuidad de los miembros de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, por razón de la transición y su finalidad, no debía entenderse como modificación o prórroga del período constitucional de 8 años para el cual habían sido elegidos.

También indicó que las vacantes debían asumirse como temporales puesto que los cargos desaparecerían con la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial; por consiguiente, debían ser provistas por la misma Sala de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 270 de 1996.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 24 de abril de 2017, Radicación interna: 2327, Número Único: 11001-03-06-000-2017-000013-00, Referencia: Acto Legislativo 2 de 2015. Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Integración. Norma de transición. Continuidad de las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sujeta a plazo y condición.

3.2. Segundo concepto. Concepto 2378 del 18 de junio de 2018²⁰

Conocidas las decisiones de nulidad de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura, el Ministro de Justicia y el Derecho preguntó a la Sala (i) si la continuidad de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria afectaba el equilibrio de poderes y el diseño institucional constitucional; (ii) si la falta de procedimiento para la integración de las ternas permitiría remover a los actuales magistrados de la mencionada Sala Jurisdiccional Disciplinaria y (iii) cuál sería el procedimiento para llenar las vacantes.

La Sala, en el concepto 2378 del 18 de junio de 2018, manifestó:

Como en la actualidad no es posible vislumbrar con un mínimo de determinación el horizonte temporal dentro del cual sea realizable la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria ha quedado en un limbo²¹ que si bien garantiza la continuidad del servicio a su cargo, no lo hace de manera idónea porque configura los privilegios personales que el constituyente derivado claramente quiso excluir.

Como se señaló en el concepto 2327 y se reitera en los acápites siguientes, la norma de transición no fue estructurada como una excepción a la regla constitucional en materia de períodos fijos para los altos cargos del Estado.

La norma de transición fue adoptada para que se cumpliera en los términos previstos y, por consiguiente, no fue pensada para que en un eventual incumplimiento, pudiesen derivarse de ella fueros de inamovilidad u otros privilegios de beneficio estrictamente personal que por contera pretendan asumirse como excepciones al marco constitucional del ejercicio de la función pública en períodos determinados.

Pugna con el diseño constitucional, la exequibilidad de sus reformas, y el ejercicio del poder sin asomo de arbitrariedad y dentro de los marcos de la moralidad pública, cualquier pretensión de beneficio individual que pretenda ampararse en disposiciones que han perdido sus elementos esenciales, como ocurre con la norma de transición que no ha de cumplirse en un tiempo determinable.

La Sala, igualmente, mencionó la figura del «estado de cosas inconstitucional» – de la jurisprudencia constitucional – para llamar la atención en el sentido de que la continuidad indefinida de una transición que el constituyente derivado diseñó para asegurar que, sin sobresaltos y en un tiempo corto, operara la modificación

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 18 de junio de 2018, Radicación interna: 2378 – Ampliación 2327; Número Único: 11001-03-06-000-2018-00091-00; Referencia: Acto Legislativo 2 de 2015. Transición entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Continuidad en el ejercicio de sus funciones. La norma de transición es constitucional en tanto es temporal. La permanencia indefinida en empleos de período fijo resulta contraria a la Constitución Política.

NOTA: esta cita es del concepto 2378: “²¹ Encuentra la Sala una situación similar a la generada el Acto Legislativo 1 de 1968, artículo 14, que modificó el artículo 80 de la Constitución entonces vigente, con la creación de una Comisión Especial Permanente encargada de dar primer debate a los proyectos de ley que fijaran los planes y programas de desarrollo económico y social a que debía someterse la economía nacional (numeral 4º, artículo 76 de la Constitución entonces vigente) y de vigilar a la ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y la evolución del gasto público. Conocida como la Comisión del Plan, debía integrarse con un Senador y un Representante por cada departamento y dos representantes más por las Intendencias y Comisarías. Nunca se integró. La exigencia constitucional quedó en el limbo, pero en los cuatrienios transcurridos entre 1970 y 1994 fueron expedidos los correspondientes planes de desarrollo, sin perjuicio del incumplimiento del requisito constitucional exigido para su primer debate y su ejecución.”

institucional en la función disciplinar dentro de la Rama Judicial, pugnaba con el orden constitucional y debía ser resuelta prontamente:

Con fundamento en el texto de la norma transitoria, en el proceso legislativo que le dio forma a la misma y en la interpretación jurisprudencial que la declaró ajustada a la Constitución Política, entiende esta Sala de Consulta que por distintos hechos y circunstancias, empieza a configurarse una especie de “estado de cosas inconstitucional”²², en la medida en que la extensión de la permanencia en los cargos de magistrados como mecanismo de transición perdió su atributo esencial de transitoriedad –que supone una temporalidad definida, definible, o en todo caso mínimamente razonable-, que a su vez excluía la configuración de beneficios personales, y sobre el cual se su fundaba su constitucionalidad.

Se tiene entonces que el razonamiento transcrito, y los demás desarrollados en el Concepto 2378, fundamentaron –entre otras- las siguientes conclusiones:

(i) Mientras no se modifique el artículo 257 A de la Constitución Política, debe integrarse la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, con aplicación de las sentencias de diciembre de 2017 y febrero de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, atrás comentadas; es decir, de conformidad con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución.

(ii) Lo dicho respecto de la Comisión no se opone a que los cargos de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria sean provistos con aplicación del artículo 254 original de la Constitución de 1991, con la advertencia de que la permanencia en el cargo queda sujeta a la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial o al transcurso de los 8 años del período constitucional, lo que ocurra primero.

La Sala también hizo un llamado al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y al Consejo Superior de la Judicatura, advirtiéndoles del «deber constitucional y, por lo mismo, inexcusable, de realizar todas las actuaciones y adoptar todas las decisiones que se requieran para lograr, en el menor tiempo posible, la efectiva conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, mediante la elección y posesión de sus dignatarios.»

E insistió en que:

La voluntad del constituyente derivado, recogida en el actual artículo 257 A de la Constitución, en el sentido de crear un órgano autónomo dentro de la Rama Judicial encargado de la disciplina de los funcionarios y empleados judiciales y de los abogados, en aras de mejorar el servicio público de la justicia, exige adoptar, por parte de las autoridades competentes y sin ninguna dilación, las medidas urgentes y eficaces que garanticen el propósito buscado con la creación de la mencionada Comisión.

Explicó que dicho deber implica, «en primer lugar, según lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, preparar, presentar y tramitar el proyecto de ley estatutaria que debe desarrollar el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2015, para establecer el procedimiento y las reglas necesarias para efectuar la convocatoria pública, la selección y la presentación de las ternas necesarias para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.» Aquí es menester aclarar que la expresión “ley estatutaria”, utilizada por la sala, es un

[NOTA: Esta cita es del concepto 2378] ²² El uso de esta expresión es meramente literal porque permite describir la situación derivada de la inobservancia del mandato constitucional transitorio que se estudia. No alude a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional.

lapsus calami; en efecto, el art 18 del AL 02/15 ordenaba la expedición de una ley estatutaria, pero dicho artículo fue declarado inexecutable en ese punto (entre otros); y, por otra parte, la sentencia del 6 de febrero de la Sala Plena debatió el asunto, para concluir que el reglamento de las convocatorias podía ser por ley ordinaria. Este *lapsus* ha sido inane, por cuanto hasta la fecha no se ha presentado proyecto de ley alguno al respecto.

3.3. Tercer concepto. Concepto 2400 del 9 de octubre de 2018²³

El Congreso de la República, en cumplimiento del artículo 126 constitucional, expidió la Ley 1904 de 2018 que reglamenta la convocatoria pública requerida para proveer el cargo de Contralor General de la República; en ella incluyó la siguiente disposición:

Artículo 12. Vigencia y derogaciones. (...)

Parágrafo transitorio. Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía.

La señora Ministra de Justicia y del Derecho consultó a la Sala las inquietudes jurídicas del despacho a su cargo en torno a «la normatividad aplicable al proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial».

La Sala, en el Concepto 2400 del 9 de octubre de 2018, consideró que, «en principio, respecto de la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial habría una omisión legislativa inconstitucional» y observó que en esa situación el vacío normativo que se presenta «ocasiona la violación de un precepto constitucional», lo cual ocurre cuando la disposición constitucional no tiene eficacia jurídica directa y requiere de desarrollo legal.

Se dijo entonces:

Tal es el caso del artículo 257A del texto superior. La norma dispone que la elección de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debe ser realizada previa convocatoria pública **reglada**. La disposición no especifica, según se puede ver, la totalidad de los elementos normativos que deben ser esclarecidos para que sea posible la realización de dicha elección. Quedan por establecer, entre otros asuntos, las etapas del proceso, los términos aplicables, las autoridades que han de concurrir en dichos procedimientos y la manera como ha de ser llevada a cabo la convocatoria pública. De ahí que esta disposición constitucional no pueda ser aplicada sin una normativa que se ocupe de todos los detalles requeridos para su cumplida ejecución. (Negrilla es del original).

Asimismo recordó que, de acuerdo con los pronunciamientos de la Sala Plena atrás reseñados, «corresponde al Congreso de la República ocuparse de la regulación legal de este asunto», y que la Ley 1904 de 2018 fue promulgada para *establecer las reglas de la convocatoria pública* previa a la elección del Contralor General de la República por el Congreso de la República, para lo cual se ocupó del momento de realización de la elección, de los requisitos exigibles a los

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de octubre de 2018, Radicación interna: 2400, Número único: 11001030600020180019100, Referencia: Elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Convocatoria pública reglada por la ley. Aplicación por analogía de la Ley 1904 de 2018. Improcedencia de aplicación del artículo 254 original de la Constitución Política de 1991

aspirantes al cargo, de las autoridades que participan en el proceso, de las etapas que deben surtir y de las funciones atribuidas a la comisión accidental encargada de definir la lista de elegibles.

Sobre el párrafo transitorio del artículo 12 de la ley en comento, esta Sala señaló:

La evidente voluntad del legislador que se encuentra expresada en esta norma **exige** la aplicación extensiva de los criterios desarrollados en esta ley, por vía de analogía, a las demás elecciones que comparten con la del Contralor el hecho de haber sido confiadas a una corporación pública (negrilla fuera de texto).

Para efectos de la analogía dispuesta en dicho párrafo, expresó:

Ahora bien, a fin de establecer si tales criterios resultan aplicables al caso particular de la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, es menester analizar de manera sucinta el alcance de la figura jurídica de la analogía, para decidir, con base en dicho estudio, su eventual aplicación al caso concreto.

Por otro lado, a favor de la aplicación de la analogía, se encuentra el hecho de que las dos elecciones que ahora se contrastan —esto es, la del Contralor General de la República y la de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial— se realizan para designar servidores públicos y son llevadas a cabo por una corporación pública, el Congreso de la República. Estas dos similitudes ofrecen razones sólidas para considerar viable la aplicación de la analogía.

Mayor certeza ofrece el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904, en el que consta la voluntad expresa del propio legislador, consistente en ordenar la extensión de la reglamentación contenida en dicha ley a todas las demás elecciones cuya realización se encuentre confiada a las corporaciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 126 superior. (...)

La aparición de esta disposición en nuestro ordenamiento jurídico, según advirtió acertadamente el Gobierno en el escrito presentado a esta Sala, constituye un hecho novedoso, que cambia, al menos parcialmente, el panorama jurídico que existía cuando la Sala emitió los conceptos 2327 y 2379 y cuando la Sala Plena de esta corporación anuló los reglamentos expedidos por el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura.

Esta norma no solo contiene un mandato claro y específico, en virtud del cual dicha ley debe ser aplicada por vía de analogía a los demás procesos de elección que se encuadren en la descripción realizada en la norma en cuestión, sino que resuelve la omisión legislativa inconstitucional a la que se ha hecho alusión en este concepto. Gracias a este precepto, el vacío legislativo que impedía dar aplicación al artículo 257A del texto superior ha sido colmado. El legislador dio a conocer su voluntad de extender los arreglos normativos establecidos en dicha ley a las elecciones que, como ocurre en el caso de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, se enmarcan en lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 126 superior.

En cualquier caso, la Sala estima conveniente destacar que la aplicación de la analogía es una medida transitoria, mientras el Congreso de la República aprueba una ley específica que regule la elección de los magistrados de la Comisión. Así lo señaló el mismo legislador en el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904, por lo que el mandato de ceñirse a las directrices de la elección del Contralor General de la República será exigible hasta tanto sea promulgada la nueva ley.

Y concluyó:

Por último, de acuerdo con las razones expuestas hasta ahora, es claro que la aplicación analógica de la Ley 1904 obliga al Presidente de la República y al Consejo Superior de la Judicatura en la conformación de las ternas que corresponden a cada una de estas autoridades. Lo anterior se sigue de lo dispuesto en el artículo 257 A constitucional:

[La Comisión Nacional de Disciplina Judicial] Estará conformada por siete Magistrados, cuatro de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura previa convocatoria pública reglada, y tres de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Presidente de la República, previa convocatoria pública reglada. (Subraya la Sala).

En consecuencia, las mencionadas autoridades que toman parte en este proceso se encuentran llamadas a dar aplicación a los principios, criterios y directrices que sean homologables, de manera que el proceso de integración de las ternas sea realizado de conformidad con los requisitos establecidos en los artículos 126, 257A y demás normas constitucionales pertinentes.

Naturalmente, al dar aplicación analógica a los preceptos de la Ley 1904 de 2018, las autoridades públicas —el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura— deberán excluir aquellas disposiciones que, por su naturaleza, no pueden ser transpuestas a la elección de los miembros de la Comisión.

Por último, en lo que se refiere al proceso de elección que realiza el Congreso de la República, la Sala considera pertinente señalar que, sin perjuicio de que el ejercicio de esta competencia es discrecional, debe en todo caso respetar los mandatos de la Constitución, entre los que se destaca la obligación de atender los principios vertidos en el inciso 4 del artículo 126 superior, a saber: los postulados de «publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección».

Subraya ahora la Sala que, como surge de los apartes transcritos, el concepto 2400 insistió en la obligación de integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial a la vez que hizo énfasis en la importancia del párrafo transitorio, porque ordenaba – y por consiguiente permitía, sin asomo de duda - acudir a la Ley 1904 para cumplir con dicha obligación.

La derogatoria del párrafo transitorio en mención obliga a preguntarse si dejó de ser viable la aplicación, por vía de analogía, de la Ley 1904 para la conformación de las ternas que permitirán integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Para la Sala no es un tema nuevo. En el punto siguiente se referirá a un concepto reciente que fundamenta la procedencia de la analogía en el ejercicio de funciones administrativas, en condiciones en las que no existía un mandato legal específico para la aplicación analógica de la ley.

4. La aplicación de la ley por analogía, en el ejercicio de funciones administrativas

Acerca de la aplicación de la ley por analogía en el ejercicio de funciones administrativas, la Sala se remonta al concepto 2274 del 10 de noviembre de 2015²⁴, cuya reserva fue oportunamente levantada por el Gobierno Nacional. En

²⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de fecha 10 de noviembre de 2015, Radicación No.2274. Expediente: 11001-03-06-000-2015-0182-00. Referencia: Forma de elección de contralores territoriales. Convocatoria pública y concurso. Acto Legislativo 2 de 2015.

este concepto, que versa sobre la forma de elección de contralores territoriales, la aplicación analógica de la ley en el ejercicio de funciones administrativas fue tratado *in extenso*, por manera que a él se retrotrae la sala, sin perjuicio de agregar consideraciones adicionales pertinentes.

La consulta –entonces- se fundamentó en que el AL 02/15 modificó el artículo 272 de la Constitución Política, en relación con el trámite previo a la elección de los contralores territoriales.

El Ministerio del Interior, con base en el «principio de aplicación inmediata de las normas constitucionales», preguntó a la Sala sobre la aplicación por analogía de la Ley 1551 de 2012 – organización y el funcionamiento de los municipios –, y su Decreto reglamentario 2485 de 2014 que fijó los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales²⁵, por cuanto no se había expedido la ley que regulara la convocatoria pública y mientras se tramitara y expidiera dicha ley.

La Sala observó que la reforma del artículo 272 mantiene la competencia de las asambleas y los concejos para elegir a los contralores territoriales, y modifica el procedimiento para escoger a los candidatos, en el sentido de suprimir la intervención de los tribunales superiores de distrito judicial y de los tribunales administrativos, y dejar que el proceso de selección sea adelantado directamente por «los propios organismos electores – asambleas y concejos – (i) mediante una convocatoria pública conforme a la ley; y (ii) con base en los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género».

Asimismo, observó la Sala la concordancia de la modificación del artículo 272 con la adición al artículo 126 de la Constitución dispuesta también por el AL 02/15, conforme a la cual la elección de servidores públicos por las corporaciones públicas debe estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, que garantice los mismos principios - publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género – y adicionalmente el criterio del mérito que, estima la Sala, debe agregarse para la selección de los candidatos a contralores territoriales.²⁶

²⁵ El Decreto reglamentario 2485 de 2014 está compilado en el Decreto 1083 de 2015, (mayo 26) Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. [Cita del concepto 2274]²⁶ Gaceta del Congreso 479 de 2015. Acta de Comisión 50 del 19 de mayo de 2015. “Pero tanto en la Contraloría General como en las Contralorías Departamentales, yo quiero invitarlos a que miren el Inciso 4° del artículo segundo que modifica el 126 de la Constitución Política. Ese Inciso 4° del Artículo Segundo dice textualmente la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana y equidad de género y hay una proposición aditiva, no la tengo a la mano no sé si el coordinador de ponentes la tiene, para cuando lleguemos al artículo segundo en donde se añadiría además, Representante Carlos Abraham, el concepto de méritos de los aspirantes, concepto de méritos de los aspirantes para esa convocatoria pública, de esta manera se combina dejar en firme las facultades del Congreso, ah, mire dice equidad de género y criterios de mérito para su selección, de esa manera combinamos mantener la facultad, la competencia que tiene el Congreso a nivel Nacional y las Asambleas y Concejos a nivel departamental que no se las podemos quitar tampoco para elegir los Contralores y cumplir un procedimiento transparente de méritos que se tiene que hacer en esta materia.” (Se subraya) Ver también Acta de Plenaria 51 de 2015, intervención del Senador Oscar Aguilar: “Aporto y apoyo lo que se dice, en una **convocatoria pública de méritos, técnica, con unos principios altamente transparentes, que realmente permitan hacer una convocatoria abierta, pública**, para que puedan acceder los mejores perfiles. Una convocatoria, también, donde haya la participación de género, una participación donde se puedan seguir unos lineamientos y desde luego entregarle esa

En criterio de la Sala, las reformas introducidas por el AL 02/15 a la forma de elección de los servidores públicos por parte de las corporaciones públicas no solo buscaron suprimir la intervención de las autoridades judiciales sino en especial consideraron necesario «sujetar la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas a procedimientos de selección que garantizaran la participación ciudadana y el acceso al servicio público de las personas más capacitadas y transparentes.»

Para la Sala, el artículo 126 contiene el *régimen general -o de condiciones mínimas-* de este tipo de procedimientos de selección, por lo cual debe tenerse como aplicable a todas las convocatorias públicas mencionadas en la Constitución y, de manera expresa, las elecciones de los miembros de la Comisión de Aforados (artículo 178A)²⁷, de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículo 231), de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (artículo 257), del Contralor General de la República (artículo 267) y de los contralores territoriales (artículo 272).

Con relación a la viabilidad de la aplicación por analogía de las reglas establecidas para la elección de los personeros municipales en la Ley 1551 de 2012, la Sala revisó (i) el alcance de la expresión convocatoria pública, y sus diferencias y semejanzas con el concurso público de méritos; y (ii) «la posibilidad de aplicación analógica de la ley para el ejercicio de competencias administrativas».

Comparó, entonces, los elementos que deben estar presentes tanto en la convocatoria pública adoptada por el AL 02/15 para la elección de servidores públicos por las corporaciones públicas como en el concurso público de méritos que el artículo 125 constitucional ya tenía previsto como la regla general para el ingreso al servicio público.

Así, de acuerdo con la Ley 909 de 2004²⁸ (régimen general del empleo público), el concurso público de méritos (i) tiene como objetivo que a la administración pública accedan las personas más capacitadas e idóneas; (ii) «es un procedimiento de selección de servidores públicos basado en la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia, la objetividad, la eficiencia, la eficacia, la confiabilidad y el mérito²⁹, lo cual se relaciona directamente con los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación en el ejercicio y conformación del poder público»; y (iii) es «el procedimiento aplicable en todos aquellos casos en que la ley, excepcionalmente,

confianza a los colombianos, porque es lo que queremos entregarle a las instituciones.» (Gaceta del Congreso 644 de 2015.)

[Cita del concepto 2274] ²⁷ Para la fecha del concepto que se reseña, la Comisión de Aforados estaba vigente. Fue declarada inexecutable en la Sentencia C-373 del 2016 (13 de julio).

[Cita del concepto 2274] ²⁸ Ley 909 de 2004 (septiembre 23) “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

[Cita del concepto 2274] ²⁹ Sentencia C- 319 de 2010: “Desde esta perspectiva, la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen, entonces, instrumentos técnicos de administración de personal y mecanismos de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos.”

no haya previsto una forma diferente de vinculación al empleo público (artículo 125 C.P.)³⁰.»

La Ley 909 de 2004 y las leyes especiales que regulan concursos de méritos para la provisión de diversos empleos públicos³¹, contemplan como etapas básicas la convocatoria y reclutamiento, evaluación de condiciones objetivas y subjetivas de los candidatos, y conformación de listas de elegibles³², y «como ha reiterado la jurisprudencia, es característica esencial del concurso que la lista de elegibles se ordene estrictamente de acuerdo con el resultado del procedimiento de selección (regla de mérito), de modo que quien obtiene la mejor calificación adquiere el derecho a ser nombrado en el respectivo cargo...».³³

Entonces, es de la esencia de los concursos públicos de méritos que «el nominador no puede separarse del orden contenido en la lista de elegibles, lo que significa que está obligado a proveer los cargos vacantes con estricto apego a la clasificación de los aspirantes.»

La provisión de los cargos en el estricto orden de clasificación por el resultado, que es elemento esencial del concurso público de méritos, no lo es en la convocatoria pública pues en esta «al final del proceso de selección las corporaciones públicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados.»

La Sala destacó las razones que fundamentan la diferencia entre el concurso y la convocatoria, que fueron esgrimidas en los debates en el Congreso de la República y compartidas por el Gobierno Nacional a través del ministro del Interior, y que se centran en la autonomía de las corporaciones públicas

[Cita del concepto 2274] ³⁰ Sentencia C-319 de 2010: “Esta Corporación ha sostenido que, en virtud del artículo 125 Superior, la regla general que rige el ingreso a la carrera administrativa es el concurso público de méritos.”

[Cita del concepto 2274] ³¹ Por ejemplo, la Ley 1134 de 2007 sobre concurso público de méritos para la elección de Registrador Nacional de la República o la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2104 en relación con la elección de personeros municipales.

[Cita del concepto 2274] ³² “De este modo, los concursos previstos en la ley deben conformarse como procedimientos abiertos en los que cualquier persona que cumpla los requisitos de ley tenga la posibilidad efectiva de participar y en los que los concejos no tengan la facultad, ni directa, ni indirecta, de definir previamente un repertorio cerrado de candidatos. Es decir, debe existir una convocatoria pública que permita conocer de la existencia del proceso de selección, así como las condiciones para el acceso al mismo. De igual modo, tanto los exámenes de oposición como la valoración del mérito deben tener por objeto directo la identificación de los candidatos que se ajustan al perfil específico del personero. Esto significa, por un lado, que los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional deben tener una relación directa y estrecha con las actividades y funciones a ser desplegadas por los servidores públicos y, por otro, que la fase de oposición debe responder a criterios objetivos que permitan determinar con un alto nivel de certeza las habilidades y destrezas de los participantes. Por lo demás, la oposición y el mérito deben tener el mayor peso relativo dentro del concurso, de modo que la valoración subjetiva a través de mecanismos como las entrevistas, constituya tan solo un factor accesorio y secundario de la selección. Finalmente, el diseño del procedimiento debe asegurar su publicidad, así como que las decisiones adoptadas dentro del mismo puedan ser controvertidas, debatidas y solventadas en el marco del procedimiento, independientemente de la vía judicial.” (Sentencia C-105 de 2013)

[Cita del concepto 2274] ³³ Sentencia C-588 de 2009. Ver también Sentencia C-319 de 2010. En Sentencia T-294 de 2011 se reitera: “En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito, lo cual autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por los concursantes una vez finalizadas todas las etapas del concurso.”

competentes para elegir. Dicha autonomía fue preservada en la convocatoria pública.³⁴

La misma discusión fue dada en el trámite del proyecto de ley para la elección del Contralor General de la República. La Sala, en el concepto que se reseña, citó:

...uno de los ponentes del proyecto aclaró que *“si fuera concurso público formal hay que elegir por el orden, es convocatoria mas no concurso, entonces sí es convocatoria, si fuera concurso habría que elegir el de la lista y entonces la función del Congreso queda reducida a nada.”*³⁵

Luego de repasar las discusiones que alrededor del mismo elemento diferenciador se dieron en el Congreso de la República, respecto de las elecciones de magistrados de las Altas Cortes, del Contralor General de la República, del Procurador General de la Nación y de los mismos contralores territoriales, que tuvieron como resultado la derrota de las proposiciones que en tales casos buscaban que dicha elección estuviera precedida por concurso público de méritos, la Sala concluyó:

De este modo, además de que literalmente se trata de expresiones distintas y que el nuevo artículo 126 Constitucional alude a una y otra como figuras separadas (al señalar que la convocatoria aplicará *“salvo los concursos regulados por la ley”*), la Sala observa que los antecedentes del Acto Legislativo 2 de 2015 ratifican que el constituyente derivado quiso diferenciar *la convocatoria pública* del *concurso público de méritos* del artículo 125 de la Constitución Política, particularmente porque en los procesos de elección mediante convocatoria pública no existe un orden obligatorio de escogencia entre los candidatos que superan las etapas de selección, tal como ocurre en los concursos de méritos.

Así pues, el sistema de convocatoria pública mantiene un grado mínimo de valoración o discrecionalidad política en cabeza de las corporaciones públicas para escoger entre quienes se encuentran en la “lista de elegibles”, aspecto que constituye el elemento diferenciador entre la *convocatoria pública* de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, y el concurso público

[Cita del concepto 2274] ³⁴ “Pero además, entre otras cosas, es porque aquí ya los jueces de la República, que además también les da por legislar cuando fallan las tutelas, nos han dicho en repetidos concursos que quien debe estar nombrado es aquel que ha sido designado de primero en el concurso; si eso opera mediante una tutela en la elección de los Miembros del Tribunal, qué cuando se haga un Concurso Público (sic) en el Sistema de Calificación haya que designar a quien está de primero, pues mal haríamos en dejar una norma para decir que el que lo va a elegir es la Cámara de Representantes, porque eso no se iría a aplicar. ¿Quién iría a elegir a los miembros del Tribunal? Pues por supuesto quien haga el concurso, la entidad que celebra el concurso será aquella que va a elegir a los miembros y no la Cámara de Representantes.” Gaceta del Congreso 93 de 2015, Acta 26 del 18 de noviembre de 2014. // [El ministro del Interior] “(...) lo otro decir que es un concurso público de méritos es mejor de una vez decir con toda claridad que se le quita a las Asambleas y Concejos esa facultad y que la ESAP o la Universidad Nacional o no sé qué entidad del orden nacional va a llegar a cada departamento y a cada municipio de Colombia a definir quién es el Contralor.” Gaceta del Congreso 479 de 2015. En general en esta Acta aparece de manera detallada la discusión de las opciones presentadas entre concurso público y convocatoria pública. Ver también Actas de Comisión 23 y 24 del 11 y 12 de noviembre de 2014, en las que se discute el uso del concurso público de méritos para la elección de funcionarios por parte de las corporaciones públicas de elección popular.

[Cita del concepto 2274] ³⁵ Gaceta del Congreso 239 de 2015, Acta de Comisión 37 del 7 de abril de 2015. Ver también Gaceta del Congreso 738 de 2014: “Ustedes creen que es mejor que vengan aquí cien candidatos a una convocatoria pública para Contralor que se autonominen y que luego le hagan una calificación de los diplomas y eso los habilita para que sean elegidos Contralores o Procuradores, se equivocan, esos cargos deben tener otros juicios distintos que no radican únicamente en las capacidades intelectuales, en el número de diplomas, sino que tienen que ver con otra cosa que se llama el carácter, el juicio político, el sentido de la política, que son elementos que tiene que juzgar el Congreso de la República.”

de méritos a que alude el artículo 125 de la misma Carta³⁶. Sin embargo, en lo demás (publicidad de la convocatoria, reclutamiento de los mejores perfiles, transparencia, aplicación de criterios objetivos y de mérito, etc.) puede decirse que no existen diferencias sustanciales entre uno y otro mecanismo de selección de servidores públicos.

En cuanto a los elementos que determinan la similitud de los dos procedimientos la Sala destacó que «*comparten la misma razón jurídica*». Esta, para el caso entonces en estudio, y «*sin perjuicio del margen de apreciación que se reserva a las corporaciones públicas en la convocatoria pública*», radica en:

... asegurar mediante un procedimiento reglado la mayor participación posible de interesados, la evaluación de sus méritos y la selección de los mejores candidatos a cada cargo...

El elemento en mención – compartir la misma razón jurídica – es uno de los que, en criterio de la Sala, debe configurarse como condición *sine qua non* para la procedencia de la analogía en el ejercicio de funciones administrativas, y está presente en el asunto que hoy estudia la Sala, como se explicará adelante.

Ahora bien, el segundo elemento que también para la Sala es de la naturaleza y de la esencia de la analogía, es la existencia de una ley de referencia.

En el concepto 2274, la Sala se ocupó de tal elemento bajo el acápite «4. La analogía en el ámbito del derecho público y dentro del marco del principio de legalidad», desarrollado a partir del artículo 8º de la Ley 153 de 1887³⁷:

Artículo 8º. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Al declarar exequible el artículo transcrito en la Sentencia C-083-95, la Corte Constitucional explicó la analogía como

La aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, “pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma.”

[Cita del concepto 2274] ³⁶ Gaceta del Congreso 808 de 2014: “Segundo. Creemos que la Comisión Nacional del Servicio Civil con base en principios de transparencia, de equidad, de publicidad, debe organizar una convocatoria pública para conformar una lista de elegibles, no es exactamente un concurso, porque la elección va a corresponder al Congreso, en particular al Senado. De manera que no es un concurso público, simplemente una manera de seleccionar una lista de elegibles, un organismo técnico como la comisión nacional del servicio civil que verifique los requisitos, los antecedentes, los ponga en conocimiento de la opinión pública, permita que haya una controversia pública, una verificación, que si algún ciudadano tiene alguna objeción sobre lo que ha acreditado en su hoja de vida, uno de los candidatos tenga un tiempo para hacerlo, que esa controversia se cierre allí en la Comisión Nacional del Servicio Civil y que luego de este procedimiento público de verificación de requisitos, de transparencia, de verificación ciudadana, la Comisión Nacional del Servicio Civil remita al Senado la lista de elegibles (...) Yo digo que ahí estaría concentrado toda el espíritu de la proposición de Claudia López y este artículo rige para todas las elecciones que hagan las corporaciones públicas, no sé si se ha modificado el artículo, Presidente. Eso era todo. Gracias.”

³⁷ Ley 153 de 1887 (agosto 15) “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.” Su Pare Primera contiene las “reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes.”

Así, la analogía se configura y, por lo mismo es procedente, cuando (i) se está ante un asunto que debe resolverse; (ii) pero no existe una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) en cambio hay una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que, por compartir la misma razón jurídica, admiten la misma solución en derecho.³⁸

La Sala, en el comentado concepto 2274, resaltó que la misma Sentencia C-083-95 explicó que, en la analogía

...no hay apartamiento o separación de la ley sino precisamente todo lo contrario, es decir, reafirmación de que una determinada situación será regida por una norma legal que regula una hipótesis que en esencia responde a la misma razón jurídica de aquella que debe atender.

Y que tal aserto fue reiterado en la Sentencia C-284-15³⁹, con base en la cual la Sala, en el concepto 2274, enfatizó:

... la analogía no es una fuente subsidiaria del derecho – como la doctrina constitucional o los principios generales del derecho que también se mencionan en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y se aplican en ausencia de referentes normativos – sino que queda comprendida en el mandato superior de sujeción a la Constitución y la ley (artículo 230 C.P.).

En ese entendido, la Sala – en el concepto 2274 -, se refirió a un tercer elemento, igualmente esencial: la existencia de competencia en cabeza de la autoridad de que se trate:

De hecho el propio legislador ha previsto que las autoridades administrativas no pueden invocar la falta de un procedimiento administrativo para eludir el ejercicio de sus competencias, pues para ese efecto ha establecido uno general (marco) aplicable en ausencia de una norma especial (artículos 2º y 34 CPACA). Por tanto, bien sea por virtud de la aplicación analógica de una ley similar o de la aplicación supletiva del CPACA, siempre será posible solucionar vacíos en las normas de procedimiento aplicables para el ejercicio de una determinada función administrativa, pues debe recordarse que las autoridades públicas también son responsables por omisión en el ejercicio de sus funciones (artículo 6º C.P.)

A su vez, en el concepto 2400, la Sala reiteró:

... la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía:

[Cita del concepto 2274] ³⁸ Sentencia SU-975 de 2003: “El principio de la analogía, o argumento a *simili*, consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera.” // Sentencia T-734 de 2013: “7.2.7 De esta manera, en el proceso de integración normativa, la analogía surge como un mecanismo de expansión del derecho frente a aquellos casos en los que no existe regulación alguna. En otras palabras, la analogía implica atribuir al caso no regulado legalmente, las mismas consecuencias jurídicas del caso regulado similarmente. Sin embargo, para que dicho razonamiento sea válido jurídicamente, se requiere que entre los casos exista una semejanza relevante, que además de ser un elemento o factor común a los dos supuestos, corresponda a una razón suficiente para que al caso regulado normativamente se le haya atribuido esa consecuencia específica y no otra.”

[Cita del concepto 2274] ³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-284-15 (mayo 13) Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 4º (parcial) de la Ley 153 de 1887. Referencia: Expediente D-10455.

“El imperio del derecho frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder, constituye una de las más importantes garantías de las libertades ciudadanas, pues permite la vigilancia y el control de los actos y de los agentes del poder, el reclamo por el cumplimiento de los objetivos y finalidades estatales, el ejercicio de las acciones en interés general o particular, la realización de la justicia y el mantenimiento de la seguridad jurídica como fines últimos del derecho.

Este principio permite deducir que, en un Estado de derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado.”⁴⁰

Para concluir este análisis, la Sala destaca que, en la aplicación de una ley por vía de analogía, la autoridad resuelve, con las reglas contenidas en una ley vigente, el asunto que carece de normatividad propia. Dicha autoridad, que debe tener la competencia para conocer y decidir del asunto de que se trate, no crea ni fija las reglas; aplica la ley ya existente.

Ahora bien, para la Sala es de especial interés dejar registrado en este concepto, por el interés que sin duda tiene para la autoridad consultante y para las autoridades que intervienen en la conformación de las ternas y la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación acogió la argumentación y las conclusiones expuestas por esta Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto 2274, cuando negó las pretensiones de las demandas de nulidad electoral presentadas contra algunas elecciones de contralores territoriales precisamente con aplicación -por vía analógica- de la Ley 1551 de 2012 sobre elección de los personeros municipales.

En ese sentido, por ejemplo, la Sentencia del 6 de abril de 2017⁴¹; la Sección Quinta negó la anulación de la elección del Contralor General del Casanare y, entre otras razones, argumentó:

⁴⁰ [Cita del concepto 2400] Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2000. Radicación número: 16973. Ver también de la Sección Cuarta la Sentencia del 28 de agosto de 1992, Exp. 1992-4158: “En ningún caso es viable la analogía como procedimiento discrecional de corporaciones, órganos o funcionarios administrativos, para la adopción permanente de preceptos jurídicos, en órbita territorial o respecto de materias no previstas expresamente por el sistema normativo que se pretende acoger.” // [citas del concepto 2274] De manera general y con base en la jurisprudencia de esta Corporación, la Sala advirtió la **improcedencia de la aplicación analógica de la ley en materia tributaria** (Sección Cuarta, Sentencia del 3 de noviembre de 2007, Exp. 2000-0718); **sancionatoria** (Sección Primera, Sentencia del 18 de noviembre de 2007, Exp. 2006-02007 y Sección Cuarta, Sentencia del 22 de septiembre de 2004, Exp. 2002-0117); **de inhabilidades e incompatibilidades** (Sección Segunda, Sentencia del 16 de febrero de 2012, Exp. 2009-00103); y, en general cuando se **utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas** (Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 1998, Exp. 1998-120 AC, y Sección Quinta Sentencia del 28 de noviembre de 1995, Exp.1995-1471) **o prohibitivas** (Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Exp. 1993-1895, Sección Primera, Sentencia del 23 de septiembre de 2007, Exp. 2003-00126).

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 6 de abril de 2017, Radicación número: 85001-23-33-000-2016-00063-02 / Cfr. También de la Sección Quinta, entre otras, Sentencia del 4 de octubre de 2017, Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00801-02; Sentencia del 27 de octubre de 2017, Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00055-01 y 63001-23-33-000-2016-0043-00 acumulado.

Así las cosas, a pesar de esa omisión legislativa y en virtud del carácter normativo de la Constitución Política, los concejos y las asambleas del país deben cumplir con la definición de una “convocatoria” de estirpe o alcance público, incluyente y participativa de todo el conglomerado, que tenga como fin elegir al contralor del ente territorial respectivo, cumpliendo a cabalidad los principios incluidos en los artículos 126 y 272 constitucionales.

La jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa no ha sido ajena a la situación que se vive frente a la selección de contralores territoriales, razón por la cual en aras de dar claridad, han considerado que el vacío legal referido puede concretarse por analogía. Como en efecto, se indicó en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y a partir de una Circular Conjunta expedida por la ESAP, el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

La doctrina jurídica referida, motivada en una consulta elevada por el Ministerio del Interior, motivó a la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación a proferir el concepto de 10 de noviembre de 2015 (rad. 2254)⁴², en el que se diferenció los concursos públicos de méritos y las convocatorias públicas, advirtiendo que en este último existe un grado mínimo de discrecionalidad a favor de la corporación pública para elegir al servidor, ya que esto lo puede efectuar legítimamente con cualquiera de las personas que haya satisfecho los requisitos establecidos previamente para ocupar el cargo. En lo demás, esa Sala manifestó que los concursos y las convocatorias son “compatibles” en cuanto a los principios, los métodos y los procedimientos que los componen.

A partir de lo anterior y de conformidad con el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, que fue declarado exequible en la sentencia C-083 de 1995, se señaló que la analogía puede ser usada en el ámbito del derecho administrativo siempre que se tengan en cuenta los límites de la figura. Bajo esta condición concluyó que la elección de los contralores territoriales sí puede ser orientada mediante la analogía, por las normas que reglan el concurso de los personeros (Ley 1551 de 2012 y el Decreto Reglamentario 2485 de 2014), ya que estas disposiciones garantizan el cumplimiento de los principios enlistados en el artículo 272 inciso 4 de la Constitución. Sobre el particular ilustrativo resulta el siguiente aparte: “Así las cosas y como quiera que según lo analizado anteriormente la convocatoria pública de los artículos 126 y 272 de la Constitución Política responde en esencia a los mismos principios y finalidades de los concursos públicos de méritos, la Sala encuentra perfectamente viable que mientras el Congreso de la República regula de manera específica la materia, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales cumplan la función constitucional de elegir contralores territoriales mediante la aplicación analógica de las normas que regulan los concursos, con la salvedad, como se dijo, de que no habría orden de prelación en la lista de elegibles. Lo contrario -no aplicar la reforma constitucional o dar completa liberalidad a los órganos electores para adelantar las convocatorias públicas dirigidas a seleccionar los candidatos a contralor- iría en contra del carácter vinculante de la Constitución y del efecto útil de la norma, además de que desconocería, precisamente, el principio de legalidad”.

En desarrollo de esa doctrina, la autoridad pública consultante acogió el concepto y expidió la Circular Conjunta 100-005-2015 el 24 de noviembre de 2015 expedida por el Ministerio del Interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la ESAP, como se lee de la literalidad del siguiente aparte: “En consecuencia, las actuales Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales deberán adelantar la convocatoria pública para la elección de contralores por parte de los miembros de las Corporaciones que se posesiones el 1º de enero de 2016, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto 1083 de 2015”.

⁴² Aclara esta Sala que se trata del concepto 2274.

Es decir, como opción, para regular la elección de contralores, la convocatoria y la selección respectiva puede regirse por aplicación analógica las reglas que rigen el concurso de los personeros, en lo que sea compatible y sin observar el estricto orden de calificación, no existiendo obligación de elegir el que obtenga el mayor puntaje o ponderación, como sí impone el concurso de méritos.

5. La aplicación por analogía de la Ley 1904 de 2018

No podría quedar duda de que, desde el punto de vista de la similitud en la razón jurídica u objeto jurídico tutelado, la Ley 1904 de 2018 es susceptible de ser aplicada por analogía al caso que nos ocupa.

En efecto, así se deduce de sus propios contenidos (que se analizarán adelante) y de que haya sido el mismo Congreso de la República el que hubiese ordenado su aplicación analógica en el ámbito general de las convocatorias públicas en los procesos de elección a cargo de corporaciones públicas. Una conminación de tal naturaleza entraña de manera inmediata el que la ley -cuya aplicación analógica se ordena- posee las condiciones para ser aplicada sobre la base de operar con ese antiguo método jurídico (la analogía).

La conminación legal no habilita la aplicación analógica (que no requiere ley específica), sino que la hace obligatoria. En cambio, como se acaba de enunciar, sí demuestra palmariamente que la ley cumple con los requisitos de similitud necesarios para ser tenida como ley de referencia, y en consecuencia hacer que se tengan por cumplidas las condiciones de utilización del método (de la analogía).

Para abundar, la Sala repasará enseguida una síntesis de los pronunciamientos previos en relación con la materia, y enunciará el planteamiento central de este concepto.

5.1. Síntesis de los pronunciamientos previos a este:

a) La Comisión Nacional de Disciplina Judicial, de creación constitucional, está vigente. Las reglas básicas para su integración se encuentran enunciadas en el artículo 257 A de la Constitución.

b) La norma de creación – artículo 19 AL 02/ 15 – fijó unas reglas de transición para garantizar la continuidad de la función disciplinar, en el entendido de que no se trataba de crear privilegios personales y que la permanencia de los integrantes de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no podía entenderse como modificación o prórroga del período constitucional individual.

c) De conformidad con el artículo 126 de la Constitución, también modificado por el AL 02/15, se requiere que la ley regle la convocatoria pública que, según el mandato del artículo 257 A superior, debe adelantarse para la conformación de las ternas que tanto el Presidente de la República como el Consejo Superior de la Judicatura deben enviar al Congreso de la República para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

d) La Sala manifestó en el concepto 2400 de octubre 9 de 2018, que el hecho de tratarse de procesos de elección de servidores públicos por el Congreso de la República era la similitud evidente que fundamentaba la aplicación analógica de la

Ley 1904 de 2018, y que el párrafo transitorio de su artículo 12 contenía un mandato que ofrecía la certeza de que tal era la voluntad del legislador.

e) La manera de aplicar los procedimientos contenidos en la Ley 1904 a las etapas de elaboración de ternas y elección, se explicó en el concepto 2400, en el entendido de que se trata de adecuar la ley de referencia a las actuaciones que deben realizarse por las autoridades competentes en cada una de las etapas del proceso de elección.

f) Las convocatorias públicas y la elaboración de las ternas, para la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, son actuaciones de naturaleza administrativa.

Por consiguiente, tal como se analizó en los conceptos 2274 y 2400, ante la ausencia de la ley especial que regule dichas convocatorias en cumplimiento del artículo 126, inciso cuarto, constitucional, las respectivas autoridades competentes – para el caso, el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura – pueden acudir a la aplicación por vía analógica, de Ley 1904 de 2018, en el entendido de que al hacerlo no están creando sus propias reglas sino dando aplicación a una ley que ya regula el procedimiento de convocatoria pública como etapa previa al ejercicio de la competencia del Congreso de la República para la elección de unos servidores públicos: en la Ley 1904, el Contralor General de la República; y en su aplicación por analogía, los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

5.2. El planteamiento central del presente concepto

a) El deber de cumplir con los mandatos constitucionales, en este caso la puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que es una actividad de naturaleza administrativa, puede realizarse por vía de la aplicación analógica de una ley existente.

b) Por tratarse de una regla de aplicación legal de carácter general regulada desde 1887, -por lo demás de amplias existencia, conocimiento y aplicación en el derecho comparado-, la analogía no requiere norma adicional que la autorice en cada caso especial.

Así, la derogación – por el mismo legislador- del mandato contenido en el citado párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, no tiene, ni puede tener, el alcance de inhibir la aplicación por analogía de la Ley 1904 a todo proceso de selección de servidores públicos por corporaciones públicas, en tanto se reúnan los elementos esenciales de la analogía, y mientras se expide una ley que regule de manera general la convocatoria pública que tal selección exige, o leyes particulares o específicas.

c) Como se explicó en los conceptos 2400 y 2274, y lo ha definido la jurisprudencia constitucional, la analogía es la aplicación de una ley existente a un asunto que debe resolverse, respecto del cual no se encuentra ley exactamente aplicable.

De manera que, con o sin mandato legal especial, dados los supuestos de operatividad de la analogía, esta es procedente y se torna en un valioso apoyo para que las autoridades correspondientes cumplan con su principal deber: el cumplimiento de la Constitución y de la ley.

d) La analogía en el caso consultado es pertinente y viable, porque se reúnen los elementos esenciales identificados por la Sala, con fundamento en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y en la jurisprudencia constitucional, a saber:

(i) una misma razón jurídica: la que obliga al sector público a sujetarse a ley, que reglamente una convocatoria pública, en lo que respecta a confeccionar las ternas o listas necesarias para que una corporación pública realice una elección.

(ii) la existencia de una ley de referencia que regula el procedimiento de convocatoria pública que por mandato constitucional – artículo 126 - comparten los procesos de elección del Contralor General de la República y de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, puesto que en ambos casos se trata de elecciones de servidores públicos atribuidas a la misma corporación pública, el Congreso de la República.

Dicha ley es la Ley 1904 de 2018.

(iii) la competencia, por mandato constitucional está asignada al Presidente de la República y al Consejo Superior de la Judicatura, para integrar las ternas, así como al Congreso de la República para elegir de ellas los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

e) En existiendo ley de referencia, la inexistencia de la ley específica no es, ni puede invocarse, como óbice para la integración de la Comisión en cita. Por el contrario, y como se verá enseguida, razones constitucionales hacen que la analogía a la que se viene refiriendo este concepto siga siendo de obligada aplicación, aún bajo la hipótesis negada de que se aceptara como legítima la derogatoria tantas veces aludida (*ver infra No. 9*).

6. La supremacía de la Constitución obliga a la implementación y entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Como se anotó en la reseña del Concepto 2378 (*ver punto 3.2 del presente concepto*) la Sala desde entonces – junio 18 de 2018 - advirtió que el hecho de no integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, creada en el AL 02/15 y declarada exequible por la Corte Constitucional, estaba empezando a configurar «una especie de “estado de cosas inconstitucional” porque había tornado indefinida la continuidad de los cargos de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, órgano que a su vez fue derogado tácitamente por el mismo acto legislativo y confirmada tal derogatoria en virtud de las decisiones contenidas en las Sentencias C-285-16 y C-373-16.

Con un nuevo llamado a las autoridades concernidas para que adelanten las actuaciones que les corresponden y pueda restablecerse el orden institucional diseñado en el AL 02/15 para el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado en la Rama Judicial, la Sala reitera los argumentos expuestos en el citado Concepto 2378, y manifiesta de nuevo sus consideraciones de alarma en torno al tema.

El modelo constitucional colombiano fue definido por la Asamblea Constituyente de 1991 con un diseño que teórica y normativamente distribuyó el poder dentro del marco de un espíritu democrático e institucional.

Sobre esa base se predica la supremacía material de la Constitución: el orden jurídico depende totalmente de la norma superior, prevalente sobre todas las formas de actividad estatal.⁴³

Dada esa supremacía, se identifican los principios de: (i) eficacia inmediata, que ordena considerar los preceptos constitucionales como derecho de directa aplicación; y (ii) de vinculación más fuerte, que obliga a todos los operadores jurídicos a hacer primar la obediencia a la Constitución por encima de cualquier otro mandato.⁴⁴

El principio de supremacía de la Constitución encuentra su fuente en el artículo 3° de la Carta, conforme al cual la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público que se ejercerá en los términos establecidos en la propia Constitución. Del mismo modo, en el artículo 4° superior se establece que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

El artículo 121, por su parte, dispone que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Diversos artículos de la parte orgánica crean órganos y mecanismos que hacen efectiva dicha supremacía.⁴⁵

El poder del que está dotado el Estado no es estático. Impelido a cumplir fines determinados, inspirados en el bien común, tiene la imperiosa necesidad de actuar mediante el ejercicio de precisas funciones.⁴⁶

En consonancia, y para la gestión de los intereses generales y del bien común, la Constitución y la ley distribuyen poderes, prerrogativas o facultades que habilitan la toma de decisiones, para ser ejecutadas, por supuesto, aun ante la resistencia a cumplirlas.⁴⁷

Radbruch sintetiza bien el problema:

Todo ordenamiento jurídico quiere alcanzar al mismo tiempo tres objetivos: defender la justicia, procurar un interés común, y alcanzar una seguridad jurídica.⁴⁸

El Estado Social de Derecho supone el respeto de la existencia de normas jurídicas, de competencias específicas, y de los derechos fundamentales de las personas, y se desarrolla conforme a tres principios orgánicos: i) la legalidad; ii) la independencia; y iii) la colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

El principio de legalidad prescribe que las autoridades deben someter sus actuaciones y actividades al imperio de la ley, esto es, que su proceder debe estar de acuerdo con el orden jurídico existente.⁴⁹

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-337 de 1993.

⁴⁴ Garrarena, Ángel. Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Página 94.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005.

⁴⁶ Naranjo, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones políticas. Editorial Temis. Página 245.

⁴⁷ Sánchez, Miguel. Derecho Administrativo Parte General. Técno. Página 42.

⁴⁸ Radbruch. El espíritu *del* Derecho Inglés. Marcial Pons. Página 59.

⁴⁹ Galindo, Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Página.197.

Uno de los elementos esenciales de la democracia es que el acceso al poder y su ejercicio se hagan con sujeción al Estado de derecho, e implica la subordinación constitucional de todas las instituciones estatales.⁵⁰

Es así que la Constitución y la ley cumplen con el rol de establecer las funciones de las ramas del poder público, y de delimitar de manera rigurosa y precisa el poder dado a todo funcionario u organismo estatal.⁵¹

Para Karl Loewenstein⁵², el *telos* de toda Constitución es crear instituciones para limitar y controlar el poder político. Alcanzar este propósito implica someter el ejercicio del poder a determinadas reglas y procedimientos, cuyo respeto y acatamiento son esenciales.

De allí que, desde la tipología de las normas constitucionales y teniendo en cuenta la perspectiva de su eficacia, se hable de normas de eficacia directa.

Se trata de las disposiciones constitucionales cuyo enunciado incluye los elementos necesarios que les permiten ser inmediatamente operacionales. Son ejemplo las normas que se refieren a la estructura y funcionamiento del Estado y sus órganos, en cuanto lo establecido no necesite ser completado por otra norma.⁵³

En ese orden de ideas, es claro que la norma constitucional de creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial estableció sus funciones, el número de los integrantes y la manera cómo deben ser elegidos, a la vez que determinó las autoridades que intervienen en esa elección, esto es, asignó competencias en esa materia.

Para el asunto que ocupa a este concepto, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1904 de 2018 no existía ley de referencia que posibilitara su aplicación analógica. Así, la expedición de esta ley completa el requisito relativo a la regulación legal de la convocatoria pública, exigido por la Constitución y ratificado por sentencias del Consejo de Estado. Como quedó explicado arriba, la aplicación analógica -en el caso bajo examen- es aplicable aún bajo el escenario de la derogatoria del párrafo transitorio que la ordenaba.

Dado que la competencia para la postulación y la elección de los miembros de la Comisión existe, y que de lo que se trata es de establecer el procedimiento, la analogía puede y debe ser utilizada para asegurar el cumplimiento de la función asignada, de rango constitucional.

En suma, están dados los elementos normativos esenciales para que el engranaje estatal entre a poner en funcionamiento la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.⁵⁴

⁵⁰ Álvarez, Luis. Conflictos de competencias administrativas en Colombia. Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código. Banco de la república. Páginas 55-56.

⁵¹ Berrocal, Luis. Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Librería del Profesional. Páginas 87-88.

⁵² Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución, Editorial Ariel. Página 151.

⁵³ Garrorena. Op. cit. Páginas 94 y 95.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2274 de 2015.

Ya se ha explicado que la supremacía material de la Constitución implica que el orden jurídico depende totalmente de la norma superior, lo que la torna en prevalente sobre todas las formas de actividad estatal.

Según el principio de vinculación más fuerte, todos los operadores jurídicos deben hacer primar la obediencia a la Constitución por encima de cualquier otro mandato, y los órganos del Estado deben cumplir fines determinados de acuerdo con su marco funcional. En tales circunstancias, para la sala no cabe duda de que a las autoridades concernidas les resulta obligatoria la actuación de que se ocupa el presente concepto.

7. La colaboración armónica entre las ramas del poder público para la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

El artículo 257A de la Constitución establece que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial está conformada por siete magistrados elegidos por el Congreso en Pleno, 4 de ellos elegidos de ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura, y 3 elegidos de ternas enviadas por el Presidente de la República.

Para el cumplido desarrollo de lo dispuesto por dicho artículo, lo deseable institucionalmente es que las tres ramas del poder público confluyan y desde sus propias atribuciones lleven a buen éxito la conformación y puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Se trata de proceder -por parte del Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura, previa convocatoria pública reglada, a conformar y enviar las respectivas ternas al Congreso de la República, para que este proceda a la elección correspondiente. Surtida la elección, el Presidente de la República debe proceder a la posesión, momento en el que quedaría -según las voces del citado artículo 257 A de la Constitución-, constituido el nuevo órgano disciplinar de la Rama Judicial.

Si bien es cierto que los órganos del Estado tienen funciones separadas que son ejercidas independientemente, el artículo 113 constitucional dicta que deben colaborar armónicamente para la realización de sus fines.

En efecto, el enunciado del artículo 113 -«Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines» - no es de naturaleza potestativa; por tanto no resulta válido entender que los órganos estatales pueden o no colaborar entre sí, en y para el cumplimiento de sus funciones.

Por el contrario, el principio de colaboración armónica es ante todo un deber exigible a las autoridades públicas para el buen logro de los cometidos estatales.

Toda vez que la colaboración armónica es de naturaleza forzosa, en caso de que una autoridad no actúe *motu proprio*, podrá ser requerida para que se avenga al cumplimiento de sus funciones, en particular por aquella que, dentro del marco jurídico, tenga participación complementaria en el proceso o actuación, o dependa de la actuación objeto de requerimiento para poder ejercer sus competencias.

En esa línea, dado que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial fue creada por el H Congreso de la República, este tendría una especial legitimidad para exigir de

las autoridades competentes de las otras dos ramas del poder – el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura - la puesta en marcha de los mecanismos previstos para la conformación de dicha Comisión.

La teoría del acto propio implica la vinculación del autor a los efectos del mismo, y la imposibilidad de incurrir después en un comportamiento contradictorio, todo con la finalidad de proteger la confianza en las situaciones jurídicas creadas.

En este punto debe traerse a colación lo dicho por Kenneth Wheare⁵⁵: al referirse a los mínimos irreductibles de una auténtica Constitución, plantea –entre otros- los siguientes:

- a) La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales o detentadores de poder para evitar la concentración en las manos de un único y autocrático detentador del poder.
- b) Un mecanismo planeado que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder. Los *checks and balances* significan simultáneamente una distribución, y por tanto, una limitación del ejercicio del poder político.
- c) Un mecanismo, planeado con anterioridad, para evitar los bloqueos respectivos entre los diferentes detentadores del poder, con la finalidad de evitar que uno de ellos, en caso de no producirse la cooperación exigida por la Constitución, resuelva el *impasse* por sus propios medios.

En síntesis, el constituyente derivado en el AL 02/15 dejó manifiesta su voluntad de la concurrencia de los máximos órganos de las tres ramas del poder público en la integración de la Comisión Nacional de Defensa Judicial. Ese mandato constitucional, en el marco del diseño también constitucional de tres ramas autónomas pero regidas por el principio de la colaboración armónica, permite -y a la vez exige- el cumplimiento del propio deber en el proceso de conformación de ternas y de la subsiguiente elección.

El principio de colaboración armónica busca evitar que los fines del Estado se vean obstruidos por la inacción de alguna de las autoridades públicas que, en casos como el que ahora estudia la sala, deban concurrir para su realización.

A la vez, supone que cada uno de los órganos debe emplear sus propios medios constitucionales y legales para intervenir y realizar el objeto normativo de que se trate – por supuesto sin perjuicio y a partir de sus respectivas autonomías -.

8. El problema jurídico planteado y la respuesta de la Sala

8.1. Consideraciones generales

De la lectura de las preguntas formuladas encuentra la Sala que la consulta parte de la hipótesis de que solo el Presidente de la República adelantaría el proceso de convocatoria pública reglada para la elaboración de las tres ternas que a él corresponden y, en tal hipótesis, se indaga por los efectos que la misma traería respecto de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, tanto como de quienes hoy continúan en ejercicio de la función disciplinaria que en la Constitución original

⁵⁵ Wheare Kenneth. Modern Constitutions. Home University Library of Modern Knowledge. Pág. 46.

de 1991 se asignó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, cuya derogatoria tácita es igualmente reconocida.

Observa la Sala que la hipótesis planteada – solo el Presidente de la República adelantaría la elaboración de las ternas que le competen -, es jurídicamente realizable en tanto sería el ejercicio de una competencia -que es a su vez un deber constitucional del Presidente de la República- en los términos que se derivan de la vigencia del artículo 257 A de la Constitución.

Los efectos de la hipótesis en cuestión, en criterio de la Sala deben observarse bajo los siguientes supuestos, por lo menos:

- a) Se trata de la integración inicial de la Comisión;
- b) Se debe cumplir un mandato constitucional en los términos en los que está dado;
- c) Se debe garantizar la continuidad de la función disciplinar, en cabeza de su titular, vale decir del órgano constitucionalmente designado.

En torno a las situaciones así identificadas surgen varias consideraciones con fundamento en el artículo 257 A, que se transcribe de nuevo en su texto vigente para mejor claridad:

Artículo 257A. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

Estará conformada por siete Magistrados, cuatro de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura previa convocatoria pública reglada, y tres de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Presidente de la República, previa convocatoria pública reglada. Tendrán periodos personales de ocho años, y deberán cumplir con los mismos requisitos exigidos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no podrán ser reelegidos.

Podrá haber Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial integradas como lo señale la ley.

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, salvo que esta función se atribuya por la ley a un Colegio de Abogados.

Parágrafo. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial no serán competentes para conocer de acciones de tutela.

Parágrafo transitorio 1o. Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura serán transformadas en Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial. Se garantizarán los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las

salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura quienes continuarán conociendo de los procesos a su cargo, sin solución de continuidad.

a) Sobre la integración inicial de la Comisión

(i) Los incisos primero y quinto del artículo 257 A, transcrito, asignan a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial la función disciplinaria (1) respecto de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y (2) en relación con los abogados, mientras la ley no la atribuya a un Colegio de Abogados.

(ii) Los incisos segundo y tercero disponen el número de miembros, cómo y por quién son elegidos, el período y la prohibición de reelección, y los requisitos para ejercer el cargo. Estos mandatos son permanentes y han de cumplirse siempre que deban proveerse uno o varios de los cargos de magistrado de la Comisión.

(iii) La asignación de la función disciplinaria por el artículo 19 del AL 02/15 original, a un órgano nuevo -la Comisión en estudio-, guardaba armonía con el texto original del artículo 15 del mismo AL02/15 en tanto este remplazaba el artículo 254 original para suprimir el Consejo Superior de la Judicatura y sus dos Salas y crear otros órganos de gobierno y administración de la Rama Judicial.

La inexecutable parcial del artículo 15 del AL 02/15 – declarada en la Sentencia C-285-16- conservó la derogatoria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sin perjuicio de la continuidad de la función en los términos previstos en el párrafo transitorio del artículo 19 de la reforma constitucional, hoy artículo 257 A de la compilación constitucional vigente.

(iv) Para efectos de la transición entre el órgano suprimido y el órgano creado, se fijó el plazo de un año a la elección de los magistrados de la Comisión, y se vinculó su posesión al inicio de la labor de la misma Comisión. Dice el párrafo transitorio:

Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Estima la Sala que el texto constitucional supone: (1) la elección de un número plural de magistrados; (2) la posesión; y (3), con esta, la posibilidad jurídica de que la Comisión avoque el conocimiento de los procesos disciplinarios, es decir, inicie el ejercicio de la función para la que fue creada.

Para el ejercicio de la función, la norma no habla de los magistrados; se refiere a la Comisión -esto es, al órgano-, por cuanto es este el competente para ejercer la función disciplinar en la Rama Judicial, y no sus miembros individualmente considerados.

En el esquema diseñado para completar la transición, el órgano que sustituye a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria es también la Comisión, y no sus miembros.

(v) El esquema de transición se planteó bajo tres supuestos:

- la supresión del órgano anterior – la Sala Jurisdiccional Disciplinaria – en el nivel constitucional, en virtud del artículo 15 original del AL 02/15;

- la continuidad de la función mediante la conservación transitoria de la estructura y la organización de la Sala original –desligada del Consejo Superior de la Judicatura, como ya se expuso-;
- y la existencia constitucional del órgano sustituto, que se configuraba con la entrada en vigencia del acto legislativo.

(vi) Los tres supuestos referidos confluyen en la consideración de que, para la primera elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el Congreso de la República debería recibir del Presidente de la República y del Consejo Superior de la Judicatura las ternas que a cada una de estas autoridades corresponde.

b) Sobre el mandato constitucional y su cumplimiento en los términos en los que está dado.

Como se ha expresado reiteradamente, la reforma constitucional contenida en el AL 02/15, en cuanto se refería a la Rama Judicial, tenía como uno de sus propósitos el rediseño institucional, en el que se incluyó la creación del órgano encargado de ejercer la función disciplinar no solo respecto de los funcionarios de la rama y de los abogados, como venía siendo, sino además, de los empleados de la misma rama.

El órgano se diseñó de manera que en su conformación intervinieran las tres ramas del poder público: la legislativa, eligiendo a sus miembros; la ejecutiva y la judicial, concurriendo con la elaboración de las ternas respectivas.

La primera integración de la Comisión y las que sigan durante la existencia del órgano, deben responder a ese mandato constitucional.

De manera que, para la integración inicial, en el ejercicio independiente de las competencias propias de cada uno, el Presidente de la República o el Consejo Superior de la Judicatura, teóricamente, podrían conformar el número de ternas que les corresponden y presentarlas al Congreso de la República, sin coordinación temporal alguna. De manera igualmente teórica, en tal caso, también el órgano legislativo podría elegir, en ejercicio de su competencia propia.

En esa hipótesis, esto es, la elección con base en las ternas presentadas por solo una de las autoridades habilitadas, quedarían elegidos, sin duda, los respectivos magistrados. Pero frente al mandato del artículo 257 A en su párrafo transitorio, no podría reconocerse como constituido -ni fáctica ni jurídicamente- el órgano creado para remplazar a la Sala Jurisdiccional disciplinaria en la función disciplinar de y para la Rama Judicial.

Por estas y otras razones que adelante se esgrimen, la mencionada hipótesis será negada en el presente concepto.

c) Sobre la continuidad de la función disciplinar.

La Constitución Política en su versión original, tanto como con la modificación introducida por el AL 02/15, se ha ocupado de establecer dentro de la misma Rama Judicial el órgano encargado de ejercer la función disciplinaria del Estado, en relación con los servidores públicos vinculados a la rama y con quienes como abogados forman parte esencial de la aplicación de la justicia.

El trámite que se adelante en aras de la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberá entonces velar porque tal integración sea eficaz, pues, se repite, no son sus magistrados quienes ejercen la función disciplinar, sino la Comisión, vale decir el órgano del que forman parte.

El ejercicio provisional extendido de tal función en los términos establecidos en el párrafo transitorio del actual artículo 257 A, es un mecanismo establecido a partir de la supresión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y en la perspectiva del término de un año que el legislador derivado estimó, en 2015, como suficiente para que entrara a operar la reforma organizacional que adoptaba para la Rama Judicial.

8.2. La realización práctica de la sustitución de los órganos

¿Cómo operaría en la práctica el mandato de la Constitución Política que prevé la desaparición de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria (antes integrante del Consejo Superior de la Judicatura) «el día {en} que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial»?

En primer lugar es menester advertir que, como lo sostuvo esta Sala en el concepto 2378 del 18 de junio del 2018, el efecto de la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es la extinción definitiva de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Tal simultánea y correlacionada extinción de un órgano y entrada en funcionamiento de otro (que asume sus competencias básicas) viene prevista en la norma constitucional como asociada a la posesión de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Por consiguiente, al configurarse dicha posesión quedarán suprimidos los cargos de magistrados de la referida Sala, y se configurará la causal de retiro del servicio establecida en el artículo 149, numeral 2, de la Ley 270 de 1996, esto es, la cesación definitiva de funciones por supresión del despacho.

Dice la norma:

Artículo 149. Retiro del servicio. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

...

2. Supresión del Despacho Judicial o del cargo.

...

El anterior aserto es ante todo consecuencia de la aplicación del artículo 257 A del ordenamiento superior, cuyo párrafo transitorio es claro en prever que “los actuales magistrados de la Sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.”

Hechas las anteriores anotaciones, procede la sala a describir el proceso operacional que puede y debe seguirse, en su sentir, por manera que pueda finalmente honrarse la voluntad del constituyente derivado plasmada en el AL 02 de 2015, a saber, la existencia plena y real –y no la mera creación formal que funge como una expectativa consagrada en la carta-, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Para el efecto, y apoyada en las advertencias que encabezan este acápite, según los cuales, claramente, el evento fundamental es el de la posesión, la Sala

efectuará el encadenamiento de derecha a izquierda, comenzando con **la posesión de los magistrados que habrán de conformar el nuevo órgano.**

a) Como se dejó establecido al plantear el problema jurídico, *ut supra*, la norma constitucional se refiere al inicio de operaciones del órgano, y no de magistrados aisladamente considerados. Así, lo que debe ocurrir es que, en principio, el Presidente de la República posea a los siete integrantes simultáneamente.

b) Para que tal evento sea plausible, la elección a cargo del Congreso debería surtir, en principio, también de manera simultánea, por manera que en ese momento empiecen a correr los términos relativos al cumplimiento de requisitos previos a la posesión, etcétera.

c) Se sigue de lo anterior que es fuerza que el envío de las ternas al Congreso acaezca de manera coetánea, o sincrónica.

La posibilidad de que el proceso arriba descrito se cumpla al pie de la letra, o se cumpla al máximo (lo cual sería suficiente para llegar a la posesión simultánea), presenta dos escenarios fundamentales –y que además no son excluyentes-, a saber:

(A) El simple y pacífico desarrollo del principio de colaboración armónica ordenado por el artículo 113 de la Constitución, al cual se hizo referencia extensa en el acápite anterior.

(B) El exhorto, por parte del Congreso, a las autoridades que tienen a su cargo el acto previo de envío de las ternas, para que las envíen en una época determinada, por manera que el primero pueda ejercer su función electoral y de paso honrar su propia decisión de creación de un órgano, tomada como constituyente derivado.

En lo que respecta al escenario A), resultaría trivial cualquier comentario adicional. Los actores concernidos tendrían que hacer los acuerdos correspondientes.

El escenario B) se apoya en tres consideraciones normativas⁵⁶, consagradas en la Constitución Política y las leyes 5ª de 1992 y 734 de 2002

En primer lugar, que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes no solo de los particulares sino también del Estado -entre otras finalidades-. Este principio no es una simple manifestación de un ideal, sino que tiene un valor normativo para el presente.⁵⁷

⁵⁶ Siguiendo a Darío Martínez Jurado, muchas veces los procedimientos estrictamente reglados impiden una solución oportuna, técnica y coherente con una problemática concreta. El derecho blando administrativo encausa de manera más simple, dinámica y democrática las decisiones más apremiantes. Resulta de mucha utilidad cuando no existen procedimientos altamente detallados previos al acto. (El soft law en el Derecho administrativo y su control judicial en Colombia. Darío Martínez Jurado. En Revista Digital de Derecho Administrativo. Página 338).

En el mismo sentido, Christine Chinkin plantea la importancia del soft law elaborativo, constituido por principios que ofrecen guía a la interpretación, elaboración o aplicación del hard law. (Chinkin, Christine. "Normative development in the international legal system". En: "Commitment and compliance. The Role of Non Binding Norms in the International Legal System" P 30). 2000. Dinah L. Shelton. George Washington University Law School, GW Law Faculty Publications & Other Works. Print publication date: 2003. Published to Oxford Scholarship Online: January 2010. DOI:10.1093/acprof:oso/9780199270989.001.0001.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992

De manera congruente con el aludido artículo 2º de nuestra Constitución, el artículo 34 del Código Disciplinario Único (ley 734 de 2002) contempla como el primer deber de todo servidor público “cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución”.

Se trata de deberes básicos con los que se busca: i) asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como son los de eficacia y celeridad, ii) controlar y vigilar el ejercicio de la función pública, y iii) salvaguardar la obediencia, la disciplina y la eficiencia de los servidores públicos en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

Lo anterior, en razón a que el deber y el objetivo principal de todo servidor público es el de servir al Estado y a la comunidad con sujeción a lo dispuesto en la Constitución y en la ley.⁵⁸

En segundo lugar, de hecho, acota la Sala, el envío coetáneo de las ternas no solo resulta de mínima consideración con el H Congreso de la República, sino que tiene fundamento en la propia Ley 5ª de 1992. En efecto, la reunión en un solo cuerpo prevista en el artículo 8º *ejusdem*, se prevé de manera severamente restringida, de manera que podrá acaecer “únicamente en los casos determinados por la Constitución Política”.

Entre las atribuciones del Congreso pleno, el artículo 18, numeral 6, enlista la de «elegir los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.»

Cuenta tenida de que el AL 02 de 2015 trae imbricado el cambio por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial -en lo que hace al aquí citado artículo 18, numeral 6, resulta de elemental lógica que la elección deba surtirse en un procedimiento concentrado, con base en la convocatoria del Congreso Pleno, hecha para el efecto, tal como se ha hecho en el pasado.

El Congreso tiene establecido, en la misma Ley 5ª, el principio de celeridad de los procedimientos, en los siguientes términos:

Artículo 2º. Principios de interpretación del reglamento. En la interpretación y aplicación de las normas del presente reglamento, se tendrán en cuenta los siguientes principios: 1. Celeridad de los procedimientos. Guardada la corrección formal de los procedimientos, las normas del Reglamento deben servir para impulsar eficazmente el desarrollo de las labores de todo orden del Congreso (...)

En tercer lugar, el escenario B) también obedece al trasunto del mismo principio de colaboración armónica, del cual arriba se afirmó que “es ante todo un deber exigible a las autoridades públicas para el buen logro de los cometidos estatales.” Bajo esa consideración, también, el Congreso de la República está facultado para exhortar al Presidente de la República y al Consejo Superior de la Judicatura en orden a que, previo agotamiento del procedimiento de convocatoria pública reglada, le remitan simultáneamente o con una mínima diferencia de tiempo, las respectivas ternas.

Por las consideraciones constitucionales y legales aducidas, resulta procedente que el H Congreso de la República, mediante un exhorto, requiera a las autoridades de las otras ramas del poder con competencia para postular los

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012

candidatos a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, para que cumplan con el deber previsto en el artículo 257 A de la Carta y activen la convocatoria pública en orden a conformar sus respectivas ternas y enviarlas de manera sincrónica al órgano legislativo.

La anterior circunstancia permitiría al Congreso de la República, reunido en pleno, elegir simultáneamente a los magistrados.

La posesión de los magistrados así elegidos permitiría entender integrado el órgano, esto es, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que *asumiría los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional disciplinaria*, tal como lo contempla el párrafo transitorio del artículo 257 A constitucional. De la forma aquí prevista, ceñida en un todo a nuestro ordenamiento jurídico, se habría honrado entonces la voluntad del constituyente derivado en materia de diseño institucional del estado, consagrada en el AI 02 de 2015.

9. Una digresión imprescindible: La norma derogatoria contenida en la Ley 1955 de 2019 desde la perspectiva constitucional. La excepción de inconstitucionalidad

Como se ha expuesto con antelación, es procedente y obligatoria la aplicación de la analogía del procedimiento consagrado en la Ley 1904 de 2018 para la conformación de las ternas necesarias en orden a la designación de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Procedente, se repite, por cuanto en el presente asunto se dan todos los requisitos necesarios para que el operador jurídico en ejercicio de funciones de naturaleza administrativa pueda adelantar la aplicación por analogía, por cuanto no es - ni lo ha sido nunca - menester la existencia de norma legal que la ordene o autorice. Y obligatoria, por las razones expuestas de orden constitucional y legal. En efecto, en tanto **es un deber** proveer a la inmediata aplicación de la Constitución, y esta **es posible** dada la existencia de norma de referencia que completa los requisitos para la aplicación por analogía, entonces resulta obligatorio acudir a dicha aplicación analógica, para cumplir la Constitución.

Sin embargo, conocido el trámite del artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 y la derogatoria del párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 que en dicho artículo 336 se dispuso, la Sala estima que no puede sustraerse a expresar las inquietudes que la derogatoria en mención le suscita, desde la perspectiva de su constitucionalidad. En efecto, la derogatoria cuya constitucionalidad se cuestiona enseguida, de ser legítima, afectaría procesos de elección de funcionarios que en nuestro ordenamiento dependan de listas que corporaciones públicas deban proveer al órgano elector (diferentes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, como se ha esclarecido y reiterado suficientemente).

a) El contenido de las normas y los efectos de la derogatoria

Como ya se ha dicho, el artículo 126 superior contiene el mandato constitucional de realizar una «convocatoria pública reglada por la ley», para la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas. Ese mandato es aplicable al caso de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial porque corresponde a los precisos términos señalados en el artículo 257 A de la misma Constitución.

La Ley 1904 de 2018, en el párrafo transitorio del artículo doce, después de las vicisitudes que se han reseñado en este y en los anteriores conceptos, finalmente proveyó a la solución del *estado de cosas inconstitucional* al que se hizo alusión

en el Concepto 2378 de esta Sala, originada en la *omisión legislativa inconstitucional* a la que hizo referencia el Concepto 2400 de esta misma Sala⁵⁹. La voluntad del Congreso quedó claramente establecida en la expresión “la presente ley se aplicará por analogía”. Así, el Gobierno expidió el Decreto 1485 de 2018 para la conformación de la ternas a su cargo -en cuanto a la elección de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial-, y continuó con el proceso necesario para efectos de dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 126, desatendido hasta entonces –y que continúa no siendo honrado a la fecha de este concepto-.

La derogatoria del párrafo transitorio del artículo doce de la Ley 1904 de 2018 no tiene la más mínima referencia o explicación en el trámite parlamentario de la Ley. En consecuencia no podría endilgársele objeto ninguno (v.gr. el que resultaría especialmente estulto de retornar a la omisión legislativa generadora del estado de cosas inconstitucional tantas veces referido). Por lo tanto, la sala no especulará motivaciones, sino que se centrará en los efectos de la derogatoria mencionada.

Resulta central recalcar que la sola expedición de la Ley 1904 de 2018 resultaba suficiente para deshacer el entuerto de la omisión legislativa generadora del estado de cosas inconstitucional. En efecto, la expresión perentoria -“la presente ley se aplicará por analogía”- no hizo otra cosa que subrayar el propósito del legislador de dar solución transitoria a cuantas convocatorias públicas por parte de las corporaciones públicas dependiesen de la expedición de una ley –en general-.

En el caso específico de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, se reitera, razones de orden constitucional hacen que tal perentoriedad hubiese nacido en el momento mismo de la expedición de la Ley 1904 de 2018, aún en ausencia del párrafo transitorio.

b) Los posibles vicios de inconstitucionalidad de la derogatoria del párrafo transitorio, artículo 12, de la Ley 1904 de 2018

- Desconocimiento de los principios de unidad de materia, consecutividad y ausencia de expresa motivación de la derogatoria del párrafo transitorio en comentario

Analizados los antecedentes legislativos de la norma derogatoria, no se encuentra justificación o motivación que permita inferir su consonancia con el Plan Nacional de Desarrollo que aprueba la Ley 1955, puesto que no resulta evidente que la derogatoria en cuestión contribuya, de manera *efectiva* e *inequívoca*, al cumplimiento de los objetivos consignados en la parte general del Plan Nacional de Desarrollo.

⁵⁹ Concepto 2400, del 9 de octubre de 2018: “Según se sigue de lo anterior, la propia norma constitucional exige la aprobación de una norma específica que regule el procedimiento de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Ninguna otra interpretación puede ser adscrita al adjetivo *reglada* que se encuentra consignado en la disposición que se analiza.

En estos términos, **la ausencia de un texto normativo que regule con suficiencia y con estricto acatamiento de los preceptos constitucionales la elección de los integrantes de esta corporación constituiría una omisión legislativa inconstitucional**. Esto último quiere decir que no solo existiría una laguna normativa —fenómeno relativamente habitual en los ordenamientos jurídicos— en este ámbito, sino que **dicha laguna acarrearía el desconocimiento de un precepto constitucional, circunstancia que pondría en evidencia la urgencia de hallar una solución que garantice la indemnidad del texto superior**” [énfasis fuera de texto].

Con el fin de establecer la existencia del vínculo entre la comentada derogatoria y los objetivos del plan, la Sala estimó necesario examinar los antecedentes del procedimiento legislativo que concluyó con la sanción de la Ley 1955 de 2019. La exposición de motivos de dicha ley tendría que dar cuenta de las razones por las cuales fue incluida esta norma derogatoria en la ley del Plan Nacional de Desarrollo, lo que también debería justificar el vínculo temático de esta disposición con los objetivos generales instaurados en ella. Sin embargo, las gacetas correspondientes no brindan elemento de juicio alguno sobre los argumentos que llevaron al Congreso de la República a aprobar la introducción de la norma derogatoria.

Según consta en dichas gacetas, la derogación del párrafo transitorio del artículo doce de la Ley 1904 de 2018 no se encontraba prevista en el proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional⁶⁰; no se hizo mención a ella en las ponencias de primer debate en sesiones conjuntas⁶¹; no se tuvo en cuenta durante el correspondiente debate⁶²; no se incluyó en el texto aprobado en sesiones conjuntas⁶³; no fue previsto en el informe de ponencia para segundo debate⁶⁴; no fue publicado en las Bases del Plan⁶⁵; y únicamente aparece en el informe de ponencia de segundo debate en la plenaria de la Cámara de Representantes. En dicha instancia, surtido ya el debate en sesiones conjuntas por lo que solo restaba la deliberación correspondiente ante las plenarios de las dos cámaras, quedó constancia del aval que otorgó el Gobierno Nacional (en medio de una mera enumeración sin explicación, de normas por derogar) a la inclusión de esta disposición.

- Además de la ausencia de motivación en los antecedentes conocidos de la ley, es evidente y ostensible el desconocimiento de los principios de unidad de materia y consecutividad de la norma derogatoria, postulados que se encuentran consagrados en los artículos 158 y siguientes de la Carta.

Sabido es que aunque no es necesario que los temas introducidos en los debates posteriores tengan un contenido material idéntico a los debates iniciales, sí debe ser clara la conexidad directa entre las adiciones y el contenido sometido a debate. Así lo ha señalado la línea jurisprudencial constitucional, que en sentencias como la C-648 de 2006, sobre el principio de consecutividad e identidad flexible en el trámite legislativo, lo ha calificado como una obligación de las comisiones y plenarios al estudiar y debatir los temas puestos a su consideración⁶⁶. Respecto de la derogatoria en estudio, es obvio que al no haber formado parte del proyecto de ley presentado y debatido en las sesiones del trámite legislativo, no es factible conexidad alguna entre la norma derogatoria y los contenidos debatidos para construir la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo.

Por la misma razón – la de su inclusión tardía en el trámite legislativo -, no se observa el vínculo entre esta disposición y el núcleo temático del Plan Nacional de Desarrollo «Pacto por Colombia, pacto por la equidad». La ausencia de dicho vínculo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional que se ha ocupado del tema y en los términos del artículo 158 superior, constituye una violación del

⁶⁰ En la Gaceta 33 de 2019, en la que se encuentra la exposición de motivos de la ley, no hay referencia alguna a la derogación de la norma en cuestión.

⁶¹ Gacetas 130, 131, 133, 135 y 136 de 2019.

⁶² Gacetas 430, 651 y 652 de 2019

⁶³ Gaceta 211 de 2019.

⁶⁴ Gaceta 246 de 2019.

⁶⁵ Gaceta 252 de 2019.

⁶⁶ En el mismo sentido, sobre el principio de consecutividad pueden verse las Sentencias C-537 de 2012, C-150 de 2015, C-406 de 2013, C-408 de 2017, C-044 de 2017, entre otras.

principio de unidad de materia. El alcance de esta exigencia en el caso particular de la ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 fue expuesto en la Sentencia C-016 de 2016⁶⁷.

El escrutinio que procede en el caso de la ley del Plan Nacional de Desarrollo es particularmente intenso teniendo en cuenta que el Congreso de la República tiene serias restricciones frente a las facultades ordinarias de configuración legislativa, pues la Constitución reserva al Gobierno nacional la iniciativa legislativa en estos casos. Así mismo, existe un término reducido para aprobar el plan presentado por el Gobierno y las posibilidades de reforma son limitadas. Por esta razón, la Corte manifestó que en estos casos se produce un «incremento de la severidad del juicio de constitucionalidad».

En conclusión, la Sala no encuentra el «vínculo directo y no simplemente eventual o mediato» entre la norma derogatoria y el tema dominante de la ley del plan, pues no está referida a ninguno de los tres pilares fundamentales de dicho plan: legalidad, emprendimiento y equidad, según lo señala el artículo primero de la ley. Lo anterior autoriza para señalar, a priori, una manifiesta inconstitucionalidad de la norma derogatoria.

Como regla general, en las actuaciones judiciales y administrativas, la manifiesta inconstitucionalidad de una norma legal faculta al operador jurídico para que, en decisión debidamente sustentada, inaplique la norma de que se trate bajo la figura de la excepción de inconstitucionalidad, como mecanismo eficaz para precaver la vulneración de los derechos o garantizar el orden jurídico constitucional.

En el caso que ahora concita el interés de la Sala, la excepción de inconstitucionalidad no se requiere: como se explicó, la analogía no depende de mandato legal específico para su procedencia siempre que haya una ley vigente — ley de referencia - que permita resolver la dificultad derivada de la inexistencia de ley propia para resolver un asunto determinado.

- Huelga decir que es factible el control de constitucionalidad sobre una norma derogatoria, pues dicho carácter no escapa al necesario control de la Corte Constitucional, así como a la posibilidad de inaplicación por los operadores jurídicos, en este último caso por vía de excepción de inconstitucionalidad.

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de referirse a la facultad derogatoria ejercida por el Congreso, la cual se encuentra sometida a precisos límites constitucionales. En la Sentencia C-226 de 2002, la Corte señaló que esta potestad derogatoria no es absoluta, lo que implica que el Congreso tiene la obligación de observar las restricciones que resulten aplicables en este campo⁶⁸.

En la Sentencia C-1548 de 2000, la Corte destacó que el control de constitucionalidad de las normas derogatorias también encuentra fundamento en

⁶⁷ En la sentencia en cuestión, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente a propósito del principio en comento: «El principio de unidad de materia en la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo impone la conexión o vínculo entre los objetivos o metas contenidos en la parte general del Plan y los instrumentos creados por el legislador para alcanzarlos. En consecuencia, el legislador no puede incluir cualquier tipo de normas en la ley del Plan, siendo indispensable que las medidas de naturaleza instrumental se encuentren en una relación de conexidad directa con los objetivos y metas del Plan. Si ello no ocurre o si la disposición no incorpora ningún mecanismo para la ejecución de una de las políticas del Plan, se producirá una infracción del artículo 158 de la Carta».

⁶⁸ En la sentencia en cuestión, la Corte advirtió que «en el constitucionalismo colombiano, la potestad derogatoria del Congreso, que es amplia y dinámica, no es absoluta, puesto que nuestro ordenamiento no establece el principio de soberanía parlamentaria».

los efectos que producen, en este caso específico, los fallos que declaran la inexecutableidad⁶⁹.

Por lo tanto, el control de constitucionalidad de la norma derogatoria también se justifica debido a los efectos que producen para el ordenamiento jurídico los fallos de inexecutableidad. Como lo señaló esta Sala⁷⁰, la consecuencia jurídica que se presenta en estos casos es la reviviscencia de las normas derogadas frente a una sentencia de inexecutableidad.

Conviene concluir recordando que la excepción de inexecutableidad corresponde a un deber de los operadores jurídicos para inaplicar los preceptos legales cuando resulten contrarios al texto superior⁷¹. Todas las autoridades públicas, y no solo los funcionarios judiciales, tienen la obligación de garantizar la supremacía de los preceptos constitucionales, pues así lo manda expresamente el artículo cuarto de la Carta.

En suma, de acuerdo con las razones expuestas en este numeral, se concluye que la aplicación analógica de las normas contenidas en la Ley 1904 para la conformación de ternas o listas para elecciones atribuidas a las corporaciones públicas –en general-, conforme a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, no solo es consecuencia de lo previsto en el artículo octavo de la Ley 153 de 1887. Es, además, corolario de la excepción de inexecutableidad que debe ser aplicada debido a la manifiesta inexecutableidad, frente al artículo 158 constitucional, de la norma derogatoria que fue incluida en la ley del Plan Nacional de Desarrollo.

10. Cuadro de síntesis de los cuatro conceptos previos y del concepto actual

Cuadro a dos columnas de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: Sala Jurisdiccional Disciplinaria y Comisión Nacional de Disciplina Judicial. A.L. 02 de 2015		
	Sala Jurisdiccional Disciplinaria	Comisión Nacional de Disciplina Judicial
Incidente: Suspensión provisional de los reglamentos del Consejo Superior de la Judicatura y de la Presidencia de la República (Sección Primera del Consejo de Estado).		
1	del 24 de abril de 2017 (Levantada por reserva)	No obstante su supresión como órgano, con la derogatoria del artículo 254 constitucional original y la Sentencia C-285-16, se garantiza la continuidad en el ejercicio de sus funciones.

⁶⁹ En la sentencia, la Corte manifestó lo siguiente: «Es pues procedente un control constitucional de las disposiciones derogatorias, no sólo por cuanto el Congreso, al ejercer esa potestad, debe acatar los mandatos constitucionales, sino además porque la declaración de inexecutableidad de una cláusula derogatoria tiene un efecto preciso, que consiste en reincorporar al ordenamiento aquellos contenidos normativos que habían sido derogados. En efecto, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia y en armonía con una sólida tradición del derecho público colombiano, ha indicado que en principio la declaratoria de inexecutableidad de una norma, que había derogado o subrogado otras disposiciones, tiene como efecto revivir los artículos que habían perdido vigencia, como consecuencia de la cláusula derogatoria».

⁷⁰ Concepto 2243, del 28 de enero de 2015.

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 1998.

Cuadro a dos columnas de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: Sala Jurisdiccional Disciplinaria y Comisión Nacional de Disciplina Judicial. A.L. 02 de 2015

		Sala Jurisdiccional Disciplinaria	Comisión Nacional de Disciplina Judicial
		Quienes la integraban al entrar en vigencia el AL 02/15, continúan en ejercicio de funciones hasta cuando se integre la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y se posesionen sus miembros.	
		La continuidad de sus miembros, por razón de la transición y su finalidad, no debía entenderse como modificación o prórroga del período constitucional de 8 años, para el cual habían sido elegidos.	
Incidente: En el ínterin fueron expedidas las sentencias de nulidad de los reglamentos del Consejo Superior de la Judicatura y de la Presidencia de la República (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado).			
2	Concepto 2378 del 18 de junio de 2018 (Levantada reserva)	Los cargos de magistrados deben ser provistos con aplicación del artículo 254 original de la Constitución de 1991, con la advertencia de que la permanencia en el cargo queda sujeta a la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial o al transcurso de los 8 años del período constitucional, lo que ocurra primero.	<p>Debe integrarse con aplicación de las sentencias de diciembre de 2017 y febrero de 2018 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; es decir, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 126 de la Constitución, en relación con sujeción a una ley que regule la convocatoria pública.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Exhortación al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y al Consejo Superior de la Judicatura, con la advertencia del «deber constitucional y, por lo mismo, inexcusable, de realizar todas las actuaciones y adoptar todas las decisiones que se requieran para lograr, en el menor tiempo posible, la efectiva conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, mediante la elección y posesión de sus dignatarios». • Tal deber pasa por el de preparar, presentar y tramitar el proyecto de ley correspondiente (i.e. para la regulación de la convocatoria pública).

Cuadro a dos columnas de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: Sala Jurisdiccional Disciplinaria y Comisión Nacional de Disciplina Judicial. A.L. 02 de 2015

		Sala Jurisdiccional Disciplinaria	Comisión Nacional de Disciplina Judicial
			Invocó la figura del «estado de cosas inconstitucional» porque la continuidad indefinida de la transición pugnaba con el orden constitucional.
<p>Incidente: En el ínterin fue expedida la Ley 1904 de 2018, artículo 12, parágrafo transitorio, que ordena aplicación analógica a convocatorias públicas.</p> <p>«Por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de contralor general de la república por el congreso de la república».</p>			
3	Concepto 2400 del 9 de octubre de 2018 (Levantada reserva)		Reiteración de la exhortación: «en principio, respecto de la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial habría una omisión legislativa inconstitucional», y observó que en esa situación el vacío normativo que se presenta «ocasiona la violación de un precepto constitucional», lo cual ocurre cuando la disposición constitucional no tiene eficacia jurídica directa y requiere de desarrollo legal.
			La aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018 obliga al Presidente de la República y al Consejo Superior de la Judicatura en la conformación de las ternas que les corresponden: «La evidente voluntad del legislador que se encuentra expresada en esta norma exige la aplicación extensiva de los criterios desarrollados en esta ley, por vía de analogía, a las demás elecciones que comparten con la del Contralor el hecho de haber sido confiadas a una corporación pública».
			Al dar aplicación analógica a los preceptos de la Ley 1904 de 2018, las autoridades públicas -el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura- deberán excluir aquellas disposiciones que, por su naturaleza, no pueden ser transpuestas a la elección de los miembros de la Comisión.
			La aplicación de la analogía es una medida transitoria, mientras el Congreso de la República aprueba una ley específica que regule la elección de los magistrados de la Comisión.

Cuadro a dos columnas de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: Sala Jurisdiccional Disciplinaria y Comisión Nacional de Disciplina Judicial. A.L. 02 de 2015

		Sala Jurisdiccional Disciplinaria	Comisión Nacional de Disciplina Judicial
			En lo que se refiere al proceso de elección que realiza el Congreso de la República: sin perjuicio de que el ejercicio de esta competencia es discrecional, debe respetar los mandatos de la Constitución, entre los que se destaca la obligación de atender los principios vertidos en el inciso 4 del artículo 126 superior, a saber: los postulados de «publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección».
Incidente: En el ínterin fue expedido el Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1955 de 2019 , que derogó el Parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 (aplicación analógica).			
4	Concepto 2421 del 15 de julio de 2019 (Reservado)	<p>Reiteración de lo dicho en el Concepto 2378:</p> <p>Los cargos de magistrados deben ser provistos con aplicación del artículo 254 original de la Constitución de 1991, con la advertencia de que la permanencia en el cargo queda sujeta a la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial o al transcurso de los 8 años del período constitucional, lo que ocurra primero.</p>	<p>Reiteración de la exhortación al Gobierno Nacional y al Consejo Superior de la Judicatura para dar trámite al proyecto de ley correspondiente.</p>
Proyecto del presente concepto. Consulta sobre convocatoria pública de ternas del presidente de la República para la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Efectos.			
5	Consulta 2415 (reservado)		<p>Reiteración concepto 2274 de 2015.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aplicación de la ley, por analogía, en ejercicio de funciones administrativas. • No requiere de mandato legal expreso que la ordene o autorice. • Sí requiere competencia de la autoridad. • Derogatoria parágrafo transitorio, artículo 12, Ley 1904, no inhibe aplicación por analogía a convocatorias públicas del artículo 126 constitucional.

Cuadro a dos columnas de los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: Sala Jurisdiccional Disciplinaria y Comisión Nacional de Disciplina Judicial. A.L. 02 de 2015

	Sala Jurisdiccional Disciplinaria	Comisión Nacional de Disciplina Judicial
		<ul style="list-style-type: none"> • Tres fuentes normativas hacen imperativa la actuación coordinada de las autoridades: <ul style="list-style-type: none"> ○ Principio/mandato constitucional de colaboración armónica para realización de los fines del Estado (Art. 113 C.P.) ○ Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002 (desarrollo del art. 2º de la C.P.). ○ Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso.
		<ul style="list-style-type: none"> • Poner en marcha el órgano creado por el Congreso de la República supone convocatorias públicas coetáneas adelantadas por el presidente de la República como por el Consejo Superior de la Judicatura. • Reitera, con alarma, la invocación de la figura del «estado de cosas inconstitucional» porque continúa la indefinición del mecanismo de transición –parágrafo transitorio artículo 257 A, CP- y la consiguiente alteración del orden constitucional. • Congreso podría exhortar.
		Se plantea posible inconstitucionalidad y consiguiente inaplicación –en general- de la derogatoria del parágrafo transitorio, Artículo 12, Ley 1904 de 2018.
	Integrada la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, se extingue definitivamente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. - Concepto 2378-.	Integrada la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, esta asume los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en tanto es el órgano creado para ejercer la función disciplinar en la Rama Judicial.
		<p>La simultánea y correlacionada extinción de un órgano y la entrada en funcionamiento de otro está asociada a la posesión de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.</p> <p>El envío de las ternas al Congreso, por el presidente de la República y el Consejo superior de la Judicatura, debe acaecer de manera coetánea, o sincrónica.</p> <p>La sola convocatoria por el presidente de la República, jurídicamente viable, no lograría la conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y tampoco tendría efectos respecto de la actual estructura y funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.</p>

Con base en las consideraciones precedentes, la Sala

RESPONDE

¿El Presidente de la República debe adelantar el proceso de convocatoria pública para la conformación de las tres (3) ternas de los aspirantes a ocupar el cargo de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y presentarlas al honorable Congreso de la República, independientemente de que el Consejo Superior de la Judicatura adelante su proceso de convocatoria pública para sus cuatro (4) ternas y las presente?

Sí, en los términos de este concepto, y al tenor del texto literal del artículo 257 A de la Constitución Política vigente. El Presidente de la República debe adelantar el proceso de convocatoria pública para la conformación de las tres (3) ternas de los aspirantes a ocupar el cargo de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y presentarlas al honorable Congreso de la República. El proceso correspondiente debe hacerse de manera coordinada en lo que hace al tiempo de su ejecución, con el que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, en relación con el proceso de convocatoria pública para la determinación de las cuatro (4) ternas a su cargo.

Lo anterior es menester, en tanto la integración de las ternas y la eventual elección de solo tres magistrados por parte del órgano legislativo, no causarían el efecto determinado expresamente en el mismo artículo 257A y su párrafo transitorio. Es decir, no quedaría constituida la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y los elegidos no quedarían habilitados para ejercer la función disciplinaria -que está asignada al órgano y no a sus miembros individualmente considerados-.

Con base en el análisis expuesto en este concepto, debe aplicarse analógicamente la Ley 1904 de 2018, y debe estarse al mandato constitucional de colaboración armónica (artículo 113 C. P.), de manera que se habilite la elección correspondiente, por el Congreso de la República, con base en una sola convocatoria a Congreso Pleno. Así hecha, la elección permitirá la posesión simultánea de los elegidos, la entrada en funcionamiento del órgano, y la asunción de los procesos disciplinarios que corresponda.

Como se deja advertido en este concepto, el Congreso tendría la facultad para exhortar en idéntico sentido a las autoridades responsables del envío de las ternas, por manera que se haga efectiva la entrada en funcionamiento del órgano por el mismo creado en el A.L. 02 de 2015.

En el evento de que la anterior respuesta sea afirmativa:

- (i) ¿Los tres (3) magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial que el honorable Congreso de la República elija de las ternas que envíe el presidente de la República a quiénes de los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (sic) remplazarían?, o

Como se desprende de los términos de este concepto, no hay lugar a remplazamientos, por cuanto se trata de órganos diferentes, uno de los cuales, precisamente, desaparece en el mismo momento en que empieza a operar el otro.

Las siguientes dos preguntas se responderán conjuntamente:

- (ii) ¿La elección de los tres (3) magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial que el honorable Congreso de la República elija de las ternas que envíe el Presidente de la República implica que los actuales magistrados de la Sala

Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (sic) cesen en sus funciones?, o

(iii) ¿Cuándo podrán tomar posesión y ejercer sus funciones los tres (3) magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial que se elijan de las ternas del señor Presidente de la República, pese a que los cuatro (4) magistrados de las ternas del Consejo Superior de la Judicatura no han sido elegidos?

En los términos de la primera respuesta, las dos últimas hipótesis también deben entenderse como no realizables.

Remítase al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO

Secretaria de la Sala