

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: *MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN*

Bogotá D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil ocho (2008)

Expediente No.	110010324000200800009-00
Demandante:	María Victoria Quijano Vargas
Demandado:	Ministerio de Comunicaciones
Proceso:	Nulidad contra acto de contenido electoral

Agotados los trámites del proceso de la referencia se profiere fallo de única instancia.

I.- LA DEMANDA

1.- Las Pretensiones

Con la demanda se solicita el siguiente pronunciamiento:

“Declarar la nulidad de la última frase del párrafo primero del artículo 10 del Decreto Numero (sic) 3560 del 18 de septiembre de 2007, que a continuación se subraya:

‘Parágrafo 1º. No podrán participar en la elección del Comisionado de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996, las ligas de asociaciones de televidentes que participaron en la elección del miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión a que hace referencia el literal c) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996. Tampoco podrán hacerlo quienes ostenten la condición de contratistas de la CNTV o prestatarios del servicio de televisión en virtud de una autorización, permiso, licencia o contrato otorgado por la Comisión’”

2.- Soporte Fático

1.- A través del Decreto 2244 de julio 1 de 2005 se reglamentó el procedimiento de elección del miembro de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1 de la Ley 335 de 1996, elección que se realizó entre los meses de julio y octubre del mismo año.

2.- El período del dignatario elegido en el año 2005 venció en octubre 4 de 2007.

3.- El 18 de septiembre de 2007 el gobierno nacional expidió el Decreto 3560 reglamentando la misma elección y derogando el Decreto 2244 de 2005. El artículo 13 de éste decreto estableció que se aplicaría a futuras elecciones por vencimiento de período y que el calendario electoral se elaboraría por la Registraduría Nacional del Estado Civil, quien lo publicaría en su página Web con al menos dos meses de antelación a la finalización del respectivo período. Sin embargo, a 15 días de la culminación del período del actual comisionado se expide el Decreto 3560 de 2007 variando las reglas de juego y determinando en su artículo 8 que en caso de vacancia definitiva por alguna de las causales del artículo 7 de la Ley 182 de 1995, el Secretario General del Ministerio de Comunicaciones, dentro de los 5 días hábiles siguientes, convocaría a elección del nuevo miembro.

4.- El párrafo del artículo 10 del decreto demandado “*establec[ió] una inhabilidad no prevista en la Constitución Nacional, ni en la Ley, ni en los decretos que anteriormente habían reglamentado el procedimiento de elección del miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996*”.

3.- Normas violadas y concepto de la violación

Para la demandante la norma acusada vulnera los derechos de participación y representación política y el derecho a la igualdad previstos en los artículos 2, 13 y 40 de la Constitución, porque:

“... excluye de este proceso de elección a las organizaciones comunitarias que prestan el servicio público de televisión en virtud de la licencia que para tal efecto le ha sido entregada por la Comisión Nacional de Televisión y que por definición constitucional, legal y estatutaria son, a su vez, y así han sido reconocidas en todos los procesos de elección anteriores, Ligas de Televidentes. De igual forma, dicha disposición tampoco permite la participación de las Universidades que tengan licencias para prestar el

servicio público de televisión o que hayan celebrado contratos con la Comisión Nacional de Televisión”.

Agrega que para la conformación de la Comisión Nacional de Televisión la ley ha reconocido la participación a distintas instancias sociales y académicas, como así se registra en el artículo 6 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 1 de la Ley 335 de 1996, en armonía con el artículo 77 Constitucional. Luego de especificar cómo se integra cada grupo elector, la demandante insiste en el carácter fundamental del derecho de representación, que no puede ser desconocido por el Gobierno Nacional a través del ejercicio de su potestad reglamentaria creando *“inhabilidades que excluirían la participación de las organizaciones comunitarias que prestan el servicio público de televisión y de las universidades que tengan licencias para prestar el servicio público de televisión o que tengan contratos con la Comisión Nacional de Televisión”.*

Considera, además, que la restricción a los derechos de participación política sólo puede establecerla el legislador y no el Gobierno Nacional, las que adicionalmente deben ser objeto de interpretación estricta, privilegiando su ejercicio. Por tanto, la norma acusada importa *“el ejercicio por vía reglamentaria de una competencia que está exclusivamente en cabeza del legislador e, independiente de esta falta de competencia, se trata de una disposición que establece una limitación que viola los derechos de igualdad y de participación política y, por consiguiente, de un precepto excesivo, innecesario e irrazonable”.*

De igual forma entiende la demandante que el ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 Constitucional encuentra límites sustanciales en la propia constitución y en la misma ley reglamentada. Por ello, encuentra que la norma censurada adicionó aspectos no regulados en el literal d) del artículo 6 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 1 de la Ley 335 de 1996, al establecer una restricción injustificada y desproporcionada.

Se vulnera igualmente el derecho a la igualdad porque la norma demandada impide que ciertos operadores del servicio público de televisión, como las organizaciones comunitarias y las universidades con licencias para ello, intervengan en la elección del respectivo miembro de la Comisión Nacional de Televisión, quienes resultan discriminados frente a operadores como los canales regionales de

televisión, que sí pueden participar en la elección de otro de los miembros de la misma Junta (Ley 182/95 art. 6 lit. b, mod. Ley 335/96 art. 1).

Hace saber la demandante que la Ministra de Comunicaciones justificó la medida en procurar una mayor transparencia en dicha elección, pero desde luego resulta excesiva, sin olvidar que contradice también el literal m) del artículo 5 de la Ley 182/95, “norma que le otorgó a la Comisión Nacional de Televisión la función de realizar estudios e investigaciones sobre el sector, al tiempo que también contradice la función misional de las Universidades de realizar Investigaciones” (Ley 30/94; C.N. Arts. 69 y 71). Por último, sostuvo la accionante:

“En este sentido, al haber establecido el artículo 71 de la Constitución que en los planes de desarrollo económico y social se incluirá el fomento a la ciencia, la Comisión Nacional de Televisión, en cumplimiento del mandato de formular los planes y programas sectoriales para el desarrollo del servicio de televisión, contenido en el literal h) del artículo 5º de la Ley 182 de 1995, adoptó el Plan de Desarrollo de la Televisión mediante la Resolución 1013 de 2003, acto administrativo en el cual incluyó la realización del Programa de Investigaciones Académicas sobre Televisión. Para la ejecución de este proyecto, la Comisión Nacional de Televisión, en el marco de sus funciones y con arreglo a la Ley de Ciencia y Tecnología, Ley 29 de 1990, suscribió con el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología (Conciencias) el Convenio 055 de 2006, para hacer una convocatoria de investigaciones académicas entre las Universidades, actividad ésta amparada por dicha ley, por la protección constitucional y legal a la investigación (artículo 71 de la Constitución y Ley 30 de 1994, Ley de Ciencia y Tecnología), que luego de haberse realizado bajo los procedimientos de selección por pares académicos del sistema de Ciencia y Tecnología, concluyó en la celebración de contratos con las Universidades que hoy resultan coartadas en su derecho a la participación”

II.- LA CONTESTACIÓN

Se guardó silencio.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no se pronunciaron al respecto.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En opinión de la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado debe anularse el acto acusado. Precisó la colaboradora fiscal que las diferentes imputaciones hechas con la demanda se subsumen en el desconocimiento de la potestad reglamentaria, a la cual le son propios límites como: (i) la reserva legal;

(ii) Sólo sirva para desarrollar la ley o facilitar su ejecución; (iii) es una facultad subordinada, y (iv) no puede desbordar el marco fijado por la ley reglamentada. Agrega que la reserva legal es fijada directamente por el constituyente y corresponde a que “*determinadas materias han de ser reguladas forzosamente por una norma con rango de ley en sentido estricto*”.

Luego de citar apartes del auto 169 del 12 de diciembre de 2000, proferido por la Corte Constitucional, así como algunas reflexiones dadas por esta Sección en el fallo del 14 de septiembre de 2007 Expediente 2007-0018, la Procuradora Delegada señaló que la Comisión Nacional de Televisión se regula por lo previsto en los artículos 76 y 77 de la Constitución, y la integración de su Junta Directiva se rige por lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 335 de 1996, modificatorio del artículo 6 de la Ley 182 de 1995. De cara al anterior panorama jurídico y retomando las restricciones establecidas con el decreto acusado, concluyó dicha agencia del Ministerio Público que lo atinente a la designación de los miembros de esa Junta Directiva, distintos a los designados por el Gobierno Nacional y el que debe elegirse por parte de los canales regionales de televisión, es materia reservada a la ley, como así lo aclara el artículo 77 in fine de la Constitución. Finalmente agregó:

“Lo anterior para significar, que de conformidad con la tesis sobre la reserva legal, el asunto que atañe con estos dos comisionados, el constituyente lo reservó y asignó a la Ley y, siguiendo lo dicho sobre el tema en la sentencia que fue objeto de cita por este Despacho, se ha de concluir entonces en la falta de competencia para expedir el reglamento porque en aquellos eventos en que la Constitución Política haya previsto que será a través de la misma que deberá regularse una materia, no es permitido que ninguna otra autoridad se ocupe de su regulación, puesto que ello conduce a lo que se ha denominado, valga la insistencia, como la deslegalización, correspondiente a la pérdida de grado o jerarquía de esa materia en relación con la estructura jerárquica que implícitamente alberga el ordenamiento constitucional” (Negritas del original)

V. EL TRÁMITE DE INSTANCIA

Inicialmente la demanda se presentó ante la Sección Primera del Consejo de Estado, donde el Consejero sustanciador profirió el auto del 5 de febrero de 2008 remitiéndolo a esta Sección por competencia (Acuerdo 58/1999 art. 13 Sec. 5 num. 1; mod. Acuerdo 55/2003 art. 1). Una vez aquí se admitió por la Sala con auto del 13 de marzo, impartiendo las órdenes relativas a notificaciones y fijación en lista, e igualmente se negó la suspensión provisional solicitada. Una vez cumplido lo anterior y ante el silencio de la parte demandada se abrió el proceso a pruebas con auto del 24 de abril, teniéndose como tales las aportadas por la demandante. Luego, se dictó el auto del 12 de mayo corriendo traslado a las partes por el

término legal de 10 días para que formularan alegatos de conclusión y se dispuso la entrega del expediente al Ministerio Público para lo de su cargo. Ninguna de las partes presentó alegatos y el concepto se emitió en los términos resumidos en esta providencia. Luego de ello el proceso ingresó al Despacho para fallo, lo cual resulta procedente al no advertirse la configuración de ninguna causal de nulidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998, artículo 36; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- Prueba del Acto Acusado

Como se demanda la legalidad de parte del parágrafo 1º del artículo 10 del Decreto 3560 del 18 de septiembre de 2007 *“Por el cual se reglamenta el procedimiento de elección del miembro de Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996”*, expedido por el Presidente de la República, que corresponde a una norma jurídica de alcance nacional¹, no se hace necesario probar su existencia dentro del proceso. Con todo, la parte demandante anexó con su demanda un ejemplar del Diario Oficial de la Imprenta Nacional de Colombia 46.755 del 18 de septiembre de 2007, en el que consta la publicación del mencionado decreto, circunstancia que hace presumir su conocimiento por los asociados².

¹ El artículo 188 del C. de P. C., modificado por el artículo 1 numeral 92 del Decreto 2282 de 1989, solamente exige la prueba de normas jurídicas de alcance no nacional y de leyes extranjeras: *“El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte. La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en artículo 259. También podrá ser expedida por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores. Cuando se trate de ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen”*.

² Esta presunción, una vez ha sido promulgada una norma jurídica como es un decreto reglamentario expedido por el Gobierno Nacional, se fundamenta en el artículo 9 del Código Civil que enseña: *“La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”*.

3.- Problema Jurídico

La señora MARÍA VICTORIA QUIJANO VARGAS formuló demanda de nulidad simple contra la parte del parágrafo 1º del Decreto 3560 del 18 de septiembre de 2007, expedido por el Presidente de la República, que niega la participación en la elección del Comisionado de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996 a los “*contratistas de la CNTV o prestatarios del servicio de televisión en virtud de una autorización, permiso, licencia o contrato otorgado por la Comisión*”. Considera que en esta oportunidad el Gobierno Nacional sobrepasó los límites de la potestad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, puesto que se impuso una restricción que desconoce los derechos de participación y representación política, así como el derecho a la igualdad previstos en los artículos 2, 13 y 40 de la Constitución, e igualmente porque tales limitaciones sólo pueden provenir del legislador y no del ejecutivo; agrega que ciertas universidades, que han sido contratados para adelantar investigaciones académicas en torno al tema de la televisión, resultan discriminadas frente a esa elección.

Como acertadamente lo entendió la Procuradora Séptima Delegada, el debate jurídico suscitado con la formulación de esta demanda gira en torno de establecer los alcances de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional y si para el caso concreto se empleó dentro de los estrictos límites asignados por el constituyente. Con el fin de desarrollar los razonamientos respectivos la Sala hará en un primer acápite las valoraciones necesarias sobre dicha figura jurídica, que desde luego servirán de sustento para asumir el estudio del caso concreto.

4.- La Pote;stad Reglamentaria del Gobierno Nacional

El carácter de República Unitaria con que el constituyente calificó al Estado Colombiano (Art. 1), viene matizado con el acogimiento del principio democrático de la división del poder público en distintas ramas, específicamente por haberse entregado partes del mismo a las Ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial, sin desconocer, por supuesto, la existencia de ciertos órganos autónomos e independientes que también son depositarios de algunas funciones públicas y por tanto de poderes estatales; todo ello con la finalidad de asegurar el efectivo equilibrio en el ejercicio de esas facultades.

Aunque las diferentes ramas del poder público fueron concebidas para que ejercieran funciones diferentes, bajo la idea de que evitando la concentración del poder público se previniera el regreso a regímenes absolutistas y que entre ellas puede realizarse un control que conduzca al equilibrio de los poderes públicos (*check and balance system*), el constituyente de 1991 consagró que “*Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*” (Art. 113), lo que sin duda refleja el ejercicio de funciones separadas por parte de las mismas pero cohesionadas por un mismo propósito, como es la realización de los fines estatales, en especial aquellos que han sido catalogados de esenciales como “*servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*” (Art. 2 C.N.).

A lo largo de la Constitución Política de 1991 se advierte la existencia de un sinnúmero de manifestaciones de la colaboración armónica de las distintas Ramas del Poder Público, y dentro de sus rasgos más sobresalientes está el hecho de que junto a sus funciones consustanciales cada una las mismas puede, bajo circunstancias especiales y excepcionales, desarrollar competencias afines a las otras Ramas del Poder Público. Por ejemplo, el Congreso de la República ejerce función jurisdiccional frente a ciertos funcionarios del mayor nivel de la administración pública (Art. 178.3); asimismo, algunas autoridades administrativas pueden, eventualmente, desarrollar funciones jurisdiccionales (Art. 116.3); a su vez, la Rama Judicial ostenta facultades para designar altos funcionarios ajenos a la misma, como es el caso, Vr. Gr., del Fiscal General de la Nación que es designado por la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República (Art. 249), o del Contralor General de la República, cuya elección hace el Congreso Pleno de terna conformada por candidatos escogidos por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (Art. 267).

Dentro de la gama de manifestaciones de la colaboración armónica de las distintas Ramas del Poder Público se halla el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República en su condición de máxima autoridad

administrativa³. Esa competencia aparece registrada en el artículo 189 Constitucional en los siguientes términos:

“Artículo 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. (...)”

Si bien *“Corresponde al Congreso hacer las leyes” (Art. 150)*, y a través de las mismas regular diferentes temas, está visto que la plenitud no es rasgo fundamental de la actividad legislativa, esto es que las normas jurídicas así expedidas no alcanzan el grado de desarrollo o detalle requerido para su *“cumplida ejecución”*, motivo por el que resulta absolutamente necesario que el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria y como suprema autoridad administrativa, entre a colaborar con el poder legislativo expidiendo los actos administrativos que se requieran para que las leyes puedan ejecutarse.

Se trata, entonces, de una facultad inherente a la dignidad del Presidente de la República, que puede ser ejercida en todo momento en tanto exista o se halle vigente la ley que le sirve de referente normativo, estando el primer mandatario en capacidad no solo de dictar el primer acto reglamentario sino que también puede, a través de un acto de la misma naturaleza, modificar su regulación anterior, sin que ni lo uno ni lo otro impida que el legislador, si así lo considera, fije otras reglas sobre el particular expidiendo una ley, cuya jerarquía se impondrá a las regulaciones del Gobierno Nacional, ya que el poder que éste ejerce es subordinado y subsidiario de la voluntad del legislador, gracias a la primacía del principio democrático que vía separación de poderes reconoce la soberanía del Congreso de la República en todo lo relativo a la expedición de las leyes.

Resulta necesario, a los fines del debate jurídico que ocupa la atención de la Sala, determinar los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, ya que estableciendo esos linderos se podrá determinar si el Gobierno Nacional los traspasó o no al expedir la norma acusada. Así, cuando dicho servidor público actúa como máxima autoridad administrativa y expide actos reglamentarios de las Leyes de la República, debe atender los límites fijados en la ley misma así como los parámetros derivados del propio texto constitucional,

³ Así lo define el artículo 115 Constitucional al prescribir que *“El Presidente de la República es jefe del Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa”*.

es decir debe cuidar que la reglamentación encaje perfectamente en la ley reglamentada y efectivamente sirva para su ejecución, y de que no termine ocupándose de materias que el constituyente haya reservado exclusivamente al legislador.

En cuanto a lo primero, a los límites derivados de la propia ley, se ha establecido que el ámbito de actuación del Presidente de la República por medio de la potestad reglamentaria es inversamente proporcional al grado de desarrollo que el legislador haya consagrado en la ley reglamentada; es decir, del grado de detalle con que el legislador haya expedido la ley dependerá el ámbito de actuación del Gobierno Nacional, de modo que si la regulación legal es de gran extensión la potestad reglamentaria sólo comprenderá aquellos espacios no regulados, sin que sea procedente ocuparse de asuntos ya tratados puesto que muy seguramente podría configurarse una ilegalidad por exceso en el ejercicio de esa atribución; y, a contrario sensu, si la ley apenas sí tiene un grado leve de reglamentación, la máxima autoridad administrativa está habilitada para ejercer dicha competencia con mayor amplitud. Tal ha sido la posición de la Doctrina Constitucional, que al efecto ha considerado:

“21. Ahora bien, la doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reversa de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338)”⁴

⁴ Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004. Sobre el mismo punto dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-508 del 3 de julio de 2002 “la extensión del campo para ejercer la potestad reglamentaria

Con todo, la tesis expuesta por la Sala en el párrafo anterior no rige con carácter absoluto, puesto que han de considerarse los límites constitucionales al ejercicio de esa atribución. Éste, que es el segundo de los límites anunciados, se materializa en el tema de la Reserva Legal, por virtud del cual el constituyente ha dispuesto que determinadas materias sean directamente desarrolladas a través de la función legislativa, garantía que impide que sea por medio de la potestad reglamentaria que se produzca su regulación; o como lo dijera la Doctrina Constitucional:

“45.- La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. Así, la determinación de dicha reserva en nuestro ordenamiento se ha contemplado en el texto constitucional, de manera general para los derechos fundamentales en el artículo 152 Superior. Incluso si los artículos en concreto de la parte sustancial de la Constitución no lo expresan explícitamente. De otro lado, también la reserva de ley se contempla para asuntos distintos a la regulación de los derechos fundamentales, en los casos en que las normas constitucionales así lo disponen de manera textual. El efecto de lo anterior es la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal⁵, de lo contrario vulnerarían la Constitución”⁶

Por lo mismo, cuando un determinado asunto es reservado por el constituyente para que sea directamente el Congreso de la República quien lo regule a través de una ley, no es dable que sea el Gobierno Nacional quien expida la normatividad correspondiente, ya que a no ser que se trate de un decreto de facultades extraordinarias –Decreto Ley-, las normas que así expida el ejecutivo nacional apenas sí tendrán la categoría de acto administrativo o reglamento, con lo que nítidamente se produce una desjerarquización de la materia, que reservada por el constituyente para que se expidiera con categoría de Ley de la República, termina procediéndose con una categoría inferior, como es el reglamento. Es decir, se produce una Deslegalización de la materia, con lo que sin duda se desconoce el ordenamiento constitucional que ha previsto su regulación a través de una norma con una jerarquía superior. Al respecto la jurisprudencia de la Sala ha dicho:

no la traza de manera subjetiva y caprichosa el Presidente de la República, sino que la determina el Congreso de la República al dictar la ley, pues a mayor precisión y detalle se restringirá el ámbito propio del reglamento y, a mayor generalidad y falta de éstos, aumentará la potestad reglamentaria”.

⁵ Las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (arts 150, 151 y 152 C.N), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento, tanto en normas constitucionales (por ejemplo arts. 212, 213 y 215 C.N), como en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (art 150.10 C.N) y demás decretos leyes, tales como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros.

⁶ Sentencia C-1262 del 5 de diciembre de 2005.

“Así, la reserva legal es un ámbito de competencia que el constituyente apartó exclusivamente a la ley entendida en sentido formal, de suerte que en aquellos eventos en que la Constitución Política haya previsto que será a través de la misma que deberá regularse una materia, no es permitido que ninguna otra autoridad se ocupe de su regulación, puesto que ello conduce a lo que se ha denominado, valga la insistencia, como la deslegalización, correspondiente a la pérdida de grado o jerarquía de esa materia en relación con la estructura jerárquica que implícitamente alberga el ordenamiento constitucional”⁷

De acuerdo con lo discurrido entiende la Sala que la Potestad Reglamentaria con que cuenta el Gobierno Nacional tiene una doble limitación. Por un lado, depende del grado de desarrollo legislativo, pues a mayor extensión en el desarrollo legal menor será el margen de actuación del ejecutivo nacional y viceversa; e igualmente está sujeta a las restricciones impuestas por el constituyente, entre las que cuenta lo atinente a la Reserva Legal. En claro lo anterior, se valorará si la norma acusada desbordó esos límites.

5.- El Caso Concreto

Para determinar la legalidad o ilegalidad de la norma demandada debe precisar la Sala, antes que nada, la tipología de la prescripción que se enjuicia, valga decir si contiene un mandato de actuación, una prohibición, en fin qué es sustancialmente y con qué tipo de derechos se relaciona. Para ello resulta apropiado recordar en este momento que el parágrafo 1º del artículo 10 del Decreto 3560 del 18 de septiembre de 2007 *“Por el cual se reglamenta el procedimiento de elección del miembro de Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996”*, expedido por el Presidente de la República, dispone:

“Parágrafo 1º. No podrán participar en la elección del Comisionado de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996, las ligas de asociaciones de televidentes que participaron en la elección del miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión a que hace referencia el literal c) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996. Tampoco podrán hacerlo quienes ostenten la condición de contratistas de la CNTV o prestatarios del servicio de televisión en virtud de una

⁷ Fallo del 14 de septiembre de 2007. Expediente 11001032800020070018-00. Actor: Alberto Pico Arenas. Demandado: Ministerio de Comunicaciones. Con esta sentencia la Sala anuló la parte del numeral 3 del artículo 10 del Decreto 2244 de 2005, dictado por el Presidente de la República para reglamentar la elección del miembro de la Junta Directiva de la CNTV de que trata el literal d) del artículo 1 de la Ley 335 de 1996, que decía: “El acto de inscripción y acreditación por ser un acto de trámite, no es susceptible de recurso alguno”. Lo hizo, fundamentalmente, porque se desconoció el principio de la Reserva Legal, ya que al ejercerse la potestad reglamentaria violó lo previsto en el artículo 150 Constitucional, en tanto asigna exclusivamente al Congreso de la República la competencia para expedir códigos.

autorización, permiso, licencia o contrato otorgado por la Comisión” (Lo subrayado es lo acusado)

Con la norma anterior se reglamentó, en parte, el literal d) del artículo 1 de la Ley 335 de 1996, que modificó el artículo 6 de la Ley 182 de 1995, relativo a la elección del miembro de la Comisión Nacional de Televisión que representa a los siguientes grupos electores: (i) Ligas y asociaciones de padres de familia; (ii) Ligas de asociaciones de televidentes; (iii) Facultades de educación, y (iv) Facultades de Comunicación Social, las dos últimas de universidades legalmente constituidas y reconocidas con personería jurídica vigente. Al hacerlo, el Gobierno Nacional determinó que no podrían participar en la elección de ese funcionario quienes tengan “*la condición de contratistas de la CNTV o prestatarios del servicio de televisión en virtud de una autorización, permiso, licencia o contrato otorgado por la Comisión*”.

Es decir, el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria y en el contexto de la elección del miembro de que trata el literal d) del artículo 1 de la Ley 335 de 1996, impuso una restricción al derecho a elegir que pudieran tener los “*contratistas de la CNTV o prestatarios del servicio de televisión en virtud de una autorización, permiso, licencia o contrato otorgado por la Comisión*”, que eventualmente pudieran estar dentro de cualquiera de los cuatro grupos de electores. Frente a ello encuentra la Sala que la medida es ilegal, de acuerdo con las siguientes razones:

En primer lugar, el ordenamiento constitucional consagra dentro de sus fines “*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*” (Art. 2), lo que bien puede calificarse de democracia participativa en tanto propugna porque las personas, individualmente consideradas o a través de asociaciones, tomen partido en las decisiones que de alguna manera puedan afectarlos, lo que además asegura, de cierto modo, que esas decisiones consulten en mayor medida el interés general y el bien común. El mismo postulado se constituye en la esencia del derecho fundamental consagrado en el artículo 40 Constitucional que reconoce a “*Todo ciudadano [el] derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*”, a través de acciones como “*Elegir y ser elegido*” (1), “*Tomar parte en elecciones*” (2) y “*Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos*” (7), en fin todas aquellas actuaciones connaturales al ejercicio de la democracia, cuya manifestación más importante es al momento de escoger por voto popular los dignatarios que accederán al poder político, pero que también sirve de referente para la elección de dignatarios ante cuerpos colegiados no elegidos a través del

voto popular sino por el voto de sectores íntimamente relacionados con la entidad respectiva.

De otro lado, el constituyente fue especialmente celoso en cuanto al órgano competente para regular lo atinente al ejercicio de los derechos fundamentales, en especial lo concerniente a sus restricciones. Así, determinó que sólo el Congreso de la República podría regular lo relativo a los “*Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección*” (Art. 152. lit. a); igualmente estableció que dicho órgano se ocuparía de expedir las leyes sobre “*el ejercicio de las funciones públicas*” (Art. 150 num. 23); también reservó al constituyente y al legislador la competencia para fijar “*las calidades, inhabilidades, incompatibilidades,...* de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales” (Art. 293).

En fin, el ordenamiento constitucional refleja una filosofía clara en la forma de concebir la competencia sobre el tratamiento de los derechos fundamentales, reservada exclusivamente al constituyente y al legislador, lo cual resulta entendible en la medida en que el órgano legislativo, máximo representante de la voluntad popular, puede definir los límites al ejercicio de esos derechos, siempre que ello ocurra dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad, ya que se trata del órgano de máxima representación democrática del Estado. Por lo mismo, el Gobierno Nacional no puede, en manera alguna, a través de su potestad reglamentaria, entrar a fijar límites o restricciones a los derechos fundamentales, puesto que frente a esa materia el ordenamiento superior estableció una reserva a favor del constituyente y del legislador, en la que incluso no puede penetrar el ejecutivo a través del ejercicio de facultades extraordinarias, es decir que la materia inherente a los derechos fundamentales no puede ser regulada por el Presidente de la República por medio de decretos leyes, menos aún por conducto de decretos reglamentarios⁸.

Estas elucubraciones permiten concluir a la Sala que con la norma acusada el Gobierno Nacional reguló una materia que tiene reserva de Ley, tanto en la Ley

⁸ No desconoce la Sala que el Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, íntimamente relacionado con los derechos fundamentales, fue expedido por el Presidente de la República. Sin embargo, esto no se opone a lo sostenido en éste párrafo, pues se trató de una situación excepcional y única, ya que el Gobierno Nacional pudo ocuparse de esa materia por expresa habilitación del constituyente en el literal b) del artículo transitorio 5 de la Constitución de 1991; competencia que una vez ejercida se agotó, de modo que actualmente es solamente el Congreso de la República el órgano que puede encargarse de fijar restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales.

Fundamental o Constitución Política como en la Ley formal; es más, en cuanto a lo último debe señalarse, como con acierto lo hizo la colaboradora fiscal, que la materia relacionada con la elección de ese miembro de la Comisión Nacional de Televisión lo reservó el constituyente al legislador, tal como se puede apreciar en el artículo 77 superior:

“Artículo 77.- La dirección de la política que en materia de televisión determine la ley sin menoscabo de las libertades consagradas en esta Constitución, estará a cargo del Organismo mencionado.

La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio. La dirección y ejecución de las funciones de la entidad estarán a cargo de una Junta Directiva integrada por cinco (5) miembros, la cual nombrará al Director. Los miembros de la Junta tendrán período fijo. El Gobierno Nacional designará dos de ellos. Otro será escogido entre los representantes legales de los canales regionales de televisión. La Ley dispondrá lo relativo al nombramiento de los demás miembros y regulará la organización y funcionamiento de la Entidad.

PARÁGRAFO.- Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión” (Negrillas de la Sala)

Sin embargo, es necesario advertir que una vez ha sido expedida la ley correspondiente, la potestad reglamentaria solamente queda prohibida, en el caso bajo estudio, en temas puntuales como la restricción al derecho fundamental de elegir, puesto que en lo demás es válido que el ejecutivo entre a colaborar con el legislativo desarrollando la ley en aquellos aspectos no contemplados en la misma y que guarden relación con el procedimiento de elección. Esta aclaración vale porque podría llevarse la tesis de la Sala al extremo de que donde exista Reserva Legal queda totalmente abolida la potestad reglamentaria y esa no es la convicción de la Sección.

En segundo lugar, arriba sostuvo la Sala que la potestad reglamentaria era inversamente proporcional al grado de desarrollo legal de una determinada materia y que su ejercicio devendría ilegal cuando la ley contara con un grado de detalle tal, que llevara a pensar que allí nada tendría que hacer el ejecutivo nacional. Aunque las consideraciones anteriores, según las cuales la materia atinente a las restricciones al ejercicio del derecho fundamental a elegir tiene Reserva Legal, bastarían para hacer inane cualquier reflexión sobre el particular, no sobra señalar que la Ley 182 del 20 de enero de 1995 “Por la cual se reglamenta el servicio de televisión, y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de

telecomunicaciones”, incorporó una regulación amplia en los capítulos I y II de su Título II, puesto que allí no sólo se encuentran la naturaleza jurídica, objeto, funciones y composición de la Comisión Nacional de Televisión, sino también, y lo más importante, los requisitos y calidades para integrarla, las inhabilidades para ser elegido allí y las incompatibilidades a que se enfrentan sus miembros (Arts. 6 a 10).

Denota la Sala que el legislador fue en verdad específico en cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de la Comisión Nacional de Televisión, es decir las prohibiciones fueron directamente dictadas por el legislador y por lo mismo la decisión del Gobierno Nacional de implementar algunas circunstancias impeditivas para participar en los grupos electores del miembro de la Junta Directa de que trata el literal d) del artículo 1 de la Ley 335 de 1996, resultan ilegales, no sólo porque se trata de una materia con Reserva Legal, sino también –omitiendo la potísima razón anterior- porque el legislador fijó un régimen de restricciones que no puede ser ampliado por la primera autoridad administrativa del Estado Colombiano.

En tercero y último lugar, la regulación efectuada por el Gobierno Nacional a través de la norma acusada, desconociendo que frente a la materia relativa a la restricción del derecho fundamental a elegir existe Reserva Legal, configura una típica deslegalización, al regularse una materia que debía constar en una Ley de la República, en una norma jurídica que apenas sí llega a la categoría de un acto administrativo de naturaleza reglamentaria.

6.- Conclusión

De lo discurrido en precedencia establece la Sala que el aparte acusado del párrafo 1º del artículo 10 del Decreto 3560 del 18 de septiembre de 2007 “*Por el cual se reglamenta el procedimiento de elección del miembro de Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996*”, expedido por el Presidente de la República, está afectado de nulidad, debido a que la primera autoridad administrativa del Estado, en su producción, desconoció los límites de la Potestad Reglamentaria y que esa materia, por corresponder a la restricción de derechos fundamentales, tiene Reserva Legal.

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

FALLA

PRIMERO: ANULAR la parte que a continuación se resalta del párrafo 1º del artículo 10 del Decreto 3560 del 18 de septiembre de 2007 “*Por el cual se reglamenta el procedimiento de elección del miembro de Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996*”, expedido por el Presidente de la República, a saber:

“Parágrafo 1º. No podrán participar en la elección del Comisionado de Televisión de que trata el literal d) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996, las ligas de asociaciones de televidentes que participaron en la elección del miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión a que hace referencia el literal c) del artículo 1º de la Ley 335 de 1996. Tampoco podrán hacerlo quienes ostenten la condición de contratistas de la CNTV o prestatarios del servicio de televisión en virtud de una autorización, permiso, licencia o contrato otorgado por la Comisión”

SEGUNDO: Comuníquese esta determinación a la Presidencia de la República, a la Comisión Nacional de Televisión y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para los fines pertinentes.

TERCERO: En firme esta providencia archívese el expediente.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFIQUESE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidenta

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

Expediente 11001032400020080009-00
Actor: María Victoria Quijano Vargas
Demandado: Ministerio de Comunicaciones
Electoral – Fallo Única Instancia

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA

MAURICIO TORRES CUERVO