

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD –
Naturaleza, objeto y finalidad / INTEGRACION DE TERNAS DE CANDIDATOS
A MAGISTRADOS DE LA COMISION NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL –
Demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra decreto expedido por el
Presidente de la Republica para integrar tales ternas**

La jurisprudencia ha reiterado que es una acción de carácter público, en tanto puede ser incoada por cualquier ciudadano; que su objeto de control recae sobre los decretos o actos administrativos de carácter general que expidan el Presidente de la República o entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, siempre que no corresponda conocer de ellos a la Corte Constitucional y su finalidad no es otra que anular tales normas y por esta vía extraerlas del ordenamiento jurídico, porque infringen de manera directa la Constitución Nacional. De acuerdo con estos elementos, en el caso que se conoce, la Sala, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 237 y 241 de la Carta Política, así como de lo señalado en el artículo 135 del CPACA, considera reunidas en forma concurrente, las condiciones requeridas para el uso del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, por los siguientes motivos: 1) Bajo un criterio orgánico y formal de análisis del acto demandado, es indudable que se trata de un decreto expedido por el Presidente de la República, cuya competencia fue sustentada por éste en el ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 y en el artículo 257 A de la Carta, lo que prima facie ubica a esta disposición dentro de la competencia residual que corresponde al Consejo de Estado, en tanto la norma demandada no encaja en ninguna de las previstas en el artículo 241 de la Constitución Nacional, cuya competencia corresponde a la Corte Constitucional. 2) Desde el punto de vista material, del contenido del decreto presidencial, es claro su carácter general puesto que dicta las reglas que rigen el proceso de postulación y elección de candidatos a conformar las ternas que el Presidente de la República debe presentar ante el Congreso de la República para elección de magistrados del Consejo de Disciplina Judicial, de acuerdo con la atribución rescrita en el artículo 257 A de la Constitución, y en esa medida sus destinatarios son todos aquellos ciudadanos que estén interesados en participar del mismo, con el fin de ejercer su derecho de acceso a los cargos públicos. 3) Desde el marco de las pretensiones de la demanda, el eje de la problemática está dado en función de la violación directa de disposiciones de la Constitución Nacional por parte del decreto presidencial, es decir, la fuente normativa violada es directamente la Constitución, como norma de normas. Por cuanto los cargos no se han fundado en la violación mediata o indirecta del texto superior y la causa de la problemática planteada responde a una genuina discusión constitucional acerca de quién es competente para reglar las convocatorias públicas, discusión que a su turno impone estudiar de fondo la competencia reglamentaria del Presidente de la República conforme los artículos 126 y 257 A constitucionales, es posible descartar para este caso, la acción de nulidad como mecanismo adecuado para atacar el decreto presidencial que regula la convocatoria pública, porque en forma preponderada la discusión se ajusta a la finalidad prevista para la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 237 / CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 241 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 135

DEMANDA DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Carga argumentativa mínima

El medio de control de nulidad por inconstitucionalidad puede ser ejercido por cualquier ciudadano sin necesidad de apoderado, por lo que no resulta exigible la adopción de requisitos especiales como los que se requiere para otros mecanismos judiciales de defensa, es necesario que quienes pretenden desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara los decretos y los actos de contenido general que desarrollan directamente la Constitución cumplan con una carga argumentativa mínima que permita emprender el juicio de validez y delimitar los aspectos sobre los cuales recaerán las decisiones correspondientes. La falta de exigencias especiales se justifica en la medida en que no se puede restringir el derecho que tiene todo ciudadano de controlar el ejercicio del público a través del referido mecanismo de defensa, sino facilitar el diálogo entre éste, las autoridades estatales que expidieron las normas acusadas y el juez encargado de analizarlas, que sin perjuicio de las amplias facultades que le son concedidas, por ejemplo la conformación de la unidad normativa de las normas acusadas y las disposiciones constitucionales que resulten aplicables al caso concreto, no se puede perder de vista que el control que realiza no es automático, sino por vía de acción. Sobre los propósitos de la exigencia de una carga argumentativa mínima tratándose de la acción de inconstitucionalidad, el precedente jurisprudencial señala que, dada la naturaleza pública de la acción de inconstitucionalidad como expresión que es de la democracia participativa y pluralista, requiere que del contenido de la demanda se establezca la existencia de un problema jurídico genuino. Lo contrario supone la imposibilidad de resolver el fondo del asunto planteado. En este mismo sentido, por su carácter rogado opera como mecanismo de auto restricción judicial. De esta forma, los cargos propuestos delimitan el ámbito de decisión, sin que sea posible asumir nuevos asuntos que no han sido propuestos por el demandante, construir acusaciones nuevas, suplir la acción del demandante o perfeccionar una argumentación deficiente. Así las cosas, se ha precisado que las condiciones de (i) claridad, (ii) certeza, (iii) especificidad, (iv) pertinencia y (v) suficiencia, son las que deben cumplir el cargo de inconstitucionalidad, requisitos que ha aplicado esta Corporación al resolver controversias relacionadas con el presunto desconocimiento de la Constitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 237 / CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 241 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 135

REFORMA DE EQUILIBRIO DE PODERES – Medidas necesarias para su implementación después de la sentencia de constitucionalidad C-285 de 2015

En lo atinente a la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Corte Constitucional determinó que los cargos formulados contra las normas que dispusieron su creación y por ende la supresión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, carecían de los requisitos mínimos para su estudio, de manera tal que frente a las mismas se inhibió para pronunciarse por ineptitud sustantiva de la demanda. Ello significó que permanecieran en el ordenamiento jurídico las disposiciones relacionadas con dicha Comisión, entre otras, el párrafo transitorio introducido al artículo 257-A, por el artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015, según el cual los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos en el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional, y que en el entretanto los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuarán ejerciendo sus funciones como integrantes de esta. La decisiones adoptadas significaron un desajuste en la armonía del texto del acto legislativo, debido a la reviviscencia de algunas disposiciones originales de la Carta, en especial, las

relativas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la permanencia de otras introducidas por la reforma, como la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, lo que trajo como consecuencia, incoherencias en la redacción de la norma fundamental y vacíos aparentes en la distribución de las competencias de los órganos constituidos, situaciones que llevaron a la Corte Constitucional a analizar cada uno de los artículos demandados, con el propósito de adoptar las medidas pertinentes para superar los problemas de coherencia y procurar la eficacia de la reforma en todo aquello que no fue excluido del ordenamiento jurídico. (...) El cambio más significativo consistió en que, la conformación de las cuatro ternas que inicialmente debía conformar el Consejo de Gobierno Judicial, previa convocatoria pública reglada adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial, fue asignada en su totalidad al Consejo Superior de la Judicatura.

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA – Tiene potestad reglamentaria de la ley, no de la Constitución

Como quiera que el artículo 257 A 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? (...) 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, de manera tal que resulta impreciso que las mencionadas autoridades, a pesar de la inexistencia de una ley que se ocupe de la convocatoria en mención, con fundamento en la potestad reglamentaria justificaran la competencia del Presidente de la República para lograr la cumplida ejecución del artículo 257-A de la Carta Política. Precisamente, la principal diferencia que existe entre los decretos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria otorgada en al Presidente en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política y los reglamentos autónomos constitucionales, consiste en que los primeros desarrollan la ley, por ende, en cuanto a su validez, esta sometidos a ésta y a la Constitución, mientras que los segundos, reglamentan la Carta Política sin mediación de ley o de otra norma con fuerza de ley, de manera tal que su validez sólo se verifica frente a ésta. Sobre esta alternativa, es claro para la Sala Plena que, no resulta válido ni preciso, predicar que el Presidente de la República en virtud de la potestad reglamentaria que le otorgó la Constitución expidió el reglamento para la convocatoria, a fin de conformar las ternas a su cargo para la elección Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, toda vez que no existe una ley que se ocupe del asunto, y por ende, que sea susceptible de reglamentarse para su cumplida ejecución.

CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA / REGLAMENTOS AUTONOMOS CONSTITUCIONALES – Supresión

El constituyente 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”. Conforme a ello, tratándose de reglamentos constitucionales autónomos debe aplicarse una interpretación restrictiva de las facultades concedidas, so pena de afectar el lugar privilegiado que la competencia legislativa del Congreso tiene en un régimen

político democrático y participativo”. (...) No puede olvidarse que existe la necesidad de fortalecer la competencia del Congreso de la República y profundizar en la garantía del principio democrático. Por esto es que el constituyente radicó en el legislador una cláusula general de competencia para establecer la ley de convocatorias públicas, para que con fundamento en ello, los servidores públicos puedan ser elegidos por las corporaciones públicas. En otras palabras, es al Congreso de la República a quien se le atribuyó la facultad de dictar las leyes en todos aquellos asuntos que puedan ser materia de configuración normativa y cuya regulación no haya sido atribuida a otra rama u órgano independiente, incluso si esos temas no están comprendidos dentro de las funciones que le han sido asignadas expresamente en el artículo 150 del texto superior. Esta potestad no sólo implica la posibilidad de expedir leyes, sino de también cambiarlas, adecuarlas y suprimirlas, teniendo en cuenta 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 colectividad. Precisamente, dada la fuerza de la cláusula general de competencia, el Congreso de la República está facultado para crear, interpretar, reformar y derogar la ley, no sólo en los asuntos taxativamente señalados por la Constitución, sino en todos aquellos en los que no se haya asignado competencia a otra entidad, motivo por el cual cuando se sostiene que la facultad de regulación está en cabeza de una autoridad distinta, como en este caso sucede con el Presidente de la República, resulta necesario verificar la existencia de una atribución expresa en tal sentido. Lo anterior cobra mayor relevancia, tratándose del desarrollo de los postulados contenidos en la Constitución Política, pues por regla general tal tarea radica en el Congreso de la República y excepcionalmente en una autoridad distinta, evento en el cual resulta imperativo que el Constituyente, de manera clara e inequívoca, así lo haya establecido; lo contrario supondría, por vía de interpretación, poner en entredicho la ley como una de las principales manifestaciones del principio democrático y pluralista, o en el peor de los casos, atribuir a una autoridad distinta, competencias que el constituyente entregó expresamente en cabeza del legislador. Como es excepcional que el Constituyente le confiera a una autoridad distinta del Congreso de la República la facultad de desarrollar la Constitución, tal hipótesis sólo tiene lugar cuando aquél de manera clara y precisa asignó dicha potestad. 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 Sala Plena considera que el artículo 257-A de la Constitución Política no habilita al Presidente de la República para dictar un decreto autónomo constitucional que regule la convocatoria pública, cuyo propósito es la conformación de tres ternas a efectos de que sean elegidos por el Congreso de la República, tres de los siete Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Dicho de otra forma, el Decreto 1189 de 2016 no es un decreto autónomo constitucional.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Presupuestos / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Competencia del Consejo de Estado

Son presupuestos del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad los siguientes: i) Que la disposición acusada sea de carácter general, expedida por el Gobierno Nacional o por cualquier entidad diferente, en ejercicio de una atribución derivada de la Constitución misma; ii) Que se trate de un reglamento autónomo o constitucional, es decir, que desarrolle directamente la Constitución sin la existencia de ley previa; iii) Que el juicio de validez, o el reproche endilgado al acto enjuiciado, se realice de manera directa frente a la Constitución, no a la ley; iv) Que la revisión de la disposición demandada no sea de competencia de la Corte Constitucional en los términos del artículo 241 de la Constitución Política.

INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL – Norma constitucional incompleta / INTEGRACION DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISION NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL – La convocatoria pública debe ser regulada por una ley

Al haberse dispuesto en el artículo 257 A la forma especial en que se designa a los magistrados del Consejo Nacional de Disciplina Judicial, queda descartado que tal designación deba someterse a un concurso público. En esta medida, cualquier disposición relativa a esta modalidad de elección no puede ser tenida en cuenta para resolver el asunto que nos ocupa. El artículo 126 reformado por el Acto Legislativo 02 de 2015, contiene otras dos reglas que rezan así: i) salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley ii) que es esta ley la que debe fijar requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. A partir del contenido del artículo 257 A se desprende que las tres ternas a cargo del Presidente de la República, para la elección de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial por parte del Congreso de la República, deben estar precedidas de una convocatoria pública y reglada. Sin embargo, la disposición aunque especial porque regula un mecanismo propio de la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no señaló a quien compete la expedición de tal convocatoria. Con respecto de la elección contemplada en el artículo 257 A el Constituyente contempló un mecanismo especial de elección pero no asignó expresamente a ninguna autoridad la competencia para expedir la convocatoria, es claro que la norma constitucional resulta incompleta. (...) Una lectura sistemática y armónica de tales disposiciones en conjunto con el artículo 150 de la Constitución Política, que fija la cláusula general de competencia en cabeza del Congreso de la República, regula el vacío que presenta el artículo 257 A, bajo el precepto a partir del cual el desarrollo de contenidos de la Constitución Política corresponde en primer término al Congreso de la República y excepcionalmente en una autoridad distinta, que determine expresamente el constituyente, pues como ya se ha dicho líneas atrás, no es posible a nuestro ordenamiento derivar competencias constitucionales implícitas. De acuerdo con todo lo anterior, en el caso que nos ocupa no es posible concluir otra cosa distinta que la convocatoria pública de que trata el artículo 257 A de la Constitución Política debe ser reglada por la ley, conforme a la regla general prevista en el artículo 126 ibídem. En consecuencia, al expedir el Decreto 1189 de 2015 el Presidente de la República se abrogó una competencia exclusiva del legislador, motivo por el cual se accederá a las pretensiones de la demanda y se declarará la nulidad por inconstitucionalidad de dicho acto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 126 / CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA – ARTICULO 257A

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00484-00(AI)

Actor: ANDREA VARGAS AGUILERA Y GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA

Demandado: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Agotadas las etapas establecidas en el artículo 184 de la Ley 1437 de 2011, procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a proferir sentencia en única instancia dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

I. Solicitudes

1. El 9 de agosto de 2016¹, el señor Germán Calderón España, en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucional, solicitó la anulación del “**artículo 2.2.4.3 del Decreto 1189 de 2016**”, “*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”, 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*”.

1.1. Como consecuencia de lo anterior, el señor Germán Calderón España solicitó, ordenar a la autoridad que dictó el Decreto 1189 de 2015, suspender la anterior convocatoria, hasta que se expida la ley estatutaria que a su juicio debe regular la materia. La demanda presentada por el ciudadano antes señalado fue radicada bajo el número 11001-03-24-000-2016-00484-00.

1.2. Por otra parte, el 12 de agosto de 2016² la señora Andrea Vargas Aguilera, en ejercicio del mismo medio de control, solicitó la nulidad de **la totalidad** del Decreto 1189 de 2016 y en consecuencia, pidió dejar sin efectos la convocatoria que adelantó la Presidencia de la Pública para la integración de las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Esta demanda fue radicada bajo el número 11001-03-24-000-2016-00475-00.

¹ Folio 1, cuaderno 1, Exp. 2016-00484-00.

² Folio 4, exp. 2016-00475-00.

II. Acumulación

2. Luego de adelantarse el trámite correspondiente de admisión y notificación de las demandas presentadas por los señores Germán Calderón España y Andrea Vargas Aguilera, mediante auto del 4 de mayo de 2017³, se dispuso la acumulación del proceso N° 11001-03-24-000-2016-00475-00 al 11001-03-24-000-2016-00484-00, por ser este el más antiguo.

III. Hechos

3. Como fundamentos fácticos, en síntesis, los demandantes expusieron los siguientes:

3.1. Mediante el Acto Legislativo 02 del 1° de julio de 2015, el Congreso de la República adoptó la llamada “*reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional*” y dictó otras disposiciones.

3.2. El artículo 19 de dicho acto legislativo reformó el artículo 257 de la Constitución Política, creando una Comisión Nacional de Disciplina Judicial, encargada de ejercer la función jurisdiccional sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, la cual, será conformada por siete Magistrados elegidos por el Congreso de la República en Pleno, cuatro de ellos, de ternas enviadas por el “*Consejo de Gobierno Judicial*”, previa convocatoria adelantada por la “*Gerencia de la Rama Judicial*”, y los tres restantes, de ternas remitidas por el Presidente de la República, previa convocatoria pública reglada.

3.3. La Corte Constitucional mediante el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia C-285 de 2016, declaró inexecutable “*las remisiones al Consejo de Gobierno Judicial y a la Gerencia de la Rama Judicial contenidas en los artículos 8, 11 y 19 del Acto Legislativo 02 de 2015*”. En consecuencia, declaró “*que en las disposiciones constitucionales a las que tales artículos aluden, la expresión “Consejo de Gobierno Judicial” se sustituye por “Consejo Superior de la Judicatura”, y se suprime la expresión “y adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial”*”.

3.4. En virtud del fallo, los dos primeros incisos del artículo 257-A constitucional quedaron así:

“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”.

³ C.P. Rocío Araújo Oñate. Folios 144, cuaderno N° 1, exp. 2016-00484-00.

3.5. El 19 de julio de 2016, el Presidente de la República dictó el Decreto 1189 de 2016, mediante el cual adicionó un nuevo título a la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República”*.

3.6. A través del artículo 1° del Decreto 1189 de 2016, se incorporaron al Decreto 1081 de 2015, los artículos 2.2.4.1 a 2.2.4.8., reglamentarios de la convocatoria pública para la integración de las ternas a cargo del Presidente de la República, para la elección de tres de los integrantes de la Comisión de Disciplina Judicial, por parte del Congreso en pleno.

3.7. El artículo 2° de Decreto 1189 de 2016, indicó que éste rige desde su publicación.

IV. Disposiciones violadas y concepto de violación

4. Consideraciones preliminares

4.1. Resulta necesario precisar lo siguiente: el ciudadano Germán Calderón España al presentar la demanda objeto de estudio, solicitó declarar la nulidad del *“artículo 2.2.4.3 del Decreto 1189 de 2016”*, incurriendo así en una imprecisión, pues el Decreto 1189 de 2016 solo tiene dos artículos, y como antes se indicó, en virtud del primero se adicionaron ocho artículos al Decreto 1081 de 2015, entre ellos el 2.2.4.3⁴.

4.2. No obstante, sin lugar a dudas se advierte que la intención de dicho ciudadano era controvertir el Decreto 1189 de 2016, en cuanto reglamentó la convocatoria pública para la conformación de ternas para la elección de Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, al igual que lo hizo la señora Andrea Vargas Aguilera, quien de manera más precisa solicitó la nulidad de la totalidad del decreto señalado.

4.3. Hecha la anterior aclaración, la Sala expone a continuación, las razones esgrimidas por los accionantes contra la norma acusada.

5. Cargos formulados

5.1. Los ciudadanos Germán Calderón España y Andrea Vargas Aguilera, sostuvieron que el Decreto 1189 de 2016 es contrario a los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 126 inciso 4°, 152 literal b), 257A inciso 2° y 150, porque:

5.1.1. El **artículo 126 de la Constitución Política, inciso 4°, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 02 de 2015**, es claro en señalar que la elección de servidores públicos, atribuida a corporaciones públicas, deberá estar precedida de una convocatoria pública **reglada por la ley**. En consecuencia, la elección de

⁴ Este artículo describe el trámite a seguir por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República para adelantar la convocatoria pública y conformar la lista de candidatos.

los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial a cargo del Congreso de la República, como corporación pública que es, **debe estar precedida por una convocatoria pública reglada por una ley y no por un decreto**, como lo hizo el Presidente de la República a través de la norma demandada.

5.1.2. El **literal b) del artículo 152 de la Constitución Política** establece que las materias atinentes a la administración de justicia, se regulan mediante ley estatutaria. Como quiera que la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en tanto dicho órgano hace parte de la Rama Judicial del Poder Público, **requiere expedición de una ley estatutaria**, de donde se desprende entonces, de la interpretación armónica de los artículos 126 inciso cuarto y 152 literal b) de la Constitución Política, **que la convocatoria previa es un asunto que no puede regularse por decreto**, *“pues ello atentaría contra los principios de separación de poderes, autonomía e independencia judicial que encuentran expresión en el modelo de autogobierno judicial previsto por el constituyente de 1991”*⁵.

5.1.3. El **inciso segundo del artículo 257A** señala que la conformación de las ternas, para la elección de los referidos magistrados, **estará precedida de convocatoria pública reglada**, por lo cual, una debida interpretación del precepto, **implica que la reglamentación correspondiente esté contenida en una ley del Congreso de la República**, pues se trata de asuntos relativos a la administración de justicia y a la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas, según se desprende de los artículos 152 literal b y 126 inciso cuarto, de la Carta Política.

5.1.3.1 Aún, cuando la disposición no precisa qué tipo de regulación es la que debe orientar la mencionada convocatoria pública, concluir que **puede hacerse mediante decreto presidencial sería producto de una interpretación aislada del artículo 257A**, en contraposición de la interpretación sistemática de ésta que se impone, con el literal b) del artículo 152 y el inciso cuarto del artículo 126, constitucionales.

5.1.4. Se viola el **artículo 150** porque tuvo lugar la *“expedición de los actos acusados por funcionario que carece de competencia para hacerlo”*. Para sustentar el cargo, la demandante Andrea Vargas Aguilera realizó algunas consideraciones sobre la falta de competencia del Alcalde Mayor de Bogotá en la expedición de los Decretos 456 de 2010⁶ y 113 de 2013⁷, que no fueron objeto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad ni tiene relación alguna con la reglamentación de la conformación de las ternas para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

VI. Intervenciones

⁵ Folio 4, cuaderno 1, exp. 2016-00484-00.

⁶ “Por el cual se complementa el Plan Maestro para el Manejo Integral de Residuos Sólidos (Decreto Distrital 312 de 2006), mediante la adopción de las normas urbanísticas y arquitectónicas para la implantación y regularización de bodegas privadas de reciclaje de residuos sólidos no peligrosos, no afectas al servicio público de aseo, en el Distrito Capital”

⁷ “Por medio del cual se complementa el Decreto Distrital 312 de 2006, Plan Maestro de Residuos Sólidos, se modifica el Decreto Distrital 456 de 2010, en relación con la adopción de normas urbanísticas y arquitectónicas para la implantación y regularización de bodegas privadas de reciclaje de residuos sólidos no peligrosos no afectas (Sic) al servicio público de aseo, y se dictan otras disposiciones”.

6. Contestación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República⁸

Mediante apoderado judicial se opuso a las pretensiones de las demandas por las siguientes razones:

6.1. La Corte Constitucional, al dictar la sentencia C-285 de 2016, se inhibió de pronunciarse de fondo sobre el artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015, motivo por el cual la Comisión Nacional de Disciplina Judicial subsiste, y por ende, al Gobierno Nacional le corresponde, previa convocatoria reglada, enviar al Congreso de la República, tres de las siete ternas requeridas para el efecto.

6.2. El artículo constitucional 257 A le confiere al Presidente una facultad discrecional⁹ para la conformación de las ternas, por lo que, conforme con dicha disposición, al expedir el Decreto 1189 del 19 de junio de 2016, el Presidente de la República desarrolló el mandato contenido en el artículo 257 A de la Constitución Nacional, bajo la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 *ibídem*.

6.3. La norma acusada no es contraria al artículo 126 constitucional, pues aquella tiene como fundamento el artículo 257A que es de carácter especial respecto del artículo 126 de la Carta, en tanto:

(i) fue específicamente previsto para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y no para los servidores públicos en general (ii) precisó la corporación pública que realiza la elección, el Congreso en Pleno (iii) indicó que la convocatoria de las ternas respectivas será “*pública reglada*”, no “*pública reglada por la ley*” como lo prevé el artículo 126 (iv) el carácter general del artículo 126 constitucional, no puede interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Constitución Política que, de manera especial regulan otro tipo de elecciones, como lo precisó la Sección Quinta del Consejo de Estado frente al Defensor del Pueblo en auto del 24 de noviembre de 2016¹⁰ (v) la tesis según la cual el Presidente de la República está obligado a acogerse a la regulación legal de que trata el artículo 126 constitucional, suprimiría definitivamente la facultad discrecional que le otorgó el Constituyente para la conformación de las ternas, pues tendría que someterse a los criterios de mérito que le imponga el legislador (vi) aceptar que todas las elecciones llevadas a cabo por corporaciones públicas deben estar precedidas por ley, afectaría seriamente las elecciones de carácter especial que le corresponde realizar al Congreso de la República y a las Altas Cortes, en atención a la inexistencia de reglamentación de carácter legal en la materia, lo que a su vez traería como consecuencia la “*paralización de esta expresión de la función pública*”.

⁸ Folios 85-101, cuaderno N° 1, exp. 2016-00484-00; folios 41-47, cuaderno N° 1, exp. 2016-00475-00.

⁹ En orden a sustentar la importancia que reviste la facultad discrecional del Presidente de la República en la conformación de ternas para una elección, trajo a colación algunas consideraciones del concepto 2.043 del 28 de octubre de 2010, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a propósito de la elección del Fiscal General de la Nación. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2.043 del 28 de octubre de 2010, C.P: Enrique José Arboleda Perdomo.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 24 de noviembre de 2016, C.P: Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado N° 11001-03-28-000-2016-00074-00.

6.4. La integración de las ternas de que trata el artículo 257 de la Constitución Política, no es un asunto que deba ser materia de ley, y mucho menos de índole estatutaria. No todo lo que refiere a la administración de justicia es materia que deba regularse mediante ley estatutaria; argumento que reforzó mediante la transcripción de algunas de las consideraciones que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2011 de la Corte Constitucional, sobre la interpretación restrictiva del principio de reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia.

6.5 Frente al presunto desconocimiento del artículo 150 constitucional, precisó que los motivos de inconformidad que se desarrollaron por la demandante, nada tienen que ver con el Decreto 1189 de 2016, toda vez que la demandante hizo alusión a unos actos administrativos proferidos por el Alcalde Mayor de Bogotá, que son totalmente ajenos a la discusión planteada en esta oportunidad.

7. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho¹¹

A través de la Directora de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio, coadyuvó la constitucionalidad y legalidad del acto acusado, y solicitó que éste se declare conforme a derecho y se nieguen las pretensiones formuladas, conforme a los siguientes argumentos:

7.1. El decreto fue dictado por el Presidente de la República en pleno ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las señaladas en el artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015, la sentencia C-285 de 2016 de la Corte Constitucional y lo dispuesto en el artículo 189, numeral 11 de la Carta Política.

7.2. El Presidente de la República dio cumplimiento a la exigencia prevista en el artículo 257 constitucional, consistente en la conformación de ternas para elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

7.3 Con la expedición del decreto en virtud de la potestad reglamentaria, el Presidente autorreguló su función con el único propósito de acatar lo dispuesto por el Constituyente derivado, bajo los principios y valores consagrados en la Constitución Política, en particular en el artículo 257.

7.4. La atribución le fue conferida directamente por el artículo 257 constitucional, así como de las facultades que le son propias de la potestad reglamentaria y en desarrollo de los principios que rigen la función pública.

8. Intervención del ciudadano Andrés Perea¹²

Este actor solicita se declare la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 1189 de 2016, por las siguientes razones:

¹¹ Folios 96-97, cuaderno N° 1, exp. 2016-00475-00; folios 77-78, cuaderno N° 1, exp. 2016-00484-00.

¹² Esta intervención se realizó mediante memoriales del 7 de octubre de 2016, esto es, antes de que el 31 de octubre de 2016 y 11 de noviembre del mismo año, se admitieran las demandas de nulidad por inconstitucionalidad 2016-00484-00 y 2016-00475-00. (Folios 182-184, cuaderno N° 1, exp. 2016-00484-00; folios 15-17, cuaderno N° 1 exp. 2016-00475-00).

8.1. El Decreto 1189 del 19 de julio 2016 se dictó teniendo en cuenta el comunicado de prensa N° 23 del 1° de junio de 2016 de la Corte Constitucional, mediante el cual se dio a conocer el sentido del fallo C-285 de 2016, que se pronunció sobre la constitucionalidad de varios artículos del Acto Legislativo 02 de 2015.

8.2. El comunicado de prensa no produce efectos jurídicos ni reemplaza las notificaciones de las decisiones judiciales, pues su propósito es meramente informativo y carece de fuerza vinculante.

8.3. Agregó que la sentencia sólo fue dada a conocer mediante edicto fijado el 7 de septiembre de 2016 y desfijado el 9 de los mismos mes y año, esto es, con posterioridad al Decreto 1189 del 19 de julio de 2016.

8.4. El fundamento del decreto antes señalado fue una “*sentencia inexistente*”, pues para el momento en que se dictó este, el fallo C-285 de 2016 no se había notificado formalmente. En consecuencia, la expedición del decreto es contraria al debido proceso, a los principios de legalidad, seguridad jurídica, confianza de los ciudadanos en la administración de justicia y desconoció el artículo 16 del Decreto 2067 de 1991¹³, que establece los parámetros a seguir para notificar las decisiones de la Corte Constitucional.

VII. Trámite procesal

9. Mediante auto de ponente del 29 de junio de 2017¹⁴, se dispuso tener como pruebas las aportadas en las distintas intervenciones; de oficio se requirió al Senado de la República para que allegara las actas y antecedentes del Acto Legislativo 02 de 2015, y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República para que aportara los antecedentes, cruce de correspondencia, informes, conceptos y demás documentos que pudieron servir como fundamento al Gobierno Nacional para la expedición del Decreto 1819 del 19 de julio de 2016.

9.1. En el mismo auto se dispuso correr, a las partes, intervinientes y al agente del Ministerio Público, el traslado probatorio de rigor, y vencido éste, se corrió traslado común para las alegaciones de conclusión y la rendición del concepto respectivo por parte del Ministerio Público.

9.2. Asimismo se resalta, que en aras de procurar la vinculación de todos los interesados en la resolución del presente asunto, se adelantaron las gestiones pertinentes para identificar a los candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que fueron ternados por el Presidente de la República y por el Consejo Superior de la Judicatura, a quienes se les notificaron las principales decisiones y actuaciones que tuvieron lugar en el proceso.

10. Presentaron alegatos de conclusión el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el señor

¹³ "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional".

¹⁴ Folios 233-234, cuaderno N° 2 del exp. 2016-00484-00.

Jaime Raúl Ardila Barrera, y el Procurador General de la Nación rindió el concepto de que trata el artículo 184 de la Ley 1437 de 2011.

VIII. Alegatos de conclusión

11. Intervención Departamento Administrativo de la Presidencia de la República¹⁵

11.1. Reiteró todas y cada una de las razones que desarrolló al contestar la demanda.

11.2. Agregó que la Corte Constitucional en la sentencia C-373 de 2016 tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, *“de suerte que este órgano subsiste y debe procederse a su conformación de acuerdo con las reglas constitucionales, según las cuales, previa convocatoria pública reglada, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso, las ternas que resulten necesarias”*.

12. Intervención Ministerio de Justicia y del Derecho¹⁶

12.1. Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de defensa constitucional de la norma acusada.

13. Intervención del señor Jaime Raúl Ardila Barrera¹⁷

13.1. Como integrante de la tercera terna conformada por el Presidente de la República, para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial¹⁸, mediante apoderado judicial solicitó que se declare la constitucionalidad de la norma acusada por las siguientes razones:

13.1.1 La norma demandada es un reglamento autónomo constitucional que no requiere ley previa, y tampoco es susceptible de revisión por el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.

13.1.2 Se interpreta incorrectamente el artículo 126 de la Constitución, porque la regla que éste contiene, respecto a que las convocatorias de las corporaciones públicas deben estar antecedidas de una convocatoria pública reglada por ley, se refiere de manera específica a los procesos de elección de los organismos de control fiscal en el nivel descentralizado territorialmente, según se desprende de los antecedentes del Proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado¹⁹.

13.1.3 El artículo 126 de la Constitución es inaplicable al marco de las elecciones de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, porque el

¹⁵ Folios 422-436, cuaderno N° 3, exp. 2016-00484-00.

¹⁶ Folios 460-461, cuaderno N° 3, exp. 2016-00484-00.

¹⁷ Folios 453-459, cuaderno N° 3, exp. 2016-00484-00.

¹⁸ Folio 83, cuaderno N° 1°, exp. 2016-00484-00.

¹⁹ En respaldo de su dicho transcribió algunos apartes de la Gaceta del Congreso N° 289 de 2015.

aplicable es el artículo 257A, norma que radica la conformación de las ternas en cabeza del Presidente de la República previa convocatoria reglada.

13.1.4 Luego de traer a colación algunas consideraciones de la sentencia C-372 de 2016 de la Corte Constitucional²⁰, sostuvo que el decreto acusado no afecta la estructura de la administración de justicia, no establece ni garantiza la efectividad de los principios generales de la Rama Judicial y tampoco desarrolla aspectos sustanciales de la justicia, motivo por el cual no hay lugar a predicar que la materia allí desarrolla es reserva de ley estatutaria.

13.1.5 La parte accionante no cumplió con la carga mínima requerida para el control de nulidad por inconstitucionalidad, en tanto las razones no son claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

IX. Concepto del Procurador General de la Nación²¹

14. Solicitó que se negaran las pretensiones dirigidas contra el Decreto 1189 de 2016, por las razones que a continuación se sintetizan:

14.1.1 Indicó que el Decreto 1189 del 19 de julio de 2016 es susceptible de revisión por parte del Consejo de Estado a través del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, en tanto es un acto de naturaleza administrativa que establece el trámite de la convocatoria para la integración de las ternas a candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que ordena el artículo 257A de la Constitución.

14.1.2 Señaló que en este caso son aplicables las consideraciones que realizó al interior del proceso N° 11001-03-24-000-2016-00480-00, en el que se demandó el Acuerdo N° PSSAA16-10548 del 27 de julio de 2016, mediante el cual se reglamentó la convocatoria pública para la conformación de la referidas ternas, pero por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

14.1.3 De los argumentos expuestos en el proceso antes señalado, destacó que de la lectura articulada y contextualizada del Acto Legislativo 02 de 2015 y la sentencia C-285 de 2016 de la Corte Constitucional, se concluye que la inexecutable de la expresión "*Gerencia de la Rama Judicial*", del artículo 19 del acto reformatorio de la Constitución, no obedeció a que aquella fuera inhábil o incompetente para expedir el reglamento de la convocatoria, sino a que, no podía existir un órgano, como dicha gerencia, que administrara el aparato de justicia.

14.1.4. Así mismo, trajo a colación el que, si en gracia de discusión el artículo 257-A constitucional no le entregó al Consejo Superior de la Judicatura la facultad privativa de expedir el reglamento acusado, y por ende, debía acudir a la regla general del artículo 126, de allí tampoco podía derivarse una competencia exclusiva en cabeza del Congreso de la República para regular la materia; de aceptarse ello, se permitiría un sacrificio superlativo de las institucionales

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-372 del 13 de julio de 2016, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²¹ Folios 440-452, cuaderno N° 3, exp. 2016-00484-00.

constitucionales, pues el Congreso, mediante su omisión, tendría una potestad, de hecho, para frenar la puesta en marcha de las autoridades previstas en la Carta Política.

14.1.6. Ocurre lo mismo frente a la convocatoria pública requerida para la consolidación de las ternas que corresponde remitir al Presidente de la República para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, *“existe una competencia preferente, pero no privativa, del Congreso de la República”*²², pues así es como debe considerarse a la luz del artículo 126 de la Constitución Política, que por la cláusula general de competencia al legislador le corresponde regular las convocatorias relacionadas con la facultad de elección en cabeza de las corporaciones públicas, también debe tenerse en cuenta que el artículo 257-A constitucional no exigió que estuviera necesariamente reglada por ley aquella convocatoria atinente a la conformación de las referidas ternas.

14.8.7. Como quiera que la regulación de la conformación de ternas para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es un asunto de conocimiento preferente, pero no privativo del legislador, también podía ser reglamentado por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes, conforme al numeral 11 del artículo 189 constitucional.

14.8.8. Tampoco hay lugar a invocar la exigencia de una ley estatutaria, porque en la norma acusada no se regulan los ejes medulares que cobijan a las personas que buscan acceder a la administración de justicia, ni se desarrollan aspectos sustanciales de esta rama del poder público, ni los relacionados con su funcionamiento.

14.8.9. Bajo una interpretación sistemática de la Constitución, y teniendo en cuenta que la norma especial constitucional no estableció la competencia privativa del legislador²³, la posible omisión legislativa no puede derivar en el estancamiento de la institución de origen constitucional, cuando el Decreto 1189 del 19 de julio de 2016 resulta ser un acto que proporciona el marco de funcionalidad de la nueva institución constitucional, permite cumplir las funciones de rango superior radicadas en cabeza del Presidente de la República para garantizar la operatividad de la misma, dentro de la temporalidad fijada para ello en el párrafo transitorio 1° del artículo 257 de la Carta Política, pues la elección debía acontecer dentro del año siguiente a la vigencia del Acto 02 de 2015.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Competencia

15. Esta Sala es competente para decidir las demandas de nulidad por inconstitucionalidad, de conformidad con el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, en consonancia con el numeral 9 del artículo 37 de la Ley

²² Folio 448, cuaderno N° 3, exp.2016-00484-00.

²³ Folio 450, cuaderno N° 3, exp.2016-00484-00.

270 de 1996, los artículos 43 y 49 *ibídem*, el numeral 5 del artículo 111 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 184 *ibídem* y el artículo 15 del Acuerdo N° 58 de 1999 de la Plena del Consejo de Estado.

16. Por su parte, la Sección Quinta de esta Corporación es competente para sustanciar y presentar la ponencia de fallo en el proceso objeto del presente estudio, conforme con la regla especial contenida en el artículo 184 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su tenor reza:

“Artículo 184. Proceso especial para la nulidad por inconstitucionalidad. La sustanciación y ponencia de los procesos contenciosos de nulidad por inconstitucionalidad corresponderá a uno de los magistrados de la sección respectiva, según la materia, y el fallo a la Sala Plena”. (Negrillas fuera del texto)

17. Teniendo en cuenta que la controversia planteada gira alrededor de la constitucionalidad del acto de convocatoria expedido por el Presidente de la República para conformar las ternas con las cuales el Congreso de la República debe elegir a tres de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el asunto demandado reviste raigambre electoral. En tanto dicho acto estableció las reglas y procedimientos para la conformación de las referidas ternas, está directamente relacionado con las “formas” para el ejercicio del poder soberano del pueblo, dentro de un escenario de democracia indirecta con el que se legitima la investidura de varios dignatarios de la Rama Judicial, elemento determinante para reconocer su ubicación en el ámbito del derecho electoral²⁴.

18. En ese orden de ideas, dado que el medio de control invocado fue el de la nulidad por inconstitucionalidad de un acto de carácter electoral, la Sala considera necesario efectuar algunas precisiones para sentar claridad respecto a la procedencia del medio de control utilizado en esta oportunidad, desde el elemento relativo a la competencia.

18.1 Para ello, lo primero que debe tenerse en cuenta es el principio de la democracia expansiva inherente al Estado Social de Derecho, a partir del cual el ordenamiento dispone de un abanico de medios para controlar judicialmente los actos emanados de quienes ejercen funciones públicas. De esta manera, se tiene que, en razón a la naturaleza, objeto y finalidad para los cuales ha sido creado cada medio de control, es posible afinar y materializar no solo la participación democrática en el quehacer del Estado sino también el derecho fundamental de acceso a la justicia, sobre el cual, se construye y desarrolla, entre otras, la premisa que rige nuestro ordenamiento en cuanto a la imposibilidad de que existan actos que puedan estar abstraídos del control judicial.

18.2 Sobre esta base, el segundo aspecto a mencionar se relaciona precisamente con la naturaleza, objeto y finalidad que tiene la acción de nulidad por inconstitucionalidad que se tramita ante el Consejo de Estado. En el ámbito de ella

²⁴ En el mismo sentido, ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 10 de marzo de 2017, C.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-24-000-2016-00484-00, mediante el cual se avocó conocimiento del presente asunto.

y bajo el análisis del caso que nos ocupa, la jurisprudencia ha reiterado que es una acción de carácter público, en tanto puede ser incoada por cualquier ciudadano; que su objeto de control recae sobre los decretos o actos administrativos de carácter general que expidan el Presidente de la República o entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, siempre que no corresponda conocer de ellos a la Corte Constitucional y su finalidad no es otra que anular tales normas y por esta vía extraerlas del ordenamiento jurídico, porque infringen de manera directa la Constitución Nacional.

18.3 De acuerdo con estos elementos, en el caso que se conoce, la Sala, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 237 y 241 de la Carta Política, así como de lo señalado en el artículo 135 del CPACA, considera reunidas en forma concurrente, las condiciones requeridas para el uso del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, por los siguientes motivos:

18.3.1 Bajo un criterio orgánico y formal de análisis del acto demandado, es indudable que se trata de un decreto expedido por el Presidente de la República, cuya competencia fue sustentada por éste en el ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 y en el artículo 257 A de la Carta, lo que prima facie ubica a esta disposición dentro de la competencia residual que corresponde al Consejo de Estado, en tanto la norma demandada no encaja en ninguna de las previstas en el artículo 241 de la Constitución Nacional, cuya competencia corresponde a la Corte Constitucional.

18.3.2 Desde el punto de vista material, del contenido del decreto presidencial, es claro su carácter general puesto que dicta las reglas que rigen el proceso de postulación y elección de candidatos a conformar las ternas que el Presidente de la República debe presentar ante el Congreso de la República para elección de magistrados del Consejo de Disciplina Judicial, de acuerdo con la atribución rescrita en el artículo 257 A de la Constitución, y en esa medida sus destinatarios son todos aquellos ciudadanos que estén interesados en participar del mismo, con el fin de ejercer su derecho de acceso a los cargos públicos.

18.3.3 Desde el marco de las pretensiones de la demanda, el eje de la problemática está dado en función de la violación directa de disposiciones de la Constitución Nacional por parte del decreto presidencial, es decir, la fuente normativa violada es directamente la Constitución, como norma de normas. Por cuanto los cargos no se han fundado en la violación mediata o indirecta del texto superior y la causa de la problemática planteada responde a una genuina discusión constitucional acerca de quién es competente para reglar las convocatorias públicas, discusión que a su turno impone estudiar de fondo la competencia reglamentaria del Presidente de la República conforme los artículos 126 y 257 A constitucionales, es posible descartar para este caso, la acción de nulidad como mecanismo adecuado para atacar el decreto presidencial que regula la convocatoria pública, porque en forma preponderada la discusión se ajusta la finalidad prevista para la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

18.3.4 En el presente proceso se trata de un caso *sui generis*, toda vez que la Constitución atribuye al Presidente la elaboración de tres ternas con fundamento en una convocatoria reglada, sin predeterminedar la autoridad competente para realizar la aludida convocatoria reglada, por lo cual el Presidente estableció la convocatoria a través del decreto demandado, con lo cual se advierte el desarrollo directo del artículo 257 A de la Constitución de donde se deriva el cargo presentado en las demandas acumuladas, consistente en la reglamentación directa de la Carta Política. Con ello es innegable que el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad resulta adecuado para atacar la convocatoria como acto autónomo, sin perjuicio que más adelante se puedan atacar las designaciones que resulten con ocasión de la misma²⁵, pues para éste último propósito el medio idóneo es el de nulidad electoral.

18.3.5 Una posición contraria, a partir de la cual se determine que el reglamento de la convocatoria para conformar las ternas a cargo del Presidente de la República para la elección de Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, es un acto de mero trámite cuya finalidad es dar impulso a una potestad nominadora, desconocería: i) que dicha convocatoria se deduce directamente de la Constitución y es el instrumento que provee las reglas del proceso de elección, como tal es norma la reguladora del mismo y no se agota con la determinación de las ternas antemencionadas ii) que en atención a su dimensión eminentemente normativa y de acatamiento forzoso para quien ejerce la potestad nominadora y los interesados, ostenta tan especial autonomía, y por lo tanto no es un acto instrumental o accesorio de otros posteriores, sino que en virtud de la regulación constitucional puede ser demandado directamente sin esperar a que se confeccionen las ternas o se materialice una designación en particular iii) que por su carácter general, la convocatoria no es susceptible de recursos, por lo que su control no puede depender de actos que lo desarrollan a posteriori, porque justamente es a partir de él que el grupo de interesados puede ejercer su derecho de acceso a los cargos públicos, el Presidente de la República su potestad postuladora y el Congreso de la República su potestad electoral iv) que al ser la convocatoria el acto que regula un proceso integral de elección que tiene distintas etapas, si se retirara del ordenamiento, dejaría sin fundamento todas las actuaciones posteriores a él y no al contrario.

18.3.5.1 De lo anterior se sigue que la convocatoria aquí demandada, independientemente de su contenido electoral, es un acto controlable judicialmente, en forma autónoma a través de la nulidad por inconstitucionalidad, y que no es plausible su entendimiento como un mero acto de trámite, porque ello

²⁵ En tal sentido, puede apreciarse el proceso de nulidad por inconstitucionalidad N°11001-03-28-000-2015-00021-00 que se tramitó ante esta Corporación, contra el Acuerdo N° 6 del 17 de julio de 2015 de la Comisión Interinstitucional, "por el cual se convoca a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su Representante y conformar el Consejo de Gobierno". Asimismo, en sede de simple nulidad puede consultarse entre otros, el proceso N° 11001-03-25-000-2011-00240-00(0835-11), que versó sobre la pretensión de nulidad del Acuerdo No. 066 de 25 de marzo de 2009, expedido por el representante legal de la Comisión Nacional del Servicio Civil "Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Distrito de Santa Marta – Convocatoria No. 094 de 2009". En el fallo del 18 de octubre de 2012 de la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, dictado en el proceso antes señalado, sobre la posibilidad de revisar en sede de nulidad el acto administrativo que establece una convocatoria se indicó: "Según la preceptiva legal, el acuerdo por medio del cual se convoca a un concurso público para proveer cargos por el sistema de méritos, es el instrumento que provee las reglas del concurso y como tal concluye definitivamente esa etapa, pues la convocatoria es norma reguladora de todas las demás fases del concurso. Es indiscutible entonces que el acto de convocatoria, en atención a su dimensión eminentemente normativa y de acatamiento forzoso para la administración y los interesados, ostenta plena autonomía, por lo tanto no es un acto instrumental o accesorio de otros posteriores, sino que puede ser demandado directamente sin esperar, como sugiere la parte accionada, a que se confeccione la lista de elegibles como acto final. Se añade además, que por su carácter general, la convocatoria no es susceptible de recursos, y no puede depender de los demás actos que lo desarrollan, como el de confección de la lista de elegibles. Por el contrario, si el acto de convocatoria, dada su autonomía e importancia como norma reguladora del concurso, fuese retirado del ordenamiento jurídico, caerían las demás etapas del proceso y no al contrario. Se sigue de lo anterior que si es demandable la convocatoria, pues no se trata de un acto de trámite".

sería tanto como imponer injustificadamente, bajo una interpretación restrictiva y formalista, barreras de acceso a la administración de justicia.

18.3.6 De acuerdo con los argumentos planteados, la Sala resalta que en el presente asunto se reúnen los requisitos exigidos para la procedencia de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

IV. Carga argumentativa mínima de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad

19. El medio de control de nulidad por inconstitucionalidad puede ser ejercido por cualquier ciudadano sin necesidad de apoderado, por lo que no resulta exigible la adopción de requisitos especiales como los que se requiere para otros mecanismos judiciales de defensa²⁶, es necesario que quienes pretenden desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara los decretos y los actos de contenido general que desarrollan directamente la Constitución cumplan con una carga argumentativa mínima que permita emprender el juicio de validez y delimitar los aspectos sobre los cuales recaerán las decisiones correspondientes.

20. La falta de exigencias especiales se justifica en la medida en que no se puede restringir el derecho que tiene todo ciudadano de controlar el ejercicio del público a través del referido mecanismo de defensa, sino facilitar el diálogo entre éste, las autoridades estatales que expidieron las normas acusadas y el juez encargado de analizarlas²⁷, que sin perjuicio de las amplias facultades que le son concedidas, por ejemplo la conformación de la unidad normativa de las normas acusadas y las disposiciones constitucionales que resulten aplicables al caso concreto²⁸, no se puede perder de vista que el control que realiza no es automático, sino por vía de acción²⁹.

21. Sobre los propósitos de la exigencia de una carga argumentativa mínima tratándose de la acción de inconstitucionalidad, el precedente jurisprudencial³⁰ señala que, dada la naturaleza pública de la acción de inconstitucionalidad como expresión que es de la democracia participativa y pluralista, requiere que del contenido de la demanda se establezca la existencia de un problema jurídico genuino. Lo contrario supone la imposibilidad de resolver el fondo del asunto planteado.

12. En este mismo sentido, por su carácter rogado opera como mecanismo de auto restricción judicial. De esta forma, los cargos propuestos delimitan el ámbito de decisión, sin que sea posible asumir nuevos asuntos que no han sido

²⁶ A título de ejemplo se señala el recurso extraordinario de casación y revisión competencia de la Corte Suprema de Justicia, así como el recurso extraordinario de revisión y el de unificación de jurisprudencia competencia del Consejo de Estado.

²⁷ Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-914 del 16 de noviembre de 2010, M.P: Juan Carlos Henao Pérez, a propósito de los requisitos mínimos que debe contener la demanda de inconstitucionalidad.

²⁸ Dicha atribución a propósito del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, está prevista en el párrafo del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 que reza: "(...) PARÁGRAFO. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales".

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-652 del 20 de junio de 2001, M.P: Jaime Córdoba Triviño.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1052, 4 octubre de 2001, MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia C- 160 del 6 de abril de 2016. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

propuestos por el demandante, construir acusaciones nuevas, suplir la acción del demandante o perfeccionar una argumentación deficiente.

22.1 Así las cosas, se ha precisado que las condiciones de (i) claridad, (ii) certeza, (iii) especificidad, (iv) pertinencia y (v) suficiencia, son las que deben cumplir el cargo de inconstitucionalidad, requisitos que ha aplicado esta Corporación³¹ al resolver controversias relacionadas con el presunto desconocimiento de la Constitución.

22.2 La claridad se predica cuando la demanda contiene una coherencia argumentativa tal, que permite identificar con nitidez el contenido de la censura y su justificación.

22.3 La certeza se refiere a que los cargos se dirijan contra una proposición normativa efectivamente contenida en la disposición acusada y no sobre una distinta, inferida por el demandante, implícita o que hace parte de normas que no fueron objeto de demanda.

22.4 La especificidad se cumple cuando la demanda contiene, al menos, un cargo concreto de naturaleza constitucional, en contra de las normas que se advierten contrarias a la Carta Política.

22.5 La pertinencia tiene lugar cuando las razones del concepto de violación están soportados en argumentos de índole constitucional, esto es, fundados en el análisis del contenido de una norma Superior que se confronta con el precepto demandado. Así, no resultan pertinentes las simples consideraciones legales o doctrinarias, la interpretación subjetiva de las normas acusada, su aplicación a un problema particular y concreto, o en el análisis sobre la conveniencia de las disposiciones consideradas inconstitucionales, entre otros.

22.6 La suficiencia, requiere que las razones de inconstitucionalidad guarden relación con: i) la exposición de los elementos de juicio, argumentativos y probatorios, necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto reprochado ii) la presentación de argumentos que, aunque no logren en principio, convencer al fallador de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un verdadera discusión y análisis constitucional, que hace necesario el pronunciamiento.

23. A la luz de los criterios aludidos, se estima que los cargos relativos al presunto desconocimiento de los artículos 126, 152 y 257-A de la Constitución Política, reúnen las condiciones mínimas para su estudio, por las siguientes razones:

23.1 Respecto del cargo relativo a la violación del **inciso 4° del artículo 126 constitucional**, los actores cuestionaron la competencia del Presidente de la República para reglamentar, a través del Decreto 1189 de 2016 demandado, la

³¹ Ver: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de septiembre de 2016, C.P: María Claudia Rojas Lasso, radicado 11001-03-24-000-2002-00417-01 (Acumulado 11001-03-15-000-2003-01000-01).

convocatoria pública que sería el fundamento de la conformación de las ternas a su cargo, para elegir a los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en tanto la disposición constitucional es clara al señalar que la elección de los servidores públicos atribuida a corporaciones públicas, debe estar precedida de una convocatoria reglada por **la ley**.

23.1.1. Como puede apreciarse, los demandantes invocaron de manera clara, precisa y pertinente, la norma constitucional que soporta su posición, y expusieron persuasivamente las razones por las cuales la disposición acusada, a su juicio, debe ser retirada del ordenamiento jurídico, al punto que una de las cuestiones que debe dilucidarse, consiste en determinar si la exigencia del inciso 4° del artículo 126 de la Carta Política, resulta aplicable a la convocatoria pública para la conformación de las ternas que tienen como propósito la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

23.2 La misma conclusión se predica frente al presunto desconocimiento del **literal b) del artículo 152 de la Constitución Política**, a partir del cual los demandantes alegaron que se requiere de una ley estatutaria que regula la mencionada convocatoria, por estar relacionada con un aspecto sustancial de la Rama Judicial, la conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

23.2.1. El planteamiento desarrollado, exige de la Sala precisar si la reglamentación de la convocatoria en cuestión es objeto de ley estatutaria, y particularmente, si el Decreto 1189 de 2016 desconoció la reserva de ley prevista en el artículo 152, literal b) constitucional, cuestiones que logran formularse dada la argumentación de los motivos de inconformidad.

23.3. Ocurre lo mismo con el **inciso 2° del artículo 257A**, frente al cual los demandantes destacaron que a pesar de que no esta norma precisó qué tipo de regulación es la que debe orientar la mencionada convocatoria pública, no puede concluirse que puede efectuarse mediante decreto presidencial, so pena de desconocer el artículo 257A, que consideraron debe interpretarse de manera sistemática con el literal b) del artículo 152 y el inciso 4° del artículo 126 constitucionales, concluyendo de esta manera que la reglamentación correspondiente únicamente puede efectuarse por la ley.

23.3.1. Como puede apreciarse, la argumentación sobre el presunto desconocimiento del artículo 257A, es producto de la línea argumentativa que los demandantes vienen desarrollando, con ocasión de la cual resaltaron que la norma antes señalada no estableció en manera alguna la facultad del Presidente de la República de reglamentar la convocatoria en cuestión, planteando un debate acerca de la debida interpretación del artículo en comento, lo cual es propio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.

23.4. No ocurre lo mismo con el cargo consistente en la violación del **artículo 150 de la Constitución Política**, invocado por la ciudadana Andrea Vargas Aguilera, que de manera impertinente e insuficiente, pretendió acreditar la supuesta falta de competencia del Presidente de la República para reglamentar la conformación de

las ternas para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a partir de consideraciones relativas a la competencia del Alcalde Mayor de Bogotá para la expedición de los Decretos 456 de 2010 y 113 de 2013, relacionados con el Plan Maestro para el Manejo Integral de Residuos Sólidos en el Distrito Capital, esto es, frente a un asunto extraño a la controversia planteada en esta oportunidad, sin que se advierta con claridad y certeza, cuál fue la razón que tuvo la accionante para relacionar los decretos antes señalados con la norma objeto de análisis, lo que impide que se desarrolle a través del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad un debate sobre particular.

23.4.1. Advirtiendo la anterior situación, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República se opuso al presunto desconocimiento del artículo 150 constitucional, destacando la impertinencia de los argumentos ofrecidos por la accionante para respaldar su dicho.

23.4.2. Por supuesto, lo anterior en manera alguna significa que en la resolución de los asuntos planteados acertadamente, no pueda tenerse en cuenta el artículo 150 de la Constitución Política, pues como lo señala el parágrafo del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, la declaración de nulidad por inconstitucionalidad puede estar fundada en cualquier norma constitucional. Simplemente, con las consideraciones que anteceden se resaltó la manera impertinente e insuficiente en que la accionante fundamentó la presunta violación del mencionado precepto.

23.5. En conclusión, frente al primer problema jurídico planteado se tiene que los cargos relativos al supuesto desconocimiento de los artículos 126, 152 y 257-A de la Constitución Política, reúnen las condiciones mínimas para su estudio, a diferencia de lo ocurre con el invocado por la demandante Andrea Vargas Aguilera frente al artículo 150 constitucional.

IV. Síntesis del devenir que tuvo el artículo 257 A, antes y después de las sentencia de la Corte Constitucional.

24. La Sala considera que ésta síntesis es pertinente y útil, en tanto permitirá entender: i) el eje de la discusión jurídica constitucional que se ha trabado ii) la formulación del problema jurídico que conforme a dicho eje será resuelto y iii) las alternativas que a partir de ello ha construido y analizado la Sala para decidir el fondo del asunto, a partir de las motivaciones expuestas en cada una de ellas.

25. Para tal efecto, de un lado se tendrá en cuenta lo que establecía sobre el particular el Acto Legislativo 02 de 2015 antes de su revisión por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-285 de 2016, y de otro, la incidencia de esta en cuanto a elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

25.1 Del Acto Legislativo 01 de 2015, antes de la sentencia C-285 de 2016

25.1 Comenzando, se recuerda que uno de los propósitos principales de la mencionada reforma constitucional consistió en dejar el gobierno y administración

de la Rama Judicial a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial, en lugar del Consejo de Superior de la Judicatura.

25.1.1 Sobre el particular, el Acto Legislativo 02 de 2015, en sus artículos 15 y 16, previó que el Consejo de Gobierno de Judicial, se encargaría de definir las políticas de la Rama Judicial de acuerdo con la ley y postular las listas y ternas de candidatos que la Constitución le ordene; mientras que la Gerencia de la Rama Judicial, sería la responsable de ejecutar las decisiones del Consejo de Gobierno Judicial, proveer apoyo administrativo y logístico a este órgano, administrar la Rama Judicial, elaborar para aprobación del Consejo de Gobierno Judicial el proyecto de presupuesto que deberá ser remitido al Gobierno y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso, elaborar planes y programas para aprobación del Consejo de Gobierno Judicial, formular modelos de gestión e implementar los modelos procesales en el territorio nacional, administrar la Carrera Judicial, organizar la Comisión de Carrera Judicial, realizar los concursos y vigilar el rendimiento de los funcionarios y los despachos.

25.1.2 Por otra parte, en lugar de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el referido acto legislativo a través de su artículo 18 señaló que **el Gobierno Nacional debería presentar, antes del 1 de octubre de 2015, un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial**, y mediante el artículo 19 creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, estableciendo lo siguiente:

“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 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**. 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” (Negrilla fuera de texto).

25.1.3 La implementación de la reforma suponía un cambio estructural tanto en el gobierno y administración de la Rama Judicial, como en la función jurisdiccional disciplinaria ejercida sobre los funcionarios y empleados de aquella, motivo por el cual el acto legislativo anunció varias medidas en sus artículos 18 y 19, donde se destaca, a propósito del Acto Legislativo 02 de 2015, antes de su revisión por parte de la Corte Constitucional, lo siguiente:

- El Gobierno Nacional debía presentar, antes de 1 de octubre de 2015, un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial.
- Para la conformación de las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y el Presidente de la República, se hizo referencia a una convocatoria pública reglada, sin precisar que esta debía adoptarse por ley.
- La reforma constitucional precisó que mientras se dictaba la ley estatutaria que regulara el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial, **el Consejo de Gobierno Judicial reglamentaría provisionalmente, los procesos de convocatoria pública que debía adelantar la Gerencia de la Rama Judicial**, entre los cuales están las cuatro ternas para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Se destaca que esta disposición no estaba llamada a ser aplicada frente a las ternas a elaborar por parte del Presidente, pues el texto del artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015 se refería expresa y exclusivamente a las convocatorias que debía adelantar la Gerencia de la Rama Judicial, mientras era expedida la ley estatutaria que se encargaría de regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial.
- Como de la conformación del Consejo de Gobierno Judicial y de la Gerencia de la Rama Judicial, dependía en buena parte la materialización de los cambios pretendidos por la reforma constitucional, es evidente el interés del Constituyente en que la elección de los integrantes de estos órganos se efectuara en el menor tiempo posible, de otra manera no hubiera establecido (i) un plazo de 2 meses desde la entrada en vigencia del acto legislativo, para llevar a cabo las elecciones de los representantes de los magistrados de tribunal, jueces y empleados judiciales (ii) un término consecutivo, por la misma extensión, para la elección de los miembros permanentes del Gobierno Judicial y (iii) un plazo de 2 meses más para la elección del Gerente de la Rama Judicial.
- Manteniendo la misma intención y considerado que para que la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, se requería que previamente estuviera funcionando el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial, indicó que los mencionados funcionarios judiciales deberían ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del acto legislativo, esto es, a más tardar el 1° de julio de 2016, teniendo en cuenta que dicha reforma se publicó en el diario oficial el 1° de julio de 2015.

25.1.4 Al analizar las anteriores circunstancias, y en lo que respecta a la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, se tiene que el Constituyente estableció un año para su elección, tiempo durante el cual:

(i) el Gobierno Nacional debía presentar un proyecto de ley estatutaria **para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial a más tardar el 1 de octubre de 2015;**

(ii) debía elegirse o designarse a los miembros definitivos del primer Consejo de Gobierno Judicial en la forma señalada en el artículo 18 transitorio;

(iii) conformado el primer Consejo de Gobierno Judicial, éste debía nombrar al Gerente de la Rama Judicial y, mientras se expedía la ley estatutaria a iniciativa del Presidente de la República, **reglamentaría provisionalmente la convocatoria pública que debía adelantar la Gerencia de la Rama para la conformación de las 4 ternas para la elección de los mencionados magistrados;**

(iv) la Gerencia de la Rama Judicial **debía llevar a cabo la convocatoria conforme al reglamento expedido por el Consejo de Gobierno Judicial para el efecto;**

(v) el Consejo de Gobierno conformaría las cuatro ternas a su cargo y las enviaría al Congreso de la República; a posteriori esta Corporación, en pleno, elegiría a los funcionarios judiciales.

25.1.5 Paralelamente, el Presidente de la República también tendría que: i) conformar las tres ternas a su cargo ii) enviarlas al Congreso de la República para la correspondiente elección, a fin de que, dentro el año siguiente a la vigencia del acto legislativo, entrara en funcionamiento la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

25.1.6 Del recuento realizado es innegable la intención del Constituyente de poner en marcha en el menor tiempo posible su reforma, y dentro de la misma, la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial, para lo cual requería que todas las autoridades involucradas, esto es, el Consejo de Gobierno Judicial, la Gerencia de la Rama Judicial, el Presidente de la República y el Congreso en Pleno, cumplieran de manera diligente con las obligaciones a su cargo.

25.1.7 En el mismo sentido, a partir del artículo 18 transitorio hay claridad absoluta en relación con tres cuestiones. **La primera:** el primer Consejo de Gobierno Judicial fue facultado expresamente por el Constituyente, para reglamentar provisionalmente la convocatoria que debía efectuar la Gerencia de la Rama para la conformación únicamente de las cuatro ternas a cargo de dicho Consejo de Gobierno, ello por cuanto el texto del artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015 sólo reguló tal aspecto en lo atinente a las ternas a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y nada mencionó respecto a la reglamentación de la convocatoria para elaborar las tres ternas a cargo del presidente. **La segunda:** nada expresó el Constituyente respecto a la reglamentación de las convocatorias a cargo del Presidente de la República que darían lugar a la conformación de las tres ternas a su cargo. **La tercera:** el proceso definitivo de elección de

Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial era un aspecto del que se ocuparía la ley estatutaria, cuya presentación del proyecto debía hacerse antes del 1 de octubre de 2015 recaía en el Gobierno Nacional, pues no de otra manera podría explicarse que para el entretanto se revistiera al Consejo de Gobierno Judicial para reglamentar provisionalmente las convocatorias que debía efectuar la Gerencia de la Rama Judicial. **La cuarta:** es un proceso a cargo del Congreso de la República, que exige la conformación previa de siete ternas, tras una convocatoria pública y reglada para tal efecto.

25.2. Acto Legislativo 02 de 2015, después de la sentencia C-285 de 2015

25.2.1 Lo descrito en el anterior apartado, en buena parte se vio afectado con ocasión a la sentencia C-285 de 2015 de la Corte Constitucional, cuya decisión más importante consistió en declarar inexecutable las disposiciones relacionadas con la eliminación del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa y la creación del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial, incluidas por sustracción materia, las transitorias que establecían: (i) que el Gobierno Nacional debía presentar antes de 1° de octubre de 2015 un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los nuevos órganos de gobierno y administración judicial, que comprende conforme se desprende del propio texto del artículo 18 transitorio, aspectos relativos a la forma de conformación del Consejo de Gobierno Judicial y de la Gerencia de la Rama Judicial, número de miembros, secciones, dependencias, competencias y funciones, estructura interna de tales organizaciones, selección de miembros (ii) el tiempo en el que debía elegirse a los funcionarios que conformarían los mismos y (iii) **que el Consejo de Gobierno Judicial reglamentaría provisionalmente los procesos de convocatoria pública que debía adelantar la Gerencia de la Rama Judicial**, en síntesis, porque el modelo de administración que quiso implementar del Acto Legislativo 02 de 2015, suprimió el principio de autogobierno judicial como expresión de la autonomía de la Rama, la independencia judicial y la separación de poderes³².

25.2.2 Por otra parte, en lo atinente a la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Corte Constitucional determinó que los cargos formulados contra las normas que dispusieron su creación y por ende la supresión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, carecían de los requisitos mínimos para su estudio, de manera tal que frente a las mismas se inhibió para pronunciarse por ineptitud sustantiva de la demanda. Ello significó que permanecieran en el ordenamiento jurídico las disposiciones relacionadas con dicha Comisión, entre otras, el parágrafo transitorio introducido al artículo 257-A, por el artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015, según el cual los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos en el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional, y que en el entretanto los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continuarán ejerciendo sus funciones como integrantes de esta.

25.2.3 La decisiones adoptadas significaron un desajuste en la armonía del texto del acto legislativo, debido a la reviviscencia de algunas disposiciones originales

³² Corte Constitucional, sentencia C-285 del 1° de junio de 2016, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

de la Carta, en especial, las relativas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la permanencia de otras introducidas por la reforma, como la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, lo que trajo como consecuencia, incoherencias en la redacción de la norma fundamental y vacíos aparentes en la distribución de las competencias de los órganos constituidos, situaciones que llevaron a la Corte Constitucional a analizar cada uno de los artículos demandados, con el propósito de adoptar las medidas pertinentes para superar los problemas de coherencia y procurar la eficacia de la reforma en todo aquello que no fue excluido del ordenamiento jurídico.

Para tal efecto, por ejemplo, declaró inexecutable la expresión “*Consejo de Gobierno Judicial*” y la sustituyó por “*Consejo Superior de la Judicatura*”, y suprimió el enunciado “*y adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial*”.

25.2.4 Todas estas modificaciones, en lo que atañe al artículo 257-A de la Constitución Política, que consagró la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, implicaron una nueva redacción del precepto, que quedó consignado de la siguiente manera:

“Artículo 257-A.- Adicionado por el artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015. 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.” (Destacado fuera de texto)

25.2.5 Como puede apreciarse, el cambio más significativo consistió en que, la conformación de las cuatro ternas que inicialmente debía conformar el Consejo de Gobierno Judicial, previa convocatoria pública reglada adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial, fue asignada en su totalidad al Consejo Superior de la Judicatura.

25.2.6 En cuanto a la reglamentación provisional de la convocatoria, que estaba a cargo del Consejo de Gobierno Judicial, es claro que tal disposición desapareció del ordenamiento jurídico al haberse declarado la inexequibilidad del modelo de autogobierno judicial introducido por el Acto Legislativo.

25.2.7 Lo mismo ocurrió con la medida relativa a la presentación del proyecto de ley estatutaria a cargo del Gobierno Nacional, que tenía por objeto exclusivo regular los asuntos relacionados con el funcionamiento del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama de la Judicial, que por demás, no contenía ninguna disposición relacionada con una competencia otorgada al Presidente para conformar las tres ternas requeridas para la elección de tres de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

25.2.8 Del análisis que antecede, se resalta que la sentencia C-285 de 2016 en ningún momento significó ninguna alteración de las competencias atribuidas al Presidente de la República por el Acto legislativo 02 de 2015 para la conformación de las ternas a su cargo para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ni tampoco modificó el término de un año señalado para elegir a sus magistrados.

25.2.9 Entonces, la conclusión que se sigue, dada la forma en que el Constituyente configuró tanto las disposiciones relativas al nuevo diseño institucional como aquellas relacionadas con las medidas transitorias para su puesta en marcha, y a partir de las modificaciones introducidas al articulado en virtud de la sentencia C-285 de 2016, el punto de inflexión respecto a la competencia reglamentaria de las convocatorias públicas requeridas para la conformación de las siete ternas de elección de los Magistrados del Consejo Nacional de Disciplina Judicial, es la siguiente:

25.2.9.1 Ninguna de las disposiciones radica, expresamente, en el Presidente de la República o en el Consejo Superior de la Judicatura, la competencia para reglar las convocatorias públicas. En este punto, se recuerda que la facultad provisional que se dio al Consejo de Gobierno Judicial para reglar las convocatorias a cargo de la Gerencia de la Rama Judicial, que incluía aquella dirigida a conformar las cuatro ternas a su cargo, fue abstraída del ordenamiento por virtud de la sentencia C-285 de 2016 y se refería en exclusivo a las cuatro ternas que debía realizar la gerencia de la rama y ahora el Consejo Superior de la Judicatura.

25.2.9.2 Ni el Consejo Superior de la Judicatura ni el Presidente de la República, cuentan con una competencia expresa, señalada en las disposiciones de la reforma constitucional, para reglamentar la convocatoria pública requerida para la conformación de sus respectivas ternas. Respecto al Presidente, se tiene que el

Acto Legislativo 02 nunca contempló en forma taxativa esta posibilidad. En relación con el Consejo Superior de la Judicatura, después de la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo, la Corporación no cuenta con la competencia provisional que se le había otorgado al Consejo de Gobierno Judicial, para reglamentar la convocatoria de las ternas a su cargo.

25.2.9.3 Tras el pronunciamiento de la Corte Constitucional, se mantiene incólume la competencia atribuida al Presidente de la República y al Consejo Superior de la Judicatura para conformar las ternas que a cada uno corresponden para la elección de Magistrados del Consejo Nacional de Disciplina Judicial.

25.2.9.4 No subsiste, en el ordenamiento constitucional, la obligación a cargo del Presidente de la República de presentar un proyecto de ley estatutaria, porque al haberse expulsado del ordenamiento superior el nuevo diseño institucional previsto para la Rama Judicial del poder público, en cuanto al Consejo de Gobierno Judicial y Gerencia de la Rama se refiere, desapareció también la necesidad de regular por ley estatutaria la organización y estructura de tales instancias, a efectos de poner en marcha su funcionamiento.

25.2.9.4.1 Sobre la responsabilidad atribuida al Gobierno Nacional para presentar la mencionada ley estatutaria, que se repite desapareció del ordenamiento por virtud de la sentencia C-285 de 2016, la exposición de motivos en la que se sustentó la presentación del proyecto de ley ante el Congreso de la República da cuenta entre sus argumentos, de uno que resulta importante para este caso, en tanto señalaba que el articulado diseñado para ocuparse del capítulo relativo a las convocatorias públicas para altos cargos en la Rama Judicial –artículos 103 a 106 del proyecto de ley-, fue desarrollado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución, lo cual significa, por lo menos prima facie, que el proyecto de ley estatutaria regulaba la convocatoria pública de manera general, desarrollaba los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y los criterios de mérito previstos por tal disposición constitucional como rectores de la convocatoria, y en consecuencia, resultaba aplicable para la elaboración de las ternas a cargo del Presidente como del Consejo de Gobierno Judicial, en tanto ambas ternas aunque a cargo de autoridades distintas, se requieren para un mismo proceso de elección a cargo del Congreso de la República y para la conformación del mismo órgano judicial, el Consejo Nacional de Disciplina Judicial.

25.2.9.4.2 No obstante lo anterior, del texto del proyecto de ley³³ se observa que éste no incluyó en tal regulación, referencia alguna a que las convocatorias previas, públicas y regladas a cargo del Presidente de la República para la conformación de las ternas de las cuales el Congreso elegiría a tres de los miembros de la Comisión de Disciplina Judicial, y que debieran adelantarse conforme a la misma disposición constitucional, es decir, el Gobierno Nacional asumió que sólo le correspondía reglar al legislador lo atinente a la conformación de las ternas a cargo del Consejo de Gobierno Judicial; hecho este que: i) explica

³³ Exposición de Motivos. Radicación Proyecto de Ley Estatutaria “por medio de la cual se desarrolla parcialmente el Acto Legislativo 2 de 2015, se reforma la Ley 270 de 1996 y se dictan otras disposiciones”, que desarrolla parcialmente . <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/RadicaLeyEstatutaria.pdf>

el porqué de la expedición del decreto presidencial que ahora se ataca ii) evidencia la confrontación que emana en el presente caso, respecto a la interpretación sobre el alcance y aplicación de los artículos 126, 152 y 257 A del texto superior iii) advierte la imposibilidad de establecer, a simple vista, bajo el estudio inicial que avoca el conocimiento de un asunto constitucional sometido al conocimiento de la Corporación, cuál es la naturaleza formal y material del decreto presidencial atacado, convirtiéndose entonces este aspecto en un asunto que no puede desligarse del estudio de fondo que se requiere para resolver el caso.

25.2.9.4.2.1 En efecto, así se deduce claramente de varios de los artículos contenidos en el proyecto de ley. En primer lugar el **artículo 1** que señala el objeto de ley, dispuso que tal norma desarrolla los mandatos del Acto Legislativo 2 de 2015 en relación con la Rama Judicial y con dicho fin regula las funciones de los órganos de gobierno y administración de la Rama Judicial y de los órganos encargados de disciplinar a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial; reglamenta la elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; establece parámetros de transparencia y rendición de cuentas por parte de la Rama Judicial; y actualiza las normas legales pertinentes para hacerlas concordar con el Acto Legislativo 2 de 2015. La literalidad de esta norma no ofrece mayores dudas, por lo menos desde el objeto de la regulación, no se incluyó la reglamentación de la convocatoria ni de la elección de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

25.2.9.4.2.2 Entre los **artículos 2 a 102** del proyecto de ley, no existe norma que en forma explícita y expresa dicte reglas aplicables a la convocatoria para la elaboración de las ternas a cargo del Presidente de la República, para la elección de los miembros de la Comisión de Disciplina Judicial. Por contrario, de los **artículos 103 a 106** se regula el capítulo IV que corresponde a Convocatorias Públicas Regladas a cargo del Consejo de Gobierno Judicial, así el artículo 103 dispone que la Gerencia de la Rama Judicial deberá organizar convocatorias públicas regladas, de acuerdo con la reglamentación que expida el Consejo de Gobierno Judicial, para elaborar las listas dirigidas a proveer los siguientes cargos: 1. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. 2. Magistrado del Consejo de Estado. 3. Magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. 4. Magistrado de la Comisión de Aforados. 5. Miembro de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial. 6. Gerente de la Rama Judicial.

25.2.9.4.2.3 De lo anterior se colige que al regularse expresamente la convocatoria requerida para elaborar las listas o las ternas a cargo del Consejo de Gobierno Judicial sin mencionarse aquellas que correspondan a otras autoridades, como las que son de resorte del Presidente para nombrar magistrados de la Comisión nacional de Disciplina Judicial, es ostensible que el proyecto de ley, en esta disposición, tampoco cobija expresamente la reglamentación de la convocatoria pública que debe preceder a la configuración de las tres ternas a cargo del Presidente de la República, pero si cobija las cuatro que correspondían al Consejo de Gobierno Judicial.

25.2.9.4.2.4 En lo que se refiere a los principios que rigen la convocatoria, el artículo 104 del proyecto de ley establecía que toda convocatoria que se adelante garantizaría los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito, conforme a las mismas pautas señaladas en la disposición para cada uno de ellos, y que la elección no podrá incluirse factores distintos al mérito.

24.2.9.4.2.4.1 El texto de esta norma, si bien es de carácter general por lo que resultaría aplicable a todas las convocatorias, incluidas las exigidas para conformar las ternas del Presidente y las del Consejo de Gobierno Judicial, lo cierto es que la disposición se ocupa de definir los mismos principios constitucionales contenidos en el artículo 126 y de fijar parámetros mínimos para su aplicación, razón por la cual desde la órbita de aplicación material de la misma no irradia mayor solución a la problemática que se plantea acerca de a quien compete la reglamentación de la convocatoria pública a partir de la cual el Presidente debe conformar tres ternas para elegir magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

24.2.9.4.2.4.2 De otra parte, en atención a que en la totalidad del cuerpo del proyecto de ley no hay alusión alguna a convocatorias que deban adelantarse por autoridades distintas a la Gerencia de la Rama Judicial, sumado a la ubicación de la mencionada disposición 104 en el cuerpo del proyecto de ley, consecutivamente posterior a la norma que regulaba los cargos para los que la Gerencia de la Rama Judicial debía efectuar las convocatorias, y a la ausencia de norma expresa que determine su aplicación para el caso de las ternas a cargo del Presidente de la República, es obligatorio concluir que tal norma no se diseñó bajo la observación de que sería aplicada a las ternas antemencionadas.

24.2.9.4.2.5 Por su parte, el **artículo 105** señala que las fases mínimas de la convocatoria serán fijadas por el Consejo de Gobierno Judicial y fija como responsable de cada una de ellas al mismo organismo, a excepción de lo que tiene que ver con el examen de requisitos, hecho este que, en adición al contenido de cada disposición en específico para cada etapa establecida, no da lugar a dudas respecto a que tales disposiciones no disponían su obligatoria aplicación por parte del Presidente de la República para la elaboración de las ternas a su cargo, ni tampoco contemplaban que tal posibilidad ocurriera, ello por la simple razón de que el proceso de la convocatoria está diseñado a partir de responsabilidades asignadas al Consejo de Gobierno Judicial y en ausencia de normas expresa que permita dar aplicación a tales disposiciones por parte de otras autoridades como el Presidente de la República, responsables de efectuar convocatorias públicas para elaborar ternas.

24.2.9.4.2.5 Finalmente, debe advertirse que en el proyecto de ley en los artículos 7, 18 y 19 regula expresamente la forma en que se lleva a cabo el proceso de elección de magistrados de distintas corporaciones judiciales, y la conformación de las listas respectivas; sin embargo en ninguna de las disposiciones del proyecto de ley se señala este aspecto para los magistrados de la Comisión de Disciplina

Judicial, es decir, el proyecto de ley no desarrollaba en forma alguna aspectos cobijados por el artículo 257 A en cuanto a convocatoria previa y reglada ni en relación con el proceso de elección, ni tampoco confirió competencia reglamentaria expresa al Presidente de la República para regular la convocatoria pública de que trata el artículo 257. Conforme a lo anterior, hay un indicador adicional para concluir que el proyecto de ley estatutaria presentado por el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015, no regulaba la convocatoria pública que precede la elaboración de las ternas a cargo del Presidente para la elección de magistrados del Consejo Nacional de Disciplina Judicial.

IV. Síntesis del caso y planteamiento del problema jurídico

26. De acuerdo con el análisis de las demandas, las pruebas, las intervenciones de las partes y el concepto rendido por el Procurador, el eje de la discusión se centra en determinar, si la convocatoria previa reglada de que trata el artículo 257 A de la Carta Política, requerida para la conformación de las ternas que el Presidente de la República debe enviar al Congreso de la República para la elección de tres de los Magistrados del Consejo Nacional de Disciplina Judicial, fue expedido por el Presidente en ejercicio de alguna potestad atribuida a éste por el ordenamiento superior, o si, por contrario, dicha expedición requería de una ley previa expedida por el Congreso de la República, que reglara la convocatoria conforme al artículo 126 de la Constitución Política.

27. Conforme con el tema central señalado, se trata de zanjar la discusión jurídica frente a la constitucionalidad o no del Decreto 1189 de 2016, hace necesario responder el siguiente problema jurídico:

27.1 Como quiera que el artículo 257 A 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?

IV. Planteamiento y análisis de alternativas posibles, a la luz del ordenamiento constitucional, para resolver el problema jurídico planteado

28. Como se advirtió desde líneas atrás, resolver el interrogante supone abordar los distintos escenarios o alternativas que se desprenden del ordenamiento constitucional, a efectos de establecer, en el presente caso, si la convocatoria es asunto que compete reglamentar de manera directa el Presidente de la República. Veamos:

28.1 Alternativa 1. La convocatoria pública para la conformación de las ternas a cargo del Presidente de la República, puede reglamentarse por el Presidente de la República en virtud de la potestad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política

28.1.1 Este escenario surge tanto del análisis formal del acto demandado como de la defensa realizada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Ministerio de Justicia y del Derecho, que defienden la constitucionalidad de la norma acusada, así como del concepto rendido por el Procurador, donde se sustentan la competencia del Presidente de la República para expedir el decreto 1189 de 2016, reglamentario de la convocatoria, a partir de la facultad reglamentaria que la Constitución Política le otorgó al Presidente de la República en el numeral 11 del artículo 189, que a su tenor dice:

“ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...) “11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para **la cumplida ejecución de las leyes**” (Destacado fuera de texto).

28.1.1.1 A partir de esta disposición, las mencionadas entidades argumentaron que el Decreto 1189 de 2016 constituye una expresión de la facultad reglamentaria, y que por consiguiente el Presidente de la República obró en ejercicio del artículo 189 numeral 11 de la Constitución, que en este caso tuvo como propósito dar cumplimiento al artículo 257-A constitucional, según el cual, debe conformar y enviar tres ternas al Congreso en Pleno, para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

28.1.1.2 En este punto, basta señalar 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**, de manera tal que resulta impreciso que las mencionadas autoridades, a pesar de la inexistencia de una ley que se ocupe de la convocatoria en mención, con fundamento en la potestad reglamentaria justificaran la competencia del Presidente de la República para lograr la cumplida ejecución del artículo 257-A de la Carta Política.

28.1.1.3 Precisamente, la principal diferencia que existe entre los decretos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria otorgada en al Presidente en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política y los reglamentos autónomos constitucionales, consiste en que los primeros desarrollan la ley, por ende, en cuanto a su validez, esta sometidos a ésta y a la Constitución, mientras que los segundos, reglamentan la Carta Política sin mediación de ley o de otra norma con fuerza de ley, de manera tal que su validez sólo se verifica frente a ésta³⁴.

28.1.1.4 Sobre esta alternativa, es claro para la Sala Plena que, no resulta válido ni preciso, predicar que el Presidente de la República en virtud de la potestad reglamentaria que le otorgó la Constitución expidió el reglamento para la convocatoria, a fin de conformar las ternas a su cargo para la elección Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, toda vez que no existe una ley que se ocupe del asunto, y por ende, que sea susceptible de reglamentarse para su cumplida ejecución.

³⁴ Sobre las diferencias entre los reglamentos constitucionales autónomos y los decretos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, consultar entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gomez, radicado 11001-03-26-000-1999-00012-01(16230).

28.2 Alternativa 2. La convocatoria pública para la conformación de las ternas a cargo del Presidente de la República, constituye un asunto que puede desarrollarse a través de reglamento autónomo constitucional

28.2.1 Quienes defienden la constitucionalidad del Decreto 1189 de 2016, argumentaron que la facultad de regulación de la mentada convocatoria fue asignada directamente por la Constitución Política al Presidente de la República, en especial porque la misma carta superior, en su artículo 257-A, adicionado por el artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015, fue la que confirió a éste la responsabilidad de enviar tres ternas al Congreso en Pleno para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

28.2.1.1 Varias razones podrían sustentar esta tesis: la primera radica en que, aun cuando el artículo 257-A no indicó expresamente que el Presidente de la República tenía la facultad de reglamentar la convocatoria pública para la conformación de las referidas ternas, tal facultad se deduce de la atribución que le confirió de integrar éstas, máxime cuando la norma constitucional no reparó en que la convocatoria debía reglarse por una ley y asignó al Presidente de la República como directo responsable de determinar qué candidatos podrían aspirar ante el Congreso en Pleno para ser elegidos Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

28.2.1.2 La segunda se sustenta en el plazo contenido en el párrafo transitorio del artículo 257-A de la Constitución Política, cuyo contenido no se afectó por el análisis de constitucionalidad que tuvo lugar en la sentencia C-285 de 2016, y según el cual, los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del acto legislativo, es decir, a más tardar el 1° de julio de 2016, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 02 de 2015 se publicó en el diario oficial el 1° de julio de 2015.

28.2.1.3 La anterior disposición revela la intención del Constituyente de poner en marcha la reforma en el menor tiempo posible. Como quiera que la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial involucra distintas autoridades, entre ellas, el Presidente de la República, es evidente que el plazo señalado obligaba a todos los intervinientes a ejecutar con celeridad y diligencia las obligaciones a su cargo. Ello refuerza la tesis planteada, en el sentido de que al Presidente se le asignó la facultad de reglamentar la convocatoria, porque de lo contrario no podría cumplir oportunamente con el cometido de conformar las tres ternas.

28.2.1.4 A su vez, este argumento podría fortalecerse a partir del análisis de las normas del Acto Legislativo 02 de 2015, donde se establecía tiempos perentorios para el cumplimiento de varios aspectos: i) la creación del Consejo de Gobierno Judicial y de la Gerencia de la Rama Judicial ii) la presentación por parte del Gobierno Nacional, a más tardar el 1° de octubre de 2015, de un proyecto de ley estatutaria que regulara el funcionamiento de los nuevos órganos de gobierno y administración judicial, así como de las disposiciones transitorias

correspondientes. Estas disposiciones, pese a su declaratoria de inexecutable, confirman la intención que tenía el Constituyente derivado de implementar en el menor tiempo posible la reforma, que incluye la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

28.2.1.5 Mediante las razones antes enunciadas sería posible deducir que el artículo 257-A constitucional le confirió al Presidente, en forma implícita o de manera indirecta, la competencia para reglar la convocatoria pública que debe preceder a la conformación de las ternas que le corresponde conformar, a fin de procurar que en el término de un año siguiente a la vigencia del Acto Legislativo 02 de 2015, estuviera instalado el nuevo órgano constitucional.

28.2.1.6 En ese orden de ideas, habría lugar a predicar que el Decreto 1189 de 2016 constituye un decreto constitucional autónomo, esto es, una disposición de carácter general, impersonal y abstracto, cuya competencia fue asignada directamente por la Constitución y sin mediación de la ley³⁵.

28.2.1.7 Aceptar tajantemente que tal facultad proviene de la propia Constitución, implicaría desconocer la evolución que ha tenido la figura del reglamento constitucional autónomo en nuestro ordenamiento, y se daría una respuesta, sin mayor análisis, al siguiente interrogante, estructural para el adecuado entendimiento y funcionamiento del andamiaje constitucional en materia de competencias:

¿Es posible deducir la existencia de un decreto constitucional autónomo a partir de competencias que no están expresamente consagradas por una disposición constitucional?

28.2.1.8 Resolver el interrogante impone recordar y observar lo siguiente:

i) El constituyente 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 Congreso³⁶;

ii) Conforme a ello, tratándose de reglamentos constitucionales autónomos debe aplicarse una interpretación restrictiva de las facultades concedidas, so pena de afectar el lugar privilegiado que la competencia legislativa del Congreso tiene en un régimen político democrático y participativo³⁷.

iii) No puede perderse de vista que el Acto Legislativo 02 de 2015, introdujo una serie de reformas a los mecanismos para la elección de quienes conforman los máximos órganos judiciales, en especial, a partir de la reforma efectuada al artículo 126 superior, se estableció una regla general: (...) *“la elección de*

³⁵ Sobre los reglamentos constitucionales autónomos, ver entre otros: 1) Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 17 de marzo de 2017, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicado 11001-03-27-000-2017-00003-00(22876). 2) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 22 de septiembre de 2016, C.P. María Claudia Rojas Lasso, radicado 11001-03-24-000-2002-00417-01 (acumulado 11001-03-15-000-2003-01000-01). 3) Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 24 de febrero de 2015, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicado 11001-03-27-000-2014-00038-00(21144). 4) Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de octubre de 2012, C.P. Enrique Gil Botero, radicado 11001-03-26-000-2012-00056-00. 5) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gomez, radicado 11001-03-26-000-1999-00012-01(16230).

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1250 del 28 de noviembre de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁷ *Ibidem*.

servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. La excepción a esta regla, conforme al mismo texto constitucional, se aplica a los concursos públicos que estén regulados por la ley.

iv) De la anterior disposición se deduce que toda convocatoria que no corresponda a la de un concurso público regulado por la ley, mediante la cual se deba elegir a miembros de corporaciones públicas, debe contar necesariamente con una ley previa que fije requisitos y procedimientos como garantía de cumplimiento a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

v) No puede olvidarse que existe la necesidad de fortalecer la competencia del Congreso de la República y profundizar en la garantía del principio democrático. Por esto es que el constituyente radicó en el legislador una cláusula general de competencia para establecer la ley de convocatorias públicas, para que con fundamento en ello, los servidores públicos puedan ser elegidos por las corporaciones públicas. En otras palabras, es al Congreso de la República a quien se le atribuyó la facultad de dictar las leyes en todos aquellos asuntos que puedan ser materia de configuración normativa y cuya regulación **no haya sido atribuida a otra rama u órgano independiente, incluso si esos temas no están comprendidos dentro de las funciones que le han sido asignadas expresamente en el artículo 150 del texto superior**³⁸. Esta potestad no sólo implica la posibilidad de expedir leyes, sino de también cambiarlas, adecuarlas y suprimirlas, teniendo en cuenta 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 colectividad³⁹.

28.2.1.9 Precisamente, dada la fuerza de la cláusula general de competencia, el Congreso de la República está facultado para crear, interpretar, reformar y derogar la ley, no sólo en los asuntos taxativamente señalados por la Constitución, sino en todos aquellos en los que no se haya asignado competencia a otra entidad⁴⁰, motivo por el cual cuando se sostiene que la facultad de regulación está en cabeza de una autoridad distinta, como en este caso sucede con el Presidente de la República, resulta necesario verificar la existencia de una **atribución expresa** en tal sentido.

28.2.1.10 Lo anterior cobra mayor relevancia, tratándose del desarrollo de los postulados contenidos en la Constitución Política, pues por regla general tal tarea radica en el Congreso de la República y excepcionalmente en una autoridad distinta, evento en el cual resulta imperativo que el Constituyente, de manera clara e inequívoca, así lo haya establecido; lo contrario supondría, por vía de interpretación, poner en entredicho la ley como una de las principales

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-031 del 25 de enero de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Destacado fuera de texto.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁰ Sobre la extensión y límites de la cláusula general de competencia ver: 1) Corte constitucional, sentencia C-1050 del 4 de diciembre 2012, M.P: María Victoria Calle Correa. 2) Corte Constitucional, sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez. 3) Corte Constitucional, sentencia C-031 del 25 de enero de 2017, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez. 4) Corte Constitucional, sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

manifestaciones del principio democrático y pluralista, o en el peor de los casos, atribuir a una autoridad distinta, competencias que el constituyente entregó expresamente en cabeza del legislador.

28.2.1.11 Como es excepcional que el Constituyente le confiera a una autoridad distinta del Congreso de la República la facultad de desarrollar la Constitución, tal hipótesis sólo tiene lugar cuando aquél de manera clara y precisa asignó dicha potestad.

28.2.1.12 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.

28.2.1.13 Bajo la misma perspectiva, tampoco resulta válido inferir la existencia de la mencionada atribución, del plazo de un año fijado en el parágrafo transitorio del artículo 257-A, para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, pues aunque de dicho término razonablemente puede inferirse la intención del constituyente de poner en marcha la reforma en un tiempo prudencial, no se desprende de manera clara, precisa e inequívoca, que se le otorgó al Presidente de la República la facultad de regular dicha convocatoria.

28.2.1.14 Es más, para poder deducir de dicho plazo la posibilidad de dictar un decreto autónomo constitucional, tendría que: i) abandonarse el criterio restrictivo que opera en la materia ii) desconocerse la intención de la Constitución de 1991 de abolir dichos reglamentos iii) pasar por alto el sentido amplio y flexible de la cláusula general de competencia del Congreso de la República, que le permite extenderse a todos los asuntos que, no obstante no haber sido considerados expresamente por la Constitución, son materia de producción legislativa⁴¹ iv) desconocer la regla general prevista en el artículo 126 de la Carta Política, reformado por el Acto Legislativo 02 de 2015 v) deducir competencias no implícitas y no expresas, contrariando una de las características del Estado de Derecho, artículo 121 de la Carta Política, y el principio democrático por cuanto es el legislador quien es elegido por el pueblo para hacer la ley.

28.2.1.15 Asimismo, tampoco resultan suficientes para sustentar la habilitación de un decreto autónomo constitucional, los argumentos relativos a la intención inicial del Acto Legislativo 02 de 2015 antes de que se dictara la sentencia C-285 de 2016, en tanto los mismos, en buena parte, están sustentados en normas que fueron retiradas del ordenamiento jurídico, por lo que de ellas tampoco resulta válido a partir de inferencias, predicar la existencia de dicho decreto, más aún, se repite, cuando el artículo 126 constitucional exige que la convocatoria sea reglada

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-439 del 17 de agosto de 2016, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

por ley para cargos que deban ser elegidos por corporaciones públicas, cuando tales designaciones no correspondan a concursos regulados por la ley.

28.2.1.16 Ahora bien, es preciso señalar que la exigencia de una ley que confiera al Presidente la atribución reglamentaria de la convocatoria, deviene del principio de legalidad que rige las actuaciones de las autoridades estatales. En consecuencia, se repite para el caso que nos ocupa, el Presidente de la República puede ejercer sólo aquellas competencias que de manera expresa le otorgue la ley y la Constitución, tal como lo dispone el artículo 121 constitucional. De contera, ante la inexistencia de una ley que le permita reglamentar la convocatoria destinada a la conformación de las ternas para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no resulta plausible, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 257 A superior, la alternativa de regular la materia sin una ley previa que lo faculte expresamente para ello.

28.2.1.17 De acuerdo con los argumentos expuestos, la Sala Plena considera que el artículo 257-A de la Constitución Política no habilita al Presidente de la República para dictar un decreto autónomo constitucional que regule la convocatoria pública, cuyo propósito es la conformación de tres ternas a efectos de que sean elegidos por el Congreso de la República, tres de los siete Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Dicho de otra forma, el Decreto 1189 de 2016 no es un decreto autónomo constitucional.

28.2.3 Ahora bien, como del análisis profundo de la problemática al que se ha visto abocado la Sala Plena, se advierte que la norma demanda no es un decreto constitucional autónomo, surge una dificultad de orden procesal relevante, en atención a que uno de los presupuestos del medio de control de nulidad por inconstitucional exige que la norma acusada se trate de un reglamento autónomo, es decir, que desarrolle directamente la Constitución sin la existencia de ley previa.

28.2.4 En efecto, como lo ha señalado esta Corporación en anteriores oportunidades a partir del análisis del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, que consagra el referido mecanismo de defensa, “aunque una lectura ligera de la norma admite pensar que cualquier disposición administrativa que viole la Constitución se examina con este medio de control, lo cierto es que la filosofía que recoge el artículo 135 no es esa; más bien establece un medio de control especial para aquellas normas que carecen de fuerza de ley, pero que desarrollan directamente la Constitución, y que expiden tanto el Gobierno Nacional como otras entidades u organismos, sin ley que trate previamente el tema. Se alude a los denominados reglamentos autónomos, o *praeter legem*, o constitucionales o independientes, cuya naturaleza es la de un reglamento no la de una ley⁴².

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de octubre de 2012, C.P: Dr. Enrique Gil Botero, radicado No. 11001-03-26-000-2012-00052-00 (44.846). Vale la pena resaltar que esta providencia aparece identificada en su texto por el número 2012-00052-00, sin embargo, en el software de gestión judicial Siglo XXI, se relaciona como el proceso que corresponde a la misma el N° 11001-03-26-000-2012-00056-00. En el mismo sentido, sobre la interpretación adecuada del artículo 135 del CPACA, ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 24 de febrero de 2015, C.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicado 11001-03-27-000-2014-00038-00(21144).

28.2.5 En ese orden de orden de ideas, por vía jurisprudencial se ha precisado que son presupuestos del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad los siguientes:

i) Que la disposición acusada sea de carácter general, expedida por el Gobierno Nacional o por cualquier entidad diferente, en ejercicio de una atribución derivada de la Constitución misma;

ii) Que se trate de un reglamento autónomo o constitucional, es decir, que desarrolle directamente la Constitución⁴³ sin la existencia de ley previa⁴⁴;

iii) Que el juicio de validez, o el reproche endilgado al acto enjuiciado, se realice de manera directa frente a la Constitución⁴⁵, no a la ley;

iv) Que la revisión de la disposición demandada no sea de competencia de la Corte Constitucional en los términos del artículo 241 de la Constitución Política.”⁴⁶

28.2.6 Sobre el particular se considera, que si bien la conclusión de la inexistencia de un decreto autónomo constitucional, fundada en la imposibilidad de que se deriven competencias implícitas de los textos constitucionales, llevaría *prima facie* a establecer que el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, no es el idóneo para resolver la presente controversia, ello no resulta así por las siguientes razones:

i) El Decreto 1189 de 2016 fue expedido por el presidente de la república con fundamento en el artículo 257 A de la Carta, lo que evidencia la existencia de un autónomo constitucional, pues para la expedición del mismo no medió alguna ley entre el texto de la Carta Política que le otorgó al Presidente de la República la facultad de conformar las ternas para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el reglamento que se dictó para llevar a cabo la convocatoria respectiva. Dicha apariencia permitió llegar a la admisión de las demandas, su acumulación y el trámite del proceso hasta llegar a su etapa final.

ii) No era probable establecer, sin haberse efectuado un estudio detallado y de fondo del asunto, la inexistencia de una facultad clara e inequívoca del Constituyente para que se dictara el mencionado reglamento constitucional,

⁴³ Fue sólo hasta la sentencia de 14 de noviembre de 1962, con ponencia del Consejero Arrieta Alandete, cuando el Consejo de Estado trató sistemáticamente este tema y señaló que cuando el ejecutivo desarrolla directamente el texto fundamental, **en cumplimiento de una función propia y sin necesidad de ley previa, los actos que expide son justamente los reglamentos constitucionales**. Sin embargo, una de las caracterizaciones canónicas de la figura jurídica de los reglamentos autónomos o constitucionales como fuente del derecho administrativo, fue realizada por la Corte Suprema de Justicia en la década del 80 del siglo pasado, con ponencia del mártir Manuel Gaona, de 21 de abril de 1982: los decretos constitucionales autónomos, **dijo la Corte Suprema, son los actos jurídicos que expide el Ejecutivo en desarrollo de atribuciones explícitas y directas otorgadas por la Constitución sin que exista ley previa o norma con fuerza de ley que regule la materia, pero sin que tampoco sean ley**. La Corte Constitucional ha conceptualizado en similar sentido los reglamentos constitucionales en las sentencias: C-021 de 1993, C-024 de 1994, Auto 048 de 1997, C-712 de 2001, C-713 de 2001, C-1250 de 2001, C-1290 de 2001 y C-162 de 2008. Las sentencias paradigmáticas recientes del Consejo de Estado sobre la materia son las de 7 de diciembre de 1993 (Exp. 23235, M.P. Libardo Rodríguez), 14 de agosto de 2008 (Exp. 16230, M.P. Mauricio Fajardo) y 20 de octubre de 2014 (Exp. 35853, M.P. Enrique Gil) (Destacado fuera de texto).

⁴⁴ Al respecto, en providencia de 10 de octubre de 2012, emitida en el expediente 11001032600020120005600, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, esta Corporación anotó: (...)

⁴⁵ A su vez, en Auto de 12 de febrero de 2015, expedido en el expediente 110010325000201401542-00 (4972-2014), con ponencia de la suscrita Consejera, se precisó lo siguiente: “Con fundamento en el anterior parámetro normativo, entonces, la acción de nulidad por inconstitucionalidad procede: (i) contra decretos de carácter general proferidos por el Gobierno Nacional, y (ii) contra los actos de carácter general que, por expresa disposición constitucional, se expidan por entidades u organismos diferentes al Gobierno Nacional, siempre y cuando **la competencia no corresponda a la Corte Constitucional** en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, y se invoque la **infracción directa** a la Constitución. (...) Entonces, independientemente del nivel jerárquico que formalmente tenga la norma objeto de análisis, debe radicar en el hecho de que pueda formularse un cargo de confrontación directa de constitucionalidad, tal como lo ha contemplado el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de donde resulta razonable, tal como lo ha sostenido esta Subsección en anteriores oportunidades, acogiendo para el efecto lo sostenido por la Sección Tercera, que incuestionablemente un reglamento constitucional sea pasible del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad. (Negrillas en el original).

⁴⁶ Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, auto del 4 de febrero de 2016, C.P: Sandra Lisseth Ibarra Vélez, radicado N° 11001-03-25-000-2015-01059-00 (4674-2015). En el mismo o similar sentido puede consultarse: 1) Consejo de Estado, auto del 16 de julio de 2015, C.P: Sandra Lisseth Ibarra Vélez, radicado 11001-03-25-000-2015-00606-00, 2) Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 24 de febrero de 2015, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicado 11001-03-27-000-2014-00038-00(21144).

precisamente porque tal asunto constituye uno de los aspectos medulares de la controversia planteada, que sólo hay lugar a resolver en la sentencia porque a través del análisis exhaustivo de las posibilidades ofrecidas en el ordenamiento, es que se logra revelar la apariencia de decreto autónomo constitucional de la norma acusada.

28.2.7 En consecuencia, tras haberse llegado a la conclusión de que no se trata en realidad de un decreto autónomo constitucional sino de uno que en apariencia lo era, nada impide a la Sala pronunciarse sobre el fondo del asunto, sobre todo (i) porque está de por medio el derecho de acceso a la administración de justicia de los accionantes (ii) porque con ocasión del referido mecanismo de protección se está efectuado un control judicial de la facultad del Presidente de la República para reglamentar la referida convocatoria (iii) porque la controversia planteada tiene incidencia directa en la elección de los primeros Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y en especial (iv) porque estamos ante la existencia de un auténtico y genuino debate sobre la constitucionalidad del Decreto 1189 de 2016.

28.3 Alternativa 3. La convocatoria pública debe ser reglada por una ley en aplicación de lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Política.

28.3.1 Para analizar esta alternativa, resulta pertinente y necesario efectuar un análisis integral, sistemático y armónico de las disposiciones constitucionales que se ocupan de regular la elección de servidores públicos a cargo de corporaciones públicas, centrando dicho análisis en aquellas normas que aluden a dichos procesos en el marco de los máximos órganos judiciales, por cuanto la discusión constitucional planteada se refiere a la elección de magistrados del Consejo de Disciplina Judicial que provienen de tres ternas cuya elaboración corresponde al Presidente de la República, órgano judicial que a partir de la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo 02 de 2015, que será el encargado de examinar la conducta y sancionar disciplinariamente las faltas de los abogados en el ejercicio de la profesión, tal como lo señala el artículo 257 A superior.

28.3.2 Del estudio de las normas constitucionales se desprende lo siguiente:

28.3.2.1 El artículo 125 superior contiene una regla que permite descartar su aplicación al caso de que nos ocupa, en tanto esta disposición señala que los funcionarios públicos cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley serán nombrados por concurso público. Se concluye fácilmente que al haberse dispuesto en el artículo 257 A la forma especial en que se designa a los magistrados del Consejo Nacional de Disciplina Judicial, queda descartado que tal designación deba someterse a un concurso público. En esta medida, cualquier disposición relativa a esta modalidad de elección no puede ser tenida en cuenta para resolver el asunto que nos ocupa.

28.3.2.2 El artículo 126 reformado por el Acto Legislativo 02 de 2015, contiene otras dos reglas que rezan así: i) salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar

precedida de una convocatoria pública reglada por la ley ii) que es esta ley la que debe fijar requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

28.3.2.3.3 A partir del contenido del artículo 257 A se desprende que las tres ternas a cargo del Presidente de la República, para la elección de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial por parte del Congreso de la República, deben estar precedidas de una convocatoria pública y reglada. Sin embargo, la disposición aunque especial porque regula un mecanismo propio de la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no señaló a quien compete la expedición de tal convocatoria.

28.3.2.3.4 Con respecto de la elección contemplada en el artículo 257 A el Constituyente contempló un mecanismo especial de elección pero no asignó expresamente a ninguna autoridad la competencia para expedir la convocatoria, es claro que la norma constitucional resulta incompleta y por tanto, para dilucidar el problema jurídico planteado es necesario acudir a otras disposiciones del texto constitucional que permitan, sistemática y armónicamente, complementar su literalidad.

28.3.2.3.5 Se encuentra que la Carta Política contiene en el artículo 125 una regla general para la designación de funcionarios públicos, aplicable exclusivamente a los concursos públicos. Tal disposición no puede ser tenida en cuenta a efectos de determinar a quién competiría expedir el reglamento de la convocatoria pública de que trata el artículo 257 A, puesto que los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial cuentan con un mecanismo especial de elección, distinto del concurso público, es decir convocatoria pública. .

28.3.2.3.6 De otra parte se encuentra la regla general de competencia prevista en el artículo 126 superior, a partir de la cual deben reglamentarse por la ley las convocatorias públicas de todos aquellos funcionarios que deban ser elegidos por corporaciones públicas, salvo que la elección corresponda a los concursos regulados por ley. Es decir, este contenido reitera la regla general del artículo 125 y de manera clara, inequívoca y expresa, señala que corresponde al legislador la competencia para reglar la convocatoria pública, para aquellos funcionarios públicos que se elijan por corporaciones públicas bajo una modalidad distinta a la del concurso.

28.3.2.3.7 Una lectura sistemática y armónica de tales disposiciones en conjunto con el artículo 150 de la Constitución Política, que fija la cláusula general de competencia en cabeza del Congreso de la República, regula el vacío que presenta el artículo 257 A, bajo el precepto a partir del cual el desarrollo de contenidos de la Constitución Política corresponde en primer término al Congreso de la República y excepcionalmente en una autoridad distinta, que determine expresamente el constituyente, pues como ya se ha dicho líneas atrás, no es posible a nuestro ordenamiento derivar competencias constitucionales implícitas.

28.3.3 De acuerdo con todo lo anterior, en el caso que nos ocupa no es posible concluir otra cosa distinta que la convocatoria pública de que trata el artículo 257 A de la Constitución Política debe ser reglada por la ley, conforme a la regla general prevista en el artículo 126 ibídem. En consecuencia, al expedir el Decreto 1189 de 2015 el Presidente de la República se abrogó una competencia exclusiva del legislador, motivo por el cual se accederá a las pretensiones de la demanda y se declarará la nulidad por inconstitucionalidad de dicho acto.

29. De la obligación constitucional a cargo del Congreso de la República

29.1 Comoquiera que el problema jurídico que se ha planteado con esta acción de nulidad por inconstitucional pone de presente la importancia de dar cumplimiento a las disposiciones del artículo 257 A y 126 de la Carta Política, la Sala enfatiza que el Congreso de la República debe atender de manera rápida la obligación que le asiste de regular la referida convocatoria, en particular, cuando la omisión legislativa en la materia impide poner en funcionamiento un aspecto importante de la reforma al equilibrio de poderes, como lo es el ejercicio adecuado de la función jurisdiccional disciplinaria bajo el nuevo diseño institucional, y de paso, mantiene dicha función en cabeza de un órgano judicial, el Consejo Superior de la Judicatura, respecto de cual, dicha reforma, otorgó una competencia transitoria por cuanto su finalidad era precisamente, abstraer de ella la competencia para ejercer función jurisdiccional disciplinaria.

29.1.1 De otra parte, resulta crucial la pronta expedición de la ley ordenada en el artículo 126 de la Carta Política, en tanto corresponde al legislador regular aspectos relevantes como los perfiles, la experiencia, la especialidad, régimen de prohibiciones y cualquier otro que procure que a tales dignidades de la Rama Judicial lleguen servidores del más alto nivel académico, profesional y personal.

29.2 En esta línea, contrario a los argumentos expuestos por el Ministerio Público y por las entidades del Gobierno Nacional, como una expresión necesaria del sistema de pesos y contrapesos en el ordenamiento jurídico colombiano, se requiere la intervención del legislador, no sólo en la elección de los referidos Magistrados, sino en la regulación de la convocatoria destinada a conformar las ternas respectivas, con el fin de que se establezcan de antemano, de manera clara, precisa, pertinente y objetiva, el perfil de los candidatos, la idoneidad y experiencia de éstos, así como los mecanismos que permitan verificar la transparencia del proceso de conformación de las ternas, en aras de procurar que la selección de los aspirantes finales responda a los objetivos constitucional y legalmente establecidos para la Comisión de Disciplina Judicial, y no a los intereses del Presidente de la República o de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura de turno, lo cual representa el principio del equilibrio del poder, por cuanto evita, para el caso concreto que nos ocupa, que el Presidente escoja las ternas que a él le corresponden con fundamento en los criterios previstos por él mismo en la convocatoria reglada también organizada por él.

29.2.1 Sobre este aspecto, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República argumentó, que el Presidente de la República cuenta con una facultad

discrecional para la conformación de las ternas y la regulación de la convocatoria pública respectiva, la cual no puede ser limitada por la ley.

29.2.2 Se reitera, a juicio de la Sala tal posición no es aceptable, en tanto el ejercicio de una facultad discrecional tiene como origen una habilitación de carácter legal o constitucional, que en esta oportunidad, como se expuso en precedencia, se limita a la conformación de la ternas para la elección de los Magistrados del Consejo de Disciplina Judicial, más no abarca la regulación de la mentada convocatoria, asunto respecto del cual el artículo 257-A constitucional no confirió expresamente tal atribución al Presidente de la República y frente al cual es de necesaria aplicación la regla general del artículo 126 *ibídem*, conforme a la cual este asunto compete exclusivamente al legislador.

29.2.3 Esto quiere decir que el Congreso está en la obligación de establecer los parámetros mínimos que deben tenerse cuenta en la convocatoria pública destinada a la conformación de las ternas de que trata el artículo 257 A, los cuales deben ser atendidos por el Presidente de la República, porque de lo contrario carecería de sentido que tanto esta disposición constitucional como la del artículo 126 *ejusdem*, exijan adelantar la convocatoria pública en atención a una reglamentación previa. De estas normas se deduce que el Constituyente no pretendía que el Presidente postulara a los candidatos de su preferencia, a su criterio personal, sin consultar los parámetros de evaluación mínimos establecidos en la Constitución.

29.2.4 Ahora bien, bajo la claridad de que para la elección de los magistrados de la Comisión de Disciplina Judicial a cargo del Congreso de la República es condición necesaria que la convocatoria para la conformación de las ternas responda a los perfiles y procedimientos previstos en la ley, y comoquiera que en el proceso se derivan planteamientos contrapuestos que surgieron en torno al desconocimiento que hace el Decreto 1189 de 2016 de la disposición contenida en el literal b. del artículo 152 de la Constitución Política, es necesario aclarar lo siguiente:

29.2.4.1 Quienes atacan la constitucionalidad del decreto presidencial, argumentaron que conforme con la norma constitucional mencionada, las materias atinentes a la administración de justicia se regulan mediante ley estatutaria. Por lo tanto, como la conformación de las ternas que debe enviar el Presidente de la República al Congreso en Pleno, constituye una etapa previa a la elección de tres de los siete integrantes de una corporación perteneciente a la Rama Judicial, como lo es la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la reglamentación de dicha convocatoria únicamente puede efectuarse por ley estatutaria.

29.2.4.2 Por su parte, quienes defienden la constitucionalidad de la norma demandada, argumentaron que no todo asunto relacionado con la administración de justicia son materia de ley estatutaria, sino únicamente los aspectos esenciales de esta, dentro de los cuales a su juicio, no se encuentra la reglamentación de la convocatoria para la constitución de las mencionadas ternas.

29.2.1.3 La discusión planteada requiere, forzosamente, precisar el cuestionamiento relativo a cuáles son los aspectos relacionados con la administración de justicia que deben ser regulados por ley estatutaria a efectos de poder determinar, si se requiere, necesariamente, de la expedición de una nueva ley estatutaria que regle la convocatoria señalada es que es la base para la conformación de las ternas a cargo del Presidente de la República.

29.2.1.4 Sobre el particular, lo primero que debe recordarse, es que la Corte Constitucional desde sus primeros años ha sostenido que *“no todo aspecto que de una forma u otra se relacione con la administración de justicia debe necesariamente hacer parte de una ley estatutaria. De ser ello así, entonces resultaría nugatoria la atribución del numeral 2o del artículo 150 y, en consecuencia, cualquier código que en la actualidad regule el ordenamiento jurídico, o cualquier modificación que en la materia se realice, deberá someterse al trámite previsto en el artículo 153 de la Carta”*⁴⁷.

29.2.1.5 Lo anterior significa, como lo indicó la misma Corte en la sentencia C-713 de 2008⁴⁸, que la interpretación de *“los asuntos que tienen reserva de ley estatutaria debe hacerse **en forma restrictiva**, “referente exclusivamente a la estructura orgánica esencial de la función pública de administración de justicia y a sus funciones generales”*⁴⁹ (destacado fuera de texto), de lo contrario se corre el riesgo de despojar *“al legislador ordinario de la cláusula general de competencia y de sus atribuciones constitucionales”*⁵⁰.

29.2.1.6 Por esta razón, la Corte Constitucional ha realizado significativos esfuerzos para delimitar en materia de administración de justicia, los asuntos que deben desarrollarse por ley estatutaria y los que estarían por fuera de la misma. Tales aspectos fueron recapitulados en buena parte en la sentencia C-619 de 2012⁵¹, que enunció las reglas jurisprudenciales más relevantes.

29.2.1.7 En dicha providencia se resaltó, como consecuencia del carácter restrictivo de la reserva de ley estatutaria, que sólo están cobijados por la misma los **aspectos estructurales de la administración de justicia**, no aquellos que se circunscriben a desarrollar los instrumentos para garantizar la efectividad de esta⁵², por ejemplo, los medios de prueba; los términos y condiciones de los mecanismos ordinarios de protección; la creación, supresión y modificación de recursos o incidentes de naturaleza legal⁵³; las distintas formas de notificación de las decisiones judiciales; la representación judicial del Estado en procesos contencioso administrativos⁵⁴, los *“deberes, obligaciones y cargas procesales de las partes, los poderes y deberes del juez y aún las exigencias de la participación*

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-713 del 15 de julio del 2008, M.P: Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido: 1) Corte Constitucional, sentencia C-619 del 8 de agosto de 2012, M.P: Jorge Iván Palacio Palacio. 2) Corte Constitucional, sentencia C-406 del 4 de julio 2013, M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-836 de 2002. En le (sic) mismo sentido ver las Sentencias C-055 de 1996, C-162 de 1999, C-662 de 2000, C-836 de 2002, C-319 de 2006, entre otras.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-619 del 8 de agosto de 2012, M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Ver: Corte Constitucional, sentencia C-055 del 16 de febrero de 1995, M.P: Alejandro Martínez Caballero.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-180 del 8 de marzo 2006, M.P: Jaime Araujo Rentería.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-523 del 10 de julio de 2002. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

de terceros intervinientes⁵⁵; entre otros asuntos de naturaleza procesal que se encuentran dentro del ámbito de competencia del legislador ordinario⁵⁶.

25.2.1.8 La misma conclusión se predica frente a la regulación de materias sustanciales como la tipificación de conductas antijurídicas y sus correspondientes sanciones, incluso de carácter penal, o la concesión de beneficios en el mismo ámbito, aspectos que por estar estrechamente relacionados con el derecho a la libertad, en principio podrían considerarse que son ajenos al legislador ordinario, a pesar de lo cual la jurisprudencia constitucional ha confirmado que hacen parte de su esfera de regulación⁵⁷.

29.2.1.9 Se ha considerado como un **asunto estructural** de la administración de justicia, **lo relativo al número de magistrados de las altas cortes, los periodos de estos, las secciones o subsecciones que conforman aquellas y el ejercicio de sus funciones**, por tratarse de los órganos vértice de la Rama Judicial, que juegan un papel fundamental en el sistema de pesos y contrapesos del ordenamiento jurídico colombiano⁵⁸.

29.2.1.10 La anterior restricción no se ha aplicado respecto de los juzgados y tribunales, en buena parte, teniendo en cuenta que la Constitución Política no estableció alguna norma de orden sustancial, procedimental u organizativo de los mismos⁵⁹. Asimismo, la Corte ha sostenido que no se requiere de una ley estatutaria para determinar la estructura de la justicia penal militar⁶⁰.

29.2.1.11 De la sentencia C-619 de 2012 de la Corte Constitucional, que se itera, hizo un buen recuento de las principales decisiones sobre el carácter reservado de la ley estatutaria, se concluyó que están sometidas a la misma, **aquellas disposiciones que por su naturaleza: (i) afectan la estructura general de la administración de justicia, (ii) establecen y garantizan la efectividad de los principios generales sobre la materia, o (iii) desarrollan aspectos sustanciales en relación con esta rama del poder público**, parámetro que ha sido reiterado entre otros, en los fallos C-406 de 2013⁶¹ y C-260 de 2016⁶².

29.2.1.12 Al aplicar las reglas jurisprudenciales al caso de autos y en relación con la alternativa planteada, es claro para la Sala Plena que no se requiere de ley estatutaria que regule la convocatoria pública de que trata el artículo 152 constitucional, toda vez que si bien se trata de la convocatoria para la conformación del Consejo Nacional de Disciplina Judicial, los aspectos estructurales de este órgano ya fueron dispuestos por el constituyente, pues determinó su conformación por siete magistrados que cumplan con los requisitos y calidades señalados en el artículo 231 de la Carta para los magistrados de la

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-248 del 24 de abril de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁶ Sobre el particular pueden consultarse entre otras las siguientes providencias: 1) Corte Constitucional, sentencia C-662 del 8 de junio de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz. 2) Corte Constitucional sentencias C-646 del 20 de junio de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-836 del 8 de octubre de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. 3) Corte Constitucional, sentencia C-126 del 22 de febrero de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-193 del 3 de marzo de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, que declaró exequible la Ley 890 de 2004, "por la cual se modifica y adiciona el Código Penal".

⁵⁸ En este sentido, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. También puede consultarse, Corte Constitucional, sentencia C-162 de 17 de marzo de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-162 de 17 de marzo de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-368 del 29 de marzo de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-406 del 4 de julio de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la que a su vez se citaron sobre el asunto: 1) Corte Constitucional, sentencia C-670 del 28 de junio de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. 2) Corte Constitucional, sentencia C-295 del 23 de abril de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. 3) Corte Constitucional, sentencia C-162 del 25 de febrero de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-260 del 18 de mayo de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Suprema de Justicia, elegidos por el Congreso de la República en Pleno, de tres ternas enviadas por el Presidente de la República y cuatro por el Consejo Superior de la Judicatura, ambas adelantadas previa convocatoria pública y reglada por la ley, conforme a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito. Tales elementos definidos por la Constitución, son los elementos estructurales de definición constitucional y por tanto deben respetarse por el legislador al momento de expedir la ley de las convocatorias, en atención al poder normativo de la Constitución.

29.2.1.13 La convocatoria pública no es un aspecto estructural pues únicamente el legislador debe definir, con fundamento en lo establecido en la constitución, el perfil de los miembros de dicho órgano, los requisitos de los participantes, las etapas del procedimiento, la forma de estructuración de la terna, las calidades de idoneidad para el ejercicio de la función de dichos miembros, etc. Estos aspectos son de naturaleza administrativa, pues la estructura fue creada por el constituyente como lo acabamos de demostrar. Ello quiere decir que la ley de las convocatorias de que trata el artículo 126 de la Constitución Política no aborda **ninguna de las materias relacionadas con la administración de justicia que por vía jurisprudencial se han delimitado como sometidas a reserva de ley estatutaria.**

29.2.1.14 Dicho de otro modo, será obligatoria la regulación de la convocatoria mediante ley estatutaria, sí y solo sí, el diseño de las normas por parte del legislador contiene disposiciones que por su naturaleza (i) afectan la estructura general de la administración de justicia, (ii) establecen y garantizan la efectividad de los principios generales sobre la materia, o (iii) desarrollan aspectos sustanciales en relación con esta rama del poder público; de lo contrario, la regulación correspondiente no estará sometida a dicha reserva.

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 *ibídem*, 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.

30.2 Conforme a ello, se exhortará a la Corporación antes señalada para que en el término de 1 año siguiente a la notificación de esta providencia, expida la ley que reglamente las convocatorias públicas de que trata el artículo 126 de la Constitución Política, y en especial la prevista en el artículo 257 A de la Carta.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 1189 de 2016 expedido por el Presidente de la República, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: EXHORTAR al Congreso de la República para que en el término de un (1) año siguiente a la notificación de esta providencia, reglamente la convocatoria pública de que trata el artículo 126 de la Constitución Política y en especial la prescrita en el artículo 257 A *ibídem*.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Presidente

Salvo voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ

BERMÚDEZ

Salvo voto

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Ausente con excusa

MILTON CHÁVES GARCÍA

Salvo voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

GONZÁLEZ

Salvo voto

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Salvo voto

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Salvo voto

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ
Salvo voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Salvo voto

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Salvo voto

RAMIRO PAZOS GUERRERO

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

DANILO ROJAS BETANCOURTH

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO
VALDÉS**

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

**GABRIEL VALBUENA
HERNÁNDEZ**

MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO
Salvo voto

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO
BARRERA**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00484-00(IJ)

Actor: ANDREA VARGAS AGUILERA Y GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA

DEMANDADO: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación, manifiesto que no presentare aclaración de voto de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2017, notificado el 15 de mayo de 2017, que confirmó el fallo de primera instancia por el cual se negaron las pretensiones de la demanda (sentencia del 21 de mayo de 2009, del Tribunal Administrativo de Córdoba), por cuanto las observaciones presentadas en su oportunidad fueron acogidas en su plenitud en la referida providencia.

Cordialmente,

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS LUCY JEANNETTE
BERMÚDEZ BERMÚDEZ Y CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00484-00(IJ)

Actor: ANDREA VARGAS AGUILERA Y GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA

**DEMANDADO: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

Con el acostumbrado respeto, manifestamos las razones por las cuales salvamos el voto a la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, proferida el 5 de diciembre de la presente anualidad, en la cual se declaró nulo por inconstitucionalidad el Decreto 1189 de 2016, expedido por el Presidente de la República y exhortó al Congreso de la República para que en el término de un (1) año, reglamente la convocatoria pública de que trata el artículo 126 de la Constitución Política, en especial, la prevista en el mandato superior del 257A.

La disidencia a la decisión referida de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se sustenta en los siguientes ejes temáticos:

1) Ausencia de confrontación normativa: El examen que hizo el fallo, deliberadamente, dejó por fuera aspectos cruciales para el descubrimiento de la incógnita que subyace a la ecuación jurídica que fue sometida a consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Puntualmente, evitó la confrontación con los ingredientes normativos imbricados en el texto de la reforma política de 2015, y la intención del Constituyente para construir y edificar a corto y largo plazo el nuevo modelo de disciplina judicial.

No se podía dejar de lado lo ocurrido con la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, pues fue una situación sin precedente en Colombia, ya que la Corte Constitucional cuando dictó la sentencia C-285 de 2016, eliminó el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial, pero con la indicación de que no se refería al nuevo modelo disciplinario. Así que no puede suponerse que se haya eliminado su esquema de implementación por el hecho de desaparecer los nuevos órganos de autogobierno y las funciones

asignadas a ellos. La inhibición de la Corte constituye un insumo que debe ser analizado de forma armónica, integral y sistemática y con el texto vigente de la Reforma. No puede inferirse a fuerza de suposición -y mucho menos darle alcance de cosa juzgada constitucional- que el Alto Tribunal desvaneció o expulsó del mundo jurídico lo que expresamente dijo que no se iba a tocar.

Una exégesis como la del fallo del cual disentimos lleva al extremo la interpretación del contexto jurídico actual, sin mirar al país y la realidad que debe afrontar. El Consejo de Estado, en nuestro sentir, debe propugnar por las interpretaciones que brinden verdaderas soluciones jurídicas a sus asociados, aunque ello implique mirar más allá de lo superficial. La Constitución debe ser interpretada de manera que sirva a los fines que ella misma consagra. De ahí que vaciar de valor y utilidad la obra del Constituyente de 2015, so pretexto de anquilosar interpretaciones ambivalentes, podría acabar por resquebrajar la institucionalidad y afectar de manera irremediable la estabilidad de otros órganos del poder público.

Si bien no se puede abrir la brecha de permitir que cualquier autoridad, ni siquiera el propio Presidente de la República, se arrogue competencias que no tiene, por cuanto ello sería un precedente nefasto que podría recabar en el autoritarismo que tanto se opone al Estado de Derecho, es mejor acudir a la interpretación que permita hacer evidente la competencia expresa del Consejo Superior de la Judicatura, **de carácter pro tempore –mientras se expide la ley estatutaria–**, cuya luminiscencia fue atemperada en apariencia por la sentencia C-285/16, a efectos de concluir que ese mismo reglamento podría orientar también las convocatorias que concernieran, en el entretanto, al Presidente de la República.

Por otro lado, si la Corte Constitucional hubiera visto contrario a la Constitución, la existencia de un reglamento autónomo o constitucional -como el introducido en la Reforma de 2015-, lo habría puesto de presente. Muy por el contrario, en la sentencia C-285-2016, reconoció la amplia potestad del Congreso para variar el modelo de gestión del poder judicial, incluso de suprimir órganos; cosa distinta es que se hubiera desbordado el poder de reforma de la Constitución -no por ser reglamento autónomo- sino por quebrantar el principio de autogobierno judicial, que es manifestación de la separación de poderes y de independencia judicial.

En este punto, nuestro desacuerdo está en no haber entendido las condiciones y circunstancias especiales que rodearon la sui generis arquitectura del organismo con el que el Constituyente derivado pretendió suprimir al Consejo Superior de la Judicatura como un todo,

y dar génesis a un nuevo y renovado ente que asumiera sus competencias.

Incluso el fallo, en franca incursión *extra - petita* aborda la constitucionalidad del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama, para hacer una simbiosis con la competencia Presidencial, de cara a la reglamentación de la convocatoria, dejando de lado que exclusivamente, se conocía del Decreto presidencial y no de otro acto ni de otra dependencia distinta a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

No obstante, iteramos que nada obstaba para que debido a las circunstancias especiales de tratarse de la voluntad del Congreso, no en ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa del artículo 150 superior, sino de su papel como Constituyente Derivado, se tratara de un reglamento autónomo y lo más contundente que el Constituyente todo el tiempo tuvo claro que los tiempos tan cortos fijados para implementar en forma pronta el cambio de la entidad regente de la Rama Judicial, sabía no le permitía exigir ley previa alguna, lo que precisamente se evidencia de las Gacetas del Congreso que contienen las discusiones y debates previos al hoy Acto Legislativo 02 de 2015 y que el hoy fallo parece desconocer.

Pues, ha de destacarse, con el referido Acto Legislativo se pretendió sustituir, en su integridad, el artículo 257 primigenio de la Carta, que establecía las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, órgano que, a su vez, sería reemplazado por el Consejo de Gobierno Judicial, la Gerencia de la Rama Judicial y la naciente Comisión Nacional de Disciplina Judicial. En este nuevo precepto se señaló el sistema de elección de los miembros de esta última.

Todo ello, dentro del marco de reglamentación que, de antemano, había vislumbrado el Constituyente de 2015 que fuera sometido a reserva legal estatutaria como regla general, y al reglamento autónomo para el caso de la convocatoria de la primera generación de magistrados del órgano de disciplina judicial en comento.

Lo anterior se desprende de las previsiones contenidas en el artículo 18 transitorio del acto legislativo que, en lo pertinente, expresaba:

“ARTÍCULO 18. TRANSITORIO. El Gobierno Nacional deberá presentar antes de 1o de octubre de 2015 un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial.

Las siguientes disposiciones regirán hasta que entre en vigencia dicha ley estatutaria:

1. Los órganos de gobierno y administración judicial serán conformados así:

(...)

2. Mientras se expide la ley estatutaria, el Consejo de Gobierno Judicial ejercerá las funciones previstas en el artículo 79, numerales 1, 2, 4, 5, 6 y 7; artículo 85, numerales 5, 6, 9, 10, 13, 19, 22, 25, 27 y 29; artículo 88, numerales 2 y 4; y artículo 97, numerales 1 y 2 de la Ley 270 de 1996. Además reglamentará provisionalmente los procesos de convocatoria pública que deba adelantar la Gerencia de la Rama Judicial” (Énfasis propio).

Emerge palmario, entonces, que la reforma de 2015 fue diseñada bajo la instrucción de que su desarrollo se aparejaría de una nueva ley estatutaria, que reglamentara de forma definitiva las convocatorias públicas que debía adelantar la Gerencia de la Rama Judicial, entre ellas las de Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y el envío de las ternas por parte de Consejo de Gobierno Judicial.

No de otra forma se asume que, además, en el entretanto, esta importante misión -reglamentarla- se confiara “**provisionalmente**” a esta última entidad, como lo señalaba el numeral 2 del precitado texto. Ello justifica, explica y viabiliza, igualmente, el plazo perentorio de un año fijado en el parágrafo transitorio del artículo 257-A, comoquiera que solo si la primera convocatoria pública era reglamentada por el Consejo de Gobierno Judicial –sin las dificultades del trámite y aprobación de una ley estatutaria– sería posible cumplir con el calendario de implementación constitucional previsto.

Valga recordar, a fin de contribuir al análisis sistemático presente, que la forma perentoria como se redactó el Acto Legislativo 02 de 2015 -de cara a la motivación congresal actuando como Constituyente Derivado- que llevó a la supresión del Consejo Superior de la Judicatura como un todo, es decir, de ambas salas (administrativa y disciplinaria), en su historicidad, ese Constituyente se decantó por atribuir, funcionalmente y en forma directa desde la Constitución, las competencias que fueran eficaces, a fin de reemplazar dentro de la arquitectura de la rama judicial y, en forma pronta, al ente en cuestión (dos meses) para el Consejo de Gobierno Judicial -supresión de la Sala Administrativa- y un (1) año para la Comisión Nacional de Disciplina Judicial -supresión de la Sala Disciplinaria-.

A título de ejemplo, nótese cómo la atribución funcional que se predicara en esa oportunidad de la Comisión Interinstitucional para elegir al primer Consejo de Gobierno Judicial, no devenía de la Ley como manifestación del legislador, sino de la *sui generis* asignación que el Constituyente Derivado hiciera con el fin específico, determinado, restringido, excepcional y sometido a la temporalidad, como fue la implementación del Primer Consejo de Gobierno Judicial.

Nada diferente le fue atribuido por el Constituyente Derivado, bajo los derroteros del llamado Reglamento Autónomo, cuya razón de ser se sustenta en la premura para dar paso a la nueva entidad y en la inconveniente supresión inmediata de la entidad anterior, en aras de no colapsar el *statu quo* reinante desde la Constitución Política de 1991, como se lee en los antecedentes del Acto Legislativo, al motivar la transformación del Consejo Superior de la Judicatura “*ante la constante solicitud de varios sectores de la sociedad, incluidos mayoritarios de la propia justicia, se elimina el Consejo Superior de la Judicatura, en su lugar se crea en cambio una estructura organizacional tendiente a la atención de las crecientes necesidades de ejecutividad que requiere la rama y para no menoscabar la independencia y autonomía de la Rama Judicial, se crea un organismo que reemplaza...*”⁶³

Dentro de ese mismo contexto, en el informe de ponencia para primer debate en el Senado que se encuentra contenido en la **Gaceta del Congreso 511 de 18 de septiembre de 2014**, la reforma se divide en dos grandes grupos siendo la segunda línea la atinente a las propuestas para hacer más eficiente la administración de justicia, entre ellas, la modificación de organismos encargados de la administración de los recursos asignados a la Rama Judicial y se despeja con mayor claridad la motivación de la supresión del Consejo Superior de la Judicatura al indicar: “*es necesario realizar una reforma profunda del Consejo Superior de la Judicatura, ya que el actual diseño de esta institución es poco técnico, poco transparente, poco abierta a la representación de las distintas visiones de quienes ejerzan administración de justicia o hagan uso de ella y ha sido un foco de clientelismo. Por ello, para la administración de la Rama Judicial se propone un órgano que sea más técnico, más abierto y represente de mejor manera las distintas visiones de los operadores de justicia o de sus usuarios*”.⁶⁴

El Congreso en su papel de Constituyente Derivado tuvo clara la necesidad de implementar una transitoriedad normativa e institucional que se generaría con la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, como se lee del siguiente aparte de la Gaceta 458 de 3 de septiembre de 2014⁶⁵, que contiene el entonces texto del proyecto de Acto Legislativo presentado por los Ministros del Interior y de Justicia y del Derecho y en el que se advierte la preocupación de los autores sobre los efectos de la supresión de la entidad, cuando en capítulo final del escrito presentado al Senado de la República se indicó: “**De aprobarse la reforma será necesario aprobar un régimen de**

⁶³ Gaceta del Congreso 458 de 3 de septiembre de 2014. Pág. 11. Proyecto de Acto Legislativo presentado al Senado de la República por los Ministros del Interior y de Justicia y del Derecho.

⁶⁴ Página 7.

⁶⁵ Página 12.

transición, para asegurar que no se presente un vacío normativo, el cual deberá diseñarse conforme se diseñen las fórmulas finales resultado del debate congresional que seguramente enriquecerá mucho el texto final, siempre con los mismos propósitos que son compartidos por prácticamente todos los partidos políticos representados en el Congreso de la República”.

Esta propuesta general, según los debates al interior del Congreso, apareció en forma expresa en el informe de ponencia para primer debate en segunda vuelta, que se encuentra documentado en la Gaceta 138 de 26 de marzo de 2015, en el que se lee: “Finalmente, se propone la inclusión de un artículo transitorio, que determina la puesta en marcha de la Comisión Nacional de Gobierno y Administración Judicial. Para la transición se prevén varias normas detalladas...”.

Más aún, para el informe de ponencia para segundo debate, documentado en la Gaceta del Congreso 213 de 21 de abril de 2015, el Congreso tenía clara la transitoriedad de la entrada en vigencia de los nuevos órganos de administración de justicia “**mientras se hace la adecuada reglamentación**” (pág. 13), con lo cual es evidente las particularidades del primer ente que reemplazaría al Consejo Superior de la Judicatura.

Resulta dicente, tal y como se planteó en las discusiones en Sala que el tema del Reglamento Autónomo no podía verse dentro de un estado de normalidad de las cosas, por cuanto los recientes cambios de lo que conforme a la Constitución original de 1991 conocíamos como el Consejo Superior de la Judicatura, fue explicado, en oportunidad anterior frente al Consejo de Gobierno y, cuyas directrices resultan de recibo en cuanto a sus generalidades y parte dogmática, se hace referencia al auto de 19 de enero de 2016⁶⁶, mediante el cual, entre otras decisiones, se decretó la suspensión provisional de contra la Convocatoria No. 01 de 30 de septiembre de 2015, acto administrativo expedido por el Consejo de Gobierno Judicial con el objeto de elegir a los 3 primeros miembros permanentes de dedicación exclusiva de dicho órgano.

“i) El acto administrativo demandado, esto es, la Convocatoria 01 de 2015, es un **acto de carácter general, impersonal y abstracto**, pues, su objeto era convocar a todos los interesados en ser designados como miembros permanentes de dedicación exclusiva del primer Consejo de Gobierno Judicial creado por el artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015, que modificó el 254 de la Constitución Política;

ii) La disposición enjuiciada **se encuadra perfectamente en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado reglamentos autónomos o constitucionales, ya que, la Convocatoria 01 de 2015 desarrolla o**

⁶⁶ Expediente 1111001032500020150104200. Actora: María Teresa Vergara Gutiérrez. Demandado: Consejo de Gobierno Judicial.

reglamenta de manera directa los artículos 254 de la Constitución Política y 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015, los cuales hacen referencia al Consejo de Gobierno Judicial y al procedimiento para lograr su “primera conformación”, la disposición cuestionada

además de efectuar la convocatoria pública ya descrita, establece varias reglas atinentes a su desarrollo y a la realización del proceso de selección de los 3 miembros permanentes del Consejo, reglas que tienen que ver con la manera de inscribirse en la convocatoria, requisitos para ser admitidos, calificación de las hojas de vida, periodos de los escogidos, trámite de las objeciones ciudadanas a las hojas de vida de los postulados, entre otras, en tal virtud, no cabe duda que la Convocatoria 01 de 30 de septiembre de 2015, constituye un verdadero reglamento autónomo o constitucional;

iii) El referido acto administrativo fue proferido por un organismo del orden nacional diferente al Gobierno: Consejo de Gobierno Judicial;

(...)

Es importante señalar que la norma constitucional transcrita, regula de manera **permanente** como estará integrado el Consejo de Gobierno Judicial, esto es nueve miembros y su período, igualmente, que faculta al Consejo de Gobierno para nombrar a los 3 miembros permanentes de dedicación exclusiva de dicho órgano, pues **para la conformación del primer Consejo de Gobierno Judicial, el constituyente derivado estableció unas normas transitorias...**

(...).

Expuesta la actuación que se conoce a través del acto demandado, efectuada por el Consejo de Gobierno y realizada una interpretación sistemática y armónica de las normas en cita, conduce al Despacho a la conclusión que el Consejo de Gobierno Judicial está facultado por los artículos 254, inciso 4, de la Constitución Política y 18 transitorio, numeral 2, del Acto Legislativo 02 de 2015, a dar inicio al procedimiento administrativo correspondiente para convocar a los interesados en ser designados como primeros miembros permanentes de dedicación exclusiva de dicho órgano, **sin necesidad de una ley previa que reglamente la convocatoria para integrar el primer Consejo de Gobierno Judicial, pues el Acto Legislativo al consagrar que toda convocatoria para la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas debe estar reglada por la ley, también consideró para la Rama Judicial, las normas transitorias ya expuestas, mientras se expide la ley estatutaria.** Ello es así, atendiendo que el órgano se crea por primera vez y considerando los precisos términos y condiciones señalados en el artículo 18 transitorio....”.

En efecto, el Reglamento Autónomo como regulación devenida en forma directa de la Constitución Política y que es asignada por el Constituyente con características de independencia y autonomía frente a la ley en sentido formal y de la función legislativa a cargo del Congreso, es decir, “*praeter legem*” o fuera de la ley, no como ilegalidad manifiesta sino precisamente como legalidad derivada de la Constitución, en contraste con la normativa subordinada o de acuerdo con la ley que es la llamada “*secundum legem*”.

Los reglamentos autónomos se presentan entonces como el producto de un movimiento de “deslegalización” al interior del sistema jurídico colombiano, bajo el entendido de que la facultad de ejecución y desarrollo de la Constitución Política pertenece, en principio, al legislador, salvo que el propio Constituyente determine algo distinto;

cuanto esto último ocurre, el acto administrativo de carácter general por medio del cual se concreta dicho mandato se constituye en uno de tales reglamentos constitucionales o *praeter legem*; lo cual, se justifica, en buena parte, en el hecho de que la función administrativa, en nuestros días, se torna en “*fuerza iniciadora e impulsora de la acción del Estado*”⁶⁷.

Sin embargo, un cuidado superlativo debe tenerse por parte del Constituyente derivado de no vaciar la competencia legislativa asignada en forma expresa por la Constitución en forma directa o a través de la cláusula general de competencia, mediante la implementación de normas reformativas constitucionales que abran la desmedida puerta de los llamados reglamentos autónomos, que al conllevar la deslegalización para dar paso a la constitucionalización, al ser usados en forma desmedida, pueden vulnerar el Estado Social de Derecho sobre todo en cuanto a la indispensable seguridad jurídica y por esa vía a la democracia.

Es claro que el reglamento que se deriva de la Carta Fundamental, impone la necesaria existencia de un fundamento habilitante⁶⁸ de gran envergadura de cara a los principios constitucionales y teniendo clara la defensa de la Carta Fundamental, ello por cuanto los Reglamentos Autónomos o Constitucionales, poseen en el sustrato un grado de discrecionalidad del Constituyente Derivado de turno, quien debe poner mucha atención en no tergiversar mediante justificaciones de conveniencia, oportunidad o necesidad mediata, regulaciones que en estricto sentido deberían encuadrar en la llamada competencia legislativa del Congreso y someterse al periplo de las leyes dentro de los requisitos propios de sus tipologías (ordinaria, estatutaria, orgánica, entre otras).

Lo anterior lleva al plano de la histórica discusión sobre los límites del ámbito regulatorio que concierne, de un lado, a la ley y, del otro, al reglamento. Este último, entendido como el ejercicio de la potestad normativa, ordenadora, o instrumentadora, según el caso, asignada por la propia Constitución Política, por regla general, al Presidente de la República y, excepcionalmente, a determinados órganos del Estado dentro o fuera de la Rama Ejecutiva del poder público.

Vistas las generalidades expuestas, una aproximación al tema nos conduce a poner de manifiesto un principio irrigador de todo el orden constitucional colombiano, en cuanto a la configuración del Estado Social de Derecho, esto es, la distribución formal y material de

⁶⁷ Jorge Vélez García. “El ejecutivo legislador y la teoría de los reglamentos autónomos”. Págs. 605 – 625.

⁶⁸ MAURER. Hartmut. *Derecho Administrativo. Parte General*. Marcial Pons ed. Madrid. 2011. Págs. 357 y sigs.

competencias regulatorias, a partir de tres figuras específicas, como son: (i) la reserva legal –que puede ser ordinaria, estatutaria u orgánica–, (ii) la cláusula general de competencia del Congreso de la República y (iii) el tema de los “reglamentos autónomos” como categoría del acto administrativo, pues es la que denota el mayor interés jurídico para esta Corporación en el ámbito del proceso de nulidad por inconstitucionalidad.

Ello para dejar en claro, que la descalificación sobre la posibilidad de que se diera un Reglamento Autónomo en el caso del Primer Consejo de Gobierno Judicial no era descabellado, pero ante todo no podía ser asumido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo dentro de esta causa, que se reitera, era propia y exclusiva del Decreto Presidencial demandado, no de ningún otro acto ni ninguna otra dependencia.

Y ante tal incursión en tema que no era del resorte de la *litis*, es que la sentencia en el inicio de las consideraciones define que es competente, pero en capítulo posterior, como la situación juzgada no le encuadra en una norma derivada de la Constitución, vé con extrañeza cómo asumir el conocimiento del asunto de cara a la nulidad por inconstitucionalidad, al quedarse en el ámbito de la potestad reglamentaria presidencial.

2) Reserva de ley de estirpe estatutaria: otro aspecto, ha de resaltarse en esta posición divergente y es el atinente a que no consideramos que la reserva de ley **no sea de índole estatutaria**, como lo indicó el fallo, pues existe un marcado déficit argumentativo para descartar que la reserva legal que tiene el tema de la “convocatoria pública” sea estatutaria.

Para quienes salvamos el voto, ¿qué podría tener más relación con aspectos estructurales de la administración de justicia que la forma en la que se accede a varias de las más altas y encumbradas magistraturas que en ella se conciben? ¿Acaso no es estructural el procedimiento, la parametrización y las pautas para la designación de los disciplinadores de la Rama Judicial?

Consideramos que el asunto sí tiene reserva de ley estatutaria, no solo por su naturaleza, sino por el mandato que le imprimió el Constituyente de 2015, que quiso que las convocatorias públicas que se adelantan en la Rama Judicial estuvieran enmarcadas en una ley estatutaria, y que por lo menos las que debía adelantar la Gerencia de la Rama, se desarrollaran vía reglamento autónomo mientras se expedía dicha ley.

Pues bien, en forma constante se ha exigido la **reserva de ley**, pero el caso de la Comisión de Disciplina Judicial, se enfrentaba a la previsión devenida directamente de la Constitución de implementar su funcionamiento, razón por la cual valga recordar que la llamada figura de la “*reserva de ley*” tiene sus orígenes en el derecho alemán como respuesta a las limitaciones que históricamente tuvo que imponer por mandato constitucional, a fin de frenar al poder ejecutivo y así volver a equiparar las cargas dentro de las ramas del poder público, entregando al legislativo el dominio regulatorio de materias específicas, que por su trascendencia, importancia para el conglomerado e impacto social, debían ser custodiadas legislativamente por el poder público cuya potestad y competencias le atribuyen la hechura de las leyes, como aquellas inherentes a los derechos ínsitos a la dignidad humana.

Concebida la reserva de ley como un principio constitucional que responde al necesario respaldo y protección en grado sumo a ciertos asuntos o desarrollos jurídicos que deben descansar en la Ley en sentido formal, esto es, en aquella proveniente exclusivamente del legislador como titular ordinario de la función legislativa y que obedece además de la sana prédica del principio de la división de poderes a la trascendencia e importancia de los temas reservados a la ley, para así coartar la posibilidad de que sean asumidas, vía reglamentación, por el ejecutivo, como se evidencia en la realidad de muchos países en los que actualmente se ha desdibujado el poder presidencial.

El carácter tutelar y proteccionista de la reserva de ley implica que de acuerdo con la previsión constitucional, sea el legislador quien descienda y materialice la regulación en contenidos estatutarios, orgánicos, ordinarios etc. siendo éstas las normas derivadas de su norma de normas originaria que es la Constitución Política, como en forma clara lo ha definido la jurisprudencia “...*la reserva de la ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular a aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas por una ley*”⁶⁹.

A nuestro juicio, el asunto sí tenía reserva de ley estatutaria, no solo por su naturaleza, sino por el mandato que le imprimió el Constituyente de 2015, que quiso que las convocatorias públicas que se adelantan en la Rama Judicial estuvieran enmarcadas en una ley estatutaria, y que por lo menos las que debía adelantar la Gerencia de la Rama, se desarrollarán vía reglamento autónomo mientras se expedía dicha ley.

⁶⁹ Sentencia C-400 de 3 de julio de 2013. Exp. D-9392. Franklin Urrego Ortiz. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en la que precisamente la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 135 del CPACA que regula la nulidad por inconstitucionalidad.

Así las cosas, consideramos que el exhorto dirigido al Congreso de la República debe ser para que reglamente respecto de todas las convocatorias que conciernen a la Rama Judicial, sino es que a todas las convocatorias en general, entendiendo que se trata de un elemento transversal a la reforma política de 2015.

3) El amplio espectro del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad: consideramos que no es acertado indicar que los cargos propuestos delimitan el ámbito de la decisión, porque el ejercicio del juez de la nulidad por inconstitucionalidad es amplio, conforme lo dispone el artículo 135 del CPACA, que le permite analizar el caso sobre otras normas constitucionales que advierta transgredidas y pronunciarse sobre otras normas constitucionales que advierta transgredidas y pronunciarse sobre otros dispositivos de la misma norma demandada que advierta violatorios de la Carta.

El fallo con pretensión pedagógica, pero peligrosista, da a entender que se debe aplicar la jurisdicción rogada, al punto de limitar la decisión a la argumentación que plantea el interesado, pero inmediatamente para dar explicación a la exégesis del artículo 135 del CPACA, desmonta la carga rogatoria y amplía el campo de decisión del operador jurídico.

Lo cierto es que hacer esta clase de mixturas, llevan a una falta de certeza y de seguridad jurídica en el manejo del medio de control, sobre todo en cuanto a la característica más icónica de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuando se está frente a la discusión de la presunción de legalidad del acto administrativo, como es la de ser rogada y, adentrarse a un panorama muy amplio como el previsto en el artículo 135 precitado.

Nótese que el fallo estudia, de oficio, la competencia general que, para la reglamentación de las convocatorias para la elección de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, tendría el Consejo Superior de la Judicatura.

De los antecedentes del fallo no se desprende argumento alguno que permita concluir que este resulta ser un aspecto que deba ser analizado, pues ni las partes ni los intervinientes formulan este cargo en contra de la constitucionalidad del Decreto 1189 de 2016.

Así, se itera, la sentencia envuelve un análisis *extrapetita* al hacer consideraciones sobre el Consejo Superior de la Judicatura, pues olvida que el caso es sobre la facultad del Presidente de la República, de cara a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y no de ninguna otra entidad.

Ahora, aunque el fallo sustenta su estudio en la competencia que otorga el parágrafo del artículo 135 CPACA a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, su inclusión no guarda relación con el problema jurídico allí propuesto, relacionado con la titularidad de la competencia reglamentaria de las convocatorias públicas que deben preceder la conformación de las ternas en cabeza del Presidente de la República.

Se debe tener presente que la facultad conferida en la norma permite declarar nulidades por inconstitucionalidad que se hagan evidentes – obviamente dentro de los límites de la discusión–, aun cuando no hayan sido objeto de la demanda, pero no para pronunciarse sobre aspectos propios de discusiones ajenas al proceso.

4) La discrecionalidad del Presidente de la República en la elaboración de las ternas que tiene a cargo: finalmente, el fallo olvidó cómo de tiempo atrás el Presidente de la República determina, a discreción, a quiénes terna, pues la implementación del sistema de convocatoria, conforme a las voces del mandato constitucional del 126, lo que permite es aplicar principios de escogencia objetiva, para conformar la lista de seleccionables y de entre ellos elegirá el primer mandatario a la triada de candidatos que entrarán en la puja eleccionaria respectiva. Y es que incluso antes de la Reforma al artículo 126 superior, el Presidente hacía gala de su gran margen de discrecionalidad, como se evidencia en la elección del ex Magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura Temístocles Ortega Narváez, en la que para ese entonces, el año 2000, una de las censuras fue la expedición irregular del acto por falta de convocatoria, la cual fue decidida en forma desfavorable en la sentencia de 12 de julio de 2001⁷⁰, porque conforme a la normativa del artículo 76 de la Ley 270 de 1996 no se ordenaba en ese entonces convocatoria alguna, con lo que se entendía que la conformación de la terna es una facultad del Gobierno Nacional que debe ejercer con sujeción a la Constitución y la ley y de acuerdo a con su prudente juicio.

Transpolar la generalidad de esas disertaciones a la actualidad constitucional, que conforme al artículo 126 constitucional, impone, ahora sí, la convocatoria pública, puede decirse que la facultad del Gobierno Nacional y la aplicación de su prudente juicio queda adscrita y conexas en forma directa a la escogencia dentro de la lista de seleccionables, precisamente conforme al derrotero recientemente decantado de que la convocatoria no puede ni debe homologarse al concurso de méritos, teniendo aquella un margen de discrecionalidad

⁷⁰ Exp, 1100103280002000003501 (2436). Actores Carlos Ernesto Camargo Assis, Ricardo Gómez Zamora, Ramiro Basili y otros. Demandado: Magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. C.P. Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.

mayor para la escogencia, frente a lo estricto que resulta el concurso de méritos de elegir al primero de la lista de elegibles.

Incluso de antaño, la dinámica de la escogencia de las ternas a cargo del Presidente de la República, era tan amplia que tan solo se exigía que los ternados cumplieran con los requisitos legales y constitucionales básicos, como se lee en la sentencia de 22 de octubre de 1993⁷¹, que denegó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra los entonces designados Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, implementados en desarrollo del artículo 25 Transitorio de la Constitución Política, los doctores Edgardo José Maya Villazón, Amelia Mantilla Villegas, Myriam Donato de Montoya, Leovigildo Bernal Andrade y Enrique Camilo Noguera Aarón.

Pero claro en esa transición histórica de la normativa y del cambio de mentalidad y filosofía en cuanto a la escogencia de quienes eran llamados a ocupar dignidades nacionales, se empieza a cuestionar sobre los criterios de selección, más allá de que los aspirantes reúnan los requisitos básicos de ley para desempeñar el cargo que se pretende proveer con la conformación previa de ternas y, por ello, con buen juicio, el Constituyente en aras de cumplir con los principios de transparencia, igualdad, equidad, entre otros, da el giro a la previsión de la necesaria convocatoria pública en la que se definan y se dejen claras las reglas y pautas del proceso de selección.

Ese malestar ante la desinformación y la sensación de escogencias poco transparentes, se leen en algunos artículos de opinión, de cara a los seleccionados de entonces como Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. En efecto, el 27 de octubre de 2009, la publicación Silla Nacional, con autoría de Carlos Cortés, intitulaba un artículo "*La Sala Disciplinaria de la Judicatura, ¿otra estrategia para salvar a los parapolíticos?*", interesa a este salvamento, y es que ante criterios de selección objetiva, el autor censura que los magistrados elegidos le cumplieran al Congreso las promesas de agradecimiento por haberlos elegidos, concretamente, en que la Corte Suprema no tendría la última palabra en las investigaciones contra los Congresistas o por qué solo eran elegidos quienes eran comprobadas personas cercanas a la coalición del gobierno, calificando que el principal criterio para elegirlos fue la adscripción partidista.

De mayor contundencia resulta el escrito que la MOE enviara al entonces Presidente de la República, adiada el 9 de septiembre de

⁷¹ Exp. 0822, 0809 y 0823. Actor: Hernando Alfonso Prada Gil y otros. Demandados: Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. M.P. Dr. Amado Guitérrez Velásquez.

2008, en el que se le impelía al primer mandatario la necesidad de hacer públicos los criterios que empleaba para la conformación de ternas, sobre todo al postular personas que para ese entonces tenían asuntos pendientes con la justicia por diferentes motivos y que se apoyaron en “*ex congresistas vinculados a las investigaciones por sus supuestos nexos con grupos armados ilegales*”, por lo que de tiempo atrás se dijo que la integración de esa corporación con candidatos cuya carrera solo se ha desarrollado en forma principal en la política, terminaría politizando -valga la redundancia- al corporativo perteneciente al engranaje y arquitectura de la Rama Judicial⁷².

Pero esa realidad del pasado ni la actual, permite al operador judicial, desconocer que el Presidente de la República sí cuenta aún con un margen mínimo de discrecionalidad en la escogencia de los ternados al cargo de esa Magistratura, solo que debe pasar un filtro previo que es respetar la lista de seleccionables devenida de la convocatoria pública implementada para tal efecto, aspecto que iteramos, el fallo del cual predicamos nuestra divergencia olvidó en su *ratio*, dando visos absolutos del concurso de méritos que no se predica ni se compadece de la convocatoria pública, que antecede a la terna que el Presidente de la República debe integrar en pro de lograrse la elección de los Magistrados integrantes de lo que sería la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

5) Imposibilidad de hacer estudio de constitucionalidad con base en un proyecto de ley: quienes disintimos del fallo hacemos referencia a los numerales 25.2.9.4.2.2. y siguientes del fallo, en los que se examina el espíritu de un proyecto de ley que no se convirtió en ley de la República. Consideramos que esto constituye un error. Una cosa es dar alcance a una norma vigente como el A.L. 02/15 y entender que en él subsistieron reglas jurídicas a pesar de la inexecutable de algunos de sus apartes; y otra, muy diferente, es pretender, como equivocadamente se hizo, derivar consecuencias jurídicas de una preceptiva que ni siquiera nació a la vida jurídica.

Por otra parte, en el numeral 25.2.9.4.1. se consideró que el fallo de la Corte Constitucional C-285 de 2016, eliminó la responsabilidad del Gobierno Nacional para radicar ante el Congreso un proyecto de ley estatutaria, pero nada más lejano a la realidad, porque, contrario a la consideración en análisis, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de varios apartes del artículo 18 transitorio del referido acto legislativo, entre ellos su literal f), que dispone: “*Las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura y las Direcciones Ejecutivas Seccionales de Administración Judicial*”

⁷² Véase “*Situación de la Función Disciplinaria de la Rama Judicial en Colombia*”, de Ernesto Ramírez Sierra.

continuarán ejerciendo sus funciones hasta que se expida la ley estatutaria”.

6) La interpretación normativa: en los numerales 28.2.1.8 y siguientes se condiciona la resolución del problema jurídico planteado a la supuesta transversalidad del inciso 4º del artículo 126 de la Carta (*“reglada por la ley”*) a la elección de magistrados de que trata el artículo 257-A *ibídem*.

Pues bien, sobre el particular, encontramos que el artículo 126 (inciso 4) establece una regla general en materia eleccionaria, que encuentra excepciones en modelos específicos como el del 257-A (Comisión de Disciplina), así como ocurre con el Procurador General, el Fiscal, los magistrados de las otras cortes, el Contralor. No todos se rigen por el mismo sistema.

Se debe tener en cuenta que la construcción gramatical en los artículos constitucionales a los que se introdujo la figura de la convocatoria pública varía entre uno y otro. Así, en el 126 se habla de convocatoria pública *“reglada por la ley”*; en el 231, *“de conformidad con la ley”*; en el 257-A, simplemente *“reglada”*; en el 267, *“con base en lo dispuesto en el artículo 126”*; en el 272, *“conforme a la ley”*.

Posteriormente, en el numeral 28.3.2.3.7 se establece que el asunto debe ser leído en armonía con el artículo 150 de la C. P. (*“...corresponde al Congreso mediante leyes...”*), para concluir que la reglamentación de la convocatoria para la conformación de las ternas en la elección de los magistrados en cuestión está gobernada por la **cláusula general de competencia del legislador**. Empero, bajo una intelección que es recurrente en toda la sentencia, se habla de que la convocatoria del 257-A debe estar reglada por la ley, conforme lo señala el artículo 126.

Ambas conclusiones son en sí mismas contradictorias, por una razón elemental, lo que en el artículo 126 se plasma es una **“reserva legal”**, que se configura cuando el Constituyente asigna un tema específico a la ley. Entonces, no puede decirse que al mismo tiempo el tema se resuelve en favor de la **“cláusula general de competencia”**, que opera ante el silencio del Constituyente, pues este no pudo al mismo tiempo “decir” y “no decir” quien tiene la facultad de regular el mismo asunto.

7) Los efectos de la nulidad por inconstitucionalidad: consideramos que la sentencia debió pronunciarse respecto de las situaciones jurídicas consolidadas, pues el hecho de que se declare la nulidad por inconstitucionalidad del reglamento de las convocatorias no quiere decir, necesariamente, que se alteren los efectos de los actos producidos en su vigencia, como por ejemplo las ternas, toda

vez que por mandato del artículo 189 del CPACA, este tipo de sentencias tienen, en principio, efectos a futuro, y para la fecha del fallo ya han ocurrido demasiadas cosas en vigencia del acto administrativo demandado.

Las anteriores disertaciones son razones suficientes para soportar nuestra discrepancia en cuanto a la declaratoria de nulidad del Decreto presidencial 1189 de 2016.

En esos términos salvamos el voto.

Atentamente,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ENRIQUE MORENO

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00484-00(IJ)

Actor: ANDREA VARGAS AGUILERA Y GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA

DEMANDADO: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Con el respeto acostumbrado por la posición de la Sala, debo manifestar que no comparto la decisión contenida en la sentencia del cinco (5) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), por medio del cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, declaró la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 1189 de 2016 expedido por el presidente de la República y exhortó al Congreso de la República para que en el término de un (1) año siguiente a la notificación de la providencia, reglamente la convocatoria pública de que trata el artículo 126 de la Constitución Política y en especial la prescrita en el artículo 257 A *ibídem*.

Las razones por las cuales me aparto de la referida decisión se resumen en las siguientes líneas.

1. La competencia del presidente para reglamentar las ternas con destino al Congreso de la República para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

No se comparte la sentencia en su parte motiva ni en la resolutive, en tanto que se afirma que el presidente no tenía competencia para reglamentar la convocatoria para integrar las ternas que debía presentar al Congreso, para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, lo que conlleva a la declaratoria de la nulidad del acto demandado.

En efecto, el fallo sostiene que, frente a la elección contemplada en el artículo 257 A el constituyente contempló un mecanismo especial de elección pero no asignó expresamente a ninguna autoridad la competencia para expedir la convocatoria, por lo que se afirma que la norma constitucional resulta incompleta y, por tanto, para dilucidar el problema jurídico planteado es necesario acudir a otras disposiciones del texto constitucional que permitan, sistemática y armónicamente,

contemplar su literalidad. En consecuencia, se afirma que debe aplicarse el artículo 126 constitucional comoquiera que esta es la regla general de competencia prevista, según la cual debe reglamentarse por ley las convocatorias públicas de aquellos funcionarios que deban ser elegidos por corporaciones públicas.

Sobre el particular, se destaca que la postura de la Sección Quinta⁷³ e incluso la adoptada en el auto que resolvió el recurso de súplica contra la medida cautelar que se había decretado en este asunto y se revocó, sostiene que el artículo 126 no resulta aplicable a los casos en que se prevé una elección compleja, como sucede en este evento con el artículo 257 A que contiene una circunstancia especial y específica de elección, en tanto que se compone no solo de la escogencia que haga la corporación pública sino de las ternas de candidatos que debe conformar, el presidente en este caso, para efectos de que el Congreso elija, de dichos candidatos, a los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Contrario a lo señalado en el fallo objeto de análisis, el artículo 257 A, al ser una norma especial para una elección particular, advirtió que la convocatoria pública reglada debía ser adelantada por el presidente, sin indicar expresamente que dicha convocatoria debía precederla una ley que la reglamentara, como si lo hizo el constituyente con otras normas de similar naturaleza.

Es decir, el artículo 126 no resulta aplicable a casos regulados especialmente en la Constitución, para elecciones complejas como lo son las de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, toda vez que, la disposición 257 A precisó que tanto al presidente como al Consejo Superior de la Judicatura les correspondía integrar las ternas de candidatos, previa convocatoria pública reglada, las cuales debían ser enviadas al Congreso para la elección de los referidos funcionarios, de modo que, de la norma se entiende que el presidente sí tenía la facultad para hacer la convocatoria de estas ternas y su reglamentación deviene igualmente de una potestad constitucional al no señalar puntualmente que debe estar antecedida por una ley, como sí se prevé con otras normas de la Carta referentes a las elecciones de otros funcionarios, a cargo de corporaciones públicas.

Ahora, no quiere ello decir que la facultad para reglamentar dicha convocatoria fuera absoluta, pues, la potestad atribuida a dichas autoridades (el presidente y el Consejo Superior de la Judicatura), era temporal, mientras se reglamentaba por el legislador la convocatoria en comento, consultando la intención inicial del acto legislativo 02 de 2015, antes de su estudio por parte de la Corte Constitucional.

Ello sumado a que, el plazo perentorio de un año fijado en el párrafo transitorio del artículo 257-A, sugiere que solo si la primera convocatoria pública era

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 30 de marzo de 2017. Expediente: 11001-03-28-000-2016-00067-00 (acumulado).

reglamentada por el presidente – y el Consejo Superior de la Judicatura-, sería posible cumplir con los términos constitucionalmente previstos.

2. El acto demandado sí es un reglamento autónomo constitucional.

En el fallo objeto del presente salvamento, si bien se indica que uno de los presupuestos del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad exige que la norma acusada se trate de un reglamento autónomo, es decir, que desarrolle directamente la Constitución sin la existencia de ley previa, se afirma tajantemente que el decreto demandado no es un reglamento de esta naturaleza, por lo cual el medio de nulidad por inconstitucionalidad no sería el idóneo. Con todo, se zanja esta disyuntiva, al señalar que la apariencia de reglamento autónomo del Decreto demandado, habilitaba el estudio constitucional, y que solo hasta la sentencia con un análisis de fondo se podía advertir tal situación, razón por la cual, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia se resolvería la demanda.

Sobre este particular desarrollo, tampoco se comparte el proyecto pues considero que el acto demandado sí se deriva de la potestad directa del artículo 257 A de la Constitución, en virtud de la reforma realizada para la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Aun cuando se indica que la facultad de desarrollar la constitución es restringida y, por ende, debe estar expresamente otorgada, no se encuentra que, el artículo 257 A no otorgue dicha facultad, pues si existen normas que distinguen la convocatoria pública reglada por la ley y en este preciso caso, nada se dijo sobre una ley que la preceda, es porque sí hubo la intención de una facultad, al menos temporal, de que se regulara directamente por la autoridad administrativa.

En todo caso, si la conclusión era que el Decreto 1189 de 2015 no es un reglamento autónomo constitucional, en los apartes en que fue demandado, no habría razón para estudiar el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.

En los anteriores términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA MARÍA ELIZABETH GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00484-00(IJ)

Actor: ANDREA VARGAS AGUILERA Y GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA

DEMANDADO: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, me he separado de la decisión de 5 de diciembre de 2017, que declaró la nulidad del Decreto 1189 de 25 de junio de 2012, **"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"**, 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**", por las mismas razones expresadas en su salvamento de voto por la señora Consejera de Estado doctora **LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**, al cual, con su venia, adhiero.

Fecha ut supra,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Consejera

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO
JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00484-00(IJ)

Actor: ANDREA VARGAS AGUILERA Y GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA

**DEMANDADO: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

Con el respeto debido, me permito salvar el voto frente a la declaratoria de nulidad del Decreto 1189 de 2016⁷⁴ pues comparto las razones expresadas por la Consejera LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ en su salvamento de voto, al cual adhiero.

Fecha ut supra,

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

⁷⁴ “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’, en relación con el trámite de convocatoria para la integración de las temas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a cargo del Presidente de la República”

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00484-00(IJ)

Actor: ANDREA VARGAS AGUILERA Y GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA

DEMANDADO: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Conforme al reglamento de la Corporación, presento las razones por las cuales disiento de la decisión mayoritaria a través de la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo accedió a las pretensiones en el asunto de la referencia.⁷⁵

En efecto, la sentencia concluyó que el decreto demandado fue expedido por fuera de las competencias previstas en el artículo 189 ordinal 11 de la Constitución Política. Así mismo, que la convocatoria pública para la conformación de las ternas que están a cargo del Presidente de la República con el fin de elegir los integrantes del Consejo Nacional de Disciplina Judicial, es un asunto que no puede desarrollarse a través de reglamento autónomo constitucional, sino a través de una ley, conforme las previsiones del artículo 126 ib. (regla general).

Al respecto considero que hay una excepción frente a esta última limitación o regla general, la cual se desprende del contexto del Acto Legislativo 02 de 2015, excepción con base en la cual el Presidente de la República tenía competencia temporal para expedir el decreto demandado y definir las primeras ternas que le correspondían según la reforma constitucional.

Los principales argumentos de mi salvamento de voto, son los siguientes:

Tanto el texto definitivo de la sentencia, como el proyecto inicial, parten de la regla general establecida en el artículo 126 constitucional, consistente en que «[...] la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas

⁷⁵ Pese a que acompaño plenamente el criterio esbozado en la providencia en relación con los siguientes aspectos: i) la competencia del Consejo de Estado para fallar el proceso, dado que el acto demandado se expidió como un decreto autónomo constitucional, ii) el cumplimiento de la carga argumentativa mínima que cumplió la parte actora y iii) el análisis del contexto y contenido de la reforma constitucional llevada a cabo mediante el Acto Legislativo 02 de 2015, no sucede lo mismo con la conclusión que llevó a nulidad por inconstitucionalidad del acto demandado.

deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección [...]». Por tal razón, el fallo concluye que en este caso se debe expedir una ley que así lo reglamente.

Ahora bien, el proyecto de decisión inicialmente discutido destacaba que antes del fallo C-285 de 2016 de la Corte Constitucional, en el acto legislativo existían disposiciones especiales de carácter transitorio que le asignaron al entonces creado Consejo de Gobierno Judicial, la facultad de regular la convocatoria pública que debía hacer para conformar las ternas a su cargo, de las cuales se elegirían cuatro de los siete magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Esta competencia temporal se asignó en su momento, hasta que el Congreso de la República dictara la ley estatutaria que regulara estas convocatorias, entre otros aspectos.

También fue enfático el proyecto inicial, en señalar que existía una atribución temporal de competencias al Presidente de la República para regular la convocatoria y poder formular las ternas que le correspondía enviar para los mismos efectos. Lo anterior, con el fin de cumplir el plazo fijado por el Acto Legislativo 02 de 2015 y pese a que la reforma no la consagró expresamente. Este argumento no fue aceptado por la Sala Plena.

Contrario a lo aprobado por mayoría, considero que sí existe competencia temporal en cabeza del Presidente de la República para regular esta convocatoria. Esto se desprende, en primer lugar, de no ser exigible que en el plazo de un año, contado a la partir de la vigencia de la reforma constitucional, se dictara una ley estatutaria⁷⁶ para regular las convocatorias, y que en el mismo término i) culminara la selección de las ternas ii) se eligieran los magistrados por parte del Congreso, con base en las ternas envidadas, y iii) se conformara el nuevo organismo judicial.

De otra parte, la misma reforma constitucional contempló **un mecanismo especial de elección de los miembros de las ternas que debía presentar el Presidente** para la elección de la Comisión Nacional de Disciplinaria Judicial, “**convocatoria pública reglada**”, sin que asignara expresamente la facultar para regularla, a ninguna autoridad.

Así las cosas, como «[...] la norma constitucional resulta incompleta [...]»⁷⁷ se debe acudir «[...] a otras disposiciones del texto constitucional que permitan, sistemática y armónicamente, complementar su literalidad. [...]»⁷⁸. En este orden de ideas, considero que es contradictorio que para llenar este vacío se

⁷⁶ Como lo indicaba el acto legislativo antes de su inexecutable parcial

⁷⁷ Así lo indica el mismo fallo

⁷⁸ Ib.

complemente la regla de excepción (mecanismo especial de elección), con la regla general del artículo 126 de la CP., como lo hace el fallo objeto de salvamento.

Esta interpretación hace perder efecto útil a la regla de excepción. En efecto, si el constituyente derivado hubiese querido que la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial se eligiera de ternas conformadas previa convocatoria pública regulada **en la ley**, así lo habría previsto expresamente y hubiera contemplado plazos más amplios para su entrada en funcionamiento.

Ello no fue así. Para comprender esta omisión “deliberada” es importante recordar que el ejercicio de las competencias de orden legislativo no es dinámico ni ágil, y depende de múltiples factores que no son fáciles de sortear y mucho menos en un tiempo tan corto como el previsto por el acto legislativo. Recuérdese que la orden inicial de la reforma era que se tramitara una ley estatutaria, cuyo trámite es engorroso porque requiere de mayores debates y mayorías calificadas.

Por el contrario, el querer del constituyente derivado fue crear una regla de transición para elegir los integrantes **de la primera** Comisión Nacional de Disciplina Judicial, cuyas ternas fueran fruto de convocatorias públicas regladas. Por esta razón el acto legislativo obvió intencionalmente la palabra “ley” o la expresión “regulada por la ley”, con el fin de que se hiciera efectivo el mandato constitucional en el tiempo indicado.

En esa misma línea se atribuyó competencia temporal al -hoy no nacido- Consejo de Gobierno Judicial, el que también debía regular la materia, pues también debía integrar ternas para la selección de cuatro de los siete magistrados de la nueva corporación judicial.

Con base en lo anterior sostengo que, si bien, el artículo 257-A de la Constitución le confirió al Presidente de la República la facultad expresa para conformar tres ternas para conformar el nuevo órgano y que no le otorgó expresa potestad para reglamentar la convocatoria pública necesaria, una reforma constitucional no puede truncarse bajo la óptica de que las competencias para expedir reglamentos autónomos constitucionales deben surgir de criterios restrictivos de interpretación, y que por ello no es dable atribuir competencias al Presidente para cumplir directamente este cometido.

En esta línea debemos considerar que el proyecto presentado inicialmente recordó que el mismo Consejo de Estado – a través de su Sección Quinta -, ha concluido que la ausencia de ley no implica que las corporaciones

públicas que tienen a su cargo designación de servidores públicos, puedan dejar de ejercer su potestad o que dichas elecciones estén viciadas de nulidad por ese hecho.

Por tanto, *mutatis mutandis*, la ausencia de ley y la falta de asignación expresa de competencia en el Presidente de la República para regular la convocatoria pública que precede a la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no torna inane la función electoral asignada a los órganos o funcionarios postulantes y menos la del Congreso de la República, como elector. Tampoco tiene la virtualidad de suspender la competencia y el compromiso constitucional de estos, hasta contar con la ley correspondiente.

Es decir, como lo refería el proyecto, comparto que no puede permanecer en vilo la entrada en funcionamiento de este nuevo órgano constitucionalmente creado para la investigación y juzgamiento de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial y de los abogados en ejercicio de su profesión, por la falta de regulación legal especial para tal efecto. El propio constituyente derivado creó un mecanismo especial transitorio para tal efecto mientras se cumplía con el trámite legislativo ordinario (en su momento estatutario).

Sostener lo contrario significa cohonestar que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura permanezca con interinidad de sus miembros, por un tiempo incluso superior a su propia pervivencia institucional, y que en algunos casos, sus magistrados continúen en ejercicio, pese al vencimiento del periodo constitucionalmente establecido—art. 254 -.

Es necesario resaltar que con base en la inexequibilidad parcial del acto legislativo que afectó la nueva estructura administrativa de la Rama Judicial - Consejo de Gobierno y Gerencia de la Rama Judicial -, no puede desdibujarse el contexto de la voluntad del constituyente, quien expresamente otorgó facultad reglamentaria transitoria al hoy no nacido Consejo de Gobierno Judicial, competencia transitoria que tenía como finalidad la de viabilizar la elección de las ternas que estaban a su cargo para integrar la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Apoyar la tesis que acogió la sentencia implicaría que el Presidente de la República está impedido para cumplir con la orden constitucional perentoria. Como consecuencia de ello, de haberse mantenido la reforma tal como originalmente fue concebida antes de su inexequibilidad, la nueva Comisión Nacional de Disciplina Judicial no habría entrado en funcionamiento dada la falta de regulación legal de la convocatoria que debía realizar el primer

mandatario nacional, pese a que sí se hubiese reglamentado, en ese momento, la convocatoria para conformar las ternas a cargo del Consejo de Gobierno Judicial.

En efecto, considero que fue el mismo constituyente el que respecto del Presidente señaló que la convocatoria pública que le correspondía realizar sería reglada. Para ello otorgó una connotación especial al obviar deliberadamente la expresión “por la ley”. Todo esto, insisto, mientras el legislador cumpliera con sus competencias constitucionales para regular la materia.

Aunado a todo lo anterior, comparto plenamente lo que sostenía el proyecto de que las competencias ejercidas por el Presidente a través del acto acusado, cumplen con todos los requerimientos del acto legislativo sobre los principios que debían regir esta convocatoria, y que las mismas se derivaban del propio reconocimiento que hizo el Presidente de la República del carácter vinculante de la Constitución, con lo que materializó uno de sus mandatos.

Por tanto sostenemos que el Decreto 1189 de 2016 fue una alternativa válida que efectivizó el mandato constitucional ante la inexistencia de una ley que regulara la convocatoria de trata el artículo 257-A. Así se hacía posible conformar las ternas a cargo del Presidente de la República para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Por último, si bien la Sala Plena concluyó que el acto acusado está afectado de nulidad por inconstitucionalidad dada la falta de competencia expresa que se echa de menos en el fallo, lo cierto es que en sede de control de constitucionalidad, el CPACA regula como regla general que las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad producen efectos hacia el futuro –*ex nunc*, como la inexequibilidad-, y que el juzgador podrá definir unos efectos concretos diferentes de la misma.⁷⁹ Esto, por ser un juicio diferente al de nulidad simple «[...] donde el Consejo de Estado asume la misma función y posición que la Corte Constitucional cuando controla las normas por violación a la Constitución Política, sólo que lo hace frente a normas diferentes, pero en relación con el control que se trata de la misma actitud de protección de la Carta Política. [...]».⁸⁰

⁷⁹ El inciso tercero del artículo 189 del CPACA, regula que «[...] Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada. **Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes[...]**»

⁸⁰ Tal como lo expresó esta Corporación en sentencia del 10 de septiembre de 2014 dentro del radicado 110010324000201200220 00 en el que declaró la nulidad del decreto r Decreto 1351 de 2012 (25 de junio) mediante el cual el Presidente de la República “convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias” con el objeto exclusivo de «[...] examinar las objeciones presidenciales que han sido presentadas al proyecto de Acto Legislativo 007/11 Senado-143/11 Cámara, acumulado a los proyectos 09/11, 11/11, 12/11 Y 13/11 Senado "por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones. [...]»

Por lo tanto, la sentencia debió indicar que sus efectos solo se surtían hacia el futuro, sin afectar el proceso de elección de los magistrados de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Ello, con el fin de maximizar el mandato constitucional y proteger en mayor medida el contenido de la reforma constitucional llevada cabo a través del Acto Legislativo 02 de 2015.

Conclusión. En mi criterio el acto demandado no está afectado de nulidad por inconstitucionalidad, porque si bien no existe una competencia expresa y específica para regular la convocatoria pública frente a las ternas que corresponden al Presidente de la República, lo cierto es que del contexto del propio acto legislativo y del mandato constitucional, no podía exigirse que esta primera convocatoria para elegir los miembros **de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial**, estuviese precedida de una ley (inicialmente estatutaria según el contenido original del acto legislativo), y por tanto existía una facultad temporal en cabeza del Presidente para regular la materia y seleccionar las ternas.

Ello no solo otorga plena eficacia al texto de la reforma Constitucional sino que evita mantener indefinidamente un órgano colegiado – Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -, que el propio constituyente quiso sustituir en el término perentorio de un año. Esto, sin desconocer que es deber del Congreso de la República regular estas convocatorias, tal como se le exhortó en la sentencia objeto de este salvamento.

Por último, en gracia de discusión considero que la sentencia anulatoria debió precisar que no se afectaba el proceso de selección de ternas para la elección de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y así efectivizar y dar sentido a la reforma constitucional. Ello, con base en las facultades concedidas en el inciso 3 del artículo 189 del CPACA, ya citado.

En los anteriores términos, con el respeto y consideración que merecen los argumentos expuestos en la sentencia, salvo mi voto frente a la decisión mayoritaria de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente:

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA
SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**

Radicación número: 11001-03-24-000-2016-00484-00(IJ)

Actor: ANDREA VARGAS AGUILERA Y GERMÁN CALDERÓN ESPAÑA

**DEMANDADO: NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, a continuación manifiesto las razones por las cuales salvo el voto a la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, proferida el 5 de diciembre de 2017, en la cual se declaró nulo por inconstitucionalidad el Decreto 1189 de 2016, expedido por el Presidente de la República, y se exhortó al Congreso de la República para que en el término de un año, reglamente la convocatoria pública de que trata el artículo 126 de la Constitución Política, en especial, la prevista en el mandato superior del 257A, relacionada con la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

**COMPETENCIA DEL PRESIDENTE PARA REGLAMENTAR LAS
TERNAS CON DESTINO AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA PARA
LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN
NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL**

En la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, proferida el 5 de diciembre de 2017, se afirma que el señor Presidente de la República no tenía competencia para reglamentar la convocatoria para integrar las ternas que debía presentar al Congreso, para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, lo que conlleva a la declaratoria de la nulidad del acto demandado.

El referido fallo sostiene, que frente a la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial regulada en el artículo 257A de la Constitución, el Constituyente Derivado estableció un mecanismo especial de elección pero no asignó expresamente a ninguna autoridad la competencia para expedir la convocatoria, por lo que la norma constitucional resulta incompleta y, por tanto, para dilucidar el problema jurídico planteado es necesario acudir a otras

disposiciones constitucionales que permitan, sistemática y armónicamente, establecer si el señor Presidente de la República, podía o no regular, vía decreto, la convocatoria pública para elaborar las ternas que serían enviadas al Congreso de la República para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

En consecuencia, se afirma en la providencia de la cual salvo el voto, que debe aplicarse el artículo 126 constitucional, que establece la regla general en materia de convocatorias para proveer cargos públicos, según la cual, debe reglamentarse por ley las convocatorias públicas de aquellos funcionarios que deban ser elegidos por corporaciones públicas.

Sobre el particular, se destaca que el artículo 257A, al ser una norma especial para una elección particular, advirtió que la convocatoria pública reglada debía ser adelantada por el señor Presidente de la República, sin indicar expresamente que dicha convocatoria debía precederla una ley que la reglamentara, como si lo hizo el constituyente con otras normas de similar naturaleza.

En ese orden de ideas, el artículo 126 no resulta aplicable a casos regulados especialmente en la Constitución, para elecciones complejas como lo son las de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, toda vez que, la disposición 257A precisó que tanto al señor Presidente de la República, como al Consejo Superior de la Judicatura les correspondía integrar las ternas de candidatos, previa convocatoria pública reglada, las cuales debían ser enviadas al Congreso para la elección de los referidos funcionarios, de modo que, de la norma se entiende que el señor Presidente de la República sí tenía la facultad para hacer la convocatoria de estas ternas y su reglamentación deviene igualmente de una potestad constitucional al no señalar puntualmente que debe estar antecedida por una ley, como sí se prevé con otras normas de la Carta referentes a las elecciones de otros funcionarios, a cargo de corporaciones públicas.

Ello sumado a que, el plazo perentorio de un año fijado en el párrafo transitorio del artículo 257A, permite asegurar que solo si la primera convocatoria pública era reglamentada por el presidente – y el Consejo Superior de la Judicatura-, sería posible cumplir con el referido término constitucionalmente previsto de un año.

En ese orden de ideas, los elementos normativos contenidos en el texto de la reforma política de 2015, vertidos en el Acto Legislativo 02 de dicha anualidad, y la intención del Constituyente para construir y edificar a corto y largo plazo el nuevo modelo de disciplina judicial, permiten concluir, que el señor Presidente de la República sí tenía la

facultad para hacer la convocatoria de estas ternas, así como para expedir la reglamentación de dicho proceso.

En efecto, en el presente caso, al interpretar la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 02 de 2015, se evidencia la competencia expresa del Consejo Superior de la Judicatura, mientras se expide la ley estatutaria exigida en dicho Acto legislativo, entendimiento que también aplica para las convocatorias que concernieran, en el entretanto, al Presidente de la República.

Por lo tanto, en mi criterio, se debieron tener en cuenta las condiciones y circunstancias especiales que rodearon el proceso de iniciación del funcionamiento de la nueva arquitectura del organismo con el que el Constituyente derivado reemplazo al Consejo Superior de la Judicatura, relacionados con los tiempos tan cortos fijados para implementar en forma pronta el cambio de la entidad regente de la Rama Judicial.

En efecto el artículo 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015, señalaba:

«Artículo 18. Transitorio. El Gobierno Nacional deberá presentar antes de 1º de octubre de 2015 un proyecto de ley estatutaria para regular el funcionamiento de los órganos de gobierno y administración judicial.

Las siguientes disposiciones regirán hasta que entre en vigencia dicha ley estatutaria:

1. Los órganos de gobierno y administración judicial serán conformados así:

(...)

2. Mientras se expide la ley estatutaria, el Consejo de Gobierno Judicial ejercerá las funciones previstas en el artículo 79, numerales 1, 2, 4, 5, 6 y 7; artículo 85, numerales 5, 6, 9, 10, 13, 19, 22, 25, 27 y 29; artículo 88, numerales 2 y 4; y artículo 97, numerales 1 y 2 de la Ley 270 de 1996. Además reglamentará provisionalmente los procesos de convocatoria pública que deba adelantar la Gerencia de la Rama Judicial»

Como puede apreciarse, el Constituyente Derivado faculta al expresa del Consejo Superior de la Judicatura, mientras se expide la ley estatutaria exigida en dicho Acto Legislativo, para reglamentar provisionalmente los procesos de convocatoria, lo cual se justifica en la premura para dar paso a la nueva entidad y en la inconveniente

supresión inmediata de la entidad anterior, en aras de no colapsar el funcionamiento de la arquitectura institucional de la Rama Judicial.

El Constituyente Derivado previo entonces la necesidad de implementar una transitoriedad normativa e institucional para poder implementar el Acto Legislativo 02 de 2015, como se lee del siguiente aparte de la Gaceta 458 de 3 de septiembre de 2014⁸¹, que contiene el entonces texto del proyecto de Acto Legislativo presentado por los Ministros del Interior y de Justicia y del Derecho y en el que se advierte la preocupación de los autores sobre los efectos de la supresión de la entidad, cuando en capítulo final del escrito presentado al Senado de la República se indicó:

«De aprobarse la reforma será necesario aprobar un régimen de transición, para asegurar que no se presente un vacío normativo, el cual deberá diseñarse conforme se diseñen las fórmulas finales resultado del debate congressional que seguramente enriquecerá mucho el texto final, siempre con los mismos propósitos que son compartidos por prácticamente todos los partidos políticos representados en el Congreso de la República».

Esta propuesta general, según los debates al interior del Congreso, apareció en forma expresa en el informe de ponencia para primer debate en segunda vuelta, que se encuentra documentado en la Gaceta 138 de 26 de marzo de 2015, en el que se lee:

«Finalmente, se propone la inclusión de un artículo transitorio, que determina la puesta en marcha de la Comisión Nacional de Gobierno y Administración Judicial. Para la transición se prevén varias normas detalladas...».

Igualmente, el informe de ponencia para segundo debate, documentado en la Gaceta del Congreso 213 de 21 de abril de 2015, muestra que el Constituyente previo la transitoriedad antes de la entrada en vigencia de los nuevos órganos de administración de justicia *«mientras se hace la adecuada reglamentación»*.

En este punto, es importante traer a colación el auto de 19 de enero de 2016⁸², con ponencia de la suscrita Conejera de Estado, que decretó la suspensión provisional de Convocatoria No. 01 de 30 de septiembre de 2015, acto administrativo expedido por el entonces Consejo de Gobierno Judicial con el objeto de elegir a los 3 primeros

⁸¹ *Página 12.*

⁸² Expediente 1111001032500020150104200. Actora: María Teresa Vergara Gutiérrez. Demandado: Consejo de Gobierno Judicial.

miembros permanentes de dedicación exclusiva de dicho órgano, pues, la argumentación allí expuesta resulta ilustrativa en esta oportunidad, en cuanto a sus generalidades y parte dogmática:

«i) El acto administrativo demandado, esto es, la Convocatoria 01 de 2015, es un acto de carácter general, impersonal y abstracto, pues, su objeto era convocar a todos los interesados en ser designados como miembros permanentes de dedicación exclusiva del primer Consejo de Gobierno Judicial creado por el artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015, que modificó el 254 de la Constitución Política;

ii) La disposición enjuiciada se encuadra perfectamente en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado reglamentos autónomos o constitucionales, ya que, la Convocatoria 01 de 2015 desarrolla o reglamenta de manera directa los artículos 254 de la Constitución Política y 18 transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015, los cuales hacen referencia al Consejo de Gobierno Judicial y al procedimiento para lograr su “primera conformación”, la disposición cuestionada además de efectuar la convocatoria pública ya descrita, establece varias reglas atinentes a su desarrollo y a la realización del proceso de selección de los 3 miembros permanentes del Consejo, reglas que tienen que ver con la manera de inscribirse en la convocatoria, requisitos para ser admitidos, calificación de las hojas de vida, periodos de los escogidos, trámite de las objeciones ciudadanas a las hojas de vida de los postulados, entre otras, en tal virtud, no cabe duda que la Convocatoria 01 de 30 de septiembre de 2015, constituye un verdadero reglamento autónomo o constitucional;

*iii) El referido acto administrativo fue proferido por un organismo del orden nacional diferente al Gobierno: Consejo de Gobierno Judicial;
(...)*

Es importante señalar que la norma constitucional transcrita, regula de manera permanente como estará integrado el Consejo de Gobierno Judicial, esto es nueve miembros y su período, igualmente, que faculta al Consejo de Gobierno para nombrar a los 3 miembros permanentes de dedicación exclusiva de dicho órgano, pues para la conformación del primer Consejo de Gobierno Judicial, el constituyente derivado estableció unas normas transitorias...

(...).

Expuesta la actuación que se conoce a través del acto demandado, efectuada por el Consejo de Gobierno y realizada una interpretación sistemática y armónica de las normas en cita, conduce al Despacho a la conclusión que el Consejo de Gobierno Judicial está facultado por los artículos 254, inciso 4, de la Constitución Política y 18 transitorio, numeral 2, del Acto Legislativo 02 de 2015, a dar inicio al procedimiento administrativo correspondiente para convocar a los interesados en ser designados como primeros miembros permanentes de dedicación exclusiva de dicho órgano, sin necesidad de una ley previa que reglamente la convocatoria para integrar el primer Consejo de Gobierno Judicial, pues el Acto Legislativo al consagrar que toda convocatoria para la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas debe estar reglada por la ley, también consideró para la Rama Judicial, las normas transitorias ya expuestas, mientras se expide la ley estatutaria. Ello es así, atendiendo que el órgano se crea por primera vez y considerando los precisos términos y condiciones señalados en el artículo 18 transitorio....».

En suma, el desarrollo o aplicación del artículo 257A de la Constitución Política, no requiere de la intervención del Congreso de la República, esto es, de la emisión de una ley para la implementación de los mandatos constitucionales del precitado artículo. Por el contrario, el artículo 257A *ejusdem* tiene eficacia directa, disposición constitucional para cuyo efectivo cumplimiento sólo se requería de la respectiva reglamentación por parte del Presidente de la República, lo cual fue realizado por el Ejecutivo a través de la expedición del Decreto 1189 de 2016.

Es de anotar, que dicha reglamentación no tenía como finalidad regular aspectos sustanciales atinentes a las calidades requeridas para ser magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ya que el Acto Legislativo 02 de 2015 determinó que dichos magistrados debían cumplir con los mismos requisitos para ser elegido magistrado de la Corte Suprema de Justicia, los cuales están previstos en el artículo 232 de la Constitución Política y la Ley 270 de 1996. De esta manera, con la expedición del Decreto 1189 de 2016, el Gobierno Nacional buscaba acatar los postulados constitucionales consagrados en el Acto Legislativo 02 de 2015, entre ellos, la atribución para el Presidente de la República, dentro del año siguiente a la promulgación del acto legislativo, de conformar las 3 ternas de aspirantes para que el Congreso procediera a la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

EL ACTO DEMANDADO SÍ ES UN REGLAMENTO AUTÓNOMO CONSTITUCIONAL

En el fallo objeto del presente salvamento, si bien se indica que uno de los presupuestos del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad exige que la norma acusada se trate de un reglamento autónomo, es decir, que desarrolle directamente la Constitución sin la existencia de ley previa, se afirma tajantemente que el decreto demandado, esto es, Decreto 1189 de 2016, expedido por el Presidente de la República para reglamentar la convocatoria pública para conformar las ternas que serían enviadas al Congreso de la República para la escogencia de los magistrado del Consejo Nacional de Disciplina Judicial, no es un reglamento de esta naturaleza, por lo cual el medio de nulidad por inconstitucionalidad no sería el idóneo.

Sin embargo, se señala que la apariencia de reglamento autónomo del Decreto demandado, habilitaba el estudio constitucional realizado, y que solo hasta la sentencia con un análisis de fondo se podía advertir tal situación, razón por la cual, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia se resolvería la demanda.

Sobre este particular, tampoco se comparte la providencia, pues, estimo que el acto demandado sí es un verdadero reglamento autónomo o constitucional, porque se deriva de la potestad directa del artículo 257^a, de la siguiente manera:

«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 (...).»

Aun cuando se indica que la facultad de desarrollar la constitución es restringida y, por ende, debe estar expresamente otorgada, no se encuentra que, el artículo 257A no otorgue dicha facultad, pues si existen normas que distinguen la convocatoria pública reglada por la ley y en este preciso caso, nada se dijo sobre una ley que la preceda, es porque sí hubo la intención de una facultad, al menos temporal, de que se regulara directamente por la autoridad administrativa.

En este caso, el Decreto 1189 de 2016 del Gobierno Nacional, objeto de demanda, determinó los parámetros generales de la convocatoria pública previa a que hace alusión el artículo 257 A de la Constitución

Política, para que el Presidente de la República pudiera conformar las ternas de los aspirantes a ocupar tres cargos de magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

En ese orden, si la conclusión era que el Decreto 1189 de 2015 no es un reglamento autónomo constitucional, no habría razón para estudiar el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.

En esos términos expreso las razones de mi salvamento de voto.

Fecha Ut Supra,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera de Estado