



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D. C. Agosto catorce (14) de dos mil ocho (2008)

Radicación No : **11001 03 26 000 1999 00012 01 (16230)**
Actor : **Javier Obdulio Martínez Bossa**
Demandado : **Comisión Nacional de Televisión**
Referencia : **Acción Pública de Nulidad**

Procede la Sala a decidir la acción pública de nulidad incoada por el ciudadano Javier Obdulio Martínez Bossa contra la totalidad del Acuerdo 49 del 22 de diciembre de 1998, expedido por la Comisión Nacional de Televisión —CNTV—, “[P]or el cual se reglamenta el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión en la modalidad del servicio de Televisión por Suscripción”.

I.- ANTECEDENTES.

1. La demanda.-

Mediante escrito presentado el 18 de enero de 1999¹, el señor Javier Obdulio Martínez, obrando en su propio nombre, formuló demanda contra la Comisión Nacional de Televisión para que se declare la nulidad del Acuerdo 49 de 1998.

¹ Folios 7 a 16 del cuaderno principal.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

1.1. Hechos.-

Los fundamentos fácticos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

1.1.1. La Ley 182 de 1995 estableció como requisito para participar en los procedimientos de licitación que adelante la Comisión Nacional de Televisión respecto de la operación de canales nacionales de operación privada (antes denominados canales zonales) —artículo 48— y para la concesión de espacios de televisión en los canales nacionales de operación pública —artículo 49, modificado por el artículo 10 de la Ley 335 de 1996—, la obligación de estar inscrito en el Registro Único de Operadores del Servicio de Televisión.

1.1.2. Por su parte, el artículo 24 de la mencionada Ley 182 señaló que cualquier servicio de televisión no autorizado por la Comisión Nacional de Televisión o que opere frecuencias sin previa asignación “*es considerado clandestino*” y, por tanto, tal entidad debe proceder a “*suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo, o penal a que hubiere lugar conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes*”.

Entre las normas legales vigentes se encuentra la Ley 422 de 1998, según la cual quien acceda, use o “*preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años ...*”

1.1.3 El 22 de diciembre de 1998, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión expidió el Acuerdo 49, por el cual reglamentó el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión en la modalidad de servicio de televisión por suscripción, con lo cual excedió sus atribuciones, habida cuenta que estableció la obligatoriedad de la inscripción en el



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

citado registro para una modalidad que no fue establecida por el legislador.

Adicionalmente, el párrafo del artículo 8º del acto demandado autoriza y concede efectos a una conducta violatoria de la normatividad, como es la de prestar el servicio de televisión sin concesión legalmente otorgada.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación.

Manifestó el demandante que las disposiciones acusadas violan los preceptos legales que se relacionan a continuación:

1.2.1. Artículos 5º de la Ley 182 de 1995 y 22 de la Ley 80 de 1993.-

Considera el demandante que la Comisión Nacional de Televisión, mediante el Acuerdo 49 de 1998, desbordó las facultades legales previstas en el artículo 5º de la Ley 182 de 1995, consistentes en dirigir, ejecutar y desarrollar la política general del servicio de televisión, al señalar como exigencia para la contratación del servicio de televisión por suscripción la inscripción en el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión, propósito para el cual la ley no consagró tal requisito.

A juicio del demandante, el artículo 22 de la Ley 80 de 1993 excluye del requisito de clasificación y calificación en el registro de proponentes a quienes aspiren a celebrar contratos de concesión con el Estado, cualquiera que sea el objeto de aquellos. Por su parte, la Ley 182 de 1995 sólo previó la obligación de registro previo en dos casos: de un lado, la concesión de canales nacionales de operación privada (artículo 48) y, de otro, la concesión de espacios de televisión en canales de operación pública (artículo 49), sin que el aludido cuerpo normativo hubiese previsto la exigibilidad del referido requisito tratándose de la televisión por suscripción, no obstante lo cual el acusado Acuerdo 49 sí lo hace obligatorio.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Al respecto, el demandante precisó que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 23 de la Ley 335 de 1996, cuando en la Ley 182 de 1995 se encuentre la expresión “*Canal Zonal*” o “*Canales Zonales*”, debe entenderse que se trata de canales nacionales de operación privada, de suerte que es ése el sentido en el cual debe interpretarse el referido artículo 48 *ibídem* y no como si las referidas expresiones incluyeran a los operadores zonales de televisión por suscripción, modalidad que no existía hasta la expedición de la Ley 335 de 1996, en la cual ninguna disposición hace referencia al registro previo como requisito para la concesión de este servicio.

1.2.2. Artículos 24 y 25 de la Ley 182 de 1995.- Tales disposiciones se estiman vulneradas por el acto acusado como quiera que éste, al consagrar en el parágrafo de su artículo 8º la posibilidad de que un “*prestatario informal*” —definido por el último de los preceptos citados como la “*empresa que ha venido prestando el servicio de televisión por suscripción sin concesión legalmente otorgada*”— pueda participar en una licitación pública, desconoce los mandatos de la Ley 182, en sus artículos 24 y 25, mismos que consideran la prestación del servicio de televisión sin concesión legalmente otorgada como una actividad clandestina.

Concluyó el demandante que el referido dispositivo normativo del acto censurado se opone al artículo 25 de la Ley 182 de 1995, norma que establece que sólo pueden recibir y distribuir señales accidentales los operadores públicos, privados, comunitarios y los concesionarios de espacios de televisión, previa “*autorización y pago de los derechos de autor correspondientes, y en virtud de la concesión otorgada por ministerio de la ley o por la Comisión Nacional de Televisión*”.

1.2.3. Violación del artículo 6º de la Ley 422 de 1998.- En los términos del artículo 6º de la Ley 422 de 1998 se estableció que quien acceda, use o



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

“preste sus servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales”, tipificación que incluye como causal de agravación punitiva, que aumenta la pena en una tercera parte a la mitad, que quien incurriere en la conducta punible sea “quien hubiese explotado comercialmente por sí o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados”; no obstante, en el demandado párrafo del artículo 8º del Acuerdo 49 de 1998 de la CNTV, se permite, a quien esté incurso en tal conducta delictiva, llevar a cabo el registro para efectos de participar en futuros procedimientos de licitación, razón por la cual se reclama la declaratoria de ilegalidad del segmento normativo en cuestión.

1.3. Trámite del proceso.-

1.3.1 La demanda fue admitida mediante providencia del 15 de abril de 1999², en la cual, adicionalmente, se denegó la solicitud de suspensión provisional del Acuerdo 49, de diciembre de 1998, expedido por la Comisión Nacional de Televisión. La mencionada providencia fue notificada el día 20 de abril de 1999³.

1.3.2 Mediante escrito radicado ante la Secretaría de esta Sección el día 18 de agosto de 1999, la Comisión Nacional de Televisión, por intermedio de apoderado, contestó la demanda; como razones de la defensa expuso las siguientes⁴:

a. De acuerdo con lo preceptuado por los artículos 76 y 77 de la Constitución Política, la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión está a cargo de

² Folios 25 a 30 del cuaderno principal.

³ Folios 30 y 35 del cuaderno principal.

⁴ Folios 38 a 44 del cuaderno principal.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

la Comisión Nacional de Televisión, organismo que tiene a su cargo la dirección de la política en materia de televisión a nivel nacional.

En desarrollo de los aludidos mandatos constitucionales, el artículo 5º de la Ley 182 de 1995 consagró, entre las funciones a cargo de dicha entidad, la de reglamentar “[...] *los requisitos de las licitaciones, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio aplicable a los concesionarios, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos [...]*”; y, en relación con tales facultades, el Consejo de Estado, en concepto de 4 de diciembre de 1998, manifestó que la CNTV, “*en ejercicio de dicha función, puede establecer un registro como requisito previo de participación en la licitación para el otorgamiento de la concesión de operación municipal o distrital de televisión por suscripción y proceder a su reglamentación*”, razón por la cual estima la entidad demandada que el primer cargo formulado no puede prosperar.

b. Frente al segundo y tercer cargos, la Comisión consideró que el artículo 8º de la Ley 335 de 1996 modificó el artículo 43 de la Ley 182 de 1995 al establecer un Plan de Formalización y Normalización del Servicio, en un plazo de cinco (5) años, para aquellas empresas, sociedades, consorcios o uniones temporales que han venido prestando el servicio de televisión por suscripción de manera informal, con el fin de que puedan participar en un procedimiento de licitación de conformidad con los requisitos establecidos en la mencionada normatividad, según se desarrolló en el Acuerdo 14 de 1997.

Resalta sobre el particular la demandada que el Consejo de Estado, en providencia de 22 de mayo de 1997, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente 4387, manifestó:

“El hecho mismo de que la ley faculte a la Comisión Nacional de Televisión para implementar un plan de la índole indicada, para los fines señalados, evidencia que el legislador tenía bien presente la



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

existencia de operadores de televisión por suscripción que no contaban con autorizaciones para ello, pues no de otra manera se entiende que uno de los fines de ese plan fuese “fomentar la formalización”, puesto que solo se formaliza lo informal.

El enunciado según el cual quien ocupe el espectro electromagnético sin autorización es un operador clandestino, que es de la esencia de la norma superior que se dice infringida (Art. 24 ley 182 de 1995), no se opone per se a que el legislador opte, antes de sancionar, por dar la oportunidad de este tipo de operadores de adecuarse a la formalidad, con miras a asegurar la recepción de recursos para el Estado, de poderlos vigilar y controlar como se señala en el parágrafo del artículo 1 (sic) del artículo 8 de la ley 335 de 1996”.

De manera que, en criterio de la entidad demandada, por las referidas razones los cargos formulados contra las disposiciones demandadas deben ser desestimados.

1.3.3. Mediante auto de 2 de diciembre de 1999⁵ se ordenó tener como pruebas tanto los documentos allegados con la demanda como los aportados con la contestación de la misma y, a través del auto calendado el 10 de febrero de 2000⁶, se dispuso correr traslado, por el término de 10 días, a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto. La parte demandante guardó silencio. La parte demandada reiteró, en lo sustancial, los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.3.4. El **Ministerio Público**, mediante concepto radicado el 7 de marzo de 2000⁷, consideró que, tal como fue previsto por el artículo 5º de la Ley 182, la Comisión Nacional de Televisión tenía la facultad de establecer los requisitos de las licitaciones para la contratación del servicio de televisión, en términos generales, esto es, tanto para la televisión abierta como para la televisión por suscripción (artículo 20), facultad que, además, se

⁵ Folio 134 del cuaderno principal.

⁶ Folio 136 del cuaderno principal.

⁷ Folios 147 a 162 del cuaderno principal.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

encuentra confirmada en el artículo 43 *ibídem* —modificado por el 8º de la Ley 335 de 1996—, el cual, de manera concreta, radicó en ese organismo, en relación con la modalidad de televisión por suscripción, la función de reglamentar los requisitos de las licitaciones y de los nuevos contratos a suscribirse, razón por la cual la Comisión —según el parecer de la vista fiscal— actuó dentro de sus competencias y en ejecución de las políticas de televisión señaladas por la ley.

Frente al segundo y tercer cargos, estima el Ministerio Público que éstos están llamados a prosperar, dado que la norma acusada no se limitó a definir quién es prestatario informal sino que, adicionalmente, le dio a éste la oportunidad de participar en un procedimiento de licitación asignándole hasta el 30% de la calificación señalada para el factor de experiencia, es decir, que atribuyó efectos a una situación que la Ley 182 consideró ilegal y que la Ley 422, de enero de 1998, tipificó como delito.

En este estado del trámite procesal y sin que se observe la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

II.- CONSIDERACIONES.

2.1. Lo que se debate.

Con el propósito de desatar la litis, deberá la Sala despejar los siguientes problemas jurídicos.

a. Precisar cuál es la naturaleza jurídica del acto demandado, con el propósito de clarificar tanto (i) la competencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para conocer de la misma, como (ii) el conjunto normativo en relación con el cual debe efectuarse el



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

contraste de la decisión censurada a efecto de establecer si la misma resulta, o no, ajustada a Derecho.

A tal efecto será menester ocuparse (i) del tratamiento que a la potestad reglamentaria se dispensa en el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) de la posición que constitucionalmente ocupa, dentro de la estructura del Estado, la entidad que expidió el acto cuestionado y, como corolario de lo anterior, (iii) de identificar el plexo normativo al cual éste debía supeditarse, así como los alcances de dicho sometimiento y el órgano jurisdiccional a cuyo cargo se encuentra la misión de velar porque dicha sujeción se mantenga.

b. Establecer si la Comisión Nacional de Televisión tenía competencia, o no, para expedir el Acuerdo 49 de 1998, “[P]or el cual se reglamenta el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión en la modalidad del servicio de Televisión por Suscripción”.

c. Determinar si la previsión contenida en el parágrafo del artículo 8º del Acuerdo enjuiciado, en la medida en que prevé la posibilidad de que los “prestatarios informales” del servicio de televisión por suscripción puedan participar en las licitaciones orientadas al otorgamiento de concesiones para la prestación de dicho servicio, comporta una violación de lo normado por los artículos 24 y 25 de la Ley 182 de 1995 y/o por el artículo 6º de la Ley 488 de 1998.

2.2. La potestad reglamentaria en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.2.1. Noción, modalidades y justificación.

Abordar la noción de reglamento en el derecho público contemporáneo exige, como punto de partida, dejar atrás la clásica formulación del principio de separación de poderes, en virtud de la cual resultaba necesario atribuir a cada una de las tres ramas o poderes clásicos la responsabilidad de desplegar, en forma exclusiva, sendas tareas ontológicamente distintas: la ejecutiva, la legislativa y la judicial. De acuerdo con la aludida versión original de dicho principio estructural



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

del Estado de Derecho, el Legislador fue instituido con el propósito de crear derecho, mientras que la Administración y la Jurisdicción fueron diseñadas “apenas” para aplicarlo, planteamiento que ha influido, de manera muy significativa, en la catalogación de las normas reglamentarias como relacionadas con materias que no son de naturaleza “legislativa” sino “administrativa” y en la consideración de acuerdo con la cual mediante el reglamento no se “crea” derecho sino que se “aplica” el mismo.

Sin embargo, carece a todas luces de sustento no sólo dogmático jurídico sino, además, evidentemente empírico, sostener, actualmente, que el reglamento no crea derecho por la sola circunstancia de no ser expedido por el Legislador formal. Desde el punto de vista dogmático, quizás los argumentos más sólidos enderezados a sustentar que la actividad reglamentaria comporta la creación de normas jurídicas los aporta la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, dentro de la cual se elabora una especial justificación y explicación del principio de separación de poderes en clave de distribución de funciones en el proceso de producción de normatividad por parte de los distintos órganos del Estado.

Para Kelsen la división de poderes constituye un principio cuyo alcance no puede ser otro que el de identificar diversos grados de producción normativa jerarquizada dentro del Estado, de suerte que las tradicionalmente catalogadas como funciones distintas y separadas con el propósito de fungir como sistema de frenos y contrapesos, no son más que diversas instancias normativas instituidas por el ordenamiento jurídico con el propósito de estructurar el proceso de creación jurídica estatal. En ese orden de ideas, en la instancia normativa subsiguiente a la Constitución —la cual ocupa la máxima posición en la correspondiente estructura jerárquica— puede ubicarse la función legislativa, encargada de desarrollar la norma fundamental a través de normas generales; a renglón seguido y también con la virtualidad de desplegar procesos normativos generales distintos de los llevados a cabo por el Legislador, debe darse cuenta de la Administración, la cual, además de ejercer la potestad reglamentaria —consecuentemente creadora de derecho—, individualiza el derecho, al igual que lo hacen los jueces, concretándolo a cada



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

supuesto específico⁸. Las funciones legislativa, administrativa y judicial son, por tanto, distintos niveles positivos sub y supraordenados de creación normativa. Por lo demás, la simple constatación de la realidad actual, pletórica de regulaciones de indubitable alcance normativo expedidas por órganos constitucionales distintos del Congreso (o Parlamento en otros sistemas político-jurídicos) —al punto que la jurisprudencia constitucional sostiene la existencia de un reparto de competencias *normativas* entre la ley y el reglamento⁹—, evidencia el acierto del planteamiento kelseniano.

En línea con lo recién expuesto, tanto la jurisprudencia nacional¹⁰ como la doctrina más autorizada en la materia¹¹ han coincidido, en lo sustancial, en señalar que la voz *reglamento* hace alusión al conjunto *normativo* generador o regulador de situaciones jurídicas generales, impersonales o abstractas,

⁸ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, traducción de Roberto Vernengo, 5ª edición, UNAM, México, 1986, capítulo quinto. En la misma dirección anotada, señala el referido autor que “[l]as funciones fundamentales del Estado no son tres, sino dos: creación y aplicación (ejecución) de la ley, y estas funciones no se encuentran coordinadas, sino sub y supraordinadas. Además, no es posible definir las líneas que separan estas funciones entre sí, puesto que la distinción entre creación y aplicación del derecho —que sirve de base al dualismo: poder legislativo y poder ejecutivo (en el sentido más lato)— tiene solo un carácter relativo, ya que en su mayoría los actos del Estado son al propio tiempo de creación y de aplicación del derecho. Es imposible asignar en forma tan exclusiva la creación del derecho a un órgano y la aplicación (ejecución) del mismo a otro, que ninguno de los dos pueda cumplir simultáneamente ambas funciones”. Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, 3ª reimpresión de la segunda edición, UNAM, México, 1983, p. 319.

⁹ En tal sentido pueden verse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-234 de 2.002, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett y C-1191 de 2.001; Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.

¹⁰ Sobre el punto, por vía de ejemplo, se ha sostenido lo siguiente: “... *acto administrativo general, entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas*”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de agosto 1º de 1991; Expediente 6802; Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que el reglamento es el “... *conjunto de normas generadoras de situaciones jurídicas generales, dictadas por la Administración, o por los distintos organismos del Estado o del Poder Público, que no ostentan la potestad legislativa*”. Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-447 de 1996; Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz y C-712 de 2.001, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 7ª reimpresión de la segunda edición, Ariel, Barcelona, 1999, p. 214.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

proferido por aquellos órganos del Estado que no ejercen, desde el punto de vista formal, la función legislativa, sino que, por el contrario, constitucionalmente tienen asignado, primordialmente, el ejercicio de funciones administrativas —bien que se trate de órganos ubicados dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público, ora tratándose de órganos autónomos e independientes de la estructura de las tres “Ramas clásicas” del mismo (legislativa, ejecutiva y judicial)— o de funciones jurisdiccionales.

Por otra parte, las mismas fuentes en mención han dado cuenta de la existencia de varias clasificaciones de los reglamentos, aunque las más relevantes se fundamentan, como criterios de distinción, en la posición jerárquica que el producto normativo en cuestión ocupe dentro del ordenamiento jurídico —según que se encuentre subordinado, o no, a la ley—, de un lado y, de otro, en el ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas en el cuerpo regulativo correspondiente. Así pues, en función de la existencia de una ley previa a la cual el reglamento deba acatamiento, unos serán los reglamentos “*ejecutivos*” o “*secundum legem*”, proferidos en ejecución de o requiriendo —como condición de expedición— de la presencia de una ley preexistente —bien sea para detallarla, para desarrollarla, para complementarla o para preparar su ejecución— y otros los reglamentos “*independientes*” o “*praeter legem*”, los cuales no responden a o su expedición no depende de la existencia de una ley previa, sino que regulan materias de las cuales el Legislador no se ha ocupado —en ocasiones porque el Constituyente ha decidido, deliberada y justificadamente, que el Legislador no se haga cargo de la normación relativa a tales asuntos— o de las cuales se ha ocupado parcialmente y en ámbitos diversos de aquellos que, por ministerio de la Constitución, concierne regular a una instancia de producción normativa diferente¹².

¹² En la anotada dirección, se ha afirmado:

“La más importante clasificación de los reglamentos, la única a la que inequívocamente se conectan diferencias de régimen jurídico, es la que distingue entre reglamentos ejecutivos o *secundum legem* y reglamentos independientes o *praeter legem*.

Se llaman reglamentos ejecutivos los que se dictan en ejecución de una ley preexistente, función muy amplia que comprende tanto los reglamentos que detallan, desarrollan o complementan los



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Y, adicionalmente, la clasificación de los reglamentos atendiendo al ámbito en el cual habrán de desplegar sus efectos conduce a sostener que pueden ser, en primer término, “*jurídicos o normativos*”, cuando crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas en relación con los derechos y deberes de los ciudadanos, esto es, cuando producen efectos más allá de la propia Administración Pública, toda vez que se profieren en virtud de la relación general de sujeción existente entre los administrados y el poder público o, en segundo término, “*administrativos o de organización*”, cuando los profiere la Administración al ejercer su potestad de organización interna o en virtud de las denominadas relaciones especiales de sujeción, distintas de la preanotada relación de sujeción común y general —por ejemplo, las existentes entre la Administración y sus funcionarios o entre ella y los llamados a prestar el servicio militar o los individuos recluidos en un establecimiento penitenciario—, de suerte que rigen “hacia el interior” de la Administración.

Por lo demás, la razón de ser de la existencia de una potestad normativa distinta de la del Legislador suele encontrarse, más allá de la necesidad que a la Administración asiste en el sentido de organizar sus servicios y regular su funcionamiento interno, en la circunstancia de que desde el punto de vista práctico le resulta más fácil ocuparse de la expedición de las normas atinentes a todas las materias que requieren de una regulación por parte del Estado, además de que la característica de generalidad y abstracción de la cual debe encontrarse provista la ley, le impide a ésta desarrollar, con el rigor y concreción

preceptos legales, cuanto aquellos que preparan la ejecución propiamente dicha disponiendo los instrumentos técnicos necesarios, por ejemplo regulando trámites u organizando un registro o un servicio de inspección (...). La característica básica de los reglamentos ejecutivos es que están inmediatamente ligados a una ley, a sus preceptos concretos, o a un conjunto de leyes determinadas a cuyo desarrollo o ejecución se provee.

*Reglamentos independientes son aquellos que se dictan praeter legem, es decir sin una ley previa a cuya ejecución se atiende. No son, claro está, reglamentos contra legem, prohibidos por el principio de jerarquía normativa, sino reglamentos que no tienen por finalidad la ejecución de normas legales previas en la materia de que se trate, que no aparecen como complementarios de una ley, sino que regulan materias de las cuales no se ha ocupado el legislador o de las que se ha ocupado de manera fragmentaria”. Cfr. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, cit., pp. 217-218. En idéntico sentido, pueden verse los pronunciamientos de la Corte Constitucional, C-021 de 1993, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón y C-447 de 1996 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

suficientes, la integridad de los asuntos que aborda, pues además ha de deferir a la Administración la precisión de los detalles que posibiliten adaptar, a las cambiantes circunstancias que se pretende reglar, la aplicación de los preceptos legales.

Adicionalmente, la especialización técnica y preparación funcional de las instancias administrativas garantiza las cotas de precisión y de rigor científico que son de desear en los dispositivos reglamentarios, los cuales gozan de la posibilidad de ocuparse con exhaustividad y detalle del desarrollo de asuntos propios del conocimiento científico o el saber especializado, con relativa independencia de los debates ideológicos o políticos que de ordinario corresponden, por su propia naturaleza, a las cámaras parlamentarias. Esa autonomía respecto de las instancias de decisión política es, de un tiempo a esta parte, una de las razones que ha venido a justificar, adicionalmente, la directa atribución constitucional de facultades normativas a órganos diversos de aquellos que disfrutaban de la legitimidad democrática directa de la cual les provee el origen de su integración —a través del ejercicio del derecho al sufragio por parte de los ciudadanos—, justamente con el propósito, determinado por el propio Constituyente, de garantizar que cierto tipo de reglamentaciones, a las cuales se pretende dotar de un contenido fundamentalmente técnico, puedan ser expedidas por órganos que mantengan la necesaria autonomía —sin perjuicio de la necesaria e imprescindible coordinación y colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado— tanto respecto del Congreso como en relación con el Ejecutivo. A esa tendencia, claramente identificable en el derecho comparado —como se verá más adelante—, no se ha mantenido ajena la Carta Fundamental Colombiana a partir del año 1991, en la cual será dable encontrar, por tanto, no sólo reservas que el Constituyente ha realizado en favor de la ley para la normación de determinadas materias, sino también reservas que la Norma Fundamental ha previsto, para el mismo efecto, en favor del reglamento administrativo.

2.2.2. Sobre la posibilidad de identificar un contenido y una posición, en el ordenamiento jurídico, del precepto reglamentario.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Lo anterior determina que el concepto de reglamento no pueda precisarse en función de la materia o de los asuntos que pueden ser objeto de regulación reglamentaria, pues la circunstancia de que el reglamento sea una norma emanada de la Administración no significa, en modo alguno, que en todos los casos deba tratarse de una norma relativa a la organización o al funcionamiento administrativo; ciertamente, resultan incontables los reglamentos que se ocupan de cuestiones que trascienden la esfera interna de la Administración e irrumpen en la cotidiana actividad de los ciudadanos incidiendo en asuntos relacionados, por vía de ejemplo, con la prestación de los servicios públicos, con el desarrollo de actividades económicas, industriales o comerciales o con el ejercicio de profesiones u oficios, entre otros.

Por consiguiente, si bien es cierto que no existe posibilidad de conceptualizar la ley circunscribiendo la catalogación como tal a aquellos conjuntos normativos que se refieren a o desarrollan ciertas materias —con exclusión de la alternativa de incluir entre las disposiciones con rango formal y material de ley a aquellas que se ocupan de otros asuntos—, no lo es menos que tampoco existe esa posibilidad en relación con el reglamento, pues la noción de éste no supone hacer referencia exclusiva a materia alguna, por manera que el contenido sustancial del reglamento no puede ser predeterminado *a priori*, como no sea para excluirlo, eso sí, de los ámbitos en los cuales la Constitución ha consagrado reservas de regulación en favor de la ley. No hay, por tanto, desde el punto de vista sustancial, nada distinto entre la ley aprobada por el Congreso y el reglamento dictado por el ejecutivo o por cualquier otra autoridad u órgano estatal; existen, simplemente y según se advirtió al inicio del presente apartado al hacer referencia a la teoría pura del derecho kelseniana, diversos niveles de producción normativa dentro del Estado y reparto de competencias regulativas entre diversas instancias u órganos de la estructura del mismo. Como lo ha sostenido la doctrina:

“Una norma, por tanto, se ha de calificar como reglamento siempre que esté dictada por la Administración con los requisitos exigidos, sea cual sea la materia de que se ocupe, lo que es tanto como afirmar que *al atribuirse a la Administración la potestad reglamentaria no se le atribuye un poder para dictar normas sobre esta o aquella materia*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

*o grupo de materias, sino que, como ocurre con el legislador, se le atribuye la potestad normadora sin más, sin distinción alguna de asuntos” (cursivas en el texto original)*¹³.

En otros términos, no resulta viable identificar el carácter reglamentario de una norma refiriéndose exclusivamente a su contenido, más ello no quiere decir que las posibilidades de la potestad reglamentaria carezcan de límites y que ésta pueda ocuparse de regular cualquier asunto, pues, de un lado y según se viene de advertir, la expedición de la normatividad relacionada con determinadas materias se encuentra constitucionalmente reservada a la ley y, de otra parte, la posición jerárquica que ésta ostenta dentro del ordenamiento le permite —aunque no en todos los casos, según el reparto competencial que el propio Constituyente efectúe entre diferentes órganos del Estado— limitar, condicionar o encauzar tanto el campo de actuación como el sentido de las previsiones que puedan incluirse en el reglamento. Sin embargo, ello obedece a que el ordenamiento jurídico —de ordinario, la Constitución Política— establece un determinado régimen de relaciones entre la ley y el reglamento y no a que el concepto de ley y el concepto de reglamento hagan referencia a materias o a contenidos singulares, sin perjuicio, se insiste, de que la Carta establezca reservas de regulación, en función de la materia, en favor del Legislador o en favor de otros órganos o ramas del Poder Público.

La expresada conclusión se ve reforzada tras un somero repaso al escasamente uniforme uso que la Carta Política Colombiana realiza de las voces “*reglamento*” y “*reglamentar*”, el cual permite concluir que la Constitución no utiliza el sustantivo *reglamento* ni el verbo *reglamentar* con el propósito de aludir a una específica fuente de Derecho, referida a contenidos precisos o a una exclusiva posición dentro de la jerarquía normativa interna, sino, al contrario, para referirse, en general, a una actividad de producción normativa de alcance general. Por consiguiente, la función constitucional de *reglamentar* no se encuentra relacionada con un determinado nivel jerárquico dentro del sistema jurídico y, en consecuencia, los reglamentos pueden hacerse presentes

¹³ Cfr. DE OTTO, Ignacio, *Sistema de fuentes*, cit., p. 217.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

prácticamente en cualquier nivel de la “pirámide” normativa interna, aunque, eso sí, la noción de *reglamento* conduce a la idea de subordinación normativa, si bien no necesariamente esa subordinación deba predicarse, en todos los casos, de la ley; puede tratarse, como se verá más adelante, de subordinación directa a la Constitución, incluso, de subordinación al reglamento administrativo; lo verdaderamente relevante en la noción de *reglamento*, por tanto, es que ésta supone siempre la existencia de la regulación previa de una materia por parte de una norma jurídica de superior jerarquía —Constitución, ley, reglamento administrativo, etcétera—, la cual precisa de un desarrollo más exhaustivo con carácter general, impersonal y abstracto, independientemente de la posición que dentro de la jerarquía normativa haya de ocupar el conjunto dispositivo reglamentario correspondiente¹⁴.

Y es que nada distinto puede concluirse tras reparar en el lenguaje empleado en multiplicidad de preceptos del Estatuto superior, cuya armónica hermenéutica no puede conducir a nada diverso que a concluir que la Carta emplea el verbo *reglamentar* en el sentido de desarrollar una materia en términos generales y abstractos, con independencia del nivel jerárquico, dentro del sistema jurídico interno, en el cual haya de ubicarse el dispositivo reglamentario correspondiente. Así las cosas, puede darse cuenta de varios enunciados constitucionales que acuden a la voz *reglamentar* con el propósito de hacer alusión a la regulación de una determinada materia por parte de un conjunto normativo del mismo nivel jerárquico e idéntica naturaleza jurídico-formal que la de las leyes expedidas por el Congreso de la República¹⁵ o de dispositivos en la norma fundamental que se refieren a la actividad consistente en “*reglamentar*” como a la expedición de conjuntos normativos de carácter general, impersonal y

¹⁴ En el anotado sentido, véase MONCADA ZAPATA, Juan Carlos, *El reglamento como fuente de Derecho en Colombia*, Temis, Bogotá, 2007, pp. 9-10.

¹⁵ En este sentido, pueden citarse los artículos 23 —a cuyo tenor el legislador “*podrá reglamentar*” el ejercicio del derecho de petición ante organizaciones privadas—; 40.7 —de acuerdo con el cual “*la ley reglamentará*” la excepción al derecho al acceso a funciones y cargos públicos para los colombianos que ostenten doble nacionalidad—; 42 —el cual establece que “*la ley reglamentará*” la progenitura responsable—; 56 —por cuya virtud la “*ley reglamentará*” el derecho de huelga—; 109 —cuyo parágrafo prevé que “[E]l Congreso reglamentará” asuntos atinentes a los partidos y a los movimientos políticos—, entre otros.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

abstracto, pero no necesariamente con rango y carácter de leyes formales — artículo 84¹⁶—.

En otras normas constitucionales la expresión reglamento alude a un Derecho jerárquicamente igual a la ley —como en el caso del *"reglamento del Congreso"* (artículos 135-4, 144, 151, 157-2 y 185)—, por manera que, desde esa perspectiva, mal podría sostenerse que la subordinación a la ley constituya rasgo identificativo del reglamento como fuente de Derecho; *contrario sensu*, algunos preceptos en la Constitución sí parecen presuponer que el *"reglamento"* constituye un tipo especial de fuente normativa de nivel jerárquico distinto e inferior o subordinado a la ley¹⁷; empero, en otros eventos el Constituyente determinó que el reglamento no estuviese jerárquicamente supeditado a la ley, como sucede en el caso del artículo 355 superior¹⁸, supuesto éste en el cual la noción de reglamento comporta una subordinación constitucional directa y no una subordinación a norma legal alguna, lo cual igualmente puede ocurrir tratándose de la potestad reglamentaria que tienen la posibilidad de ejercer, en los asuntos de su competencia, las corporaciones públicas de elección popular en las entidades territoriales —asambleas y concejos, por virtud de lo normado en los artículos 300-1 y 313, numerales 1 y 7 constitucionales—. Algo similar sucede tratándose de la idea de *"reglamento"* presente en algunos cánones que en la Carta atribuyen, a

¹⁶ Cuyo tenor literal es el siguiente: *"Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio"* (se ha destacado).

¹⁷ Cosa que ocurre, por ejemplo, tratándose de los artículos 122 —a cuyo tenor *"[N]o habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento..."*—; 123, inciso 2 —que establece que los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista *"por la Constitución, la ley y el reglamento"*—; 189-11 —el cual atribuye al Presidente de la República el ejercicio de la denominada *"potestad reglamentaria"* para la ejecución de las leyes—; 257-3 —norma que permite al Consejo Superior de la Judicatura, *"con sujeción a la ley"*, *"[D]ictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia..."*—; 265-9 —disposición que le atribuye al Consejo Nacional Electoral la función de *"reglamentar"* la participación de partidos y movimientos en los medios de comunicación estatales *"de conformidad con la ley"*—.

¹⁸ En virtud del cual *"El gobierno nacional reglamentará"* la posibilidad, para las entidades públicas, de suscribir contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, con cargo a recursos públicos.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

determinados órganos, la potestad de regular, autónomamente, cuestiones relacionadas con su organización y funcionamiento interno¹⁹.

A lo hasta ahora dicho en relación con la disímil inteligencia que cabría efectuar de la voz “*reglamentar*” con fundamento en la pluralidad de sentidos de los cuales la provee el texto fundamental, habría que añadir la presencia de otras disposiciones que, dentro del mismo, hacen referencia a la idea de regular una determinada materia con carácter general y abstracto, aunque no se haga uso, de forma expresa, del mencionado verbo —“*reglamentar*”—, circunstancia que añade complejidad a la cuestión que aquí se aborda, más aún si se tiene en cuenta que, en algunos de dichos eventos, la actividad normativa correspondiente se subordina a la ley, pero en otros no ocurre así²⁰. Dentro de este grupo de supuestos y dado el asunto que ahora se estudia, necesariamente habría que hacer alusión a la facultad que el artículo 77 constitucional atribuye a una entidad autónoma del orden nacional para “*regular*” la televisión, facultad en desarrollo de la cual la Comisión Nacional de Televisión expidió el aquí

¹⁹ Es el caso de la atribución que la Constitución Política radicó, en cabeza de algunos organismos, con el propósito de que puedan adoptar su propio reglamento, lo cual ocurre tratándose de la Corte Suprema de Justicia —artículo 235-6—, del Consejo de Estado —artículo 237-6—, de la Corte Constitucional —artículo 241-11—, del Consejo Nacional Electoral —artículo 265-11— y de la propia Asamblea Nacional Constituyente a la cual, eventualmente, podría convocar el pueblo —artículo 376—.

²⁰ Es lo que sucede, a título ilustrativo, con la competencia del Contralor General de la República para “*prescribir*” métodos de rendición de cuentas a los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación o para “*dictar normas generales*” orientadas a armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas —artículo 268, numerales 1 y 12—; de la atribución del Banco de la República para “*regular*” la moneda, los cambios internacionales y el crédito —artículo 371—; de la competencia de las universidades para “*regirse*” por sus propios estatutos —artículo 69—; de la facultad del Contador General para “*uniformar, centralizar y consolidar*” la contabilidad pública y “*determinar*” las normas contables que deben regir en el país —artículo 354—. Tratándose del caso de la competencia normativa del Contador General y de la de los entes universitarios autónomos, la Constitución no deja duda alguna en el sentido de que la misma se debe ejercer “*conforme a la ley*”, es decir, con subordinación a la misma. Pero en relación con la facultad reguladora del Contralor General de la República, esa subordinación es directamente a la Constitución Política. Respecto del Banco de la República, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los correspondientes reglamentos tienen fuerza material de ley y, por tanto, la relación con ésta no es, necesariamente, de subordinación. En el anotado sentido pueden verse, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007); Consejera ponente: María Inés Ortiz Barbosa; Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00070-00 (14802); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ligia López Díaz; Radicación número: 11001-03-27-000-2005-00023-00 (15397).



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

demandado Acuerdo 49 de 1998, reglamento cuya posición jerárquica en el ordenamiento interno, así como su consecuente subordinación normativa, serán objeto de análisis en subsiguiente apartado dentro del presente pronunciamiento.

2.2.3. Sistema reglamentario desconcentrado en la Constitución Política de 1991.

Cuanto se acaba de explicar pone de presente que el reglamento en el Derecho Público colombiano no constituye una categoría normativa que pueda definirse por referencia exclusiva a su contenido; que, adicionalmente, no se trata de una fuente de Derecho que ocupa una única posición en la jerarquía normativa interna y que, por tanto, resulta necesario catalogarlo como un mecanismo de regulación de una multiplicidad de materias que no en todos los casos se encuentra subordinado a la ley. Además, ello también evidencia que si bien el sistema configurado por la Constitución Política de 1991 atribuyó la titularidad de la potestad reglamentaria al Presidente de la República, según lo refleja el numeral 11 de su artículo 189, no es menos cierto que la propia Carta también se encargó de radicar, de manera precisa, la potestad de producción de actos normativos de efectos generales y de carácter reglamentario en órganos de muy diversa índole, tales como los autónomos e independientes, ubicados por fuera de las tres Ramas tradicionalmente representativas del principio de separación de poderes o, incluso, aquellos que forman parte de la Rama Judicial.

Acerca de este sistema por el cual optó el Constituyente para atribuir la potestad reglamentaria, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

“Tras la vigencia de la Constitución de 1991 ya no es posible afirmar, al menos tan categóricamente como antes, que el poder reglamentario, tanto el ordinario como el ampliado vinculado a las leyes marco, pertenece con exclusividad al Presidente de la República. Organismos como el Consejo Superior de la Judicatura y la Junta Directiva del Banco de la República, son buen ejemplo para mostrar esta disgregación del poder reglamentario que se produce bajo las nuevas normas constitucionales. En el caso del primero de los entes citados, incluso, con una cierta facultad supletoria de la ley



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

cuando quiera que se le faculta en el numeral 3 del artículo 257 para "dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones externas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador" (...) Y en el caso específico de la Junta Directiva del Banco de la República, igualmente con un poder o facultad reglamentaria, directa y excluyente, que le permite "regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito..."; pero adicionalmente, también con la facultad de desarrollar las leyes marco que el Congreso dicte en materia de cambios internacionales, función ésta que anteriormente competía al Presidente de la República y que ahora, sólo mantiene en relación con las materias diferentes de las cambiarias, que deban ser objeto de este tipo de leyes.

(...)

A esta conclusión han llegado ya importantes autores estudiosos de las transformaciones acaecidas sobre el poder regulador del Estado, con motivo de la expedición de la Constitución de 1991. Uno de ellos, el profesor Palacios Mejía ha escrito lo siguiente:

"Por eso una de las cosas que llaman la atención en la Constitución de 1991 es que priva al Presidente de su facultad reglamentaria en ciertos asuntos porque ella misma atribuye facultades reguladoras, reglamentarias, a muchas autoridades de nivel nacional, distintas del Presidente de la República. En los casos más importantes, las facultades reglamentarias que se atribuyen a otras autoridades recaen en materias económicas. El resultado es una reducción de la importancia de la facultad reglamentaria presidencial dentro del conjunto de la vida institucional del país"²¹.

(...)

Para el autor citado, gozan de ésta facultad de regulación directamente atribuida por la constitución, además de la Junta Directiva del Banco de la república, organismos como el Consejo Superior de la Judicatura, el Contralor General de la República, el Consejo Nacional Electoral, los órganos superiores de la administración de justicia, a saber, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, así como, en materia tributaria, determinadas autoridades administrativas autorizadas por leyes, ordenanzas y acuerdos para fijar la tarifa de las tasas y contribuciones"²².

²¹ Nota original de la sentencia citada: PALACIOS MEJIA, Hugo. "Notas acerca de la facultad de regular la economía de 1991". En DERECHO PUBLICO, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, No. 1, Bogotá, Pág. 51.

²² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994); Consejero Ponente: Guillermo Chahín Lizcano; Expediente: 5185; Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte; Demandado: La Nación-Banco de la República. En similar dirección puede verse Consejo de Estado, Sala de Consulta y



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

También la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho alusión a los anotados fenómenos tanto de disgregación o difusión, como de desconcentración del ejercicio de la potestad reglamentaria, la cual, consecuentemente, puede ser ejercida no sólo por diversas instancias dentro de la Rama Ejecutiva sino por órganos autónomos o independientes e, incluso, por las más altas instancias en la Rama Jurisdiccional. En relación con ese extremo en cuestión, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

"El Constituyente de 1991 introdujo respecto de ciertas materias y para determinados órganos un sistema de reglamentación especial. Se trata de ámbitos de regulación, que por expreso mandato de la Constitución se asignan a otros órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura del Consejo (sic), órgano al cual, de acuerdo con el artículo 257 de la Constitución, le corresponde, con sujeción a la ley "Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador." Del mismo modo, el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con el artículo 265 de la Constitución, tiene, de conformidad con la ley, entre sus atribuciones especiales, la de "reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado". El Contralor General de la República, por su parte, tiene entre sus atribuciones, de acuerdo con el artículo 268 de la Constitución, las de "Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse." (Numeral 1º) y "Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial." (Numeral 12). Al Contador General, funcionario de la Rama Ejecutiva, corresponde, a su vez, de acuerdo con el artículo 354 de la Constitución, "... determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley." Del mismo modo, la Junta Directiva del Banco de la República ejerce las competencias de regulación que le corresponden de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 371 y 372 de la Constitución.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Sin embargo tales competencias para expedir reglamentos, distintas de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, tienen un régimen en la propia Constitución. Por fuera de los casos especiales previstos en la Carta, la competencia primaria para la reglamentación de la ley orientada a garantizar su cumplida ejecución corresponde al Presidente de la República.

Lo anterior no obsta para que, de manera general, se pueda afirmar la existencia de ciertas competencias de regulación para órganos administrativos diferentes, y para el caso concreto, para los Ministros del Despacho. Pero tales competencias para la expedición de normas generales por los ministros sólo pueden ejercerse, frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con criterio residual y subordinado. Sobre este particular, el Consejo de Estado al referirse a las competencias de regulación de la Superintendencia Nacional de Salud expresó que:

“El Presidente de la República es, ciertamente, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas no puedan adoptar medidas de carácter general a fin de cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria. De allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo.”²³

(...)

Ello, como se ha señalado, no obsta para que otros órganos administrativos, en este caso los Ministros del Despacho, expidan reglamentos, pero tales reglamentos, no tienen, en el sistema de fuentes, la misma jerarquía de aquellos que expide el Presidente de la República en ejercicio de la Potestad Reglamentaria, sino que se encuentran subordinados a ellos. Así, por ejemplo, no podría un Ministro, obrando dentro de su ámbito competencial, expedir un reglamento o una regulación técnica que sea contraria a lo dispuesto en un Decreto Reglamentario del Presidente de la República”²⁴.

²³ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Bogotá D.C., 24 de agosto de 2000. Radicación número 6096.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-805 de 2001; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. En similar dirección a la referida pueden verse los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: sentencia C-350 de 1997, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; C-384 de 2003; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; C-832 de 2002; Magistrado



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

2.2.4. Tipología reglamentaria en el ordenamiento jurídico colombiano.

Con fundamento en la caracterización que se ha dejado expuesta respecto de la potestad reglamentaria, procede la Sala a referir las diferentes clases de reglamentos identificables en el ordenamiento jurídico colombiano, tipología cuya utilidad, según se adelantó al plantear los problemas jurídicos que serían abordados dentro de la parte considerativa del presente proveído, radica en la necesidad de identificar, en función de la posición jerárquica que dentro del ordenamiento jurídico ocupa cada modalidad de reglamento, el parámetro de control al cual ha de someterlo el juez que fiscaliza su ajuste a Derecho, de un lado y, de otro —y como corolario de lo anterior—, en posibilitar la fijación del cauce procesal a través del cual debe tramitarse la acción instaurada contra cada singular norma reglamentaria, además, claro está, de la determinación de la instancia judicial competente para conocer del correspondiente litigio, toda vez que el mismo podrá sustanciarse ora como una acción de nulidad por inconstitucionalidad, ora como una acción de nulidad²⁵.

En el anotado orden de ideas, las clases de reglamento existentes en el ordenamiento jurídico colombiano son las siguientes:

a. Reglamentos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida al Presidente de la República.

Se trata de los reglamentos proferidos por el jefe del Ejecutivo en ejercicio de la potestad que le atribuye el artículo 189 numeral 11 constitucional, el cual le faculta para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Los preceptos reglamentarios expedidos en ejercicio de esta facultad se encuentran, por tanto, subordinados tanto a la

Ponente: Álvaro Tafur Galvis; C-290 de 2002; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; C-917 de 2002; Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra..

²⁵ También puede encontrarse una referencia a la mayoría de las categorías reglamentarias a las cuales se hará referencia a continuación, en el salvamento de voto suscrito por el Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, a la sentencia de la Corte Constitucional C-712 de 2.001, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Constitución como a la ley. Las demandas que se formulen contra dichos dispositivos normativos deben tramitarse como acciones de nulidad, con fundamento en lo establecido por los artículos 237, numerales 1 y 6 de la Constitución Política y 128.1 del Código Contencioso Administrativo—C.C.A.— y de las mismas conocerá, en única instancia, cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de acuerdo con el reparto de competencias que en función de la materia efectúa el Acuerdo 58 de 1999 proferido por esta Corporación.

b. Reglamentos constitucionales autónomos.

Son aquellas disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto expedidas por una pluralidad de autoridades a las cuales les ha sido asignada una competencia normativa directamente por la Constitución y sin sujeción a la ley. Se caracterizan, en consecuencia, por constituir un desarrollo directo de la Constitución, por manera que, en el sistema de fuentes del Derecho, ostentan una jerarquía igual a la de la ley —más allá de que su contenido es *materialmente* legislativo—, aunque, claro está, únicamente se pueden desarrollar por esta vía las facultades constitucionalmente atribuidas al organismo en cuestión de manera expresa, sin que el reglamento constitucional autónomo pueda invadir la órbita competencial correspondiente al Legislador.

La competencia para expedir reglamentos constitucionales autónomos ha sido atribuida por la Carta Política tanto por al Presidente de la República como a otros órganos constitucionales ubicados, en la estructura del Estado, por fuera de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Acerca de los **reglamentos constitucionales autónomos expedidos por el Presidente de la República** cabe destacar que el control judicial de los mismos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, instancia a la cual los artículos 237 numeral 2 de la Constitución Política²⁶ y 97-7 del C.C.A.²⁷



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

atribuyen la función de conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que contra ellos se formulen. Ahora bien, entre los decretos constitucionales de alcance general, impersonal y abstracto, esto es, entre los reglamentos constitucionales propiamente dichos, cabe hacer alusión, a título ilustrativo, a los siguientes:

- En virtud de lo normado por el artículo 355 constitucional, corresponde al Gobierno Nacional reglamentar la forma en la cual se podrán celebrar contratos por parte del Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, con entidades privadas sin ánimo de lucro, con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los Planes Seccionales de Desarrollo.
- Al Presidente de la República se le atribuye la competencia para distribuir los negocios, según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos (artículo 189-17 C.P.);
- De conformidad con lo preceptuado por el artículo 131, inciso 3, de la Constitución Política, corresponde al Gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro, así como la determinación del número de notarios y oficinas de registro, competencia cuyo ejercicio también puede dar lugar a la expedición de reglamentos constitucionales autónomos.
- El Presidente de la República puede dar aplicación provisional a los tratados internacionales de naturaleza económica y comercial que así lo dispongan, acordados en el seno de organismos internacionales (artículo 224 constitucional).

²⁶ El citado canon constitucional establece lo siguiente: *Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*".

²⁷ El artículo 97 del C.C.A. en su numeral 7 dispone que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: "(...) 7. De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa".



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Entre los reglamentos constitucionales autónomos expedidos por órganos constitucionales no ubicados dentro de la Rama Ejecutiva del Poder Público puede darse cuenta de los siguientes:

- El artículo 268, numeral 12 de la Carta, faculta al Contralor General de la República con el propósito de *“dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial”*;
- El artículo 246 constitucional contempla una facultad normativa *sui generis*, atribuida a las autoridades de los pueblos indígenas, los cuales podrán proferir y aplicar sus propias normas y procedimientos jurisdiccionales;
- El artículo 235-6 superior faculta a la Corte Suprema de Justicia para darse su propio reglamento; iguales atribuciones radica la Carta en cabeza del Consejo de Estado (artículo 237-6 constitucional) y de la Corte Constitucional (artículo 244-11, *ibídem*).
- Las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales —asambleas departamentales y concejos municipales— tienen la facultad de desarrollar directamente la Carta, en los asuntos que atañen al núcleo esencial de la autonomía, competencia que pueden ejercer mediante la expedición de reglamentos constitucionales autónomos en el correspondiente ámbito territorial.

c. Reglamentos que desarrollan leyes marco.

Las leyes marco han sido previstas de manera principal, aunque no exclusiva, en el artículo 189-19 superior, como aquellas en las cuales el Congreso aprueba normas genéricas en relación con ciertas materias y señala, al mismo tiempo, los objetivos y criterios generales que debe seguir el Gobierno al momento de



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

expedir la reglamentación complementaria que resulte del caso²⁸. Tratándose de los asuntos que por mandato constitucional deben ser desarrollados a través de leyes marco, la Carta ha consagrado un reparto de competencias normativas entre el Congreso y el Ejecutivo, competencias que, por tanto, resultan concurrentes y se encuentran equilibradas, por manera que el Gobierno tiene vedado irrumpir en la órbita de la regulación que concierne efectuar al Congreso —esto es, la exclusivamente referida a la formulación de principios y parámetros generales— y viceversa, vale decir, el reglamento correspondiente, el cual ha de desarrollar la materia respectiva en el nivel de detalle y con exhaustividad, únicamente puede ser expedido por el Gobierno Nacional, pues, de lo contrario, el Legislador irrumpiría indebida e inconstitucionalmente en el ámbito competencial que el Constituyente reservó, de forma expresa, en favor del Ejecutivo y del reglamento.

La justificación otorgada a la existencia de esta clase tanto de leyes como de reglamentos, suele radicar en que el anotado reparto de competencias normativas proporciona al Estado instrumentos eficaces con el propósito de brindar respuestas prontas y oportunas, mediante procedimientos ágiles, a las necesidades regulatorias de ciertas materias caracterizadas por su variabilidad y contingencia, rasgos éstos que hacen imprescindible, como una técnica de buen gobierno, que el Ejecutivo disponga de la potestad de ajustar y adecuar las regulaciones correspondientes —las cuales, por tanto, deben resultar más flexibles, para su modificación, que las normas con carácter formal de ley— a las mutables exigencias planteadas por el interés público en el área específica de la cual se trate, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

²⁸ La norma constitucional en comento dispone que este mecanismo de colaboración entre las ramas del poder público, se aplicará en la regulación de los siguientes temas: la organización del crédito público; la regulación del comercio exterior y el señalamiento del régimen de cambio internacional, “*en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la junta directiva del Banco de la República*”; la modificación, por razones de política comercial, de los aranceles, tarifas y demás disposiciones relativas al régimen de aduanas; la regulación de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y, en general, las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y la regulación del régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

“Es fácil advertir que los asuntos objeto de las leyes marco corresponden a una realidad susceptible de permanente cambio. La regulación de estos fenómenos corre el riesgo de desactualizarse y no acomodarse a su errático curso, si carece de cierto grado de flexibilidad. La técnica en comento combina el momento de necesaria estabilidad y generalidad, estrictamente ligado a la filosofía que debe animar a la actuación del Estado en la materia y que lo suministra la ley, con el momento dinámico de ajuste coyuntural, circunstancial y de desarrollo detallado de la política general que se satisface con el decreto”²⁹.

A título ilustrativo, en el campo económico la incertidumbre y el carácter inestable —casi podría decirse coyuntural— de sus variables, condujo a que, por voluntad del propio Constituyente —artículo 150.19—, se impusiera como alternativa, a efectos de llevar a cabo la regulación correspondiente, la necesaria distribución de competencias normativas entre el Congreso y el Ejecutivo a través de la introducción de la técnica de las leyes marco o leyes de autorizaciones. Algo similar podría sostenerse en relación con los ámbitos del comercio exterior y del régimen de cambios internacional, asuntos en relación con los cuales tiene lugar, por ministerio del citado artículo 150.19 constitucional, idéntico reparto de competencias normativas, no ya entre Congreso y Ejecutivo, sino entre el Legislativo y un órgano autónomo e independiente como el Banco de la República. Se trata, en éstos y en otros eventos, de la previsión de un *“límite [que] corresponde a la voluntad del Constituyente de sujetar la regulación de ciertas materias a topes máximos o mínimos de flexibilidad, con el propósito de permitir a través de la reglamentación presidencial, su adecuación al cambio permanente y constante de circunstancias móviles y aleatorias”*³⁰.

Lo anterior explica que, tratándose de los asuntos que el Constituyente ha querido que se regulen a través del reparto competencial que entre el Congreso y otra instancia de creación normativa supone la técnica legislativa de las leyes

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-608 de 1999; Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-1218 de 2001; Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

marco —y sus correspondientes reglamentos de precisión y desarrollo—, quepa preconizar la existencia de ámbitos de regulación reservados al Legislador y no susceptibles de desarrollo por parte del Ejecutivo —ni siquiera a través del otorgamiento de facultades extraordinarias para expedir decretos con fuerza de ley³¹— o de otro órgano y, correlativamente, de espacios o ámbitos de regulación reservados al reglamento, en relación con los cuales el Parlamento tiene vedado irrumpir, como quiera que trasgrediría la clara distribución de competencias efectuada en la Constitución Política. Así lo ha entendido la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado. Aquélla ha sostenido lo siguiente, en la dirección anotada, al estudiar el alcance de los artículos 150, numeral 7 y 189, numerales 14, 15 y 16 constitucionales y delinear los alcances de la potestad reglamentaria del Ejecutivo ante la densidad normativa que se deriva de la existencia de las aludidas leyes marco:

“De otro lado, se observa que, por el contrario, en el caso del numeral 16 del mismo artículo 189 de la Carta, se establece que la ley sólo puede definir o señalar los principios y reglas generales con sujeción a los cuales el Ejecutivo podría modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, lo cual a su vez, se encuadra bajo el concepto de leyes marco según la noción doctrinaria y jurisprudencial que también se ha elaborado a partir de la Reforma de 1968, y que admite que, por esta vía, el Constituyente limita el ámbito de las competencias legislativas del Congreso en determinadas y precisas materias, hasta el punto de que el legislador sólo queda habilitado para que defina los principios y objetivos generales que regulan la materia, a los cuales debe sujetarse el

³¹ En relación con esta restricción, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-608 de 1999 —Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo—, en los siguientes términos: “... con base en la expresa y contundente prohibición contemplada en el artículo 150, numeral 10, de la Carta Política, no es posible que el Congreso expida leyes de facultades extraordinarias autorizando al Gobierno para dictar, bajo la forma de decretos leyes, lo que en realidad debe ser una ley marco. Sería inconstitucional el acto del Congreso que delegara lo que no puede delegar a partir de la Constitución de 1991, y serían inconstitucionales los decretos que se hubiesen dictado, ya que éstos no podrían consagrar en su texto contenido alguno propio de la ley marco en cualquiera de las materias que señala el artículo 150, numeral 19, del Estatuto Fundamental. Ellas deben ser objeto, siempre, de una regulación que normativamente presenta dos fases: la legislativa, exclusiva del Congreso, que señala pautas generales y fija criterios, la que de ningún modo puede estar contenida en decreto, ni siquiera en virtud de facultades extraordinarias; y la ejecutiva, que establece en concreto y teniendo a la vez por fundamento y por límite la ley marco, las reglas específicas en cuya virtud se realizan los objetivos y propósitos del legislador, lo que ha sido confiado al Presidente de la República”. En idéntico sentido, véase Corte Constitucional, sentencia C-292 de 2001; Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Gobierno para su actuación administrativa, dejando, como se observa, al ejecutivo el amplio espacio que resta para regular en detalle la materia en cada caso. En este sentido, las funciones de "Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales...", debe cumplirse dentro del marco de los principios y reglas generales que defina la ley, lo que presupone que no pueden ser ejercidas sin ley intermedia y que ésta sólo pueda establecer principios y reglas generales;(...)" ³² (subrayas fuera del texto original).

En cuanto tiene que ver con la jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con el punto en comento, esta Corporación se ha pronunciado con ocasión del reparto de competencias normativas que se desprende de la interacción dinámica de los artículos 372 —a cuyo tenor la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, de conformidad con las funciones que le asigne la Ley— y 150 numeral 19, letra b) de la Constitución Política —el cual establece, como función del Congreso, la consistente en dictar las normas generales contentivas de los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambios internacionales, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República—, reparto competencial del cual se deriva la asignación, a la mencionada Junta Directiva del Banco del Emisor, de la facultad directa y excluyente de *“regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”* —artículo 371 C.P.— en desarrollo de las leyes marco que, en esta materia, debe expedir el Congreso sin irrumpir inconstitucionalmente en la órbita de competencias del pluricitado órgano autónomo e independiente:

“Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha dicho que la competencia de esta entidad debe ejercerse con sujeción a “los criterios, propósitos y funciones contenidos en la norma legal de carácter general llamada por la doctrina Ley Marco cuya expedición es autorizada por la Constitución, y en concordancia con las

³² Corte Constitucional, sentencia C-702 de 1999; Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-262 de 1995; Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

funciones constitucionales de la Junta Directiva del Banco (art. 371 y 372)"³³.

(...)

Bajo la perspectiva expuesta, es indudable que la Junta Directiva del Banco de la República es el organismo estatal competente para el cumplimiento de los principios contenidos en la Ley marco de cambios internacionales, a fin de darle el debido desarrollo mediante disposiciones de índole general respecto a las actividades y procedimientos en materia cambiaria contemplados en la Leyes 9 de 1991 y 31 de 1992.

(...)

Es más, la Corte Constitucional ha señalado que corresponde al Congreso establecer las pautas, los criterios y los objetivos generales a los que debe someterse la Junta como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria. Por consiguiente, el Congreso de la República no invade la órbita propia de la Junta Directiva del Banco de la República cuando determina las reglas generales que encausan la actuación de ese órgano, pero le está vedado señalar directrices concretas, por cuanto de hacerlo, estaría desplazando la decisión autónoma de la Junta como "autoridad monetaria, crediticia y cambiaria"³⁴.

Así las cosas, el esquema legal en el campo cambiario (Ley marco) obliga a esbozar lineamientos generales y abstractos, para no interferir, reducir o anular la iniciativa de la Junta Directiva del Banco emisor en lo que concierne con el estudio y ponderación de las circunstancias de orden económico y social que en un momento dado ameritan la adopción de una determinada medida³⁵ (subrayas fuera del texto original)³⁶.

Algo similar ha señalado la Sección Primera del Consejo de Estado:

"Este concepto de ley cuadro fue introducido en el ordenamiento constitucional colombiano por el Acto Legislativo núm. 1 de 1968 y

³³ Nota original de la sentencia citada: Corte Constitucional. Sentencia C-455/93. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz.

³⁴ Nota original de la sentencia citada: Corte Constitucional. Sentencia C-481 del 7 de julio de 1999, expediente 2258, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³⁵ Nota original de la sentencia citada: Corte Constitucional. Sentencia C-827 del 8 de agosto de 2001, expediente 3345, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis.

³⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007); Consejera ponente: María Inés Ortiz Barbosa; Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00070-00(14802). En el mismo sentido, véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007); Consejera ponente: Ligia López Díaz; Radicación número: 11001-03-27-000-2005-00023-00(15397).



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

tuvo su consagración en la materia del caso subexámine en el artículo 11, modificatorio del artículo 76 de la antigua Constitución Política, en el sentido de que el Congreso de la República dictaba las normas generales a las cuales debía sujetarse el Gobierno para efectos, entre otros, de "...modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas". Dicha norma fue reproducida en la Constitución Política de 1991, con adición de que esas facultades se ejercían "...por razones de política comercial...", conforme a los términos del numeral 19 del artículo 150 constitucional.

Dentro del concepto de ley marco o cuadro, dado el grado de abstracción en que el Congreso está obligado constitucionalmente a moverse en el ejercicio de sus competencias legislativas, con miras a señalar los objetivos y criterios que deben guiar la acción del gobierno en las correspondientes materias, **el poder reglamentario tiene un dominio propio, no residual**, más amplio que el campo que le corresponde al poder reglamentario tradicional, como sucede en el caso de las facultades previstas en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución, entre otras materias, para "...modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

El uso de las facultades del Gobierno en materia de modificación del régimen aduanero debe respetar el marco relativo a las normas generales y dentro de ellos "...los objetivos y criterios..." fijados por los preceptos legales, que para el caso son las leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991. Dentro de esos límites el Presidente de la República tiene amplias facultades para modificar el régimen de aduanas, comprendido allí el procedimiento administrativo aplicable a las sociedades de intermediación aduanera y su régimen de sanciones administrativas"³⁷ (destaca la Sala).

Pero si bien, como se ha visto, parece ser una cuestión que no da lugar a mayores discusión o hesitación la de la existencia de ámbitos reservados, tanto a la ley como al reglamento, cuando del reparto de competencias normativas que la utilización —por el Constituyente— de la técnica de las leyes marco y de sus correspondientes reglamentos de desarrollo se trata, asunto bastante menos pacífico —hasta ahora— en la jurisprudencia es el que corresponde a la determinación de la naturaleza jurídica de éstos, es decir, de los reglamentos expedidos como consecuencia de la regulación de una específica materia a través de una ley marco, aunque lo que tampoco constituye objeto de discusión

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de octubre 2 de 1997; Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Expediente: 4262.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

es que la competencia para conocer de las demandas formuladas contra los reglamentos en cuestión ha sido asignada al Consejo de Estado por el artículo 237 constitucional. Sin embargo, en punto de la naturaleza jurídica de dichos actos, mientras que la Corte Constitucional ha sostenido que la misma es estrictamente administrativa, el Consejo de Estado afirma que ella es materialmente legislativa. La posición de la Corte Constitucional en relación con este extremo se encuentra sintetizada en los siguientes párrafos:

“Con anterioridad esta Corporación ha analizado la distribución de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República para regular materias sujetas a *ley marco* y, en desarrollo de dicho análisis, ha determinado que los decretos que profiere el Presidente son de naturaleza meramente administrativa o ejecutiva, cuyo control de constitucionalidad corresponde al Consejo de Estado (C.P. art. 237). Precisamente, en Sentencia C-129 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte expresó que:

“(...) La expedición de toda ley marco implica entonces una distribución de poderes y facultades legislativas entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. En efecto, el Congreso consagra los preceptos generales y el Presidente expide los denominados decretos ejecutivos, destinados a reglamentar, en forma por demás amplia, los asuntos a que se refiere la ley, decretos éstos que, por cierto, no tienen la misma jerarquía de la ley de la cual se derivan, pese a tener su misma generalidad y obligatoriedad” (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-133 del 1 de abril de 1993. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

(...)

“(...) ha de precisarse que los decretos que expide el Presidente de la República en desarrollo de las leyes marco previstas en el artículo 150, numeral 19, no gozan, como lo afirman los demandantes, de fuerza material de ley. Ellos tienen por límite el texto de la correspondiente ley general, que fija pautas y criterios al Ejecutivo, y no pueden modificarla ni cambiar las reglas que establece. Son decretos típicamente administrativos, y más exactamente reglamentarios, aunque con un ámbito más amplio que el señalado en la Constitución para los decretos expedidos en desarrollo del artículo 189, numeral 11, de la Constitución.

De allí que la Corte Constitucional no sea el tribunal competente para resolver acerca de su constitucionalidad, según resulta de las expresas normas contenidas en los artículos 237, numeral 2, y 241 de la Carta Política.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

*Se abstiene la Corporación, en consecuencia, de resolver acerca de si se justifican o no, a la luz del principio de igualdad, las disposiciones establecidas en los decretos mencionados por los actores, pues sobre su validez debe resolver el Consejo de Estado (...)*³⁸ ³⁹ (cursivas en el texto original, negrillas y subrayas fuera de él).

Por su parte, de acuerdo con la posición sostenida por la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, los reglamentos expedidos en desarrollo de leyes marco ostentan la posición jerárquica y gozan de la fuerza material de la ley, aunque ello ocurre tratándose tan sólo del específico ámbito que concierne regular, por esta vía, al Ejecutivo o al órgano autónomo e independiente del cual se trate. Diverso ha sido —bueno es advertirlo— el parecer de la Sección Primera de esta Corporación:

“Es necesario precisar la naturaleza jurídica de los decretos que se dictan en ejercicio de leyes marco, los cuales no tienen la categoría de decretos con fuerza de ley como se afirma en una de las contestaciones de la demanda y, por lo mismo, no tienen la virtud de derogar o modificar las leyes, aunque su contenido es mucho más

³⁸ Nota original de la sentencia citada: Sobre la materia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, ha manifestado que: “(...) Desde la expedición de la Constitución de 1886 era función del Congreso definir las escalas salariales de las distintas categorías de empleos en el nivel nacional; a partir de la expedición de la Constitución de 1991 tal facultad fue trasladada al Gobierno Nacional el cual debe sujetarse para esos efectos, a los objetivos y criterios establecidos por el Congreso.(...) En el ejercicio de la mencionada función, el Congreso Nacional expidió la Ley 4ª de 1992 como norma de carácter general y así el Gobierno quedó facultado para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, siguiendo los lineamientos trazados en dicha ley”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencias (i) del 10 de abril de 1997, radicación No. 7949, Consejero Ponente: Germán Gutiérrez Holguín y (ii) del 6 de noviembre de 1997, radicación No. 11423, Consejero Ponente: Clara Forero de Castro. En idéntico sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la citada Corporación judicial, expuso: “(...) a) El Congreso de la República está facultado para expedir la ley marco a la cual debe sujetarse el gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. b) El gobierno fija el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los órdenes - nacional, seccional o local -, bien que pertenezcan al nivel central de la administración, ora al nivel descentralizado función que, en todo caso, es indelegable en las corporaciones públicas territoriales, las cuales no podrán arrogárselas. De esta manera, para el caso concreto formulado en la consulta, es importante resaltar que el régimen prestacional de los servidores públicos del Distrito es fijado por el gobierno nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la ley 4ª de 1992 (art. 129, decreto 1421/93). c) En igual forma, el gobierno establece el régimen salarial de los empleados públicos de la administración central a nivel nacional y, al efecto, fija sus dotaciones y emolumentos (...).” Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del 18 de julio de 2002, radicación No. 1393, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2.004; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

amplio que el de los decretos expedidos en virtud de la facultad general reglamentaria de que trata el numeral 11 del citado artículo 189. Pero es claro que la anterior afirmación no cobija a los decretos dictados con fundamento en normas constitucionales y en armonía con los principios desarrollados por las leyes como es el caso en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política”⁴⁰.

La disparidad de criterios a este respecto entre los dos Altos Tribunales en mención tiene un interés que va más allá de lo meramente académico o conceptual, pues mientras bajo la égida de la citada interpretación de la Corte Constitucional podría concluirse que los reglamentos que desarrollan leyes marco carecen de la virtualidad necesaria para modificar disposiciones incluidas en leyes ordinarias relacionadas con la materia que, por ministerio de la Constitución, concierne desarrollar al reglamento respectivo —claro está, sin transgredir los criterios, objetivos o parámetros generales fijados en la propia ley marco—, al amparo de la conclusión a la cual arriba la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la naturaleza materialmente legislativa de los reglamentos de desarrollo de leyes marco les atribuiría la posibilidad, siempre dentro del preciso y específico ámbito de competencia regulatoria de la autoridad constitucionalmente llamada a expedirlos, de introducir cambios en las leyes ordinarias que regulen aspectos comprendidos dentro de dicha específica competencia regulatoria, como se sostuvo, por ejemplo, en el siguiente pronunciamiento:

“2.- Leyes Marco sobre cambios internacionales y reglamentación de las mismas.

La naturaleza, características, alcances y nivel jerárquico de las Leyes Marco, como de los decretos que las desarrollan o reglamentan, han sido suficientemente precisadas por la jurisprudencia y la doctrina y por ello, en esta oportunidad, la Sala solamente hará referencia, al hecho de que, si el texto de la norma marco que se reglamenta, contiene un principio de carácter general en materia de cambios, la regulación que el Presidente expidiera mediante decreto, determinando las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de esta

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de octubre diez y ocho (18) de dos mil uno (2001); Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero; Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6249-01 (6249).



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

actividad, tiene o asume la misma posición y valor de la ley. Para el caso, sería como si los requisitos y condiciones para desempeñar la actividad de la intermediación en cambios, hubieran sido establecidos por el propio legislador.

No obstante, la capacidad "legislativa" y el poder derogatorio de leyes preexistentes que puedan tener los decretos que desarrollan las leyes marco, no son plenos o completos, como los del Congreso, sino condicionados, tanto por el marco jurídico de principios generales trazado por la correspondiente ley, como por las reglas que, dentro del proceso de interpretación sistemática de la institución de las leyes marco han sido deducidas por la jurisprudencia y la doctrina. El Consejero que actúa como Ponente identificó así algunas de esas reglas:

3) Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos tienen la virtualidad de derogar, modificar o sustituir normas preexistentes que tengan fuerza de ley, siempre y cuando ellas se refieran a materias que son objeto de tratamiento legal mediante el sistema de leyes marco; por vía de ejemplo tenemos que un decreto sobre comercio exterior, expedido en desarrollo de la ley marco de comercio exterior podría derogar leyes comunes que se hubieran expedido con anterioridad sobre esta misma materia.

4) Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley que se refieren a materias que no son objeto de regulación por el sistema de leyes marco. A título de ejemplo podemos citar el caso improcedente jurídicamente de que mediante un decreto dictado en virtud de la ley marco de aduanas (por medio del cual se pueden modificar las tarifas del impuesto de aduanas) se pretenda derogar normas que regulan los impuestos de timbre nacional.

5) Las disposiciones con fuerza de ley contenidas en los reglamentos legislativos no pueden derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley contenidas en reglamentos legislativos que se refieran a materias distintas a las reguladas por la ley marco en que tienen su origen.

Así por ejemplo, un reglamento legislativo sobre comercio exterior no puede afectar las normas del mismo carácter contenidas en un reglamento legislativo que regule materias aduaneras o referentes al crédito público⁴¹ (negrillas y subrayas fuera del texto original)⁴².



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

La eficacia práctica que pueden tener las reglas a las cuales acaba de aludirse queda reflejada, a título ilustrativo, en un pronunciamiento de la propia Sección Cuarta de esta Corporación, mediante el cual resolvió la acción de nulidad impetrada contra una Resolución Externa proferida por la Junta Directiva del Banco de la República contentiva, en materia cambiaria —funcionamiento de casas de cambio—, de previsiones diversas de las efectuadas, en relación con idénticos asuntos, tanto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como por el Código de Comercio. En aquella ocasión estimó la Sección Cuarta que el demandado reglamento de desarrollo de la ley marco que regula la materia podía, válidamente, introducir modificaciones a la regulación que, en relación con asuntos relacionados con el desarrollo de la política cambiaria se encontrara incluida en leyes ordinarias como lo son el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Código de Comercio. Para arribar a la conclusión descrita, la sentencia en mención razonó, en lo pertinente, de la siguiente manera:

“En consecuencia, la naturaleza jurídica de las casas de cambio dada su exclusividad en la realización de operaciones de cambio, autoriza a la Junta Directiva del Banco de la República a expedir **actos administrativos generales** que determinen los requisitos que deben cumplir para desempeñar su labor, con la indicación de la forma de organización empresarial y el control efectivo de los accionistas.

(...)

La Sala advierte que el Constituyente de 1991 introdujo una modificación a la estructura del ordenamiento jurídico, al incorporar al lado de las entidades que conforman la Rama Ejecutiva, órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de ciertas funciones del Estado, y dentro de éstos, asignó a la Junta Directiva del Banco de la República, la de ser autoridad monetaria, crediticia y *cambiaría* con facultades de carácter constitucional y legal.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Sala ha precisado que el texto de la norma marco que se reglamenta, establece parámetros generales en materia de cambios, por lo que la regulación de la Junta Directiva

⁴¹ Nota original de la sentencia citada: “CHAHIN LIZCANO, Guillermo. Comercio Exterior. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1987, págs. 84 y 85”.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994); Consejero Ponente: Guillermo Chahín Lizcano; Expediente: 5185; Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte; Demandado: La Nación - Banco de la República.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

del Banco de la República, sobre las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de esa actividad, tiene o asume la misma posición o valor de la Ley, es decir, para el caso es como si los requisitos y condiciones para desempeñar la actividad de la intermediación en cambios, hubieran sido establecidos por el propio legislador.⁴³ Vale decir, que en esta materia la Junta actúa como legislador, en virtud de las disposiciones constitucionales analizadas al decidir el primer cargo.

(...)

Dado que las Leyes marco en materia cambiaria contemplan pautas generales, la reglamentación específica que expida la Junta para la estructura, funcionamiento y control de las casas de cambio como intermediarios dedicados únicamente a la realización de operaciones cambiarias, por su carácter autónomo otorgado por la Constitución para esos fines a la Junta Directiva del Banco Emisor, asume la misma posición y valor de la Ley, de donde claramente se infiere que las disposiciones generales que dicte son autónomas frente a lo regulado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, lo cual no se opone a que la misma Junta adopte las disposiciones contenidas en éste, bien directamente o por remisión legal.

(...)

... por lo cual las disposiciones que regulan la transacción de acciones bien pueden ser más exigentes a lo normado en el E.O.S.F., respecto de las entidades financieras sin que ello devenga en ilegalidad, siempre y cuando se ajusten a los lineamientos que establezca la respectiva Ley Marco.

(...)

... la Resolución Externa No. 8 del 2000 o Estatuto Cambiario es una ley en sentido material expedida con fundamento en las Leyes Marco 9 de 1931 y 31 de 1992 y no un mero reglamento ..." (énfasis añadido)⁴⁴.

Más allá de los reparos que desde el punto de vista teórico —especialmente en clave del sistema de fuentes del Derecho— podrían ser formulados en relación con el sintagma “*reglamentos legislativos*” con el cual se identifica a los reglamentos expedidos —por el Ejecutivo o por otros órganos— con el propósito de desarrollar una ley marco —en ese sentido podría resultar menos problemática la denominación de “*actos administrativos generales*” empleada en el pronunciamiento citado en el párrafo inmediatamente precedente—, es lo

⁴³ Ver Sentencias del 20 de mayo de 1994, expediente 5184 y del 31 de marzo de 1995, Magistrados Ponentes Drs. Guillermo Chahín Lizcano y Delio Gómez Leyva.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007); Consejera ponente: María Inés Ortiz Barbosa; Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00070-00(14802).



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

cierto que si bien la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado parecen mostrarse de acuerdo en reconocer la existencia de competencias normativas concurrentes y complementarias, *más no comunes o superpuestas*, entre el Legislador y otros órganos del Estado cuando el Constituyente ha dispuesto que la regulación de determinadas materias se debe efectuar mancomunadamente, a través de leyes marco y de sus correlativos reglamentos de desarrollo, tampoco puede soslayarse que brilla por su ausencia la claridad en punto a la identificación de un criterio que permita deslindar suficientemente, en estos casos, los alcances de las competencias normativas del Congreso y del órgano constitucionalmente llamado a desarrollar la ley marco de la cual se trate, cuestión ésta cuya dilucidación constituye punto de partida indefectible con miras a explicar la naturaleza jurídica del acto reglamentario de una ley marco y, por contera, a establecer cuál es el orden y la dinámica de las relaciones existentes tanto entre aquél y ésta, como entre aquél y las demás leyes ordinarias.

Empero, dado que la búsqueda de soluciones a tales problemas jurídicos impone abordar, con algún detenimiento, el más amplio tema relacionado con el reparto constitucional de competencias normativas entre la ley y el reglamento en la Constitución de 1991, de esta cuestión se ocupará la Sala en el apartado 2.2.5 del presente proveído, limitándose por el momento a terminar de esbozar la tipología reglamentaria que es posible llevar a cabo con arreglo al diseño que de la misma se ha llevado a cabo en la Carta.

Baste por ahora, antes de finalizar esta somera referencia a los reglamentos de desarrollo de las leyes marco, con señalar, como igualmente lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que **“[N]o todas las materias sujetas a ley marco están previstas en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política** y, por lo mismo, en esos casos, *el ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador, se limita por el contenido imperativo de las disposiciones Superiores en donde se reconozcan*⁴⁵. Quiere ello decir que en

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2.004; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

otras disposiciones constitucionales, en las cuales se regulan materias diversas de las previstas en el artículo 150-19 superior, es posible encontrar repartos de competencias normativas efectuados por el Constituyente, entre el Legislador y otros órganos de la estructura del Estado —no sólo el Ejecutivo—, en los cuales el contenido de la ley ha de limitarse a la formulación de parámetros o criterios generales —ley marco— mientras que la concreción de los mismos, su desarrollo y especificación ha sido atribuido constitucionalmente a otras instancias. Eso es lo que ocurre, entre otros casos, tratándose de la Comisión Nacional de Televisión —como se verá al abordar el estudio de la posición dentro de la estructura del Estado y la competencia normativa de dicho órgano autónomo—, entidad que profirió el acto demandado en el asunto *sub examine* y respecto de la cual debe analizarse, por tanto, cuáles son las razones que conducen a sostener que, en determinadas materias, sus potestades normativas se sujetan a la técnica de reparto competencial constituida por las leyes marco y sus reglamentos de desarrollo, pues, se insiste,

“... [N]o todo el ámbito de competencia del Congreso en materias de ley marco, está reducido al encabezado del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, según el cual, debe limitarse a “dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos (...)”, pues existen, en el ordenamiento superior, otras disposiciones que -en esta materia- deben interpretarse sistemáticamente...”⁴⁶.

d. Reglamentos que desarrollan leyes habilitantes.

En este lugar se hace alusión a los reglamentos que deben ser proferidos en aquellos casos en los cuales a una autoridad pública se le ha atribuido una competencia que puede conllevar el ejercicio de actividad normativa, cuando dicha facultad ha sido atribuida directamente por la Constitución, pero su ejercicio ha sido sometido, por la misma Carta Política, a una habilitación legal; se trata de todas las hipótesis en las cuales la Constitución utiliza la fórmula “*de conformidad con la ley*”, al asignar potestades normativas al Gobierno, a organismos

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2.004; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

autónomos o a otras autoridades —verbigracia, a las asambleas departamentales o a los concejos municipales—.

Pudiera pensarse que los reglamentos encuadrables en esta categoría son los mismos a los cuales da lugar el ejercicio de la potestad reglamentaria tradicionalmente atribuida al Presidente de la República y que en la Carta de 1991 se ubica en el artículo 189-11 constitucional, toda vez que este precepto también habilita para la expedición de reglamentos que deben sujetarse a las normas con rango formal de ley. Sin embargo, rápidamente puede advertirse por qué razón ello no es así: en primer lugar, porque la potestad reglamentaria de la cual se ocupa el precitado artículo 189-11 constitucional se atribuye exclusivamente al Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, no a otros órganos del Estado previstos por la propia Constitución Política pero ubicados por fuera de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Poder Público, no obstante lo cual ejercen facultades normativas, por ministerio de la Constitución pero “de conformidad con la ley”, es decir no con el fin de proferir reglamentos constitucionales autónomos sino preceptos subordinados a la ley.

Y, en segundo lugar, porque el ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el comentado artículo 189-11 superior puede dar lugar a que el Gobierno expida reglamentos en ejercicio de facultades que no le son atribuidas directamente por la Norma Fundamental, sino por la misma ley que se reglamenta, sin consideración a lo que haya dispuesto de antemano el Constituyente. Tratándose de los reglamentos que se incluyen en esta categoría, en cambio, si bien comparten con los expedidos en ejercicio de la facultad atribuida por el artículo 189-11 constitucional la característica de estar subordinados a la ley, pueden diferir de éstos en la medida en que desarrollen facultades asignadas directamente por la Constitución y no por la ley.

En cuanto a la competencia para conocer de las demandas formuladas contra reglamentos de este tipo, en la medida en que no se trata de normas que ocupen posición similar a la de la ley en la jerarquía normativa interna, sino que, como se



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

acaba de señalar, se encuentran subordinadas a aquélla, sin que la Constitución haya asignado, en ningún caso, competencia para dirimir litigios originados en acciones formuladas contra actos de esta naturaleza a otra autoridad judicial, corresponde el conocimiento de los procesos correspondientes a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo normado por los artículos 237-1 de la Constitución Política y 128-1 y 132 del C.C.A.

e. Reglamentos residuales.

Son aquellos mediante los cuales el Gobierno efectúa la regulación de un asunto que, en principio, se encuentra dentro de la competencia normativa propia del Legislador, pero ante la falta de ejercicio de dicha atribución por parte del Congreso, la reglamentación correspondiente, por ministerio de la Constitución Política, debe ser expedida por el Ejecutivo, el cual, por consiguiente, sólo puede proferir la regulación de la cual se trate en defecto de intervención legislativa que efectúe el desarrollo del tema, tal como ocurre, por vía de ejemplo, con los eventos en los cuales el Gobierno debe poner en vigencia el plan de desarrollo cuando el Congreso no lo aprueba dentro de los tres meses siguientes a su presentación —artículo 341 C.P.— o en los supuestos previstos por los artículos 41 y 42 transitorios de la Carta. Tal la razón por la cual se cataloga a estos reglamentos como de expedición y aplicación subsidiaria o residual.

De todas formas, cuando el legislador definitivamente no ejerza la competencia normativa en cuestión o mientras no profiera la ley correspondiente —aunque pueda aprobarla con posterioridad—, según el caso, el reglamento podrá establecer las reglas y previsiones pertinentes con total autonomía y con la misma amplitud —por supuesto, también con idénticos límites— con la cual podría haberlo hecho el propio Congreso de la República.

La competencia para conocer de las demandas que se formulen contra estos reglamentos corresponde a la Corte Constitucional única y exclusivamente en los casos en los cuales así lo establece el artículo 241 de la Constitución Política; en



Expediente 16230

Actor: Javier Abdullio Martínez Bossa

los demás, el conocimiento de los correspondientes procesos concernirá al máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

f. Reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas, en asuntos especializados relativos a la órbita de sus competencias.

Se trata de los productos normativos emanados de cualquier autoridad administrativa en ejercicio de la facultad que le asiste en el sentido de regular la ejecución de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, mediante reglamentaciones que estarán subordinadas a la Constitución, a la ley, a los reglamentos expedidos por el Presidente de la República en virtud de la facultad que a éste le atribuye el artículo 189-11 constitucional y, cuando sea el caso, a las reglamentaciones expedidas por otras autoridades o instancias administrativas de superior jerarquía o a las cuales se deba acatamiento.

La jurisprudencia, tanto contencioso administrativa como constitucional, ha reconocido la existencia de esta facultad reglamentaria, subordinada a la del Presidente de la República y enfocada primordialmente en asuntos de naturaleza técnica, en cabeza de otras instancias de la Administración. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente en relación con la potestad reglamentaria de las superintendencias, reflejada en la atribución de expedir circulares de servicio:

“Ello significa que no incurre en violación de los artículos 189, numeral 11, y 121 de la Constitución Nacional, por cuanto la medida está dentro de la órbita de su competencia, no obstante que mediante la misma está efectivamente haciendo una reglamentación del artículo 60 de la ley 488 de 1.998, ya que esta reglamentación se refiere a un punto que es de su resorte, cual es el de procurar la eficiencia en la obtención de todos los recursos con destino a las prestación de los servicios de salud, es decir, de índole meramente operativa o procedimental, sin que en nada afecte los aspectos sustanciales y subjetivos del recaudo.

El Presidente de la República es, ciertamente, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no quiere decir que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas no puedan adoptar medidas de carácter general a fin de cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidas de las



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria. De allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo" (se ha destacado)⁴⁷.

Por su parte, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional pueden encontrarse aseveraciones del siguiente tenor:

"Ello, como se ha señalado, no obsta para que otros órganos administrativos, en este caso los Ministros del Despacho, expidan reglamentos, pero tales reglamentos, no tienen, en el sistema de fuentes, la misma jerarquía de aquellos que expide el Presidente de la República en ejercicio de la Potestad Reglamentaria, sino que se encuentran subordinados a ellos. Así, por ejemplo, no podría un Ministro, obrando dentro de su ámbito competencial, expedir un reglamento o una regulación técnica que sea contraria a lo dispuesto en un Decreto Reglamentario del Presidente de la República"⁴⁸.

Toda vez que los reglamentos a los cuales se refieren las presentes anotaciones se encuentran claramente subordinados no sólo a la ley sino también, cuando corresponda, a otras reglamentaciones de carácter administrativo, la competencia para conocer de las acciones instauradas en su contra corresponde a las diversas instancias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con la distribución funcional de competencias llevada a cabo por el Código Contencioso Administrativo.

2.2.5. Reparto de competencias normativas entre la Ley y el Reglamento.

Una vez efectuada la clasificación de los distintos tipos de reglamento existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, es menester ocuparse de referir cuál es el régimen que establece la dinámica de las tensas relaciones entre el

⁴⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia del 24 de agosto de 2000; Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa; Radicación número 6096.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-805 de 2001; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. En similar dirección a la referida pueden verse los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: sentencia C-350 de 1997, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; C-384 de 2003; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; C-832 de 2002; Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; C-290 de 2002; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; C-917 de 2002; Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra..



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

reglamento —en sus diversas modalidades— y la ley⁴⁹, de acuerdo con el reparto de competencias normativas que efectúa la Constitución Política expedida en el año de 1991, con el propósito de establecer cuál es la posición que dentro del ordenamiento jurídico ocupa cada conjunto normativo reglamentario y, por consiguiente, cuál es el parámetro de control de su legalidad y/o de su constitucionalidad que debe tomar como referencia el juez encargado de determinar si el reglamento se ajusta, o no, a Derecho.

Y resulta necesario precisar que el análisis ha de efectuarse a la luz de este último ordenamiento constitucional, prescindiendo de las confusiones a las cuales pueda dar lugar hacer referencia a ese mismo reparto competencial en vigencia de la Carta Política de 1886 —con sus correspondientes reformas—, como quiera que la alusión a pronunciamientos y polémicas jurisprudenciales encuadradas en el ordenamiento constitucional vigente antes de 1991, por las razones que más adelante se expondrán, no resultan trasladables —al menos no sin un buen número de matices— al examen que procede efectuar dentro del marco de la Carta actualmente en vigor.

a. La situación anterior a la Constitución Política de 1991.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Política aprobada en el año 1991 tuvo lugar un intrincado debate jurisprudencial en punto al reparto de competencias que la Carta de 1886 —con sus correspondientes reformas, particularmente la efectuada en el año 1968— llevaba a cabo entre la ley y el reglamento, en especial con ocasión de la redacción que en el año 1968 se dio al

⁴⁹ Tensión que ilustra, con elocuente expresividad, el profesor Santamaría Pastor, al señalar que “...el mundo de los reglamentos es el dominio reservado y doméstico de la Administración, en el que la dinámica del poder público se muestra en toda su crudeza, despojado de las reglas de la cortesía y urbanidad a las que se ve obligado a atenerse cuando actúa en el escalón normativo de las leyes y de la Constitución. Por ello, es un ámbito que inevitablemente se halla en tensión con el de la ley. De la misma manera que, en la inmortal fábula de Stevenson, el Dr. Jeckyll y Mr. Hyde son facetas humanas indisolublemente unidas, la ley no es comprensible sino en el marco de sus tensas relaciones con el reglamento, ni éste puede entenderse sino en función de su pugna con la ley”. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, volumen 1, tercera edición, CEURA, Madrid, 2004, p. 306.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

numeral 14 del artículo 120 superior⁵⁰, norma en la cual no fueron pocos quienes hallaron la consagración constitucional de una potestad legislativa, en materia bancaria y financiera, radicada de forma exclusiva en el Presidente de la República, mientras que, desde la perspectiva opuesta, se sostuvo que los antecedentes del Acto Legislativo 1 de 1968 permitían advertir que los Constituyentes de ese año no previeron, en manera alguna, tal suerte de ámbitos normativos reservados en favor del Ejecutivo.

En línea con la primera de las posiciones aludidas, la Corte Suprema de Justicia, en un primer momento y enfatizando en que el mencionado artículo 120-14 superior entonces vigente hacía alusión a una *"atribución constitucional propia"* del Jefe del Estado, concluyó que se había operado, con la reforma de 1968, un traslado de competencias normativas del Congreso hacia el Ejecutivo en este preciso ámbito, competencia que el Presidente ejercía de forma exclusiva⁵¹. Esta postura, no obstante, fue modificada con posterioridad por el Alto Tribunal, para señalar que la facultad de expedir reglamentos autónomos o reglamentos constitucionales que el precitado canon constitucional atribuía al Ejecutivo no inhibía al Legislador de la posibilidad, cuando lo estimara conveniente, de regular las mismas materias⁵².

⁵⁰ Disponía lo siguiente el precepto constitucional en referencia: *"Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: (...) 14. Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado"* (se ha subrayado).

⁵¹ En tal dirección sostuvo la Corte Suprema de Justicia que *"... el Constituyente de 1968, en este aspecto, hizo sin vacilaciones un cambio de competencias al trasladar al Gobierno una que normalmente había venido correspondiendo al Congreso, como era la de legislar en materia bancaria e intervenir en ese aspecto de la vida económica con apoyo en el antiguo artículo 32, sin que pudiera desprenderse de ellas a través de la concesión de facultades extraordinarias..."*, con lo cual se atribuyó al Presidente una potestad normativa que era *"... la expresión de un poder subordinante, autónomo, igual al de la ley y no compartible con el Congreso"*. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 18 de agosto de 1972, Magistrado Ponente: Guillermo González Charry, *Gaceta Judicial*, t. CXLIV, P. 184-191. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 14 de diciembre de 1973, Magistrado Ponente: Eustorgio Sarria; *Gaceta Judicial*, N° 2390-2391, p. 276-291; Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 17 de abril de 1975, Magistrado Ponente: Juan Benavides Patrón; *Gaceta Judicial*, N° 2393-2394; p. 52-56; Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 29 de noviembre de 1990, Magistrado Ponente: Rafael Méndez Arango.

⁵² En ese sentido, sostuvo la Corte Suprema que *"... lo que la doctrina nacional llama decretos autónomos o reglamentos constitucionales, mediante los cuales el gobierno ejerce una función"*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

La jurisprudencia del Consejo de Estado evolucionó en un sentido similar al de la recién referida jurisprudencia de la Corte Suprema, por manera que en una primera aproximación, atendiendo a la cual la facultad otorgada al Presidente de la República por el numeral 14 del artículo 120 le confería al Jefe del Estado la atribución de legislar, de manera exclusiva, en lo que respecta al ahorro privado y a la intervención necesaria en el Banco Emisor⁵³ —posición a la cual se retornaría, de manera efímera⁵⁴, tras el cambio jurisprudencial que habría de marcar la tendencia de la Corporación con posterioridad—, se pasó a una comprensión de acuerdo con la cual la referida competencia normativa autorizaba para proferir normas de naturaleza meramente administrativa, respecto de las cuales se comenzó vacilando en torno a su virtualidad modificatoria o derogatoria de la ley⁵⁵, para luego señalar que, en ningún caso,

primaria y no subordinada, cuya orientación y límites se halla en los solos textos constitucionales y no en la ley, más sin que puedan ser mirados dichos reglamentos autónomos como normas jurídicas sustitutivas de la ley, ni pueda tampoco entenderse que en el artículo 120-14 el constituyente estatuyó una inhabilidad al legislador para regular aquellas materias de su competencia. Esto último por cuanto no puede olvidarse que nuestro sistema constitucional otorga la cláusula general de competencia legislativa al Congreso” (énfasis añadido). Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 19 de septiembre de 1991, Magistrado Ponente: Rafael Méndez Arango. Sobre la evolución jurisprudencial evidenciada en relación con este asunto, en especial antes de la expedición de la Constitución de 1991, puede verse IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Estudios de Derecho Constitucional Económico*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001, pp. 209-242.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 6 de mayo de 1974, Consejero Ponente: Alfonso Arango Henao; *Anales*, t. LXXXVI, N° 349-340; pp. 60-76.

⁵⁴ Se sostuvo en esta dirección: “De esta suerte, si el gobierno dicta un decreto de intervención en esta esfera de la economía, en él está implícito el juicio político sobre la conveniencia, la necesidad o la oportunidad de intervenir y sus disposiciones normativas, en las cuales se determinan los medios de la intervención, tienen igual jerarquía que la ley formal como ocurre en la intervención genérica del artículo 32...”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 4 de febrero de 1976, Consejero Ponente: Carlos Galindo Pinilla, *Anales*, t. XC, N° 449-450, pp. 57-85.

⁵⁵ En este orden de ideas, se pronunció la Corporación en el siguiente sentido: “c. La ley se determina por los criterios orgánico y formal, y sólo excepcionalmente, en los casos taxativamente señalados por los artículos 80, 76, ordinales 11 y 12, 118, ordinal 8º, 121, 122 y 214 de la Constitución, el gobierno puede dictar decretos con fuerza de ley. En los demás, incluidos los reglamentos autónomos, sus prescripciones, aunque obligatorias, no tienen la fuerza de ley y por lo mismo, no la pueden suspender, reformar ni derogar. Los reglamentos autónomos excepcionalmente pueden modificar o derogar la legislación preexistente a una reforma constitucional, si por ésta se transfiere exclusivamente al gobierno una materia de la competencia del Congreso, la cual así se convierte en administrativa.

(...)



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

tenían la posibilidad de desplazar la potestad reguladora del Congreso en la materia, como quiera que a éste la había sido entregada, por el Constituyente, la cláusula general de competencia legislativa, de suerte que los decretos autónomos dictados en relación con este asunto no podían derogar o modificar leyes preexistentes —salvo en el caso de tránsito constitucional, evento en el cual la sustitución normativa la opera la propia Carta Fundamental cuando reasigna competencias normativas, no el reglamento—, ni impedir al Legislador ocuparse, a futuro, de la regulación de dichas materias, con lo cual quedaba descartada por completo la existencia de ámbito alguno de regulación reservada exclusivamente al reglamento proferido por el Ejecutivo⁵⁶.

De todo lo expuesto se concluye que el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución otorgó al Presidente de la República una facultad administrativa, cuyo alcance se debe deducir, coordinadamente, de su contexto y naturaleza, en relación con los demás pertinentes principios constitucionales.

d. Como se trata de una facultad de carácter administrativo, el Presidente de la República no tiene competencia para, con base en el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución, suspender o modificar la ley; ésta tiene como se ha expuesto, un ámbito de validez diferente del reglamento autónomo y entre ellos no puede haber, constitucionalmente, contraposición, sino correlación o armonía, como consecuencia de la unidad lógico-jurídica de la Carta. De ahí que la discordancia entre la ley y el reglamento autónomo implique violación, por cualquiera de ellos, de la Constitución, que debe aclarar la jurisdicción, sin perjuicio de que, en el caso específico, pueda tener aplicación la excepción de inconstitucionalidad (artículo 215 de la Constitución).

e. Pero en relación con la rama legislativa del poder público, es evidente que la materia regulada por el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución, que antes correspondía, por cláusula general de competencia, al Congreso, se convirtió, desde que entró en vigencia la reforma constitucional de 1968 (D.O. N° 32673 de 1968), en administrativa y que así se cumplió, a este respecto, el fenómeno jurídico de la “deslegalización” de esta materia específica. Por consiguiente, el presidente de la República, en ejercicio de la competencia que le confiere la norma, puede suspender, modificar o derogar los preceptos legales, dictados con anterioridad a la vigencia de la reforma constitucional de 1968, sobre la materia; esto no porque el Presidente de la República pueda hacerlo, en ejercicio de una función legislativa ínsita en el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución, sino a causa del tránsito de régimen constitucional y razione materiae; porque ésta, de legislativa que era, desde que entró en vigencia la reforma constitucional de 1968, devino en administrativa. De ahí que los actos acusados, dictados por el gobierno con base en la disposición que se comenta, sean también administrativos y que el Consejo de Estado tenga competencia para conocer de estos juicios acumulados” (énfasis añadido). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 14 de junio de 1974, Consejero Ponente: Humberto Mora Osejo; Anales, t. LXXXVI, N° 439-440; pp. 107-184. Como se aprecia, este pronunciamiento, a pesar de catalogar como de naturaleza administrativa la normatividad expedida por el Presidente de la República en la materia, le atribuye a dichas normas administrativas la virtualidad de reformar o derogar preceptos legales, con fundamento, al parecer, en el reconocimiento de un ámbito de competencia normativa exclusivo del Ejecutivo, en el cual la regulación proferida por éste, aún sin que se cuestione su carácter de administrativa, en consideración a que se la ha asignado un ámbito de regulación exclusiva al reglamento, puede modificar las leyes que irrumpen en ese ámbito reservado a la norma reglamentaria.

⁵⁶ La siguiente fue, en lo sustancial y en cuanto aquí interesa, la argumentación sostenida por esta Corporación en el anotado sentido: *“Aunque por la materia, ley y reglamento son similares, no lo*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

son por su origen ni por los campos u objetivos a que pueden aplicarse; tampoco por la naturaleza de los fenómenos que deben regular ni por la eficacia y límites de su obligatoriedad, hasta el extremo de que los reglamentos son anulables en la medida en que contradigan la ley, y ésta si desobedece la Constitución. La fuerza legislativa, aunque limitada, que se reconoce a los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de los artículos 121 y 122, no deriva de interpretación jurisprudencial sino del texto expreso de la Constitución y cuando quiera que el constituyente haya de crear excepciones al principio de la separación de funciones en el ejercicio de las que competen a cada una de las ramas del poder público deberá estatuirlo con “exactitud matemática” por la ya mencionada razón de que aunque las excepciones confirman el principio general, la regla democrática se construyó desde el comienzo sobre la separación como garantía contra la arbitrariedad, tomada esa palabra en su exacto sentido de acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictadas sólo por la voluntad o el capricho.

Como la función legislativa no ha sido expresamente trasladada al gobierno ni del texto del ordinal 14 del artículo 120 aparece explícito tan extraño propósito y como es ligereza concebir que dicha función legislativa pueda ejercerla simultáneamente una y otra de las ramas del poder público, porque la competencia legislativa constituye unidad no parcelable ni compartible, a menos que se acepte la indefinición o la vaguedad de su atribución, calidades que no pueden predicarse de nuestro estatuto fundamental, no obstante sus varias incongruencias, excesos retóricos, incorrecciones gramaticales y laxitudes técnicas, es indispensable concluir que los actos derivados del ejercicio de los preceptos del artículo 120 numeral 14 son administrativos con toda la amplitud y todas las limitaciones que son propias de esta función, que no son sustitutivos de la ley sino diferentes y que los decretos que se hayan dictado con posterioridad a la reforma constitucional de 1968 no son derogatorios de leyes preexistentes por su natural capacidad sino porque la legislación anterior subrogada por la propia Constitución al cambiar la competencia, será incompatible con los actos administrativos promulgados con posterioridad a la reforma de aquel año, pero no inhabilitantes de la futura potestad del Congreso, en esta materia, en la medida y con la oportunidad que juzgue necesarias.

(...)

Es prudente recordar que la regla llamada cláusula general deriva del precepto del artículo 76 según el cual es al Congreso al que le compete hacer, reformar y derogar las leyes y que por éstas se arregla y dirige la relación entre Estado y súbditos, el modo y momento para el ejercicio de la libertad y de los derechos de ésta derivados y se fijan detalladamente los deberes y funciones de los empleos públicos.

(...)

La tendencia a reconocer fuerza legislativa a los actos resultantes del ejercicio de la competencia del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución puede ser consecuencia de equiparar la fuerza legislativa con la obligatoriedad, que son dos fenómenos evidentemente distintos. Tanto las leyes como los actos administrativos son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad competente o no resulten en conflicto con preceptos constitucionales. La obligatoriedad del acto legislativo y la del acto administrativo son equiparables con una principal nota diferencial que consiste en que la ley siempre está subordinada a la Constitución y solamente a sus reglas, en tanto que el acto administrativo debe respetar tanto a la Constitución como a la ley, pero los frutos de cada una de estas funciones son igualmente obligatorios en cuanto no traspasen los límites que distinguen el orden o el campo propio de cada una... (subrayas y negrillas fuera del texto original). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 25 de agosto de 1976, Consejero Ponente: Miguel Lleras Pizarro, *Anales*, t. XC, N° 449-450, pp. 57-85. En similar dirección a la recién referida, puede verse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 6 de agosto de 1981, Consejero Ponente: Jacobo Pérez Escobar; *Anales*, t. CI, N° 471-472, pp. 154-182; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 10 de agosto de 1984, Consejero Ponente: Jacobo Pérez Escobar, *Anales*, t. CVII, N° 483-484, pp. 102-115. Véase también IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Estudios de Derecho Constitucional Económico*, cit., pp. 214-237.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Este último entendimiento vino a ser reafirmado por la Corte Constitucional, en un pronunciamiento en el cual abordó el estudio de la Ley 132 de 1985 con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad cuyos argumentos se orientaban a controvertir la constitucionalidad, no del contenido material de la ley ni de sus efectos bajo la nueva Carta, sino de la competencia del Congreso para expedirla, cuestión que determinaba la necesidad de llevar a cabo el análisis correspondiente a la luz de la Constitución Política vigente al momento de la expedición del acto, como quiera que los cargos de inconstitucionalidad relacionados con vicios de forma o asuntos de competencia deben confrontarse con los textos constitucionales vigentes al momento de proferirse la norma demandada⁵⁷. En esa ocasión, el Tribunal Constitucional, tras reafirmar la última postura asumida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, antes del tránsito constitucional de 1991, respecto de la naturaleza jurídica de los reglamentos expedidos en ejercicio de las facultades conferidas al Presidente de la República por el ordinal 14 del artículo 120 de la Carta de 1886⁵⁸, así como después de reiterar que durante la vigencia de este

⁵⁷ La demanda, sin embargo, planteaba que de acuerdo con la distribución de competencias que efectúa la Carta de 1991 entre los diversos órganos del Estado en cuanto se refiere a la regulación del crédito, la previsión contenida en el artículo 150-19 superior faculta al Congreso para la expedición de *leyes de carácter general* —leyes marco— sobre las materias contenidas en dicha disposición —entre ellas la objeto de regulación en la ley demandada— y no leyes de carácter particular, como ocurrió, según lo entendía la accionante con la ley 132 de 1985, la cual reguló aspectos atinentes al redescuento, refinanciación y cupos de crédito de los préstamos otorgados a los damnificados con el terremoto de Popayán, por manera que se habría ocupado de desarrollar condiciones específicas relativas a la refinanciación, redescuento y aumento de cupos de crédito, operaciones éstas que, para la fecha de expedición del acto acusado, sólo podían ser reguladas —en criterio de la actora— por la Junta Monetaria y que en virtud del tránsito constitucional pasaron a ser competencia de la Junta Directiva del Banco de la República. En ese orden de ideas, sostenía la demandante que con la ley acusada el Congreso había infringido el artículo 136, numeral 1 de la Carta, precepto éste que expresamente prohíbe al órgano legislativo inmiscuirse, a través de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades, prohibición que igualmente se encontraba enunciada en el artículo 78, numeral 2o. de la Constitución de 1886.

⁵⁸ En relación con este extremo, afirmó lo siguiente la Corte Constitucional: *“De otra parte, no existe norma alguna en la Carta de 1886, que permita afirmar con certeza que el Ejecutivo puede dictar actos de carácter legislativo distintos a los señalados en el numeral 8 del artículo 118. Admitir lo contrario, sería aceptar que por vía jurisprudencial pueden adjudicarse al Gobierno facultades que no tiene y que atentan de lleno contra el fundamento mismo del Estado de derecho. Así las cosas, ante cualquier duda, el juez debe dar prioridad a la garantía democrática fundamental en virtud de la cual es el Congreso el competente para expedir, modificar y derogar las leyes de la República.* *En virtud de lo anterior y puesto que ni en los antecedentes del Acto Legislativo 1o de 1968, ni en la Carta vigente hasta 1991 aparece con claridad la facultad legislativa del Presidente en las*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

ordenamiento constitucional los reglamentos autónomos o reglamentos constitucionales no constituían manifestación del ejercicio de una potestad normativa exclusiva y excluyente por parte del Ejecutivo⁵⁹, sostuvo lo siguiente en relación con el reparto de competencias de regulación, entre la ley y el reglamento, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991:

“Para esta Corte la fórmula del artículo 120 numeral 14 consagra una atribución constitucional propia del Presidente de la República que

materias de que trata el ordinal 14 del artículo 120, esta Corte considera que ella era meramente administrativa y que no desplaza, en ningún caso la competencia del legislativo”. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-021 de 1993; Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

⁵⁹ De ello dio cuenta la Corte Constitucional, efectuando una apretada síntesis en relación con el tratamiento que la jurisprudencia anterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 había dado al reparto de competencias normativas entre el Congreso y el Ejecutivo, al cual daba lugar la existencia de la figura de los denominados reglamentos autónomos o reglamentos constitucionales: “En varias oportunidades, la Corte Suprema y el Consejo de Estado han señalado que algunas de las facultades administrativas atribuidas al Presidente de la República podían ser ejercidas sin necesidad de que existiera una ley previa que las autorizara. En estos casos, los decretos a través de los cuales se ejercían tales facultades fueron denominados por la jurisprudencia “reglamentos autónomos” o “reglamentos constitucionales”. Así por ejemplo, desde 1936 la Corte Suprema de Justicia afirmó que el ordinal 7 del artículo 120 podía ser desarrollado directamente por el Presidente sin necesidad de ley previa, pero también que los decretos que reglamentaran tal numeral no tenían jerarquía legal y no podían “estar en contradicción con los términos de una ley que sea constitucional, ni con el espíritu de la ley” — Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 7 de octubre de 1936, Jurisprudencia Constitucional, Pineda, Tomo II, Págs 179 y ss.—

Posteriormente la Corte ratificó la tesis de que algunas de las atribuciones constitucionales del Presidente podían ser desarrolladas directamente mediante decretos sin que tuviera que existir una ley previa que autorizara tal reglamentación — Cfr. Corte Suprema de Justicia, Informe de 2 de abril de 1959, Jurisprudencia Constitucional, Pineda, Tomo I pág 72—. Pero fue sólo hasta la sentencia del 14 de noviembre de 1962— Cfr. Consejo de Estado, sentencia de 10 de octubre de 1962, Consejero Ponente Carlos Gustavo Arrieta y sentencia de 28 de septiembre de 1963— cuando el Consejo de Estado trató sistemáticamente este tema y señaló que la función administrativa que compete al Presidente no es simplemente la de ejecutar la ley, pues en algunos casos tal función puede ser ejercida en desarrollo directo de la Constitución. 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”.

En sentencia de 10 de octubre de 1966, la Corte ratificó esta tesis y señaló, que los reglamentos constitucionales eran expedidos en cumplimiento de la **función administrativa** que compete al Presidente, y que la noción de “autonomía” referida a estos reglamentos, “significa independencia de la ley que regule el caso concreto, más no de normas que de manera general organizan la materia y señalan pautas”. Así, para la Corte era claro que los llamados “reglamentos autónomos constitucionales” no tenían jerarquía legal y no desplazaban a la ley en las materias que estos pueden reglamentar. Como dijo la Corte “la finalidad del reglamento autónomo es completar la Ley”, pero en ningún caso suplirla, modificarla o derogarla” (negritas en el texto original, subrayas fuera de él). Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-021 de 1993; Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

da lugar a la expedición de reglamentos autónomos de desarrollo directo de la Carta, sin que sea necesaria la existencia de ley previa. Tales reglamentos pueden desarrollar, complementar e incluso suplir una ley. Pero, en ningún caso, excluyen la posibilidad de intervención del legislador en las materias a las que se refieren, ni pueden contradecir o derogar una ley de la República.

La tesis de la prevalencia de la ley sobre cualquier tipo de reglamento (legal o constitucional) no puede ser desvirtuada simplemente por un análisis gramatical, descontextualizado y asistemático de una norma de la Constitución. Porque está en juego ni más ni menos que una de las garantías más importantes del Estado de derecho, que consiste en otorgar primacía indiscutible a la manifestación formal de la comunidad representada en el Congreso o parlamento.

Se trata, entonces, de una primacía formal que emerge de la propia fuente de la legitimidad del poder. En virtud de ello, al Congreso se le encomienda la regulación de todas las materias no atribuidas expresamente a otra rama del poder público. La rama administrativa, en desarrollo de la ley o directamente de la Constitución, tiene un amplio campo de acción, pero encuentra límites expresos en la ley a la que, en cualquier caso, debe respetar y no puede excluir. Se trata simplemente del cumplimiento de un principio cardinal del sistema jurídico: la jerarquía normativa.

El reglamento autónomo constitucional se diferencia entonces del reglamento que desarrolla una ley, simplemente en que aquél no requiere ley previa, pues la propia Constitución ha establecido un ámbito especial que puede ser desarrollado directamente por el Gobierno. Ahora bien, tal afirmación no permite deducir que los reglamentos tengan jerarquía legal, o que excluyan la posible intervención de la ley en las materias a ellos adscritas. La cláusula general de competencia propia del legislador, indica que no hay ningún ámbito que pertenezca en forma exclusiva y excluyente al reglamento. En consecuencia, el Congreso puede regular parcial o totalmente todos los aspectos que atañen a los reglamentos.

La creación de estos ámbitos especiales susceptibles de ser desarrollados directamente por el Gobierno sin que se requiera ley previa, no implica en ningún caso una distribución material de competencias entre el ejecutivo y el legislativo. Si así lo fuera, si se excluyera de excluir (sic) a la ley de un determinado ámbito jurídico material sería necesario que la Carta lo señalara expresamente y que no dejare duda alguna al respecto. Al fin y al cabo una garantía democrática como la que aquí está en juego, no puede dejarse librada a las meras interpretaciones" (énfasis añadido)⁶⁰.

⁶⁰ Con fundamento en tales razonamientos y descendiendo al caso concreto que se le planteaba, consideró la Corte Constitucional que "por ser el Congreso el depositario original de la soberanía



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

En definitiva, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991 no cabía sostener, de acuerdo con la jurisprudencia prevaleciente, la operatividad de una distribución de atribuciones normativas entre la ley y el reglamento, que diera lugar a la existencia de espacios de regulación exclusivos de éste, pues la cláusula general de competencia legislativa radicada en cabeza del Congreso de la República impedía sostener que en la Carta de 1886 —con sus respectivas reformas— tenían arraigo ámbitos de actividad de los poderes públicos en relación con cuya normatividad estuviese prevista una reserva o atribución de competencia exclusiva en favor del reglamento, ámbitos a los cuales tuviera vedado su acceso la facultad reguladora del Legislativo.

Como se verá, tal circunstancia evidencia una importante modificación con la Constitución Política de 1991. Sin embargo, antes de adentrarse en el análisis de dicha mutación derivada del tránsito constitucional de 1991, buen referente para su examen puede constituirlo la alusión a transformaciones seguramente no idénticas, pero sí rodeadas de importantes similitudes, acaecidas en el derecho comparado también en relación con el reparto de facultades normativas entre la ley y el reglamento.

b. Las relaciones entre la ley y el reglamento en el Derecho comparado.

Sin ánimo de exhaustividad y sólo a título ilustrativo, bien vale la pena, en este subapartado, llevar a cabo una breve alusión a la dinámica de las relaciones entre la ley y el reglamento en tres países cuya influencia en el Derecho Administrativo Colombiano no es para nada desdeñable, centrando la atención, en especial, en la evolución que el tratamiento de este asunto ha evidenciado en Francia, cuna por excelencia de la concepción clásica del Estado liberal de

monetaria del Estado, cuando a su juicio sea indispensable negarle de manera temporal o permanente algunas de las funciones asignadas a la Junta Monetaria, o transferirlas a otra entidad de derecho público, es claro que durante la vigencia de la Carta de 1886 podía hacerlo sin reservas. Con mayor razón podía el Congreso reformar o derogar una resolución de la Junta Monetaria, cuando a su juicio no se adecúe a las necesidades nacionales o no cumpla con las finalidades para las que fue creada” (se ha subrayado). Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-021 de 1993; Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Derecho de acuerdo con la cual la posición de supremacía absoluta en la jerarquía normativa la ocupaba la ley, desplazando por completo —hasta pretender anularla en los orígenes del Estado liberal de Derecho francés— la potestad reglamentaria, situación primigenia que ha dado paso con la claridad que prácticamente en ningún otro régimen se hace tan patente, a una práctica de preeminencia reguladora del reglamento, que se acompaña del reconocimiento de ámbitos en los cuales opera una reserva normativa en favor de esta fuente del Derecho. Claro está —y bueno es precisarlo desde ahora— que en manera alguna es éste —el francés— el diseño del sistema de reparto de atribuciones normativas por el cual se decantó el Constituyente colombiano de 1991, el cual, como igualmente se verá, optó por una suerte de fórmula híbrida o intermedia entre los sistemas germánico y español, de un lado y el mencionado modelo francés, de otro.

Si el reglamento y la potestad reglamentaria constituyen el resultado de una pugna secular —iniciada en la Baja Edad Media— por la conquista de la hegemonía, en el terreno de la producción normativa, entre las asambleas representativas y el poder ejecutivo, el proceso de conceptualización de tales categorías normativas encuentra en el caso alemán el paradigmático reflejo de la referida disputa, como quiera que tras la derrota de Napoleón, los principados germánicos instauraron el sistema político conocido como monarquía constitucional o limitada, del cual suele preconizarse que se trataba de un “*sistema dualista*” —de soberanía— en el cual cohabitaban el principio democrático, caracterizado por el Parlamento y el principio monárquico, personificado por el Rey. En este sistema, las relaciones entre la ley y el reglamento se encontraban regidas por el principio de distribución horizontal de materias, de conformidad con el cual la ley tenía un ámbito limitado a la regulación de las cuestiones que afectaran la libertad y la propiedad de los ciudadanos —materias que quedaban *reservadas* a la ley—, mientras que el reglamento —el poder monárquico— resultaba competente para regular todos aquellos asuntos que no incidieran en los mencionados derechos o intereses.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Sin embargo, ese sistema, claramente favorecedor de la potestad normativa del Ejecutivo, comienza a evidenciar una mutación de fondo a finales del siglo XIX debido a la influencia de las tesis de Jellinek y Laband, especialmente a su concepción de ley en sentido material como toda disposición contentiva de una proposición jurídica, de suerte que todas las “leyes” así entendidas, debían ser aprobadas con el consentimiento parlamentario; si bien se mira, ello abre las puertas a la operatividad de la distinción antes referida dentro del presente proveído, entre reglamentos jurídicos —aquellos con incidencia, de cualquier manera, en la esfera jurídica de los ciudadanos—, los cuales, por ser catalogables como leyes en sentido material sólo podrían ser expedidos con previa y expresa autorización de ley aprobada por el Parlamento de un lado y, de otro, los reglamentos administrativos, los cuales, por referirse a cuestiones internas de la organización y funcionamiento de la Administración entrarían en la potestad normativa del monarca. Tal es, en lo sustancial, el sistema de relaciones entre la ley y el reglamento estructurado tanto a partir de la Constitución imperial de 1871, como con la Constitución de Weimar de 1919 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949 —artículo 80.1—⁶¹.

Se trata, por tanto, de un régimen de relaciones entre la ley y el reglamento estructurado sobre la base de la distinción entre reglamentos jurídicos y reglamentos administrativos: en relación con aquéllos opera, como principio, la capacidad del Parlamento para regular cualquier ámbito o materia; tratándose de éstos, resulta viable el ejercicio de potestades normativas sin supeditarse a la ley; en cualquier caso, lo anterior no obsta para que actualmente se reconozca la existencia de ámbitos de “reserva de Administración”⁶², como se verá más adelante. Similar al modelo alemán de reparto de atribuciones normativas entre

⁶¹ Sobre este tema, con mayor profusión y profundidad, puede verse FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 184-204; SCHMIDT ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, traducción por varios autores, Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 197-219.

⁶² SCHMIDT ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit., pp. 217-219.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

la ley y el reglamento, es el diseño efectuado en la Constitución española de 1978⁶³.

El caso francés, a diferencia de los dos recién aludidos, ofrece una evolución no por interesante menos paradójica: el país que partió de una negación absoluta de la potestad reglamentaria⁶⁴ como consecuencia de la rousseauiana “mitificación” del papel de la ley —entendida como expresión de la voluntad

⁶³ En el modelo español, por tanto, no ofrece discusión alguna la primacía de la ley, primacía —respecto del reglamento— que es entendida en cuatro sentidos: uno, como primacía *formal*, determinante de que la ley ocupe una posición jerárquicamente superior al reglamento en el sistema normativo, toda vez que aquella disciplina lo esencial de cada uno de los sectores del sistema normativo; dos, como primacía *material*, consistente en la invulnerabilidad de los preceptos legales por las disposiciones reglamentarias, so pena de nulidad de los segundos; tres, como primacía *directiva* respecto del reglamento, en la medida en que ostenta plena libertad de disposición en punto al contenido de éste y cuatro, como una primacía *objetiva o de ámbito* que se traduce, a su vez, en cuatro proposiciones: 1. La ley tiene reservada por la Constitución la regulación de algunas materias que no pueden ser disciplinadas *ex novo* por el reglamento y en relación con las cuales la colaboración de éste es muy limitada; 2. La ley puede intervenir no sólo tratándose de las materias que la Constitución le reserva, sino también en cualquier otro ámbito del sistema normativo, por manera que no existe materia alguna vedada a la actuación del legislador; 3. La Constitución no reserva al reglamento la regulación de materia alguna, luego el ámbito de la potestad reglamentaria depende, por entero, del Legislador, el cual puede desplazarla en cualquier momento y 4. La ley puede restringir al reglamento en todo aquello que estime oportuno. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, cit., pp. 323-325. Sin embargo, De Otto matiza lo anteriormente expuesto al aclarar que si bien es cierto que en virtud del principio de jerarquía normativa la potestad reglamentaria está sometida a la ley, de suerte que el reglamento no puede contradecirla, no lo es menos que no hay fundamento alguno para afirmar que el reglamento sólo puede hacer aquello que la ley le permite y que la norma reglamentaria precisa de una autorización legal, aunque sea en blanco, como quiera que la potestad reglamentaria es atribuida por la propia Constitución —artículo 97—, con lo cual la habilitación legal debe interpretarse como encauzamiento de la potestad reglamentaria y no como autorización u otorgamiento de la misma. Además, precisa este autor que en España no existe una “reserva general de la libertad”, en cuanto materia regulable sólo por la ley, como en Alemania, lo cual queda demostrado con la multiplicidad de reservas singulares existentes, referidas a materias concretas. En consecuencia, para este autor “[L]a solución dada por la Constitución Española de 1978 al reparto entre ley y reglamento es, por otra parte, la más correcta desde el punto de vista práctico. La ley puede regular lo que quiera, pero sólo está obligada, por así decirlo, a regular aquello que es objeto de reserva”, postura que permite evitar los inconvenientes prácticos a los cuales conduce la tesis de la reserva de la libertad y de la propiedad: la sobrecarga del legislador. Cfr. DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., pp. 240-241.

⁶⁴ Señala Santamaría Pastor que “... los primeros textos de la Revolución establecen un sistema basado nada menos que en la desaparición completa de la potestad reglamentaria. En una primera fase, el Decreto de la Asamblea Nacional de 1 de octubre-3 de noviembre de 1789 prohíbe al Rey dictar cualquier tipo de norma, salvo las meras “proclamations” o recordatorios de la aplicación de las leyes; y la Constitución de 1793 eliminó incluso esta posibilidad. Sin embargo, la marcha atrás llegó de inmediato: la Constitución del año III volvió a autorizar al Directorio a realizar “proclamations”; y la Constitución bonapartista del año VIII atribuye ya francamente al Gobierno un poder reglamentario para la ejecución de las leyes; en sólo diez años, los principios revolucionarios habían quedado totalmente olvidados”. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, cit., p. 308.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

popular—, es el que acabará por conferirle un mayor espacio de actuación y mayores posibilidades de desarrollo. En ese orden de ideas, Vedel explica cómo la innovación constitucional que más interesa al Derecho administrativo, entre las previsiones constitucionales de la Carta Fundamental francesa de la III y IV Repúblicas, respecto del sistema contenido en la Constitución de la V República —de 1958, actualmente en vigor— se refiere a la definición y las relaciones entre la ley y el reglamento.

Así pues, durante la III y IV Repúblicas prevaleció la idea de acuerdo con la cual el ejercicio del poder reglamentario, como cualquier otra actividad administrativa, constituía una actividad tendente a "la ejecución de las leyes", subordinada, por tanto, a éstas y limitado a desplegarse tan sólo en las esferas en las cuales así lo consintiese el legislador. De ahí que, durante esta época, se sostuviese, en punto a las relaciones entre la ley y el reglamento, lo siguiente:

*"b) Determinadas materias estaban reservadas a la ley, sea en virtud de disposiciones expresas de la Constitución, sea en virtud de la "tradicón republicana"; constituía la esfera legislativa *por naturaleza*: por ejemplo, el estado de las personas, los impuestos, el régimen electoral, etcétera. Ahora bien, el legislador podía intervenir libremente, más allá de esta esfera reservada, en todas las materias que desease regular; constituía esta la esfera legislativa *por determinación de la ley*. En consecuencia, si había materias que únicamente el legislador podía regular, no existía ninguna que le estuviese vedada. No había, pues, esfera reservada al reglamento.*

El poder ejecutivo no podía dictar reglamentos en las materias pertenecientes a la esfera legislativa, por naturaleza o por determinación de la ley, salvo para adoptar las medidas de aplicación de las leyes, sea espontáneamente, sea porque le invitase a ello el propio legislador. Por el contrario, en las materias que no correspondían a la esfera legislativa, el reglamento podía producirse de forma autónoma: este es el principio enunciado por la sentencia *Labonne...*" (cursivas en el texto original; negrillas fuera de él)⁶⁵.

⁶⁵ Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, traducción de la sexta edición francesa por Juan Rincón Jurado, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 26-27.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

El cambio que ocurre con la distribución de competencias normativas que efectúa la Constitución de 1958 es sustancial: ahora la esfera de la competencia legislativa será *asignada*, por manera que si bien el reglamento no puede irrumpir en ella —salvo en los casos de autorización legislativa expresa, según lo dispone el artículo 38 constitucional—, el legislador tampoco podrá rebasar el ámbito de las atribuciones normativas que se le asignan, con lo cual se consolida un espacio regulatorio reservado al poder reglamentario que comprende todas las materias cuyo desarrollo normativo no se defiere expresamente al legislador. De este modo, la potestad reglamentaria pasará a constituirse en *“la competencia normativa de Derecho común; la competencia legislativa es una competencia normativa de excepción”*⁶⁶.

Lo anterior conduce, inevitablemente, a sostener que la Administración no se ocupa exclusivamente de la mera "ejecución de las leyes", aserto que antes de la entrada en vigor de la Constitución francesa de 1958 se sustentaba en que, incluso cuando intervenía normativamente de modo espontáneo y en ausencia de habilitación legislativa, dicha Administración *“se hallaba dentro de un marco legislativo “virtual”, ya que, en cualquier momento y con independencia de todos los reglamentos existentes, el legislador podía apoderarse de una materia para su regulación”*⁶⁷. *Contrario sensu*, en el sistema constitucional de 1958 la tarea de ejecución de las leyes constituye sólo uno de los aspectos de la actividad administrativa, pues en la esfera que le está reservada, el poder reglamentario actúa de forma espontánea, autónoma e independiente en relación con la ley. Por ello, en el marco de la Constitución de la V República francesa de 1958 el reparto de atribuciones normativas entre la ley y el reglamento sigue las siguientes reglas:

“1.º La esfera asignada al legislador es definida de modo enumerativo por el art. 34 de la Constitución, y el art. 37 determina que “las materias que no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario”. De este modo, la competencia

⁶⁶ VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, cit., p. 30.

⁶⁷ *Idem*.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

reglamentaria constituye el *principio*, en tanto que la competencia legislativa constituye la *excepción*.

2.º La esfera asignada al legislador por el art. 34 se define de dos maneras: Para determinadas materias, la competencia legislativa no contiene restricciones; para otras, solo se ejerce en cuanto concierne a los "principios fundamentales".

Así, en principio, debemos considerar el ejercicio del poder reglamentario en relación con tres supuestos:

a) *Materias asignadas al legislador en toda su amplitud* (p. ej., libertades públicas): la competencia del poder reglamentario solo se actúa para regular las medidas de aplicación de las leyes, si bien el legislador puede, si así lo desea, descender a la regulación de los detalles. Aquí el poder reglamentario conserva su carácter tradicional de poder totalmente subordinado, cuya actuación es "residual", en el ámbito consentido por la actividad legislativa.

b) *Materias asignadas al legislador únicamente en lo que concierne a sus principios fundamentales* (p. ej., propiedad, derechos reales, obligaciones): el legislador solo puede enunciar normas de principios; no puede ir más allá. El poder reglamentario se ejerce en el marco de dichos principios legislativos, pero en una zona reservada, cuyo ámbito no depende, al menos teóricamente, de la voluntad del legislador.

c) *Todas las restantes materias corresponden al poder reglamentario*, que actúa entonces con plena independencia del poder legislativo, hallándose únicamente limitado por las normas de naturaleza constitucional o los principios generales del Derecho
(...)

No hay duda de que, una vez adoptada la Constitución de 1958, cabía defender la interpretación que se expone a continuación, según la cual era posible distinguir *dos clases de poder reglamentario*.

El primer tipo de poder reglamentario sería el *poder reglamentario tradicional*, dirigido a la "ejecución de las leyes", identificándose así con el concepto de ejecutivo. Es el que corresponde al Gobierno, a fin de procurar la aplicación de las leyes votadas por el Parlamento en la esfera que le es asignada por el artículo 34 de la Constitución.

Dentro de esta concepción, la Constitución habría instituido, sin embargo, un *segundo tipo de poder reglamentario*, que se ejercería en las materias en las que, en virtud del art. 37 de la misma, el reglamento se da en forma independiente de la ley y dentro únicamente del marco previsto por la propia Constitución (...) "un *poder normativo gubernamental* que se ejercería en forma de reglamento, pero que tendría la misma *fuerza jurídica* que la ley".



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Las únicas distinciones aceptables se refieren al *ámbito* de la competencia reglamentaria, que se amplía progresivamente según nos situemos en el marco de la primera parte del art. 34 de la Constitución (materias confiadas completamente al legislador, en las que el poder reglamentario solo puede intervenir para llevar a cabo la aplicación de las disposiciones legislativas y dentro del margen permitido por éstas), en el de la segunda parte del mismo art. 34 (materias en las que el legislador solo puede intervenir para la enunciación de los principios fundamentales, debiendo ser las restantes normas de naturaleza reglamentaria), o en el del art. 37, párr. 1 (materias sustraídas completamente a la ley y dejadas en su totalidad al poder reglamentario)" ⁶⁸ (cursivas en el texto original).

El reparto de competencias normativas que se ha dejado expuesto da lugar, correlativamente, a un reparto de atribuciones fiscalizadoras en cabeza de las autoridades jurisdiccionales encargadas de velar por que cada una de las Ramas del Poder Público no sólo ejerza sus facultades regulatorias ajustándose, en cuanto al contenido de las disposiciones expedidas, a las normas a las cuales éstas deban acatamiento, sino también que no se irrumpa, de manera indebida —y, por tanto, inconstitucional— en la órbita de las atribuciones de otra instancia normativa; como lo explica Vedel:

"Se deduce de todo esto que la frontera trazada por la Constitución entre ley y reglamento queda garantizada por dos órdenes diferentes de autoridad. La defensa de la esfera reglamentaria contra las invasiones del legislador está confiada al Consejo Constitucional (...) La defensa de la esfera legislativa contra las invasiones de la autoridad reglamentaria se confía, siguiendo la tradición, al Consejo de Estado, que juzga del exceso de poder (salvo los casos en que la excepción de ilegalidad puede ser apreciada por los tribunales ordinarios del orden judicial)" ⁶⁹ (se ha subrayado).

c. El reparto de atribuciones normativas entre la ley y el reglamento en la Constitución Política de 1991.

Ley y reglamento no son más que dos de las fuentes normativas que se integran en el ordenamiento jurídico. Éste, a pesar de la pluralidad de fuentes que lo integran, puede considerarse como un sistema en atención a que las normas

⁶⁸ VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, cit., pp. 29-32.

⁶⁹ *Idem*, p. 32.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

que esas fuentes recogen guardan entre sí unas relaciones de orden que se encuentran establecidas en una serie de reglas o de principios hermenéuticos que permiten establecer dicho orden y resolver los conflictos que se suscitan entre las disposiciones incorporadas en diversas fuentes dentro del conjunto. Por tal razón, un sistema jurídico complejo, como el jurídico, precisa de la existencia de las referidas reglas que articulen y armonicen la diversidad de fuentes en el ordenamiento, asignando a cada una de ellas una determinada posición o un concreto ámbito de regulación dentro del mismo, además de posibilitar la armonización de las contradicciones o la solución de las colisiones entre preceptos⁷⁰.

Pues bien, una de las maneras a través de las cuales resulta posible llevar a cabo esa articulación consiste en establecer los límites a los cuales debe someterse cada uno de los órganos que, dentro de la estructura del Estado, tiene atribuida función normativa, esto es, en identificar los territorios dentro de los cuales puede cada sujeto crear válidamente derecho, por manera que las normas que profiera trascendiendo las fronteras delineadas por su órbita

⁷⁰ De la referida necesidad deriva la existencia de los conocidos principios de solución de antinomias o de conflictos de normas, a saber: 1. **Principio de jerarquía**, consistente en la subordinación de unas normas a otras en función de su mayor o menor rango o fuerza de obligar, de suerte que aquella que ostenta mayor rango debe prevalecer respecto de las que ostentan una posición jerárquica inferior. Esa jerarquía suele estar determinada por la posición que dentro de la estructura del Estado ocupa el órgano que produce la norma de la cual se trate; así, en el ordenamiento jurídico colombiano, todas las leyes son *jerárquicamente* iguales entre sí —independientemente de su tipo— a diferencia de los reglamentos, los cuales sí se encuentran jerarquizados en función del nivel del órgano que los profiere; 2. **Principio de temporalidad**, sintetizado en la máxima *lex posterior derogat legi priori* y consagrado como norma de derecho positivo en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 153 de 1887, el segundo de los cuales preceptúa: “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior”; 3. **Principio de especialidad**, expresado en el aforismo *lex specialis derogat generali*, el cual recoge el artículo 5, numeral 1 de la Ley 57 de 1887, cuando preceptúa que “[L]a disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”; 4. **Principio de competencia**, en virtud del cual la Constitución Política atribuye a una determinada fuente normativa —y al órgano competente para expedirla— la regulación exclusiva y excluyente de una determinada materia, de suerte que la fuente —y el órgano— en cuestión sólo pueden ocuparse de dicha materia y no de otra, con lo cual una norma de tal naturaleza no puede ser modificada o derogada por una de tipo distinto, como quiera que esta última incurriría en un vicio afectante de su validez, por falta de competencia; 5. **Principio de reserva**, en virtud del cual algunas materias sólo pueden ser reguladas por cierto tipo de fuentes normativas, pero éstas no se encuentran limitadas al desarrollo exclusivamente de dichos asuntos, sino que pueden abordar otros, sin que se vea afectada su validez. Sobre este tema, puede verse SIERRA PORTO, Humberto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 54-60.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

competencial devienen contrarias al ordenamiento y deben ser, consecuentemente, excluidas de él. De este modo, la organización y sistematicidad de la pluralidad de fuentes se hace posible limitando simultáneamente la capacidad de producción normativa de las mismas, ora mediante la subordinación de unas a otras, ora a través de la asignación, a cada una de ellas, de un espacio exclusivo dentro del cual ejercer sus potestades regulatorias; como consecuencia de esas recíprocas limitaciones, los diversos tipos de fuentes quedan “...*comprimidos mutuamente, como ordenamientos parciales, limitados en su objeto, o como ordenamientos jerarquizados entre sí. El sistema se articula en tal caso con reglas acerca de la validez*”.

Pues bien, dos de los principales criterios o reglas en torno a la validez de las normas y de las fuentes del Derecho son el de la *jerarquía normativa* y el de la *distribución de materias*, de los cuales resulta menester ocuparse con el propósito de establecer, con base en ellos, cómo opera el reparto de competencias normativas que entre la ley y el reglamento ha dispuesto el Constituyente colombiano en el año 1991.

El criterio de la ***jerarquía normativa o jerarquía formal*** consiste en que a las normas se les asignan diferentes rangos o posiciones —superior o inferior—, dentro del ordenamiento jurídico, según la forma que adopten, es decir, con independencia de su contenido; es ése el criterio que permite sostener que la ley es *superior* al decreto, lo cual significa que toda norma que se apruebe con forma de ley deviene *jerárquicamente* superior a todas las que se adopten con forma de decreto. Desde el punto de vista técnico, la jerarquía formal no es otra cosa que una regla sobre la validez de las normas, de conformidad con la cual aquellas que ocupan una posición *inferior* pierden validez —esto es, desaparecen como normas— cuando contradicen a las que ocupan una posición jerárquicamente *superior*, de suerte que una norma o una forma o una fuente normativa es superior a otra cuando las disposiciones que adoptan esa forma o se incluyen en esa fuente derogan o anulan, en caso de contradicción, a las normas que adoptan la otra; por tal razón los preceptos reglamentarios vigentes en un determinado momento quedan *derogados* al entrar en vigor



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

una ley que los contradiga y, del mismo modo, los preceptos reglamentarios que contradigan lo dispuesto en una ley tienen la virtualidad de ser declarados *nulos* por la autoridad jurisdiccional⁷¹.

En el anterior orden de ideas, un ordenamiento jurídico estructurado exclusivamente con fundamento en el criterio de la jerarquía formal se traduciría en una ordenación puramente vertical de las fuentes normativas, con estricta subordinación de unos poderes reguladores respecto de otros, de modo que todo lo dispuesto por la fuente o el órgano de grado superior tendría la virtualidad de eliminar del ordenamiento, en cuanto existiere contradicción, lo dispuesto por la fuente o el órgano de grado inferior; tal esquematización rigurosamente jerarquizada constituyó el paradigma normativo derivado de los postulados de la Revolución Francesa, de acuerdo con los cuales la ley, concebida como expresión de la voluntad soberana del pueblo, se situaba en la cúspide del ordenamiento y subordinaba absolutamente a cualquier otra fuente —cuando no intentaba simplemente hacerla desaparecer, como en un principio se procuró con la potestad reglamentaria en las primeras constituciones revolucionarias, según se anotó anteriormente—.

Sin embargo, la insuficiencia —que históricamente muy pronto se hizo evidente— del criterio jerárquico, condujo al advenimiento de otro sistema de articulación de las fuentes, complementario y en ocasiones corrector de aquél, cual es el guiado por el ***criterio de la distribución de las materias*** susceptibles de regulación, entre los diversos órganos con potestades normativas asignadas por el ordenamiento jurídico, criterio que puede valerse de dos modalidades de reparto, según pasa a explicarse.

⁷¹ De ahí que sostenga De Otto que “[A] esa eficacia derogatoria que la norma superior tiene sobre la inferior se la denomina fuerza **activa**, y se denomina fuerza **pasiva** a la resistencia que la norma superior tiene frente a la inferior y que consiste en la nulidad de ésta cuando contradiga a aquélla. Dos normas tienen el mismo rango cuando pueden derogarse entre sí, esto es, cuando tienen fuerza activa pero no fuerza pasiva: el decreto-ley deroga a la ley, pero a su vez es derogado por ella”. Cfr. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, cit., p. 89.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

La primera, a su vez la más usual y de la cual se deriva una estructuración horizontal del ordenamiento, consiste en **asignar a ciertas fuentes normativas la regulación de determinadas materias y sólo de ellas**, por manera que la fuente de la cual se trate es la única que puede disciplinar esa materia en concreto y, además, sólo puede ocuparse de ella. El ejemplo más típico, en el derecho comparado, de utilización de esta modalidad de reparto de atribuciones normativas lo constituye la distribución territorial de competencias entre el Estado y otros entes territoriales dotados de capacidad normadora —en el caso de España las Comunidades Autónomas— o, al margen de la distribución territorial de potestades regulatorias y con referencia al reparto de las mismas entre Ramas u órganos del Estado, en los eventos en los cuales determinadas materias se reservan a la regulación por parte de las leyes aprobadas por los Parlamentos, estableciéndose que esta fuente del derecho sólo puede ocuparse de la regulación de las concretas materias que expresamente se le asignan con dicho propósito. Tal fue la distribución que pretendió la doctrina iuspublicista clásica alemana y la que estableció la Constitución francesa de 1958, según se explicó atrás. Por lo demás, dicho reparto puede llevarse a cabo a través de múltiples sistemas, como a través de la confección de listas para cada una de las fuentes en presencia o mediante la determinación del ámbito de la competencia normativa de una sola de ellas, de modo que la otra pueda regular en todo aquello que no le haya sido expresamente sustraído⁷².

La segunda modalidad de distribución de materias —la cual puede combinarse con la anterior— es la constituida por la **técnica de las reservas**, de conformidad con la cual ciertas materias sólo podrán ser reguladas por determinada clase de normas y no por otras, sin que ello excluya que la fuente normativa en cuestión pueda ocuparse también de desarrollar materias distintas. Así pues, a diferencia de lo que ocurre con el sistema de distribución de competencias, la norma en cuyo favor se establece la reserva ostenta el monopolio de la materia de la cual se trate, pero mantiene la posibilidad de

⁷² *Idem*, pp. 89-90.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

regular también otras distintas, cosa que ocurre, por vía de ejemplo, con las reservas de ley, en virtud de las cuales ciertas materias sólo pueden regularse mediante ley y no a través de reglamentos, sin que ello obste para que la ley pueda válidamente regular tanto esas materias como cualesquiera otras, al paso que tratándose de la distribución de competencias un órgano con potestad normativa la ejerce solamente en relación con el ámbito respecto del cual se le atribuye dicha facultad⁷³.

La operatividad de los criterios de ordenación de las fuentes normativas a los cuales se acaba de hacer alusión, dentro de un mismo sistema jurídico, da lugar a la necesidad de determinar cuál es el régimen de relaciones entre ellos, cuáles son las diferencias existentes al momento de poner en práctica uno u otro y cómo pueden no sólo coexistir sino, inclusive, complementarse, aún tratándose de normas recogidas en una misma fuente, respecto de las cuales resultará posible, por tanto, predicar la existencia tanto de relaciones jerárquicas como de distribución de competencias con referencia a otras fuentes. Como quiera que las relaciones entre los anotados criterios, especialmente entre el jerárquico y el de distribución de materias —los dos que especialmente interesan al objeto del presente pronunciamiento— es explicada de magistral forma por el profesor Ignacio de Otto, la Sala transcribirá el siguiente apartado de su obra, ilustrativo en relación con este extremo, no obstante su extensión:

“a) La distribución de materias provoca en las relaciones entre normas unos efectos similares en apariencia a los que produce la jerarquía formal, pero que se diferencian esencialmente de ellos, dando lugar a un sistema de relaciones entre normas compatible con el que es propio de la jerarquía. Por eso, **distribución de materias y**

⁷³ *Ibíd.*, pp. 90-91. En relación con la dinámica de la técnica o principio de reserva, resulta sumamente ilustrativo el siguiente aparte doctrinal: “De acuerdo con el principio de reserva, cuando exista una antinomia entre una norma que regula una materia reservada y otra norma, no se produce necesariamente la nulidad de la segunda, como sucede cuando se aplica el principio de la [distribución de] competencia, sino que es necesario determinar en primer lugar si la contradicción es sobre la materia reservada, en cuyo caso se deberá aplicar la norma que de acuerdo con el ordenamiento debe regular la materia reservada, y declarar la nulidad de la otra en la parte en que ha invadido la reserva; en segundo lugar, si la contradicción es sobre materias no reservadas a una específica norma, se deberá acudir a los demás principios [vgr., temporalidad o especialidad].

En el ordenamiento colombiano, la existencia y relación de los diversos tipos legales encuentran sentido al ser examinados de acuerdo con el principio de reserva”. Cfr. SIERRA PORTO, Humberto, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, cit., p. 59.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

jerarquía formal son criterios que pueden coexistir en un mismo ordenamiento e incluso en un mismo nivel jerárquico.

La aparente similitud de efectos consiste en que el sistema de distribución de materias, al atribuir a una clase de normas la regulación de una materia, conlleva la invalidación de las demás normas cuando invadan esa materia. Parece así que la norma en cuyo favor se ha establecido la reserva tiene esa fuerza invalidante propia de la superioridad jerárquica que se despliega en la resistencia a ser derogada y en la fuerza derogatoria y anulatoria. Del mismo modo, cuando se opera una distribución de competencias, la norma que regule un objeto que le es ajeno resultará también viciada de incompetencia y nula, lo que produce el mismo efecto que la carencia de fuerza activa propia de las normas inferiores en relación con las superiores.

Estos efectos, sin embargo, son del todo distintos en su naturaleza de los que produce la jerarquía formal. **Si la norma invasora de un terreno vedado resulta nula no es porque contradiga lo dispuesto en la norma beneficiaria de la reserva, o dotada de competencia, sino simplemente por el hecho de haber invadido el terreno ajeno, aun cuando la contradicción no se produjese (...)** Resulta así que, mientras en la jerarquía formal la invalidación de una norma, inferior, sólo se produce si hay contradicción con otra superior, en la distribución de materias tal contradicción no es precisa, sino que la norma resulta nula por el simple hecho de haber regulado la materia vedada. Esto es así porque en la jerarquía formal la validez o invalidez resulta directamente del rango de la norma, razón por la que se habla de fuerza activa o pasiva de las normas, mientras que en caso de la distribución de materias resulta de las normas que la llevan a cabo estableciendo qué fuentes pueden regular la materia de que se trate.

Todo esto significa, en definitiva, que en la distribución de materias las relaciones entre las normas no dependen de su forma, sino de su contenido. La distribución de materias se hace valer, ciertamente, confiriendo a la norma beneficiaria una resistencia a la derogación frente a las demás, y haciendo recaer sobre éstas la nulidad cuando se infringe la distribución de materias. Pero esa resistencia no es una cualidad atribuida a la norma en cuanto tal, por su forma y con independencia de su contenido, sino algo que sólo tiene en cuanto que se ocupa de la materia que le ha sido asignada; no se trata, dicho de otro modo, de virtualidades atribuidas simplemente a las formas, como ocurre en la jerarquía formal **y por ello no cabe hablar de fuerza de las normas,** ni activa ni pasiva, a pesar de que también aquí resulte afectada positiva y negativamente la validez y subsistencia de las normas en juego.

b) Esta autonomía o identidad propia de las relaciones entre normas en el principio de distribución de materias hace que esas



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

relaciones sean del todo independientes de las que derivan de la jerarquía, en el concreto sentido de que esa distribución de materias, con sus efectos de resistencia e invalidación, puede darse entre normas del mismo rango o rango distinto, esto es, con independencia del rango que ostenten las normas entre las cuales se viene a hacer la distribución" (cursivas en el texto original; la Sala ha destacado con negrillas y subrayas)⁷⁴.

Precedida de las anteriores premisas, procede la Sala a ocuparse del examen del reparto de atribuciones normativas que entre la ley y el reglamento ha efectuado la Constitución Política de 1991. Con tal propósito, punto de partida insoslayable lo constituye la referencia a aquello que la jurisprudencia ha señalado en relación con este asunto:

1. En primer lugar, debe puntualizarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al ocuparse del tema, parte de señalar que en Colombia la cláusula general de competencia normativa le está atribuida al Congreso de la República. De tal afirmación pareciera inferir que, en todos los casos, la relación entre la ley y el reglamento se encuentra gobernada por el criterio de la jerarquía formal, antes explicado y que la dinámica entre esas dos fuentes es exclusivamente de dicha naturaleza, es decir, *jerárquica*, encontrándose todo reglamento supeditado o subordinado a la ley, con el pequeño matiz en que se hace consistir la existencia de "una amplitud mayor" de la potestad reglamentaria tratándose de los reglamentos de desarrollo de las leyes marco. Tal posición se corresponde, en considerable medida, con la expresada por el constitucionalismo decimonónico francés, como corolario de la preconización de una supremacía absoluta de la ley en el ordenamiento interno, fruto de constituir —la ley— la expresión de la soberanía popular —principio democrático— aunque con la nada baladí modulación consistente en que, en el sistema jurídico colombiano, también la ley se halla sometida jerárquicamente a la Constitución Política. La posición del Tribunal Constitucional se refleja en la siguiente cita:

"Reparto general de competencias en la Constitución de 1991.

⁷⁴ DE OTTO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, cit., pp. 91-92.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

4. Esta Corporación ha señalado, en forma reiterada, que la facultad legislativa está atribuida expresamente al Congreso, quien goza además de la cláusula general de competencia para crear normas jurídicas vinculantes (CP arts. 150 ords 1 y 2)⁷⁵. Esto significa que en principio las reglas a las cuales se sujeta la sociedad son expedidas por el Congreso, mientras que el Presidente ejerce su potestad reglamentaria para asegurar la debida ejecución de las leyes.

Este reparto general de competencias normativas entre la ley y el reglamento no es casual ni caprichoso sino que responde a finalidades profundas. Por ello, la sentencia C-710 de 2001 indicó que esa estructura de competencias atiende al desarrollo del principio de división de poderes y a la necesidad de que el derecho, además de ser legal, sea legítimo. La legitimidad del derecho se encuentra vinculada al principio democrático de elaboración de las leyes. Las normas que rigen una sociedad deben ser el resultado de un procedimiento en el que se garanticen en especial dos principios: el principio de soberanía popular, en virtud del cual los límites al ejercicio de las facultades de las personas que hacen parte de una colectividad tienen como único origen legítimo la voluntad popular. Y el principio del pluralismo, como una garantía de participación de la diversidad de los individuos y grupos que componen una sociedad.

5. La Carta de 1991 protege este reparto de competencias entre la ley y el reglamento, y entre el Congreso y el Gobierno, por diversos mecanismos. Así, y por sólo mencionar algunos, la Constitución establece la reserva de ley en ciertas materias, a fin de que éstas no sean definidas a través de la facultad reglamentaria del gobierno. Por ejemplo, sólo la ley puede establecer los motivos por los cuales una persona puede ser privada de la libertad (CP art. 28). Existe además un principio que podría denominarse como el de "reserva formal de ley", según el cual, ciertas materias no sólo deben ser desarrolladas por la ley sino que además la regulación debe ser directamente realizada por el Congreso, quien no puede otorgar al presidente facultades extraordinarias para legislar sobre algunos asuntos. En efecto, el artículo 150 numeral 10º de la Constitución establece que el poder legislativo no podrá conceder facultades extraordinarias para expedir códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, normas por medio de las cuales se crean servicios administrativos y técnicos de las Cámaras, y leyes marco⁷⁶.

6. Con todo, el anterior reparto general de competencias entre el Congreso y el Gobierno admite matices y excepciones. De un lado, en ciertos casos, la Constitución amplía la facultad del Presidente para dictar normas generales, en la medida en que incrementa el

⁷⁵ Nota original de la sentencia citada: Ver, entre muchas otras, las sentencias C-710 de 2001, C-1191 de 2000, C-543 de 1998, C-568 de 1997, C-473 de 1997, C-398 de 1995 y C-417 de 1992.

⁷⁶ Nota original de la sentencia citada: Ver entre otras C-021 de 1994, C-111 de 2000.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

ámbito de acción de su potestad reglamentaria. Y de otro lado, la Carta también autoriza que, en ciertas hipótesis, el Gobierno expida decretos que tienen materialmente la jerarquía y la fuerza de una ley.

La potestad de reglamentación es mayor frente a aquellas leyes que, por mandato constitucional, tienen un contenido general, como sucede con las leyes marco y las leyes de intervención económica. En cambio, la potestad reglamentaria ordinaria (CP art. 189 ord 11) suele tener una posibilidad más restringida, pues se trata de desarrollar leyes con un contenido normativo más concreto y preciso" (énfasis añadido)⁷⁷.

2. Más allá de que en el anterior planteamiento que con carácter general se efectúa en torno al *"reparto general de competencias [normativas, se entiende] en la Constitución de 1991"* brilla por su ausencia la referencia a la competencia normativa constitucionalmente asignada a otros órganos de la estructura del Estado, diversos del Congreso y del Presidente de la República de un lado y, de otro, de que se echa en falta cualquier atisbo de límite a la potestad reguladora del Congreso, representado en la existencia de ámbitos cuya normación corresponda exclusivamente al reglamento, es lo cierto que, en otros pronunciamientos la Corte Constitucional ha reconocido, por una parte, que la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República o del Gobierno⁷⁸ y por otra, de forma indirecta —prefiere hacerse alusión a que tratándose de leyes marco las facultades *del legislador* se limitan a la formulación de parámetros y principios generales— y algo "tímida" —por decirlo de algún modo— pareciera abrirse la posibilidad al reconocimiento de ámbitos de regulación exclusivos del reglamento. En ese sentido, bastante menos dubitativa ha sido la posición asumida por el Consejo de Estado —ver la jurisprudencia y los razonamientos efectuados, en relación con este asunto en el apartado 2.2.4, letra c., del presente proveído—.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia C-234 de 2002; Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

⁷⁸ Por vía de ejemplo se reitera, puede verse Corte Constitucional, sentencia C-805 de 2001; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil y, en similar dirección, los siguientes pronunciamientos del Alto Tribunal en mención: sentencia C-350 de 1997, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; C-384 de 2003; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; C-832 de 2002; Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; C-290 de 2002; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; C-917 de 2002; Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Sin embargo, toda pretensión de claridad en relación con este asunto ha quedado, hasta ahora, difuminada —como igualmente se refirió— cuando las dos Altas Corporaciones, recuperando una polémica incluso heredada de la época anterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se han ocupado de establecer cuál es la naturaleza jurídica de los reglamentos de desarrollo de las leyes marco, pues además de no haber establecido con claridad si la misma es *legislativa* o *administrativa*, la cuestión se complica, todavía más si cabe, cuando se apela a hacer alusión a expresiones como “*fuerza de ley*” de tales reglamentos —bien para atribuírsela, ora para negársela— o a denominarlos como “*reglamentos legislativos*”. Para nada contribuía, en obsequio de rigor y claridad, la ausencia de una tipología reglamentaria en el Derecho Público colombiano, la cual permitiera identificar cuál es el criterio de reparto de atribuciones normativas operante entre la ley y cada una de las distintas modalidades de reglamento.

3. Como el análisis de estos problemas a la luz de los aquí explicados criterios de ordenación de las fuentes normativas en el ordenamiento jurídico permite advertirlo, resulta estéril centrar el objetivo de análisis en la circunstancia consistente en establecer qué reglamentos vienen provistos de “*fuerza de ley*” y cuáles no, así como en intentar dilucidar cuáles de ellos tienen naturaleza *legislativa* y cuáles naturaleza “meramente” *administrativa*, claro está, conviniendo en que tienen fuerza de ley y, por tanto, entidad equiparable a la de las normas legales aprobadas por el Congreso de la República, los decretos del Gobierno a los cuales la Carta Política, de forma expresa, les atribuye esa catalogación —artículos 150 numerales 10, 212, 213, 215 y 341 constitucionales—. Pero ese tipo de decretos, por su singularidad y por la claridad que en punto a su naturaleza jurídica y a su posición jerárquica arroja la propia Constitución Política, escapan al objeto del análisis del cual se ha ocupado la Sala en el presente pronunciamiento y no se incluyen, por lo mismo, en la tipología reglamentaria que aquí se ha formulado.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

En ese orden de ideas, lo que a juicio de la Sala resulta procedente llevar a cabo a continuación es examinar el criterio de ordenación de las fuentes normativas que rige las relaciones entre la ley y cada uno de los tipos de reglamento antes esbozados, pues, correlativamente, con ello quedará precisado cuál es el parámetro de control al cual deberá someter, el juez competente, cada específica modalidad de reglamento cuando se ocupe de analizar su legalidad y/o su constitucionalidad. Se excluyen, de entrada, los que aquí se han denominado “*reglamentos residuales*”, respecto de los cuales no resulta posible sostener que la Constitución elige o bien el criterio jerárquico o bien el de distribución de competencias normativas, para efectos de explicar la relación de aquellos con la ley, por la potísima razón de que tales reglamentos se expiden *en defecto de ley* que regule la materia de la cual ellos se ocupan, de forma definitiva —como en el caso del artículo 41 transitorio de la Carta— o provisional, hasta tanto la ley ejerza su competencia reguladora original —como en los ejemplos que proveen los artículos 341, inciso tercero y 42 transitorio constitucionales—. Si las disposiciones contenidas en tales cuerpos normativos —los reglamentos residuales— llegaren a colisionar con la ley, deberán aplicarse los otros criterios que permiten resolver conflictos normativos —especialidad, temporalidad—.

El anotado examen de las restantes clases de reglamento a la luz de los criterios —jerárquico y de distribución de materias— para la ordenación de fuentes normativas al interior de un sistema jurídico, permite identificar los siguientes tres escenarios en punto al reparto de atribuciones normativas entre la ley y el reglamento en el ordenamiento jurídico colombiano:

a). Tratándose de los reglamentos *(i)* expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los *(ii)* reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los *(iii)* Reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas, en asuntos especializados relativos a la órbita de sus competencias, el criterio que gobierna sus relaciones con la ley es el **jerárquico**, como quiera que, por ministerio de la Constitución, deben ser proferidos para ejecutar o con sujeción a la ley, de suerte que en el evento en el cual las disposiciones



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

contenidas en tal tipo de reglamentos contravengan a las legales, aquéllas deben ser excluidas del ordenamiento jurídico.

Y es que tratándose de los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le atribuye el artículo 189-11 C.P. —por cuanto tales actos jurídicos resultan “*necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*”—, de los reglamentos proferidos “*de conformidad con la ley*” o de los aprobados por otras autoridades administrativas, con sometimiento a los dos anteriores y en materias técnicas o especializadas, no existe reserva regulatoria alguna establecida por la Constitución en favor del reglamento y en relación con las materias que los mismos desarrollan, opera la denominada “cláusula general de competencia normativa” del Congreso, por virtud de la cual se ha entendido que a éste le asiste la facultad de regular cualquier asunto cuya normación no haya sido atribuida expresamente, por la Constitución Política, a un órgano diferente, de suerte que respecto de las modalidades reglamentarias en cuestión no opera distribución alguna de competencias normativas entre dos órganos constitucionales sino que la relación entre la ley y el reglamento se rige por el criterio jerárquico y, consecuentemente, por el principio de *necesidad de la reglamentación*, en virtud del cual los límites de la potestad reglamentaria vienen directa o indirectamente definidos por la misma ley —y no por la Constitución—, atendiendo a la comúnmente utilizada fórmula que preconiza que la extensión de la potestad reglamentaria resulta inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, que si ésta desciende hasta la regulación de los más precisos detalles necesarios para su aplicación, deja sin espacio de regulación al reglamento y viceversa, esto es que en la medida en que las previsiones legales sean más generales y abstractas, mayor campo de acción, indirectamente, se le está atribuyendo el Legislador al reglamento.

En la anotada dirección, tradicionalmente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido:

“Los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y, de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles.

(...)

Si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de que no existe el supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de la materia reglamentable, porque el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales (...) Todo aquello que el cuerpo legislativo dejó sin una regulación concreta y que sea necesario organizar para la ejecución de la ley, será materia de reglamentación administrativa, siempre que no desborde los límites del ordenamiento que se pretende desarrollar.

(...)

De esta manera, el ejercicio de esa potestad por el gobierno se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. El grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el ejecutivo, cuanto determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las cámaras"⁷⁹.

En consecuencia, el parámetro de control de la juridicidad de estos tipos de reglamento, a ser tenido en cuenta por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, está constituido tanto por la Constitución Política, como por la ley e, incluso, en algunos casos, por el reglamento mismo expedido por órganos provistos de competencia normativa de mayor *jerarquía* que la de aquél que profirió el reglamento enjuiciado.

b). Tratándose de los **reglamentos constitucionales autónomos**, la relación entre éstos y la ley está gobernada por el criterio de **distribución de competencias normativas** entre el Congreso y otros órganos, toda vez que, como se explicó anteriormente, la Constitución Política, directamente, ha atribuido la competencia regulatoria de la cual se trate a órganos diferentes del Congreso de la República, para que la ejerzan sin sujeción a la ley.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de octubre de 1962, Consejero Ponente: Carlos Gustavo Arrieta; Expedientes 937 y 1541, *Anales*, t. LXV, 1962, números 399 y 400, pp. 34 y ss.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

No existe, por tanto, tratándose de este tipo de reglamentos, la posibilidad de establecer una relación jerárquica entre ellos y la ley, sino una relación basada en la materia, en el contenido de la competencia regulatoria asignada por la Constitución Política al órgano diverso del Congreso del cual se trate, de suerte que si el Congreso irrumpe en el ámbito normativo expresamente atribuido a éste, *con independencia de que la norma parlamentaria sea, o no, contraria a la reglamentaria*, aquélla estará viciada de inconstitucionalidad debido a la sola incursión del Congreso en la órbita de competencia normativa de otro órgano, en clara contradicción con lo dispuesto por el artículo 136-1 constitucional, a tenor del cual “[S]e prohíbe al Congreso y a cada una de sus cámaras: 1. Inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades”.

No puede perderse de vista que una de las aristas del principio de legalidad, aquélla que comprende la exigencia, a todas las autoridades públicas, de adoptar decisiones o desplegar actividades sólo cuando se encuentren previa y expresamente habilitadas para ello por el ordenamiento jurídico —artículos 6 y 121 constitucionales— también vincula al Congreso de la República.

Por su parte, si el reglamento constitucional autónomo contiene disposiciones que desarrollan materias distintas de aquellas que, con precisión y exclusividad, el Constituyente le ha encomendado para su regulación, de manera que invade la competencia normativa del Congreso de la República, el reglamento en cuestión incurre en un vicio de nulidad por inconstitucionalidad debido a la trasgresión de las normas atributivas de competencia contenidas en la Carta Política.

Ahora bien, tal y como se explicaba por referencia al modelo francés de reparto de atribuciones normativas entre la ley y el reglamento y en claro paralelismo con la dinámica de este asunto en Francia, la responsabilidad de velar porque los ámbitos competenciales que en materia normativa ha delineado el Constituyente se respeten, concierne, de manera conjunta y compartida, a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado, por supuesto, cada Corporación en



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

ejercicio de sus propias y específicas atribuciones constitucionales: al Tribunal Constitucional le corresponde velar por que el Congreso no irrumpa ilegítima e inconstitucionalmente en el ámbito de competencia normativa que la Carta Política reservó al reglamento, declarando la inconstitucionalidad de las leyes que, por así proceder, se encuentren viciadas por falta de competencia del Legislador para expedirlas; por su parte, al máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo concierne guardar que el reglamento no discipline asuntos que vayan más allá de las precisas materias cuya regulación el Constituyente ha decidido sustraer de la cláusula general de competencia normativa del Parlamento y, por tanto, deberá declarar la nulidad por inconstitucionalidad de aquellas disposiciones contenidas en reglamentos constitucionales autónomos que contravengan la ley, *en materias diversas de aquellas cuya normación ha sido deferida al mencionado reglamento autónomo.*

El parámetro de control al cual deben someterse los reglamentos constitucionales autónomos lo constituye, consecuentemente, la Constitución Política en forma exclusiva, en especial en lo atinente a la asignación o distribución de competencias normativas que ella efectúa, en favor de órganos diversos del Congreso, para que aquellos desarrollen, de forma directa y sin sujeción a la ley, la Norma Fundamental.

c). Finalmente, respecto de los **reglamentos de desarrollo de leyes marco** —asunto de especial trascendencia para el objeto de la presente litis—, tal y como antes se explicó que resultaba posible que ocurriese tratándose de un mismo nivel normativo, **coexisten el criterio jerárquico y el criterio de distribución de materias** como elementos que permiten explicar la dinámica del reparto de atribuciones normativas que, en este específico caso, se da entre la ley y el reglamento.

De un lado, el *criterio jerárquico* es el que rige las relaciones entre la ley marco y el reglamento de desarrollo de la misma, toda vez que las disposiciones de éste no pueden resultar contrarias a los parámetros o principios generales fijados por aquella, so pena de ser excluidos del ordenamiento. La dinámica de este primer



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

aspecto de la relación ley-reglamento, tratándose de los comentados reglamentos de desarrollo de las leyes orgánicas funciona, entonces, de similar manera que lo hacen las relaciones entre la ley y los reglamentos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el artículo 189-11 C.P. —y los demás reglamentos comprendidos en la primera de las tres reglas que se viene enunciando—, si bien debe admitirse que los reglamentos que desarrollan leyes marco gozan de una mayor amplitud regulatoria, en consideración a que la ley marco desarrollada, por su propia estructura normativa, no puede contener más que parámetros o criterios generales, de suerte que, en estos eventos, la norma legal deja un mayor espacio por concretar al precepto reglamentario.

Sin embargo, la descrita es apenas una de las caras de la moneda. La otra es la atinente a las relaciones existentes entre el reglamento de desarrollo de la ley marco y las demás leyes, relaciones que no estarán gobernadas por el criterio jerárquico sino por el de *distribución de competencias*, es decir, que entre cualquier otro tipo de ley —distinta de aquella ley marco a ser desarrollada reglamentariamente— y el reglamento que desarrolla la ley marco correspondiente, no existe una relación vertical, de jerarquía, sino horizontal, de reparto de competencias, cuya dinámica es similar a la que caracteriza las relaciones de la ley con los reglamentos constitucionales autónomos, según acaba de explicarse. Así pues, como quiera que el reglamento de desarrollo de una ley marco debe ser proferido, única y exclusivamente, por el órgano o la instancia normativa a la cual la Constitución Política así se lo impuso, en el momento en el cual el legislador, por vía distinta a la de una ley marco, regula la materia que aborda la ley marco en cuestión —naturalmente ya en un nivel más concreto o más de detalle—, dicha regulación resulta contraria al reparto de competencias normativas que la propia Carta ha efectuado, por manera que la norma legal respectiva debería ser declarada inconstitucional, se insiste, e cuanto irrumpa en ámbitos competenciales del exclusivo resorte de otras autoridades, con lo cual trasgrediría, adicionalmente, lo dispuesto por el artículo 136-1 superior. Tal declaratoria, no obstante y según se precisó, escapa a las posibilidades del Juez de lo Contencioso Administrativo —el cual, empero, podría



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad— y habría de ser efectuada por el Juez Constitucional.

Por su parte, el reglamento de desarrollo de la ley marco supone el ejercicio de una facultad normativa que le ha sido asignada, con exclusividad, a un órgano distinto del Congreso de la República, solamente cuando dicho reglamento se ocupe de disciplinar aquellas materias que expresamente la Carta ha querido que se regulen a través de esta singular técnica de reparto de atribuciones normativas entre el Congreso y otra instancia dentro de la estructura del Estado. Pero cuando el reglamento de desarrollo de una ley marco se ocupa de regular materias no comprendidas dentro del específico ámbito competencial que le asigna la Constitución Política, deja de tener tal naturaleza jurídica y pasa a convertirse ora en un reglamento proferido en desarrollo de la potestad conferida al Jefe del Estado por el artículo 189-11 constitucional, ora en un reglamento de desarrollo de leyes habilitantes, eventos éstos en los cuales —según se explicó— la relación entre la ley y el reglamento sí es jerárquica, vertical y, por tanto, éste no puede contener disposiciones contrarias a aquélla, cosa diversa de la que ocurre cuando cualquier ley de un tipo distinto de la ley marco a ser desarrollada reglamentariamente contiene previsiones contradictorias con el reglamento de desarrollo de una ley marco, pues en este último caso la relación entre dichas dos fuentes es horizontal y, más allá del sentido de sus disposiciones —y de la existencia o ausencia de contradicción entre ellas—, la circunstancia que puede conducir a que se declare la inconstitucionalidad de la ley o la nulidad por inconstitucionalidad del reglamento, se derivará por el hecho de que alguno de los dos irrumpa en la órbita de competencias del otro.

En consecuencia, bajo ninguna circunstancia resulta conceptual y jurídicamente admisible equiparar los reglamentos de desarrollo de las leyes marco con los decretos reglamentarios que expide el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 189-11 constitucional, así se intente matizar dicha indebida asimilación señalando que los primeros se expiden “*con un ámbito más amplio*” —para utilizar los mismos términos empleados por la



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

citada jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸⁰— que los segundos, pues en el caso de los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le atribuye el artículo 189-11 C.P., no existe reserva regulatoria alguna establecida por la Constitución en favor del reglamento —luego en relación con las materias que los mismos desarrollan opera la aludida “cláusula general de competencia normativa” del Congreso—, mientras que cuando se está en presencia de una ley marco y de su correspondiente reglamento de desarrollo sí existe una distribución de competencias reguladoras entre la ley y el reglamento, en los términos que se acaban de señalar⁸¹.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2.004; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁸¹ En similar dirección a la expuesta, se ha sostenido lo siguiente:

“(i) No podía el Presidente, en tanto legislador extraordinario, invadir la órbita propia de la reserva reglamentaria. Esta última se presenta cuando existen competencias constitucionales autónomas (desarrolladas a través de reglamentos constitucionales autónomos) o concurrentes entre la administración y el Legislador (desarrolladas con base en reglamentos que ejecutan leyes marcos o leyes habilitantes), que hacen imperiosa la “colaboración reglamentaria”; los casos precisos en que existe se detallarán más adelante.

(...)

15. Si el Legislador elige la técnica de los tipos en blanco, debe ser respetuoso de las reglas constitucionales aplicables a las hipótesis de “colaboración reglamentaria”; es decir, a los casos en los cuales la Carta ha previsto que la Ley y el reglamento concurren en la regulación de un mismo asunto, como manifestación del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público (art. 113, C.P.).

(...)

(ii) Cuando existe, por mandato de la Carta, una “reserva de reglamento”, es decir, un ámbito reservado por el constituyente para ser regulado exclusivamente por vía reglamentaria. Esta reserva se estructura:

1. En los casos de competencias autónomas, radicadas directamente por la Carta en cabeza de un funcionario, dependencia o entidad del Estado. La existencia de este tipo de competencias implica que el ente reglamentador en cuestión tiene facultad para desarrollar en forma directa los mandatos constitucionales. El ejemplo paradigmático lo constituyen los reglamentos constitucionales autónomos.

2. En la hipótesis de competencias compartidas entre el órgano legislativo, las entidades que ejercen la función administrativa, y/o los órganos autónomos. Hay competencias concurrentes, en dos tipos de casos:

(a) el de los reglamentos que desarrollan las leyes marco (art. 150-19, C.P.), y

(b) el de las leyes que consagran principios y reglas generales que habilitan la actuación reglamentaria del Ejecutivo...” (subrayas fuera del texto original) Cfr. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, salvamento de voto a la sentencia de la Corte Constitucional C-712 de 2.001; Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

De conformidad con lo hasta ahora expuesto, el parámetro de control a ser tenido en cuenta por el Juez de lo Contencioso Administrativo al fiscalizar la legalidad y/o la constitucionalidad del reglamento de desarrollo de una ley marco, puede ser de dos tipos: en primer término, cuando se acuse al reglamento correspondiente de contravenir lo dispuesto en la ley marco que desarrolla, caso en el cual el parámetro de control estará integrado por la Constitución y por la ley marco desarrollada, exclusivamente —es decir, sin incluir otras leyes— y, en segundo lugar, cuando se acuse al reglamento de desarrollo de una ley marco por contravenir una ley distinta de aquella que desarrolla o de entrar en contradicción con algún apartado de la Constitución Política, evento en el cual será ésta, en exclusiva, el parámetro de control, pues, de un lado, si el reglamento de desarrollo de la ley marco entra en colisión con una ley ordinaria o de otra naturaleza, ello sólo puede ocurrir porque o bien el Legislador o bien el órgano designado por la Constitución para desarrollar la ley marco excedieron sus competencias, de suerte que, en lo que concierne a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la misma debe limitarse a contrastar el contenido del reglamento enjuiciado, con el precepto constitucional que atribuye la facultad regulatoria de la cual se trate, a efecto de constatar que el pluricitado reglamento no hubiere excedido el preciso ámbito o la concreta materia cuya normación le fue encomendada por el Constituyente —en caso de haberse excedido, el reglamento deberá ser declarado nulo por falta de competencia de la autoridad que lo expidió—.

Y, de otro lado, si el ataque formulado contra el reglamento de desarrollo de la ley marco se fundamenta en la supuesta trasgresión de uno o varios preceptos constitucionales, como es obvio, el parámetro de control no puede ser otro que la sola Carta Fundamental.

El descrito es, entonces, el régimen de las relaciones existentes entre la ley y las diversas modalidades de reglamento identificables en el ordenamiento jurídico colombiano y, consecuentemente, el parámetro de fiscalización de la legalidad y/o de la constitucionalidad que, respecto de cada variedad de ellos, habrá de tener en cuenta el juez encargado llevar a cabo dicho control. La consagración



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

de una tipología reglamentaria en la Constitución Política y el reconocimiento de ámbitos en los cuales, por virtud de una distribución de competencias normativas llevada a cabo directamente por la Carta, sólo el reglamento está llamado a regular, supone la plasmación, en nuestro ordenamiento jurídico, de las referidas justificaciones del reconocimiento de facultades reguladoras en favor de autoridades públicas distintas del Congreso y, principalmente, en el caso colombiano, con fundamento en dos de aquéllas justificaciones: en primer término, debido a la conciencia de la necesidad de asignar la normación de determinadas materias a autoridades caracterizadas por su “neutralidad”, desde el punto de vista político, respecto de las Ramas Legislativa y Ejecutiva del Poder Público; ésa es la más importante de las explicaciones que han dado cabida al advenimiento de las denominadas “autoridades administrativas independientes”, en el Derecho comparado y también en el nacional, asunto del cual se ocupará la Sala en el siguiente apartado y, en segundo lugar, atendiendo a la importancia de proveer al Estado de la posibilidad de expedir regulaciones con mayores prontitud, especialización técnica y flexibilidad, en algunos ámbitos en los cuales las realidades a regular resultan sumamente cambiantes y lábiles, lo cual desaconseja que la normatividad correspondiente haya de ser emitida por el Congreso de la República, como lo ha indicado la doctrina:

“Hoy es casi un lugar común destacar la mala calidad de las leyes, su excesivo número y complejidad, y el consiguiente desprestigio de la ley, con la grave secuela de una correlativa ampliación de la libertad del juez.

(...)

Pero todo ese intento de que la ley recupere la calidad perdida sólo tiene alguna posibilidad de éxito si el legislador se circunscribe a aquello que realmente merezca políticamente su atención. El viejo ideal de que haya pocas leyes y claras, tan olvidado que parece ya ingenuidad, responde en su origen a un modo de concebir la función del Estado que sin duda pertenece ya al pasado, pero sigue siendo válido en un Estado democrático y puede realizarse a condición de que no se imponga al legislador una tarea que en modo alguno puede afrontar. De la misma manera que la Constitución es condición de la identidad del sistema político en el sistema social, y lo es porque disminuye la presión de éste sobre aquél, la correcta interpretación de las reservas lo es de la identidad del legislador entre los poderes del Estado”⁸².



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

2.3. La posición constitucional de la Comisión Nacional de Televisión en la estructura del Estado. Su condición de “autoridad administrativa independiente”.

2.3.1. Sobre las autoridades administrativas independientes.

La de las denominadas autoridades administrativas independientes es una figura en cuya consolidación ha ejercido un trascendental influjo la experiencia acuñada por los Estados Unidos de América con las allí denominadas *Comisiones Independientes con poder reglamentario (Independent Regulatory Commissions)*, cuyo acervo empírico fue trasladado, con posterioridad, a la escena jurídica europea occidental⁸³, a la cual no resultaban familiares, al punto que, en relación con el origen de tal modalidad de órgano de la estructura estatal se ha sostenido que *“su progenie anglosajona parece de toda evidencia, como asimismo que su actual desarrollo esté directamente inspirado en el modelo de las agencias independientes de los Estados Unidos, donde son moneda de curso legal”*⁸⁴.

Ese proceso de aterrizaje de las agencias reguladoras independientes en Europa no estuvo exento de reparos, comenzando por el formulado, en perspectiva constitucional, con base en la dificultad para insertar tales organismos en la estructura delineada por la clásica división de poderes, como quiera que, desde la misma genera cierta reticencia la que ha dado en llamarse tendencia a la “balcanización” de la Administración Pública, a la cual se considera carente de encaje en el diseño del Estado Constitucional, toda vez que no sólo complica la comprensión de la referida Administración como una unidad, sino que deja multiplicidad de dudas en torno a la legitimidad tanto de las autoridades independientes mismas, como de sus productos normativos correspondientes⁸⁵,

⁸² Cfr. DE OTTO, Ignacio, Derecho constitucional. Sistema de fuentes, cit., pp. 240-241.

⁸³ En ese sentido puede verse LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente”, en *Revista de Administración Pública*, N° 126, septiembre-diciembre de 1991, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 190.

⁸⁴ Cfr. PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 7ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 269.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

habida consideración de que tales reglamentos no son elaborados por los representantes del pueblo democráticamente elegidos —a quienes el propio pueblo cedió el poder legislativo y quienes están sometidos al control popular por vía del proceso electoral—, por manera que la potestad normativa de las autoridades administrativas independientes en comento ha sido cuestionada desde los postulados derivados de los principios de representatividad y de responsabilidad democrática⁸⁶.

Sin embargo, tanto a nivel nacional como en el derecho comparado la doctrina se ha ocupado de justificar la legitimidad democrática de enunciados normativos no aprobados por el Legislador, para lo cual se ha acudido a teorías como la de la *“transmisión democrática”* —por cuya virtud al ser el Legislador o el Constituyente quien crea el órgano autónomo o independiente (*“la agencia”*, en el sistema estadounidense), éste se considera un brazo de aquél, al cual se le transmite su legitimidad (*“transmissio belt model”*)—; la teoría que acepta las atribuciones normativas a tales *“agencias”* u órganos en consideración a su experticia o especialización —*“expertise model”*— o la teoría que legitima la

⁸⁵ Es con fundamento en las aludidas preocupaciones que el profesor Parejo Alfonso llama la atención sobre la circunstancia consistente en que en Norteamérica no resulta dable sostener la existencia de un poder público administrativo propiamente dicho (en el sentido europeo de la expresión), sino de *“una constelación de poderes públicos administrativos de contenido funcional y estatuto diversos, sin perjuicio de la existencia de un aparato administrativo directamente incardinado a la Presidencia a través de las Secretarías y órganos asimilados a ellas”*. Así pues, contrastando las anotadas dificultades evidenciadas por las autoridades independientes en cuestión, a uno y otro lado del Atlántico, el citado autor sostiene que el problema fundamental que ellas plantean en la cultura jurídica estadounidense *“no es, consecuentemente, el de la legitimación de su existencia y contenido funcional, sino precisamente el de cohesionarlas con la reserva universal a la Presidencia de la ejecución de las leyes, es decir, el de su reconducción a unidad: cuando menos a aquélla que las haga compatibles con la manifestación orgánica de la división de poderes”*. En Europa, por el contrario —continúa Parejo Alfonso—, *“las cuestiones principales aluden a aquella legitimación: la justificación de su situación “independiente” respecto del poder ejecutivo y el alcance de dicha situación; la explicación, por tanto, de la “ruptura” de la unidad de la Administración sin paralela quiebra del principio de responsabilidad política universal del Gobierno como “director” de aquélla; y la fundamentación de sus contenidos funcionales, especialmente los normativos, y la relación de éstos con la potestad reglamentaria general constitucionalmente atribuida al Gobierno”*. Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Prólogo a la obra La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, de MORENO MOLINA, Ángel Manuel, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 21-22.

⁸⁶ Cfr. BOWERS, James R., *Regulating the regulators. An Introduction to the Legislative Oversight of Administrative Rulemaking*, Praeger Publishers, New York, 1990, pp. 10 y ss., *apud* CARBONELL, Eloisa y MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 21-23.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

actuación y la normatividad proferida por los mismos habida cuenta de que actúan siguiendo unos procedimientos que aseguran la intervención de los ciudadanos —“procedural model”—⁸⁷. Algo similar se sostiene, en el ámbito del ordenamiento colombiano, al analizar la legitimidad de las normas desde la triple perspectiva del procedimiento seguido para su aprobación, de su origen y de su contenido, para concluir que en los eventos en los cuales se produce un déficit respecto del procedimiento o respecto del origen democrático —directo, en cuanto emanada, o no, del Congreso— de la disposición, la legitimidad de las normas deriva de otras fuentes y, primordialmente, de la voluntad del Constituyente:

“No obstante, de esta situación tampoco se puede seguir que toda norma del ordenamiento jurídico deba asegurar, con la misma intensidad, los principios democráticos de procedimiento (...) Se trata, por ahora, de identificar y hacer presente la idea de que, entre las distintas normas de un sistema jurídico, no todas garantizan estos principios. Incluso, no es preciso que lo hagan pues si así fuera, el Estado no podría funcionar, pues si toda decisión tuviera una complejidad tan intrincada para su elaboración, no podrían actuar las instituciones, en el día a día de su trabajo.

Por tanto, unas normas deben garantizar el procedimiento de formación, de manera fuerte, mientras que otras normas lo hacen de manera débil. Esto dependerá del balance que el Constituyente haga sobre los derechos, las obligaciones, la importancia del tema, etc., con el fin de lograr un justo medio entre el hecho de que las normas vinculen u obliguen, siempre y cuando procedan del pueblo, y el deber de actuar que tiene el Estado, para satisfacer, oportunamente, el interés general, proteger los derechos y cumplir sus deberes” (subrayas fuera del texto original)⁸⁸.

⁸⁷ Sobre este extremo puede verse LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, pp. 104 y ss.; CARBONELL, Eloísa y MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, cit., pp. 23-29.

⁸⁸ Esta perspectiva de análisis ha sido propuesta por Marín Cortés, quien al hacer alusión a la que denomina “*legitimidad normativa de procedimiento*” explica que, por virtud de la misma, una norma se estima legítima en consideración a la garantía que ofrece su trámite de elaboración, como quiera que éste se constituye en una protección especial para la participación de la ciudadanía o de grupos de interés y en contra de los impulsos coyunturales —y posiblemente equivocados— del decisor público de turno. Desde este enfoque, el procedimiento democrático es el que de mejor manera proveería de la aludida garantía, pues el sistema parlamentario sirve para que los distintos sectores sociales discutan en torno a los intereses que colisionan frente a cada caso por regular y expongan sus posturas en un debate público, del cual resulta esperable que



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Más allá de los comentados escollos y superados los mismos, de la multiplicidad de “agencias” existentes en el sistema estadounidense⁸⁹, aquellas que revisten

surjan las decisiones más convenientes para la colectividad. Sin embargo, para este autor la ausencia de legitimidad democrática de normas como las aprobadas por órganos autónomos o independientes —cuestión que evidencia como cada vez más frecuente en los Estados modernos por la universal tendencia a entregar la regulación de asuntos otrora normados por el Legislador a instancias administrativas de diversa índole, a través de decisiones adoptadas por el propio Constituyente con el deliberado propósito de impedir que el Congreso se ocupe de expedir la normatividad correspondiente— no priva a tales disposiciones de legitimidad, pues, sencillamente, en tales casos se ha decidido privilegiar, constitucionalmente, otras finalidades —básicamente la necesidad de especializar el tratamiento jurídico o técnico de determinadas materias—.

El mismo autor explica la “*legitimidad normativa de origen*” como la relacionada con la autoridad o el órgano al cual se encomienda la elaboración de los preceptos jurídicos, por manera que se destaca la importancia de que ciertas normas, para poder catalogarlas como legítimas de origen, sean aprobadas, única y exclusivamente, por los representantes del pueblo directa y democráticamente elegidos —legitimidad “fuerte” de la cual estarían precisadas la Constitución Política y las leyes—, mientras que otros mandatos tendrán una legitimidad democrática relativamente débil, aunque podría operar —respecto de ellos— lo sostenido por Ernst Wolfgang Böckenförde en el sentido de que “*hay una forma de legitimación del poder democrático (...) denominada “funcional o institucional”, en cuya virtud la sola configuración de los poderes públicos (...) es una expresión de la legitimación del poder, precisamente, por ser la máxima expresión de la organización del Estado*”. En conexión con lo anterior y más adelante, el citado autor sostiene que “[D]esde este punto de vista, una norma está dotada de legitimidad, y el poder ejercido sobre la base de ella es legítimo, porque ha sido elaborada por la autoridad competente, y esto es título suficiente para exigir su observancia estricta”.

Finalmente, la “*legitimidad normativa de contenido*” parte —también para Marín Cortés— de admitir que la democracia implica asegurar un contenido material mínimo, al margen del procedimiento y de las mayorías que aprueban las normas, contenido que se corresponde con la consagración de una serie de derechos fundamentales como la libertad o la igualdad, entre otros. Cfr. MARÍN CORTÉS, Fabián G., *Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del Derecho, del Estado y de la empresa*, Temis, Bogotá, 2008, pp. 52-75.

⁸⁹ En Estados Unidos suele distinguirse entre *agencias administrativas reguladoras* —“*regulatory agencies*”, aquellas que ejercen, por delegación del Congreso, poderes normativos y de decisión que afectan a los ciudadanos con los cuales se relacionan, condicionando sus derechos, libertades o actividades económicas— y *agencias no reguladoras* —“*non regulatory agencies*” o de servicios sociales, cuya labor se contrae al reconocimiento de beneficios y ayudas a los más desfavorecidos—, de un lado y, de otro, entre *agencias ejecutivas* —“*executive agencies*”— e *independientes* —“*independent regulatory agencies or commissions*”—, en consideración a la existencia de limitaciones al poder del Presidente para remover al personal directivo de la agencia, pues en las ejecutivas dicha remoción es libre para el Jefe del Estado, mientras que tratándose de las independientes la desvinculación está condicionada por el Congreso y sólo puede producirse por las causales tasadas en la norma de creación de la agencia. En consecuencia, “*la cesión a una agencia administrativa de poderes cuasilegislativos y cuasijudiciales se acompañaría garantizando a su personal directivo la permanencia en el cargo para que actúe según su experiencia y conocimiento, sin ceder a la presión del Presidente (...) Esto explica, además, que en la práctica coincidan las agencias independientes con aquellas que ejercen amplios poderes normativos y resolutivos (...) por el contrario, en las agencias ejecutivas en sentido estricto, que carecerían de dichos poderes o los tendrían en menor extensión, no se puede limitar la libre destitución presidencial (...) En definitiva, debe sostenerse que sólo pueden considerarse agencias independientes aquellas en las que la libre destitución se condiciona a la existencia de una buena causa (...) Pero además recordemos que las agencias independientes no*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

especial interés para las materias examinadas en la presente providencia son las mencionadas *agencias o comisiones reguladoras independientes*, a las cuales se ha definido como entes administrativos a los cuales se atribuye la función de “regulación” —entendida en un sentido muy amplio, comprensivo, por tanto, no sólo de actividades de producción normativa o de expedición de actos generales, sino también de tareas que se materializan a través de resoluciones o de actos singulares⁹⁰— provistos de las siguientes características:

*actúan al margen de la política presidencial, pues también están sujetas a la intervención del Presidente para la coordinación de las políticas públicas” (énfasis añadido). Cfr. CARBONELL, Eloísa y MUGA, José Luis, *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, cit., pp. 47-51.*

⁹⁰ Desde esta comprensión de la “*regulation*” —cuya acepción más usual y traducción castellana más extendida haría referencia a “*regulación*” entendida como sinónimo de expedición de normas generales—, la misma “*comprende un haz de técnicas y modalidades de actuación administrativa para la conformación de la actividad económica que es mucho más rico que la mera producción normativa*”, afirmación genérica que se complementa con dos aspectos adicionales: el primero, consistente en que “*no toda producción normativa expresa una actividad administrativa de “regulation”, ni siquiera toda disposición general que materializa alguna forma de control jurídico sobre la propiedad privada es “regulation” stricto sensu. Técnicamente, existen una serie de normas penales que proscriben el incendio, los delitos de “cuello blanco” (white collar crimes), o el espionaje industrial. Como han señalado Gellhorn y Pierce, ese tipo de limitaciones legales “se diferencia de la regulación económica en que opera indirectamente, generalmente prohibiendo una conducta particular y especificando solo de modo implícito qué puede o debiera hacerse. La regulación económica, por otro lado, es más directa y específica... sustituye las decisiones de la empresa o del mercado por las de los reguladores. El objetivo expreso de las decisiones reguladoras es asegurar precios justos, servicio razonable, calidad adecuada o cualquier política concreta que el mecanismo regulador está destinado a servir... si bien utiliza también normas que describen la conducta prohibida, la regulación económica no puede limitarse a mandatos negativos si es que pretende cumplir sus responsabilidades más amplias. Así, muchas si no la mayoría de las normas de las comisiones reguladoras son prescriptivas e identifican específicamente lo que la empresa regulada puede y debe hacer*”.

Y, en segundo lugar, según se refirió antes, la “*regulation*” no se despliega únicamente a través de la promulgación de disposiciones generales, sino también mediante actos singulares, ejemplo de lo cual “*es el campo de la regulación de las relaciones colectivas, confiado a una Agencia independiente, la National Labor Relations Board (NLRB), o Consejo de Relaciones Laborales —se trata de una Agencia que ejercita la potestad reglamentaria con muy poca intensidad y frecuencia. La mayor parte de su actividad consiste en dirimir conflictos entre los interlocutores sociales, vigilar el cumplimiento de las leyes que rigen la negociación colectiva, así como interpretar las leyes laborales. Esta actividad mediadora dirimente fructifica en resoluciones concretas (adjudications) que a lo largo del tiempo cristaliza en un “Corpus” decisional de innegable virtualidad y efectos reguladores para los “interlocutores sociales”. Esta faceta es sin duda la más importante a los efectos de la regulación económica. Las interpretaciones del Consejo han dado lugar a importantes sentencias del Tribunal Supremo...—. La constante actividad interpretativa de esta Agencia conduce a la elaboración de una suerte de “jurisprudencia” social, con efectos normativos de primerísimo orden, que suele llamarse “regulation through adjudication” (regulación por medio de la “adjudicación”). Se trata, pues, de una regulación sin “reglamentación”, pero con “adjudication”. Cfr. MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 78-79.*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

"1) Está dotado de las potestades reglamentaria, resolutoria y de ejecución para el desarrollo de la función de regulación.

2) Está gobernado por un órgano directivo de naturaleza colegiada cuyos miembros:

2.1.) no pueden ser separados discrecionalmente por el Presidente.

2.2.) desempeñan sus cargos (normalmente de duración mayor que el propio mandato presidencial) generalmente de manera "escalonada", renovándose por partes (*staggered terms*).

3.) Está excluido de los mecanismos presidenciales de supervisión y control de la actividad de regulación..."⁹¹.

La actividad de regulación a cargo de las agencias independientes norteamericanas supone que el poder público toma decisiones que, en principio, correspondería adoptar a los inversores y propietarios de medios productivos si se siguiese sin matices el postulado del "*laissez-faire*" originario en la economía estadounidense, pero ello se explica en que la "*regulation*" constituye una alternativa a otras estrategias de conformación social, de materialización de políticas públicas y de satisfacción de necesidades colectivas que han sido seguidas con mayor frecuencia en otros países —especialmente europeos— en los cuales se ha optado, por ejemplo, por la asunción directa de actividades económicas por parte del Estado o por la apropiación, por parte de éste, de medios de producción. Así pues, se ha explicado el fenómeno de la regulación en clave de "interés público" y de morigeración o evitación de los "fallos del mercado", por manera que la regulación constituye un mecanismo del Estado para asegurar la eficiencia —especialmente económica— allí donde las fuerzas del mercado —o de otra índole— no pueden conseguirla y, consecuentemente, se evidencian distorsiones como el monopolio, la competencia excesiva, la competencia imperfecta y las externalidades, ejemplo de lo cual lo constituye, en los Estados Unidos, el sector de la radiodifusión —cuyo notable paralelismo con el ámbito dentro del cual ejerce su competencia regulatoria la Comisión Nacional de Televisión, en el caso colombiano, salta a la vista—:

⁹¹ *Idem*, p. 90-91.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

“El sector de la radiodifusión es paradigmático. A principios del siglo XX comienzan a operar las primeras estaciones de radio, en un mercado libre, no regulado (unregulated market). Con la llegada de nuevos competidores al mercado radiofónico, los cruces e interferencias de frecuencias convirtieron el espectro electromagnético en un caos, y se hizo necesaria la creación de una Agencia reguladora (la Federal Radio Commission), para que concediera las autorizaciones de emisión, es decir, adjudicara soportes productivos escasos (las frecuencias, de número limitado), entre los aspirantes a la entrada en el mercado (market entry applicants)”⁹² (se ha subrayado).

Como corolario del antecitado “*laissez-faire*”, el poder público en Norteamérica tiene un peso y unas dimensiones bastante reducidas durante el siglo XIX —“Estado mínimo”—, de suerte que el principio de mercados libres e iguales, no restringidos por el Estado, así como el otorgamiento de concesiones y privilegios monopolísticos, fueron rasgos identificativos de la época, como consecuencia de los cuales la responsabilidad de la asignación de recursos económicos y la distribución de rentas y beneficios no recaía en gestores públicos, sino en el mercado y en los jueces, quienes formulaban las reglas de la responsabilidad patrimonial, de la propiedad y del contrato, definiendo los términos de los intercambios económicos, hasta cuando, a partir de finales de dicho siglo XIX, sobrevienen demandas de regulación estatal formuladas desde sectores sociales y pensadores —como Theodore Roosevelt y Woodrow Wilson— en oposición a los *trust* empresariales, las industrias y los políticos desbordados, en un proceso que conducirá a la consolidación de la Administración Pública moderna, dentro de la cual juegan papel trascendental las *autoridades administrativas independientes* como motores de transformación social, alejadas del entorno y del debate político, como se relata en el siguiente aparte:

“En los Estados Unidos, la emergencia de la Administración Pública experimentó un giro importante con el cambio de centuria. Hace un siglo, nuestras ciudades estaban creciendo a una velocidad de vértigo, atestadas de inmigrantes que venían a trabajar a las fábricas construidas rápidamente por nuestra revolución industrial. El “Padrino” Tweed y sus coetáneos mandaban en esas ciudades como si fueran

⁹² *Ibidem*, pp. 80-86.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

sus propios feudos: a cambio de votos de inmigrantes, ellos dispensaban puestos de trabajo, favores y servicios informales (...) Entre tanto, no prestaban atención a muchos de los nuevos problemas de la América industrial: los barrios decrepitos, las fábricas explotadoras de obreros, la necesidad desesperada de una nueva infraestructura de saneamientos, conducciones de agua e infraestructuras de transporte (...) Durante los treinta años posteriores, el movimiento progresista transformó la Administración en Norteamérica. Con el fin de terminar con los puestos de trabajo en la Administración como fórmula de clientelismo político, los progresistas crearon los sistemas de función pública, con exámenes escritos, escalas salariales y protección contra la selección o separación arbitrarias. Con el fin de mantener los proyectos de obras públicas fuera del alcance de los políticos, crearon public authorities independientes. Con el fin de limitar el poder de los “padrinos” políticos, dividieron las funciones administrativas, sustrajeron a los Gobernadores y Alcaldes el nombramiento de importantes cargos, crearon administradores elegidos por separado, jueces e incluso sheriffs. Con el fin de resguardar la gestión de los servicios públicos frente a la influencia de los políticos, crearon una profesión de gerentes municipales profesionales, aislados de la política, encargados de regir la Administración de una manera empresarial y eficiente”⁹³ (destaca la Sala).

Aparece así el rasgo de la “neutralidad” política de las agencias administrativas independientes, con funciones reguladoras, como el más característico —y útil— de sus elementos, en la medida en que constituye o el reflejo de toda una construcción teórica y filosófico-política orientada a explicar el por qué de la necesidad de la existencia de órganos que, por razón de sus funciones, dentro de la estructura del Estado precisan de permanecer “alejados” de la injerencia de las Ramas u órganos del Poder Público con origen en y resultado —en su conformación— del debate y las disputas políticas o partidistas. Tal es el elemento de los entes administrativos en comento que les abre las puertas del

⁹³ Cfr. OSBORNE, David y GAEBLER, Ted, *Reinventing government*, Addison-Wesley, Reading, 1992, p. 13, *apud* MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, cit., pp. 98-101. Éste último autor, en la misma dirección referida, complementa el recuento que se viene efectuando al señalar —pp. 101-102—: “Por poner el ejemplo de las primeras manifestaciones de la actividad de regulación, la determinación de las tarifas por transporte ferroviario o por almacenamiento de grano, que habían de ser “justas” y “razonables”, fue considerada como una función cercana materialmente a la judicial, confiada a una organización no judicial, pero cuyo proceso decisorio y contexto institucional debían respetar los postulados fundamentales con que idealmente se configura al órgano jurisdiccional: alejamiento (detachment) del mundo político e inmunidad de remoción por parte de los poderes “políticos” (subrayas fuera del texto original).



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

derecho público continental europeo, al cual acceden, justamente, como corolario de la *“voluntad consciente de limitar la, en otro caso, incondicionada disponibilidad de los mismos —y de las funciones que en cada caso se les confía— por parte del Gobierno de turno, esto es, de «neutralizar» políticamente su gestión, apartando ésta, en lo posible, de la lucha partidista”*⁹⁴.

La anotada «neutralización», en el caso europeo, igualmente se consigue añadiendo al reconocimiento legal de personalidad jurídica propia, la garantía formal de una autonomía efectiva de desenvolvimiento en el espacio funcional que la ley de creación asigne a cada órgano autónomo del cual se trate, garantía que básicamente se instrumenta reservando al Parlamento el nombramiento de los miembros de sus órganos rectores y/o negando al Gobierno la facultad de removerlos libremente durante el período de mandato —tres, cuatro o más años— que la propia Ley establezca, con lo cual los órganos así conformados se aseguran unos espacios de decisión libres de control gubernamental y provistos de una cierta “independencia” funcional que explica la calificación de “autoridades administrativas independientes”, la cual se dio en Francia, mediante la Ley de 6 de enero de 1978⁹⁵, a la Comisión Nacional de Informática y Libertades, precursora de su homóloga española, la Agencia de Protección de Datos⁹⁶.

⁹⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, volumen 1, undécima edición, Civitas, Madrid, 2.002, p. 428.

⁹⁵ *Idem*, p. 429.

⁹⁶ Creada por la Ley Orgánica 5/1992, de 25 de octubre, como consecuencia de la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981 —Convenio número 108— y de lo normado en el artículo 114.1 del Acuerdo de Schengen de 1985 —ratificado por España el 23 de julio de 1993—, a cuyo tenor *“cada Parte contratante designará a **una autoridad de control** que, respetando el Derecho nacional, se encargue de ejercer un **control independiente** sobre el fichero [archivo] de la parte nacional del Sistema de Información de Schengen y de comprobar que el tratamiento y la utilización de los datos introducidos en el Sistema de Información de Schengen no atentan contra los derechos de la persona de que se trate”* (destaca la Sala). La independencia de la autoridad administrativa de control, en este caso específico, está justificada por la necesidad de constituir una garantía idónea para la efectividad de los derechos fundamentales, pues, como lo sostiene Betancor Rodríguez, *“la garantía efectiva de los derechos (...) se consigue mediante una instancia encargada de completar la ordenación (...) así como de verificar el cumplimiento de la ordenación normativa y, en su caso, impartir órdenes o imponer sanciones con las que remover y castigar el incumplimiento observado (...) su*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

En Europa la idea de las autoridades administrativas independientes tiene mayor antigüedad en Alemania y, en concreto, a raíz de la regulación, en 1957, del *Bundesbank*, modelo inspirador del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos centrales diseñado por la Unión Monetaria y Económica y caracterizado por la garantía de inamovilidad de los Consejeros —miembros de la Junta Directiva del Banco— durante su período de mandato, salvo en caso de incapacidad o de pérdida de las condiciones requeridas para el cargo —la cual debe ser apreciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según el Tratado de la Unión Europea— o por la prohibición formulada al Banco en el sentido de recabar o recibir instrucciones de los Gobiernos de los Estados y aún de las propias instituciones comunitarias en materia monetaria, previsiones éstas que hacen que el Banco Central Europeo, en su condición de titular de la política monetaria de toda la Unión Económica y Monetaria, esté dotado de plena independencia para el manejo de dicha política y para la defensa del euro como moneda única europea, quedando así resguardado de los posibles vaivenes políticos, «neutralizado», por tanto, políticamente.

Esa “neutralidad” política de las autoridades administrativas independientes, de todas formas, no significa independencia absoluta respecto de los demás órganos y poderes del Estado y, en especial, respecto del Gobierno y del Congreso, pues las grandes políticas nacionales deben poder ser coordinadas entre todas las autoridades responsables de su formulación, ejecución y control:

“No hay, pues, independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino, más bien,

*independencia lo separa del titular y gestor del fichero [archivo] y le permite supervisarlos sin interferencias (...) que se producirían de sostener una relación de subordinación y que le impedirían cumplir con su misión de garantía del cumplimiento de las normas reguladoras de la utilización automatizada de datos personales y de los derechos de los ciudadanos. Se considera que la concurrencia en la misma Administración de la condición de titular de los ficheros y de controlador de su gestión crea una situación orgánicamente confusa que obstaculiza o impide, según una constatación histórica, la supervisión y, consiguientemente, la garantía de los derechos”. Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 183-184.*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama (el pluralismo informativo, el derecho a la intimidad, la estabilidad económica en cuyo marco debe desenvolverse la acción de los poderes públicos por imperativo del artículo 40 de la Constitución, el uso racional de los recursos que reclaman el derecho a disfrutar y el deber de defender el medio ambiente, la libertad de mercado), valores que se entiende serán mejor satisfechos si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista.

Sólo en estos casos, esto es, cuando la «neutralización» inherente a la «separación» o «independización» características de esta figura venga exigida por la realidad y avalada por un apreciable consenso social y se sustente en algún valor constitucionalmente relevante, cuyo mejor servicio la reclame, podrá considerarse constitucionalmente legítima la creación de estas entidades con autonomía reforzada, autonomía que, por lo demás, nunca podrá traducirse en una ruptura total de los vínculos de unión que siempre han de existir entre ellas y el Gobierno y el Parlamento. Tampoco, por supuesto, se tratará nunca de pretender una exención del control judicial»⁹⁷ (énfasis añadido).

Los expuestos orígenes, justificación y particularidades de las autoridades administrativas independientes en el Derecho comparado, han encontrado pleno reflejo en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente, a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991. Fiel muestra de ello es la previsión contenida en el artículo 77 constitucional, la cual dio lugar al surgimiento, como órgano autónomo e independiente dentro de la estructura del Estado colombiano, de la Comisión Nacional de Televisión.

2.3.2. La Comisión Nacional de Televisión como “órgano autónomo e independiente” en la estructura del Estado colombiano.

En la actualidad los medios masivos de comunicación, en especial la televisión, ostentan un rol preponderante en el desarrollo social del Estado, en la medida en que la información y los mensajes que éstos transmiten inciden directamente sobre la opinión pública, aspecto que se traduce en la vocación natural de los medios de influir y determinar las decisiones y conductas del conglomerado. El

⁹⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 430.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

innegable factor de poder en el cual ello se traduce demanda, por su impacto, de una regulación y de un control eficaces y adecuados por parte del Estado, mediante los cuales se garantice el pluralismo de la información, así como la democratización del acceso a los medios de comunicación, en condiciones de igualdad.

Con tal perspectiva, el Constituyente de 1991 apuntó hacia la consolidación de la autonomía del órgano al cual fuere atribuida la competencia para regular la televisión en Colombia, de suerte que si bien dicho órgano, como no podría ser de otro modo, formase parte de la estructura del Estado, mantuviere, igualmente, la necesaria independencia respecto tanto del Gobierno Nacional como del Congreso de la República, con el fin de asegurar que ninguna de las dos Ramas del Poder en mención tuviesen ingerencia directa en la adopción de las decisiones incardinadas hacia el cotidiano funcionamiento del ente regulador en comento, como garantía del pluralismo, de la libertad y del principio democrático que constituyen pilares fundamentales del Estado Social de Derecho colombiano, los cuales tienen incidencia directa en la manera de operar un servicio público de tan hondo calado como el de la televisión. Así lo ha expresado, de manera prolija y acertada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

"1. La televisión, un bien social al servicio de las libertades públicas, la democracia y el pluralismo.

Ya en varias oportunidades esta Corporación ha destacado las especiales características del servicio público de la televisión⁹⁸, dado el impacto y la capacidad de penetración de ese medio de comunicación y su incidencia, según sea el uso que se le de al mismo, incluso en los procesos de consolidación o debilitamiento de las democracias; ello explica por qué dicha materia fue abordada directamente por el Constituyente, el cual otorgó el diseño de la correspondiente política al legislador, a la ley, y la regulación y ejecución de la misma a una entidad autónoma del orden nacional (art.76 C.P.). Ha dicho la Corte:

⁹⁸Nota original de la sentencia citada: "Las telecomunicaciones desde tiempo atrás han sido catalogadas por el legislador colombiano como un servicio público..." (Corte Constitucional, Sentencia C-189 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). Actualmente dicha característica se consagra expresamente en el artículo 1 de la ley 182 de 1995: "...La televisión es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado..."



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

"... La televisión, sobra decirlo, ocupa, un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política, o más grave aún de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido al poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio de comunicación social, exige, que su manejo se guíe en todo momento por el más alto interés público y que ningún sector o grupo por sí solo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente." (Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Esa singular y significativa influencia del servicio público de la televisión en la sociedad contemporánea, en la cual el desarrollo integral del individuo y su fortalecimiento como ser autónomo e independiente dependen, en gran medida, de la capacidad que tenga éste como receptor y emisor de información, además del manifiesto interés de esa misma sociedad, en el sentido de que el manejo del medio masivo de comunicación más importante de nuestra era, en nuestro país se sustrajera del dominio de los más fuertes grupos políticos y económicos, y en cambio se diseñaran e implementaran mecanismos que permitieran la democratización del mismo, constituyeron el fundamento de la decisión plasmada en la Carta Política de 1991, de que fuera un organismo autónomo (art. 77 C.P.), sujeto a un régimen legal propio, el encargado de dirigir el desarrollo de la política que en materia de televisión determine la ley.

"La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es, pues, un simple rasgo fisonómico de una entidad pública descentralizada. En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas". (Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Ahora bien, ese organismo autónomo, que tiene como función principal la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley, denominado por el legislador Comisión Nacional de Televisión, debe entenderse incurso en la estructura misma del Estado y por lo tanto sometido a las limitaciones y restricciones que determinen la Constitución y la ley:

"... vale la pena aclarar que la autonomía entregada por la Carta a la entidad encargada del manejo de la televisión, no le da el carácter de órgano superior del Estado ni le concede un ámbito ilimitado de competencias, pues cualquier entidad pública por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la ley." (Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 1996, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)" (subrayas fuera del texto original)⁹⁹.

En la anotada dirección, no podría resultar más elocuente la posición que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se hizo explícita con el propósito de justificar el contenido del precepto que, a la postre, habría de convertirse en el artículo 77 constitucional, dispositivo con fundamento en el cual, como se acaba de señalar, se dio paso a la creación de la Comisión Nacional de Televisión:

"... esta propuesta no es nueva, en el mundo tampoco es nueva, ese es el sistema que tienen los Estados Unidos, la Comisión Federal de Comunicaciones es un organismo autónomo totalmente del gobierno, depende más del órgano legislativo, del Congreso norteamericano, el señor Miterrand durante sus dos gobiernos se preocupó por la creación de un ente autónomo hasta que lo fue desarrollando, comenzó con la alta autoridad de la televisión, luego con la comisión nacional de comunicaciones y libertades, y finalmente llegó al experimento ya exitoso después de varias vicisitudes del Consejo Superior Audiovisual que es un organismo totalmente autónomo del gobierno y fue una de las propuestas de reelección de Miterrand hasta le quiso dar la categoría constitucional sino que felizmente logró un acuerdo parlamentario y hoy en día este Consejo Superior Audiovisual está integrado por nueve consejeros, tres designados por el Presidente de la República, tres por el Senado y tres por la Asamblea Francesa, de dedicación exclusiva, personas calificadas, conocedoras de los medios, y que tienen la misión de garantizar el pluralismo y la imparcialidad de los medios audiovisuales, televisión y radio. En Alemania las Corporaciones Públicas implican entes autónomos del gobierno, es el caso también idéntico de Inglaterra, la BBC es una corporación pública, la NHK en

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-711 de 1996; Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

el Japón es una corporación pública autónoma del gobierno, lo mismo el caso canadiense, y hace escasamente un mes el presidente de la Unión Soviética Gorbachov tomó la decisión de independizar el manejo de la televisión del gobierno mediante la creación de un ente estatal, autónomo; luego ésta es la experiencia que están acogiendo las sociedades democráticas más desarrolladas.

(...)

Están esos tres poderes de Montesquieu que dieron origen a la democracia, ejecutivo, legislativo y judicial; luego está ese otro poder que es el poder de los medios de comunicación, no hay duda de que la información constituye un poder por sí mismo en su esencia y se fundamenta esta separación o esta propuesta del organismo estatal autónomo en la misma teoría de Montesquieu, no, el poder debe frenar al poder, para garantizar la libertad debe haber una separación de poderes luego este poder debe quedar totalmente separado, hay autores que modernamente Soljenitsin (sic) decía: El poder de los medios de comunicación en el mundo occidental es superior al poder ejecutivo, legislativo y judicial(...)’ ‘(...) yo dejo la inquietud pues a los Señores Constituyentes, repito ésta no es una propuesta nueva, en buena parte es recogida de la experiencia de los últimos años de crear un organismo imparcial que garantice los derechos de todos los colombianos, y de los sectores políticos y sociales, la imparcialidad en el manejo de los medios de comunicación y el avance hacia una verdadera democracia participativa”¹⁰⁰.

Así las cosas, con la aprobación de la Constitución Política de 1991 el manejo del servicio público de televisión se radicó en un ente autónomo con independencia administrativa, patrimonial y técnica, al cual posteriormente el Legislador habría de denominar “Comisión Nacional de Televisión”. Los artículos 76 y 77 de la Carta dispusieron expresamente lo siguiente:

“ARTICULO 76. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio a que hace referencia el inciso anterior”.

¹⁰⁰ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Transcripción de sesiones, marzo 19 de 1991*, Presidencia de la República, Exposición de Motivos, Centro de Información y Sistemas para la Preparación de la Asamblea Constituyente. Antecedentes artículos 74, 75 y 77, pp. 13-34.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

“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.

PARAGRAFO. Se garantizarán y respetarán la estabilidad y los derechos de los trabajadores de Inravisión” (resaltado fuera de texto).

En desarrollo de los preceptos constitucionales transcritos, el Legislador expidió la Ley 182 de 1995, en la cual reguló, atendiendo a las nuevas directrices constitucionales, el manejo y dirección del servicio público de televisión; formuló políticas para el desarrollo y democratización de la televisión y conformó la Comisión Nacional de Televisión, a la cual entregó la tarea de ejercer la representación del Estado en la titularidad y reserva del servicio público de televisión, dirigir dicha política, desarrollar y ejecutar, de acuerdo con la Ley, los planes y programas del Estado en la materia, regular el servicio e intervenir, gestionar y controlar el uso del espectro electromagnético, con el fin de garantizar el pluralismo informativo, la competencia y la eficiencia del servicio televisivo, con el propósito de evitar las prácticas monopolísticas de su operación y explotación —artículo 4º Ley 182 de 1995—.

Por consiguiente, la Comisión Nacional de Televisión es el organismo creado por la Constitución de 1991 para dirigir la política que en materia de televisión señale la Ley, así como para ejercer la intervención estatal en el espectro electromagnético, en relación con el servicio público de televisión. Dicho organismo se sujeta a un régimen jurídico propio, goza de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica. Y es que el artículo 77 constitucional reflejó la voluntad del Constituyente en el sentido de contemplar la existencia de un órgano autónomo e independiente del Gobierno Nacional —y, en general, de la Rama Ejecutiva de Poder Público, al igual que de la



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Legislativa— que se ubicara en la categoría de aquellos enunciados en el artículo 113¹⁰¹ de la Carta, cuyas atribuciones de regulación se encuentran demarcadas por las políticas que para el efecto señale la ley.

El citado artículo 77 constitucional, entonces, hace manifiesta la voluntad del Constituyente en el sentido de crear un ente que dirija la política de Estado en materia de televisión, libre de interferencias por parte de los gobiernos y sin estar mediatizado o influido por los vaivenes de la política o por intereses partidistas, con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a los medios de comunicación, el pluralismo y la competencia, además de permitirle al Estado garantizar realmente el acceso de todos los colombianos a la cultura. El objeto principal de esta autoridad administrativa independiente u órgano autónomo e independiente que es la Comisión Nacional de Televisión, está constituido por la garantía del pluralismo informativo, de la competencia y de la eficiencia en el sector, así como por la proscripción de las prácticas monopolísticas en la operación y explotación de este medio, razón por la cual la autonomía de la cual goza le permite investigar y sancionar conductas contrarias al ordenamiento, fijar tasas, formular planes, promover estudios sobre televisión y, en general, desempeñar todas las tareas que le correspondan como entidad de dirección, regulación y control del servicio público de televisión. En línea con cuanto se viene afirmando, ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“Siendo Colombia un Estado pluralista, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7 C.P.), y que protege las riquezas culturales y naturales de la misma (artículo 8 C.P.), en el cual la educación es un derecho fundamental del que son responsables el Estado, la sociedad y la familia (artículo 67), la posibilidad de utilizar un medio masivo de comunicación como la televisión, para cumplir con esos cometidos, en un país multicultural en el que conviven diversos paradigmas de vida, hace necesario, si se quiere que la televisión sea “...el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas...”,”

¹⁰¹ Precepto del siguiente tenor: “Artículo 113. Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

que se garantice el mayor nivel de objetividad e independencia, en las instancias a las que les corresponda decidir sobre la programación que se emitirá por el canal destinado por el legislador para el efecto, lo cual no será posible si tal función se le atribuye al gobierno de turno.

El gobierno no tiene legitimidad, porque ello desvirtuaría principios fundamentales del Estado social de derecho, para interferir y mucho menos para decidir sobre la programación de un canal público, dado que esa competencia el Constituyente la atribuyó al ente autónomo rector de la televisión; pero no sólo por eso, sino porque en tratándose del único canal educativo y cultural, el hecho de que el gobierno asuma esa facultad, implica para los ciudadanos el riesgo de que aquel se habilite para determinar e imponer un modelo cultural específico, dirigido a alcanzar la homogeneidad del conglomerado en aspectos esenciales de su vida, en el que seguramente subyacerá un fundamento ideológico también específico, a tiempo que excluya otros, lo que a todas luces contraría principios esenciales de la organización política que adoptó la Carta de 1991, tales como el pluralismo, la igualdad, el respeto al ejercicio de la autonomía, la diferencia y la diversidad.

La garantía de objetividad e independencia en la toma de decisiones, en lo que tiene que ver con el servicio público de la televisión, deriva directamente del artículo 77 de la Constitución, que establece que la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley, sin menoscabo de las libertades consagradas en la Constitución, estará a cargo de un ente autónomo, valga decir de la CNTV¹⁰² (subraya la Sala).

Empero, si bien es cierto que, de conformidad con todo lo hasta aquí expuesto y referido en torno a la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión, ésta se constituye en un órgano independiente, en el desarrollo de su actividad reguladora, de los demás poderes del Estado —en especial de los que constituyen escenario de la confrontación y el debate políticos— y que, por tanto, la especialidad de su régimen jurídico lo hace imposible de asimilar a la autonomía propia de las entidades descentralizadas por servicios —pues, por ejemplo, la Comisión Nacional de Televisión no está sometida a control de tutela alguno por parte de autoridades pertenecientes al sector central de la Administración Pública— no es menos cierto que dicha amplitud de margen de maniobra mal podría entenderse como que la Comisión constituye una especie

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997; Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

de “rueda suelta” en la estructura del Estado colombiano, desprovista de cualquier tipo de relación —e, incluso, de obligación de coordinación— con otros poderes del Estado y que el ordenamiento jurídico en su conjunto, en cuanto no trasgreda la autonomía de la Comisión, le resulta plenamente aplicable. Así lo ha señalado, con acierto, la Corte Constitucional al precisar que la autonomía tiene por objeto —como, en general, según se vio, se trata del propósito de la creación de una autoridad administrativa independiente— “neutralizar” políticamente a la Comisión, blindarla frente a injerencias político-partidistas, más no hacerle inaplicable el resto del ordenamiento jurídico en su conjunto:

“6. La primera limitación a la anotada atribución, se desprende de la arquitectura constitucional del organismo encargado de dirigir la televisión. Los artículos 76 y 77 de la Constitución se han ocupado de prediseñar la existencia de una “entidad autónoma”. En términos negativos, la autonomía, como rasgo funcional del ente televisivo, (i) no le otorga el carácter de órgano superior del Estado, en cuanto no formula discrecionalmente la política del Estado en este sector, sino que ejecuta la que sobre el particular determine la ley (C.P., art. 77) -; (ii) no le concede un ámbito ilimitado de competencias, ya que toda entidad pública, como perteneciente a un Estado de derecho, está sujeta a límites y restricciones, y ejerce sus funciones dentro del campo prefigurado por la Constitución y la ley; (iii) no la homologa a una simple entidad descentralizada del orden nacional, toda vez que su autonomía respecto de éstas tiene un “plus” que la sustrae al control de tutela ordinario y cuyo alcance es el necesario para cumplir de manera independiente su función constitucional y legal, vale decir, sin intromisiones e influencias del poder político.

(...)

Que no se trata de la consabida y simple autonomía administrativa de las entidades descentralizadas, lo demuestra el estudio de los antecedentes de las referidas normas constitucionales.

En las actas de la Asamblea Nacional Constituyente obran múltiples manifestaciones de los Constituyentes, enderezadas a la creación de un organismo de intervención en la televisión, independiente y autónomo en relación con el “Gobierno de turno”.

La búsqueda obsesiva de un grado significativo de autonomía funcional para el ente encargado de dirigir la televisión, no es pueril o carente de toda justificación. Por el contrario, ella nace de la importancia y trascendencia de este medio de comunicación en la sociedad moderna. La televisión, sobra decirlo, ocupa un lugar central en el proceso comunicativo social. La libertad de expresión y el derecho a informar y ser informado, en una escala masiva, dependen del soporte que les brinda el medio de comunicación. La



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

opinión pública, no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan a través de la televisión. Por consiguiente, el tamaño y la profundidad de la democracia, en cierta medida resultan afectados por la libertad de acceso y el pluralismo que caracterice a la televisión y ellas, sin lugar a dudas, pueden resentirse cuando el medio se convierte en canal propagandístico de la mayoría política o, más grave aún, de los grupos económicos dominantes. En otro campo, la televisión despliega efectos positivos o negativos, según sea su manejo, para la conservación y difusión de las diferentes culturas que convergen en una sociedad compleja. Los efectos de las políticas y regulaciones en esta materia, unido al poder que envuelve la intervención en el principal y más penetrante medio de comunicación social, exige que su manejo se guíe en todo momento por el más alto interés público y que ningún sector o grupo por sí sólo, así disponga de la mayoría electoral, pueda controlarlo directa o indirectamente.

La autonomía del ente televisivo, en suma, asume el carácter de garantía funcional e institucional del conjunto de derechos y libertades fundamentales relacionados con la existencia y fortalecimiento del principio democrático, la formación de una opinión pública libre, la fluidez y profundidad de los procesos comunicativos sociales, la creación, intercambio y divulgación de ideas, la conservación de las diferentes identidades culturales etc.

(...)

La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no es, pues, un simple rasgo fisonómico de una entidad pública descentralizada. En dicha autonomía se cifra un verdadero derecho social a que la televisión no sea controlada por ningún grupo político o económico y, por el contrario, se conserve siempre como un bien social, de modo que su inmenso poder sea el instrumento, sustrato y soporte de las libertades públicas, la democracia, el pluralismo y las culturas.

A la luz de las premisas anteriores, resulta comprensible el afán del Constituyente de que la televisión, orgánica y funcionalmente, no fuera controlada por el "gobierno de turno". El propósito institucional que subyace a esta cautela, naturalmente se extiende a las mayorías políticas episódicamente favorecidas en las urnas, ya que de lo contrario el fin buscado sería inalcanzable. No se trata de reducir el alcance de la democracia, sino de vigorizarla, manteniéndola como proceso abierto, para lo cual es indispensable sustraer determinados bienes e instrumentos sociales de la contienda política y de su eventual desenlace, los cuales deben **conservar su impronta de neutralidad**, si en verdad se quiere estimular un debate público fecundo y pluralista.

(...)

La Corte entiende, de acuerdo a lo expresado, que el sentido de dicha autonomía es la de sustraer la dirección y el manejo de la televisión del control de las mayorías políticas y de los grupos económicos dominantes, de forma tal que se conserve como bien social y comunitario.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

(...)

La inexecutable de las disposiciones demandadas surge, de conformidad con lo expuesto, por la manifiesta violación del principio de separación de los órganos del Estado y por la consiguiente restricción que comporta respecto del ámbito de autonomía de la Comisión Nacional de Televisión. La anotada autonomía es justamente el objeto del derecho social que todos los colombianos tienen a una televisión manejada sin interferencias o condicionamientos del poder político o económico. Desde luego, este manejo se realizará dentro del marco de la Ley, a la que compete trazar las directrices de la política televisiva (C.P., art. 77), lo que pone de presente que es allí donde el papel del legislador se torna decisivo y trascendental" (subraya la Sala)¹⁰³.

En definitiva, la Comisión Nacional de Televisión es un órgano autónomo e independiente de las tres Ramas clásicas del Poder Público, delineado por el Constituyente de 1991 a semejanza de las agencias reguladoras independientes

¹⁰³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-497 de 1995; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. En similar sentido se pronunció la Corte Constitucional al analizar si resulta conforme con la Constitución Política, o no, que, de acuerdo con lo dispuesto por la letra b) del numeral 1º del artículo 3º de la Ley 909 de 2004, a la *Comisión Nacional de Televisión* se le aplique dicha Ley —“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones”—, pues, a juicio del demandante, tal posibilidad desconocería la autonomía de la Comisión, como quiera que dicha entidad se somete a un régimen legal propio, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 76 y 77 superiores, de suerte que la carrera administrativa de la Comisión Nacional de Televisión —según el impugnante— debería ser de naturaleza especial y su regulación constituiría un asunto interno cuyo desarrollo correspondería a esa misma entidad. En esta ocasión la Corte Constitucional sostuvo que “la autonomía plasmada en los artículos 76 y 77 de la Constitución protegerá a la Comisión Nacional de Televisión contra injerencias indebidas de otras autoridades y de grupos sociales y económicos de presión, en los asuntos para los cuales la Constitución ha querido que actúe con plena independencia e imparcialidad (la dirección y ejecución de la política de televisión y la intervención del espectro electromagnético utilizado para estos fines), sin que ello signifique un desprendimiento de la ley, especialmente en aquellos asuntos para los cuales la Constitución ha establecido reglas generales de obligatoria observancia para todos los entes estatales.

(...)

Por lo mismo, no serán reprochables constitucionalmente las decisiones del legislador que no afecten la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión en el ejercicio de las funciones que le han sido asignadas de manera privativa por la Constitución, tal como se entendió, por ejemplo, al declarar exequibles las políticas generales en materia de televisión fijadas por la ley, el establecimiento de espacios de coordinación interinstitucional y ciertas normas de organización y funcionamiento de la Comisión”.

Consecuencialmente, para la Corte Constitucional la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión, en su triple dimensión —administrativa, patrimonial y técnica— garantiza que no esté subordinada a las determinaciones de otros órganos o entidades del Estado o de grupos económicos, pero el régimen general de carrera administrativa se mueve en un espacio diferente y le brinda a las entidades del Estado un mecanismo objetivo y universal para la vinculación, permanencia, promoción y retiro de sus funcionarios. Por tanto, la autonomía de la Comisión no se ve afectada cuando, en aplicación del artículo 125 de la Constitución Política, se prevé que los funcionarios de carrera administrativa de esa entidad se sujetan al régimen general previsto en la Ley 909 de 2004. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-532 de 2.006; Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

estadounidenses o de las autoridades administrativas independientes europeas, con el propósito de garantizar su “neutralidad” política de cara al manejo de la televisión en Colombia bajo parámetros de pluralismo, de igualdad para el acceso a los medios de información y de gestión de los mismos con miras a garantizar la efectividad del derecho a la cultura de los ciudadanos, órgano cuya autonomía va mucho más allá —y, por tanto, es cualitativamente diferente— de la reconocida a las entidades descentralizadas por servicios, sin que, por dicha razón, deje de encontrarse incrustada dentro de la estructura del Estado y, por consiguiente, sometida su actividad al ordenamiento jurídico siempre que la norma de la cual se trate no ocasione detrimento a la autonomía con la cual debe llevar a cabo su función de dirección de política que en materia de televisión diseñe el Legislador.

Éste último aspecto en mención, esto es, el de la relación existente entre la función de dirección de la política en materia de televisión a cargo de la Comisión Nacional de Televisión —CNTV— cuando la actividad regulatoria correspondiente se concreta en la expedición de reglamentos, de un lado y, de otro, la actividad del Legislador, es el asunto del cual se ocupará la Sala en el siguiente apartado.

2.4. La potestad regulatoria de la Comisión Nacional de Televisión.

Claro como ha quedado cuál es el lugar que dentro de la estructura del Estado ocupa la Comisión Nacional de Televisión y que a la misma se le han atribuido, por parte del propio Constituyente, las funciones de *dirigir la política* en materia de televisión y de *regular* dicho servicio, de conformidad con la ley, resulta menester dilucidar cuál es el régimen de relaciones existentes entre la ley y los reglamentos expedidos por la CNTV en ejercicio de la competencia regulatoria que le atribuye el artículo 77 constitucional, pues dicho análisis es el que permitirá identificar cuál es el tipo de reglamentos que expide la referida CNTV —y, por contera, qué modalidad de actos son los demandados en el *sub júdice*—, así como cuál es el parámetro de control de la legalidad y/o de la



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

constitucionalidad de tales actos, que debe ser tenido en cuenta por el Juez de lo Contencioso Administrativo.

Y es que si bien a primera vista la afirmación en el sentido de que “[l]a competencia normativa general, dentro del marco de la ley, respecto de la televisión, la tiene la Comisión Nacional de Televisión (C.P. art. 77)”¹⁰⁴ no pareciera dar lugar a mayores lucubraciones, toda vez que remite a la idea según la cual el criterio que rige las relaciones entre los reglamentos expedidos por la CNTV y la ley es el jerárquico, resulta menester, antes de formular conclusiones en esta materia, analizar si el Constituyente ha efectuado algún tipo de reparto de competencias normativas entre el Congreso de la República y la CNTV, que dé lugar a la existencia de relaciones *horizontales* y no solamente *verticales* entre los productos normativos del Congreso de la República y de la Comisión Nacional de Televisión.

Punto de partida insoslayable a efectos de abordar esta cuestión lo constituye la postura que ha sostenido por la Corte Constitucional en relación con este extremo, postura que, salvo algún pequeño y tímido matiz —como se verá— evidencia que dicha Alta Corporación entiende que la relación entre la ley y los reglamentos expedidos por la CNTV es meramente jerárquica y que se concreta en que éstos no pueden contradecir, modificar o derogar a la ley. A pesar de su extensión, la Sala efectuará la siguiente cita en relación con la posición de la Corte Constitucional sobre la materia¹⁰⁵:

“ 4. Contenido de la independencia y autonomía institucionales de la Comisión Nacional de Televisión

a) Dependencia legal de la Comisión Nacional de televisión.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-226 de 1996; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-351 de 2004; Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

La autonomía administrativa, patrimonial y técnica de la Comisión Nacional de Televisión es una atribución que le permite al organismo desarrollar libremente sus funciones, pero no implica una emancipación del ordenamiento jurídico. Como ente ejecutor de la política estatal televisiva, la Comisión es un organismo integrado a la estructura administrativa del Estado que **desempeña sus funciones sujeta a la voluntad de la Ley, nunca fuera de ella.**

Tal dependencia se deriva del propio texto de los artículos 76 y 77 de la Carta, así como de otras disposiciones constitucionales, que determinan su sujeción a la Constitución y a la Ley. En este entendido, por ejemplo, el artículo 76 constitucional establece que la Comisión Nacional de Televisión "desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio" de televisión, mientras que el artículo 77 remarca que dicha comisión dirigirá "la política que en materia de televisión determine la ley", con lo cual se quiere resaltar que este organismo está sujeto a las disposiciones constitucionales y legales en materia de televisión, correspondiéndole estrictamente un papel de ejecución y coordinación en la materia.

La jurisprudencia Constitucional ha reconocido por su parte que a pesar de su importante protagonismo en el desarrollo de la política de televisión, el objeto de la Comisión Nacional de Televisión está inscrito en la estructura jurídica del Estado –no por fuera de ella-, al paso que sus funciones se encuentran claramente delimitadas por la Ley, a la cual debe sumisión. En este sentido la Corte ha dicho:

"... el artículo 77 de la Constitución distingue con claridad entre la determinación de la política estatal en materia de televisión -que corresponde a la ley- y la dirección de la misma, con arreglo a la ley y sin menoscabo de las libertades consagradas en la Carta, que ha sido confiada al organismo previsto en los artículos 76 y 77 *Ibidem*, denominado Comisión Nacional de Televisión por la Ley 182 de 1995.

La primera de las mencionadas normas dispone que la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio, el cual desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado en el servicio correspondiente. **Tales planes y programas deben ser señalados por el legislador**, en cuanto a éste se ha confiado por el artículo 77 de la Constitución la determinación de la política en la materia.

En ese orden de ideas, la Comisión Nacional de Televisión es un organismo de ejecución y desarrollo de la política trazada por la ley. Sobre la base de la misma, dirige y regula la televisión como ente autónomo.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Pero, claro está, los dos tipos de funciones han sido delimitados por la propia Carta, de tal manera que **el aludido ente no puede sustituir al legislador en la determinación de la política de televisión ni en lo relativo a su propia organización y funcionamiento.**

Lo dicho encaja en las previsiones generales del artículo 75 constitucional, sobre el espectro electromagnético. Este es un bien público inalienable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado en virtud de competencias que, en lo que atañe a televisión, corresponden a la Comisión Nacional, pero en los términos que señale la ley". (Sentencia C-564 del 30 de noviembre de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo) (Subrayas fuera del original)

Y en otra de sus providencias la Corporación señaló:

"Ese organismo autónomo, que tiene como función principal la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley, denominado por el legislador Comisión Nacional de Televisión, debe entenderse incurso en la estructura misma del Estado y por lo tanto sometido a las limitaciones y restricciones que determinen la Constitución y la ley". (Sentencia C-711 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz) (Subrayas fuera del original)

En otra oportunidad advirtió:

Por lo anterior, no es aceptable, en el caso sub-examine, la tesis de la actora, en el sentido de que la función de la CNTV es una "función desligada de la ley", una función "constitucional normativa" que dicho organismo puede ejercer sin que medie la actividad legislativa, como si lo es, por ejemplo, la facultad normativa directa de la cual goza el Banco de la República, que le permite "...regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito", según lo dispone el artículo 371 C.P.; o la función que el Constituyente le otorgó al Consejo Superior de la Judicatura a través del artículo 257-3 superior, para que, cuando no lo haya hecho el legislador, éste pueda "...dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador...".

El cumplimiento de las funciones de ejecución de la CNTV está supeditado a la ley, en la medida en que sus normas constituyen el marco que las nutre y las delimita. Cosa distinta es que dicha entidad cuente con autonomía para hacerlo, no pudiendo el legislador, ni sustituirla asumiendo



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

directamente las funciones de dirección y ejecución de la política que el defina, ni invadir sus competencias, como lo señala la actora, a través de normas legales que contengan decisiones que se traduzcan en definiciones concretas sobre aspectos específicos propios del ente ejecutor. (Sentencia C-350 de 1997 Fabio Morón Díaz)

Así entonces, dado que la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no se predica de **la Constitución ni de la Ley, pues éstas, como referentes normativos, marcan los lineamientos generales a los cuales aquella debe sujetarse**, es posible admitir que la citada autonomía de la Comisión se exhibe frente a las demás autoridades del Estado, con el fin de garantizar el manejo independiente de las políticas públicas en materia de televisión.

En efecto, **la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión es lo que podría denominarse una “garantía institucional”¹⁰⁶ del organismo, que le permite desarrollar sus funciones a salvo de presiones políticas y económicas y lejos de la influencia de los gobiernos de turno**. La garantía institucional de la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión, que le asegura el aislamiento de las fuentes de presión política y económica, abriga el derecho de la sociedad a que la televisión no sea controlada por grupos de interés, ofreciéndose a todos de manera independiente, democrática y pluralista¹⁰⁷. En este sentido, **la autonomía representa para la Comisión Nacional de Televisión un rasgo mínimo de su naturaleza institucional, sin el cual no le sería posible desarrollar a plenitud su objeto jurídico**.

Gracias a esta necesidad de conservación de la independencia de la Comisión, la Corte declaró inexecutable, por ejemplo, el aparte final del párrafo del artículo 62 de la Ley 182 de 1995 que permitía al Ministerio de Comunicaciones definir la reorganización de las frecuencias en el espectro electromagnético, función que privativamente correspondía ejercer a la Comisión Nacional de Televisión.

En esta oportunidad, la Corte consideró que se vulneraba la autonomía institucional cuando, para reordenar frecuencias dedicadas a la transmisión de señales de televisión, la Comisión Nacional de Televisión dependía de un visto bueno del Ministerio de Comunicaciones. En este sentido, la Corporación afirmó que *“la expresión ‘previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones’ no respeta la autonomía de rango constitucional reconocida a la CNTV, según lo estipulado en los artículos 76 y 77 superiores, y en los términos*

¹⁰⁶ Nota original de la sentencia citada: “Cfr. el tema de la “garantía institucional” en la Sentencia T-322 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero”.

¹⁰⁷ Nota original de la sentencia citada: “Cfr. Sentencia C-497/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

analizados, por cuanto impone una autorización con carácter obligatorio y vinculante, por parte del Ministerio de Comunicaciones, como requisito previo al reordenamiento que la CNTV efectúe del espectro electromagnético para televisión”¹⁰⁸.

Al justificar su posición, la Corte adujo que la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión no se predica respecto de la voluntad de la ley, pues ésta es finalmente la encargada de definir el marco general de sus atribuciones. No obstante, la Corte advirtió que el carácter autónomico del organismo sí le permite una independencia de los órganos administrativos del Estado, respecto de los cuales no está subordinado.

En este orden de ideas, el carácter del organismo autónomo hace que no puedan estar subordinados a las determinaciones de otros órganos o entidades del Estado, en relación con el ejercicio de sus funciones, ni sujetos a la jerarquía tradicional propia de la estructura de la administración pública, en una especie de control de tutela administrativo y, por lo tanto, no estén adscritos, ni vinculados a entidades del sector central. De esto se deriva, consecuentemente, que sus decisiones no se encuentren sometidas a instrucciones de órganos administrativos superiores, ni controladas o revocadas por autoridad administrativa alguna, salvo a través de los controles antes mencionados y los que corresponden al mismo tema público, dentro de la actividad administrativa, e inherentes a la naturaleza democrática de la organización política.

La preservación del grado mínimo de autonomía de dichos entes, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, se convierte, pues, en una garantía funcional para el ejercicio de los derechos o la protección de bienes jurídicos específicos y varía de acuerdo con la determinación constitucional de cada uno de ellos. (Sentencia C-445 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara)

Así pues, cuando se habla de autonomía de la Comisión Nacional de Televisión es necesario entender que la misma sólo se exhibe frente a las autoridades administrativas del Estado –y, por extensión, frente a cualquier organismo, entidad o grupo de presión capaz de incidir en la adopción de medidas concretas-, ya que, **en relación con el legislador, cuando éste fija las pautas generales y diseña las políticas fundamentales en la materia, la Comisión Nacional de Televisión debe plena obediencia y sumisión.**

b) Potestad de regulación de la Comisión Nacional de Televisión derivada de su autonomía institucional

¹⁰⁸ Nota original de la sentencia citada: “Sentencia C-445 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara”.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

En desarrollo del atributo de autonomía que le reconoce la Constitución Política, la Comisión Nacional de Televisión goza de una potestad normativa que le permite ejercer la función de “regulación” de la televisión nacional. Así lo dispone expresamente el inciso 2º del artículo 77 constitucional al señalar que “La televisión será regulada por una entidad autónoma del orden nacional, sujeta a un régimen propio.”

Para esta Corte, la potestad regulativa de que es titular la Comisión Nacional de Televisión es una competencia desplazante de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, que permite, como ya se adelantó, garantizar la independencia del manejo del servicio público de televisión. En este contexto, **la Corte ha dicho que “la competencia normativa general, dentro del marco de la ley, respecto de la televisión, la tiene la Comisión Nacional de Televisión (C.P. art. 77)”¹⁰⁹, con lo cual se quiere significar que dicha Comisión se enfila en el grupo de organismos estatales que tienen potestad normativa en áreas específicamente señaladas por el constituyente¹¹⁰.** En relación con estas entidades la Corte ha señalado:

Pese a todo lo que se ha dicho en relación con la potestad reglamentaria del presidente de la República y de la facultad regulativa residual de los organismos administrativos -en especial de los ministerios- es imprescindible resaltar que **la Constitución de 1991 también estableció un régimen de excepción que otorga a ciertos organismos, ajenos a la Rama Ejecutiva, una potestad normativa exclusiva y excluyente.**

Así entonces, por virtud de esta reserva constitucional, los organismos a los cuales se adscribe dicha potestad tienen la facultad exclusiva de establecer la regulación del área normativa específicamente asignada por la Carta. La Corte Constitucional ha dicho que en estos casos **“[s]e trata de ámbitos de regulación, que por expreso mandato de la Constitución se asignan a otros órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del**

¹⁰⁹ Nota original de la sentencia citada: “Cfr. Sentencia C-226 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

¹¹⁰ Nota original de la sentencia citada: “En Sentencia C-805 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte analizó el tema del desplazamiento a ciertas entidades públicas de la potestad regulativa de la administración, en temas específicamente señalados por el constituyente”.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

*Presidente.*¹¹¹ (Sentencia C-917 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

De lo anterior se tiene entonces que la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión es un atributo constitucional que se refleja en la no sujeción de la Comisión a las disposiciones de autoridades estatales diferentes al legislador, y en la potestad que le confiere la Carta de dictar la regulación normativa pertinente en el campo del manejo de la televisión.

Ahora bien, dado que la autonomía de la Comisión Nacional de Televisión se refleja, entre otros aspectos, en la potestad de regulación de la televisión, es lógico pensar que la disminución de dicha potestad constituye afectación directa de su autonomía funcional. En otros términos, si su facultad regulativa es manifestación fundamental de su autonomía, no podría reducirse el espectro de su potestad de regulación sin afectarse implícitamente su autonomía.

La facultad de regulación del ente autónomo conocido como Comisión Nacional de Televisión se ejerce, entonces, en el campo de la televisión, con exclusión de cualquier otro tipo de regulación, por lo que no es constitucional, por afectar su privilegio autonómico, que otra autoridad administrativa expida una regulación concomitante con la suya o que se la someta a una regulación distinta a la que ella misma expide. En suma, se contrapone a las disposiciones constitucionales que una autoridad pública diferente a la Comisión Nacional de Televisión regule cualquier aspecto relacionado con la prestación del servicio público de televisión, por ser ésta competencia reservada, exclusiva y excluyente de dicha entidad.

No obstante lo anterior, debe admitirse, como en otras oportunidades lo ha hecho la Corte Constitucional, que el carácter exclusivo y excluyente de la potestad regulativa de la Comisión Nacional de Televisión en el tema televisivo no excluye la posibilidad de que el organismo actúe en coordinación con otras autoridades públicas competentes en el desarrollo de políticas relacionadas con las telecomunicaciones. Así lo manifestó la Corte, por ejemplo, cuando revisó la exequibilidad del artículo 5° de la Ley 182 de 1995, que autorizaba a la Comisión Nacional de Televisión para asignar las frecuencias televisivas, "previa coordinación con el Ministerio de Comunicaciones". A este respecto la Corte adujo que "la labor de coordinación a la que hacen referencia las normas legales demandadas, no pueden ser entendidas como una intromisión o intervención del Ministerio de Comunicaciones dentro del organismo creado por la Constitución Política para el manejo exclusivo del servicio de televisión. Por el contrario, se trata de una tarea

¹¹¹ Sentencia C-805 de 2001 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

adelantada en forma armónica, tendiente a cumplir con uno de los fines esenciales del Estado social de derecho, como es la prestación efectiva de los servicios públicos, para este caso, el de la televisión. Obviamente, la labor del Ministerio de Comunicaciones debe estar circunscrita a las funciones que estrictamente le ha señalado la ley, sin pretender sobrepasar los límites de lo dispuesto en las mismas normas, porque ello sí conduciría a una intromisión en las tareas asignadas a la entidad encargada del manejo de la televisión en particular”¹¹². La posición de la Corte fue posteriormente reiterada en la Sentencia C-445 de 1997¹¹³” (Se ha destacado y resaltado).

Finalmente, la jurisprudencia de **la Corte Constitucional ha procurado diferenciar la función de determinar las políticas en materia de televisión, de la tarea de dirigir la ejecución de dicha política y de regular la televisión**, por manera que ha venido a aceptar que la primera de las actividades en mención se contrae a la expedición de **normas contentivas de parámetros y criterios generales**, a semejanza de las leyes marco consagradas, entre otros preceptos constitucionales, en el artículo 150-19 constitucional —no se olvide que, según se refirió en el apartado 2.2.4. del presente proveído, la Corte Constitucional ha admitido que la técnica de reparto de competencias normativas

¹¹² Nota original de la sentencia citada: “Sentencia C-310 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa”.

¹¹³ Nota original de la sentencia citada: “Cabe anotar, que la autonomía de los organismos autónomos no excluye el trabajo en conjunto con otros entes estatales relacionados con el asunto sobre el cual versa su competencia, en el propósito de alcanzar los fines del Estado en forma ordenada y eficiente, como sucede con la prestación del servicio público de televisión. En este sentido, la CNTV presenta frente a las funciones inherentes al gobierno nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones, un deber de coordinación armónica bajo un sustento exclusivamente técnico”.

“Esa relación funcional de orden técnico de la CNTV y del Ministerio de Comunicaciones fue reiterada recientemente por esta Corporación en la Sentencia C-350 de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz, cuando se pronunció respecto de la asistencia del Ministro de Comunicaciones a las sesiones de la Junta Directiva de la CNTV, en los siguientes términos:

“Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 de la Carta Política, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, objetivo que en el caso que se analiza se propicia de manera clara a través de la norma impugnada, pues sin afectar la autonomía que el Constituyente le otorgó al ente rector de la televisión, impone a los organismos responsables de la gestión y manejo del espectro electromagnético en lo relacionado con el servicio público de la televisión, un espacio común para la deliberación y coordinación de los asuntos que les atañen, en el cual el titular de la cartera de Comunicaciones podrá manifestarse, a través de opiniones y conceptos, siempre y cuando se refiera a aspectos técnicos que correspondan a la órbita de su competencia, lo cual no puede entenderse como una interferencia indebida, mucho menos si se tiene en cuenta que la norma atacada autoriza al ministro para “asistir” a la junta directiva de la CNTV, no para constituirse en parte de la misma. Lo cual significa que su actuación no puede en ningún momento obstruir ni invadir la órbita de competencia de la Comisión Nacional de Televisión, y por tanto debe limitarla estrictamente al aspecto que se ha señalado.”. Sentencia C-445 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara)



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

en la cual consisten las leyes marco y sus correspondientes reglamentos de desarrollo, se encuentra prevista no sólo en los casos consignados en el artículo 150-19 superior, sino también en otras disposiciones de la Carta Fundamental—, por manera que la regulación en niveles de mayor detalle y precisión, que no equivalen sino a poner en ejecución dichas políticas (que son materia de la ley) o a adoptar las decisiones necesarias para lograr ese cometido, constituye una potestad normativa exclusiva y excluyente radicada en cabeza de la Comisión Nacional de Televisión. En el anotado sentido, la Corte Constitucional ha afirmado lo siguiente:

“La determinación de una política, entendida ésta como la producción “... de orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado”¹¹⁴, implica su concepción y diseño en términos generales; su ejecución, en cambio, implica “...llevar a la práctica, realizar”¹¹⁵, definir y adelantar acciones concretas de acuerdo con la política preestablecida; son pues funciones que en el caso que se analiza se complementan, que si bien tienen origen en actores diferentes, la primera está a cargo del legislador y la segunda le corresponde cumplirla al ente rector de la televisión, requieren la una de la otra para la realización del objetivo último: la definición y realización de una política de Estado en lo relacionado con el servicio público de televisión, ajena a las interferencias del gobierno de turno y de los grandes grupos económicos. Esto explica que el Constituyente haya querido garantizar que esos organismos actuaran autónomamente, esto es con independencia el uno respecto del otro.

(...)

Por lo anterior, no es aceptable, en el caso sub-examine, la tesis de la actora, en el sentido de que la función de la CNTV es una “función desligada de la ley”, una función “constitucional normativa” que dicho organismo puede ejercer sin que medie la actividad legislativa, como sí lo es, por ejemplo, la facultad normativa directa de la cual goza el Banco de la República, que le permite “...regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”, según lo dispone el artículo 371 C.P.; o la función que el Constituyente le otorgó al Consejo Superior de la Judicatura a través del artículo 257-3 superior, para que, cuando no lo haya hecho el legislador, éste pueda “...dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y

¹¹⁴ Definición, Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 1992.

¹¹⁵ *Ibidem*.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador...”.

El cumplimiento de las funciones de ejecución de la CNTV está supeditado a la ley, en la medida en que sus normas constituyen el marco que las nutre y las delimita. Cosa distinta es que dicha entidad cuente con autonomía para hacerlo, no pudiendo el legislador, ni sustituirla asumiendo directamente las funciones de dirección y ejecución de la política que él defina, ni invadir sus competencias, como lo señala la actora, a través de normas legales que contengan decisiones que se traduzcan en definiciones concretas sobre aspectos específicos propios del ente ejecutor” (énfasis añadido)¹¹⁶.

La lectura de los apartes transcritos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como la puesta en relación de los mismos con toda la argumentación hasta ahora llevada a cabo en el presente proveído respecto de los criterios rectores de las relaciones entre la ley y el reglamento en la Constitución Política de 1991, permite a esta Sala arribar a las siguientes conclusiones en torno tanto a la naturaleza jurídica de los actos proferidos por la Comisión Nacional de Televisión en ejercicio de sus funciones constitucionales de dirigir la política fijada por la ley y de regular la materia, como a la índole de las relaciones existentes entre dichos actos y las normas aprobadas por el Parlamento, asuntos que permiten identificar, por contera, cuál es la naturaleza jurídica de los actos demandados en el *sub júdice* y cuál el parámetro de control al cual ha de someterlos el juez encargado de fiscalizar su legalidad y/o su constitucionalidad:

a). La Comisión Nacional de Televisión no expide reglamentos constitucionales autónomos, como quiera que, por virtud de lo normado en el artículo 77 constitucional, **la política en materia de televisión debe ser fijada por el legislador** y es precisamente dicha política cuya dirección concierne llevar a cabo a la CNTV, **por manera que este órgano autónomo e independiente despliega sus actividades de dirección y regulatorias atendiendo a los parámetros y criterios generales que señala la ley**, no en desarrollo directo de la Constitución Política. Sin embargo, lo dicho no quiere significar que los reglamentos expedidos por la CNTV mantengan con la ley una relación regida

¹¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997; Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

exclusivamente por el criterio jerárquico, pues, como igualmente se explicó, las leyes que puede expedir el Congreso en relación con la televisión, por ministerio del citado artículo 77 constitucional, deben limitarse a **“determinar la política”** estatal en la materia, esto es a formular los criterios generales, objetivos y parámetros correspondientes, quedando deferida la regulación ulterior a tenor de lo dispuesto por el pluricitado artículo 77 de la Carta, a la CNTV.

En consecuencia, los reglamentos que ésta expide tampoco resultan identificables con los reglamentos proferidos en ejercicio de la potestad reglamentaria asignada por el artículo 189-11 C.P., al Presidente de la República, ni con los reglamentos de desarrollo de leyes habilitantes, los cuales se encuentran, sin más, subordinados a la ley. No. Los reglamentos expedidos por la CNTV *son reglamentos de desarrollo de leyes marco*, como quiera que es ésta y solamente ésta la naturaleza del contenido que, por expreso y prístino mandato constitucional, pueden tener las leyes mediante las cuales se determina la política en materia de televisión, de suerte que **la dirección de la ejecución de dicha política concierne, en exclusiva, al órgano autónomo e independiente que el Constituyente quiso que se ocupara de la materia, como igualmente se refirió, con el propósito de que la regulación correspondiente fuese aprobada con suficiente autonomía** respecto de las mayorías políticas predominantes en cada momento, de manera “neutral”, alejada de las tensiones partidistas o de la presión de grupos de interés, como garantía del pluralismo, del derecho a la cultura, a la información transparente y objetiva y al acceso a los medios de comunicación en condiciones de igualdad, pilares sobre los cuales debe estructurarse la prestación del servicio público televisivo en un Estado constitucional como el colombiano.

b). Opera, entonces, entre tales reglamentos de desarrollo de la política en materia de televisión y la ley, la regla de reparto de competencias normativas que combina el criterio jerárquico —para explicar la relación del reglamento de desarrollo de la ley marco, con la ley de este tipo que en punto a la televisión puede expedir el Congreso— y el de distribución de materias —el cual explica las relaciones entre los reglamentos expedidos por la CNTV y las leyes de índole



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

diversa a la de aquella(s) que determine(n) la política televisiva estatal—. **En consecuencia, existe un ámbito dentro del cual la única autoridad pública con potestad regulatoria en materia de televisión dentro del Estado colombiano es la Comisión Nacional de Televisión: es el ámbito de dirección, ejecución y regulación de este servicio público, a niveles diversos —más precisos y detallados— de la “determinación de la política” que en esta materia es aquello que compete llevar a cabo al Congreso de la República.**

Así las cosas, resulta incompleta la jurisprudencia de la Corte Constitucional al no reconocer el espacio de regulación exclusivo del reglamento de desarrollo de la ley marco en esta materia, de la misma forma en que reconoce, insistentemente, el espacio exclusivo de la regulación a cargo del legislador que no puede ser invadido por la CNTV tratándose de la misma —el relativo a la determinación de la política estatal sobre el tema—. Cuando el legislador expide regulaciones en el área de la televisión que van más allá de la determinación de políticas, de directrices o de criterios generales, invade la órbita de la competencia normativa exclusiva de la CNTV, dentro de la cual sólo ésta dispone de habilitación constitucional para reglamentar, como quiera que el Constituyente entendió que es ésta —la de impedir el acceso a esa reglamentación a otras Ramas del Poder Público y, concretamente, al Ejecutivo y al Legislativo— la manera de garantizar los referidos pluralismo, derecho a la cultura, a la información y a la igualdad de acceso a los medios de comunicación, que deben orientar, como principios, al servicio televisivo.

c). En el anterior orden de ideas, cuando como consecuencia de tal indebida irrupción del Legislador en la órbita competencial de la CNTV pudiese ocurrir colisiones entre la ley —que será una ley distinta de la ley marco o determinadora de la política en materia de televisión— y el reglamento de desarrollo de la aludida ley marco sobre televisión, corresponderá al Consejo de Estado y a la Corte Constitucional, cada uno en su ámbito de competencias, velar por que dichos espacios se respeten: el Consejo de Estado aplicando la excepción de inconstitucionalidad en relación con el precepto legal expedido por



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

el Congreso sin competencia para hacerlo y la Corte Constitucional declarando la inconstitucionalidad correspondiente, con independencia de que existan, o no, contradicciones entre la norma legal y la reglamentaria, pues en tales eventos bastará con establecer que aquella ha irrumpido inconstitucionalmente en el territorio de ésta.

Asimismo, el Consejo de Estado deberá declarar la nulidad de las disposiciones reglamentarias expedidas por la CNTV, cuando éstas pudieren contravenir los principios o directrices generales consagrados en la ley que determina la política estatal en materia de televisión o cuando el reglamento de desarrollo de la misma se arrogue, contrariando la constitución y la ley, la facultad de modificar dicha política o de introducir nuevos criterios generales o parámetros definidores de la misma. Lo mismo habrá de ocurrir cuando el reglamento expedido por la CNTV se ocupe de cuestiones diversas de la regulación de la televisión y contraríe cualquier ley de la República, evento en el cual las disposiciones pertinentes tendrán la naturaleza de reglamentos subordinados a la ley, cualquiera que ésta sea y, por tanto, no pueden contradecirla, más allá de que podrán haber sido expedidos con falta de competencia.

d). En definitiva, toda vez que los reglamentos expedidos por la Comisión Nacional de Televisión son, siempre que se ocupen de la regulación de la prestación del servicio público televisivo, reglamentos de desarrollo de leyes marco —tal es la naturaleza jurídica, por tanto, de los actos demandados en el asunto *sub examine*— desde esa catalogación debe identificarse el parámetro de control de los mismos que ha de tener en cuenta el juez al momento de controlar su legalidad y/o su constitucionalidad (además de que la naturaleza de los cargos formulados determina el cauce procesal a seguir): si se acusa al reglamento en cuestión de infringir la ley marco o ley de determinación de la política en materia de televisión, el parámetro de control estará integrado por la Constitución Política y por dicha ley, a las cuales el reglamento se encuentra jerárquicamente sometido; además, el cauce procesal pertinente será el derivado del ejercicio de la acción de simple nulidad.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

En cambio, si se acusa el reglamento por contradecir un precepto constitucional o una ley diversa de la ley marco o determinadora de la política estatal en materia de televisión, el parámetro de control lo conformará, en exclusiva, el texto constitucional, ora en su integridad, ora en cuanto atañe al reparto de competencias normativas que efectúa en punto a la regulación del servicio público de televisión —artículo 77 C.P.—, de suerte que, adicionalmente, la acción procedente en esta hipótesis será la de nulidad por inconstitucionalidad, como quiera que será la Carta el texto que exclusivamente se deberá invocar como violado o la norma que establece la distribución de materias entre la ley y el reglamento en punto a la regulación de la televisión.

2.5. Competencia para el conocimiento de las demandas formuladas contra los reglamentos proferidos por la Comisión Nacional de Televisión.

Dos son los asuntos a precisar en este apartado: *(i)* cuál es la jurisdicción competente para conocer de las demandas instauradas contra reglamentos de desarrollo de leyes marco, proferidos por órganos autónomos o independientes como la Comisión Nacional de Televisión y *(ii)* cuál es la acción procedente y la instancia competente para desatlarla, en el caso *sub examine*, atendido el contenido de los cargos formulados con la demanda.

El primero de los extremos en cuestión, dice relación con la necesidad de precisar *(i)* cuál es la jurisdicción competente para conocer de las demandas instauradas contra reglamentos de desarrollo de leyes marco, proferidos por órganos autónomos o independientes como la Comisión Nacional de Televisión, dado que para el efecto la propia Constitución Política ha dividido el conocimiento de tales materias entre las competencias expresamente asignadas a la Corte Constitucional (artículo 241¹¹⁷) y aquellas atribuidas, de manera residual, al Consejo de Estado (artículo 237¹¹⁸).

¹¹⁷ **ARTICULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Al respecto puede señalarse que la asignación del control judicial en relación con la constitucionalidad de los aludidos reglamentos autónomos encuentra plena justificación en el principio del Estado de Derecho, el cual constituye el punto de partida y, a la vez, condicionante, formal y sustancial, de la totalidad de la actividad y de las funciones del Estado cuyo desarrollo, en consecuencia, debe

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. Darse su propio reglamento.

PARAGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.

¹¹⁸ **ARTICULO 237.** Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.

5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley”.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

cumplirse atendiendo a los elementos cardinales de la noción de Estado de Derecho, vale decir a los principios de legalidad, de prevalencia del interés general, de responsabilidad de las autoridades públicas, de prevalencia y respeto de los derechos fundamentales, de división de poderes y de control —de diversa índole pero, fundamentalmente, jurisdiccional— de la actividad de los poderes públicos. Esta última posibilidad de fiscalización, en sede judicial, de toda decisión de autoridad pública deriva de la institucionalización del poder en la cual se traduce el advenimiento del Estado liberal clásico de Derecho —a principios del siglo XIX— en cuanto modelo de organización del poder contrario al absolutismo y a la tiranía que caracterizaron el medioevo, que no hace cosa distinta que darle eficacia práctica al sistema de “frenos y contrapesos” ideado por Montesquieu con el propósito de que el poder contuviese al poder¹¹⁹.

Por lo demás, el pleno sometimiento al control jurisdiccional de toda decisión de las autoridades públicas, además de suponer la principal garantía de consagración de *“las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico”* —a tenor de lo normado por el artículo 89 constitucional— se constituye en elemento imprescindible en aras de garantizar la protección constitucional de los derechos y libertades fundamentales de las personas, exigencia de la cual deriva, necesariamente, la existencia de instrumentos procesales suficientemente efectivos para garantizar el respeto, el mantenimiento y/o el restablecimiento de los derechos y libertades propios del ser humano, cuando hubieren sido conculcados o desconocidos por

¹¹⁹ En la misma dirección anotada, sostiene Zippelius lo siguiente: *“Las instituciones del moderno Estado constitucional y de derecho fueron formándose en gran parte como reacción frente al absolutismo. El advenimiento de un poder estatal soberano, la consolidación del poder político del Estado, contribuyeron a asegurar la paz jurídica, pero a la vez trajeron consigo el peligro del absolutismo y de una expansión (...) del poder estatal (...) De estos conflictos, y más tarde como consecuencia del movimiento independentista norteamericano y la Revolución francesa, fueron surgiendo instituciones para la protección de estos derechos y libertades.*

(...)

*Igualmente había que controlar los actos del Estado e impedir la arbitrariedad mediante reglas de procedimiento (en la legislación, la administración y la jurisdicción); de igual manera había que crear procedimientos de control, judiciales y de otro tipo, que velaran por el respeto de las reglas de juego en el sistema de regulación”. Para el referido autor, “[E]stos controles directos se proyectan no sólo contra las disposiciones en estricto sentido legales, sino también contra aquellas provenientes de la administración e incluso del mismo ejercicio de la función jurisdiccional”. Cfr. ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, pp. 309-310.*



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

cualquier órgano o instancia de los poderes públicos y a través de decisiones de alcance general o particular.

Así pues, la garantía de la dignidad humana y de la autonomía moral del individuo, imposibilita que en el Estado de Derecho existan poderes o decisiones incontrolables o incontroladas, pues el Estado, en este modelo, crea un ordenamiento jurídico que vincula no sólo a los asociados sino que, igualmente, sujeta a todas sus autoridades y limita la actuación de las mismas, de suerte que *“[E]sta idea de institucionalización del poder, y consecuentemente del control a su ejercicio, ha sido uno de los grandes objetivos de las democracias liberales que encuentran en el reconocimiento de los derechos fundamentales la finalidad de su existencia. Estos principios, inspirados en las más profundas concepciones del Estado de derecho, pretenden impedir la expansión totalitaria, intentando realizar de modo simultáneo el orden y la libertad”*¹²⁰.

En definitiva, dado que no resulta sostenible, en el seno de un Estado de Derecho, la existencia de decisiones adoptadas por cualquier autoridad pública —inscrita, o no, dentro de las tres Ramas clásicas del Poder Público— que escapen a la posibilidad de ser fiscalizadas por alguna autoridad jurisdiccional, se impone determinar cuál es el órgano judicial competente para conocer de los procesos instaurados con el propósito de enjuiciar la constitucionalidad y/o la legalidad de los reglamentos proferidos por órganos autónomos e independientes, como ocurre, para el caso materia de examen en el presente encuadernamiento, con la Comisión Nacional de Televisión.

Pues bien, con el propósito de establecer cuál fue el criterio con base en el cual el Constituyente de 1991 distribuyó competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado con el propósito de llevar a cabo el control de la constitucionalidad de las decisiones de alcance general, impersonal y abstracto proferidas por las diversas instancias normativas dentro del Estado, resulta menester distinguir entre los tradicionales conceptos *formal* y *material* de ley, de

¹²⁰ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, tercera edición, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 365-391, especialmente 375-378.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

conformidad con los cuales si se alude a la ley en sentido *formal*, se hace referencia a las normas jurídicas aprobadas por el Congreso de la República, como consecuencia del despliegue y agotamiento del procedimiento legislativo previsto tanto en la Constitución Política como en sus normas de desarrollo en la materia, mientras que con la alusión a la noción de ley en sentido *material* se hace referencia a toda decisión adoptada por una autoridad pública, provista de contenido normativo, esto es, de carácter general, impersonal y abstracto, además de vocación de permanencia en el tiempo, independientemente de la posición que, dentro de la jerarquía normativa interna, ocupe el precepto o el conjunto normativo en cuestión. La jurisprudencia se ha hecho eco de esta distinción, por vía de ejemplo, de la siguiente manera:

"2. El uso constitucional de la palabra ley puede entenderse en dos sentidos, bien como la norma que emana del órgano competente -el legislador- ordinario, en estricto sentido el Congreso; o bien, como toda norma jurídica esto es todo el derecho vigente. En este último sentido, la proposición jurídica vinculante de obligatorio cumplimiento no atiende al órgano competente sino a la condición de obligatoriedad en su observancia. En la Constitución encontramos menciones de la voz ley que no pueden reducirse a la cláusula de competencia porque si no cómo entender la afirmación del artículo 13 cuando se prescribe que *toda persona nace libre e igual ante la ley*. ¿Es posible entender que sólo la igualdad se exige de la ley producida por el legislador? O lo previsto en el artículo 6º *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por la omisión y exralimitación de sus funciones*. ¿Se infiere correctamente que sólo se es responsable por la infracción a las leyes emitidas por el legislador? O la prescripción hecha por el artículo 4º inciso 2 *Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes...* ¿Se refiere sólo a las leyes proferidas por el legislador? Desde luego que no es esa la intención del Constituyente"¹²¹.

Pues bien, la cuestión cuya clarificación se impone es la consistente en establecer si el Constituyente, en 1991, distribuyó competencias entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, teniendo en cuenta que a ésta se le asigna

¹²¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2.001; Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

el control de constitucionalidad de las leyes, una noción *formal* o una concepción *material* de ley.

Con tal propósito, forzoso resulta señalar que el artículo 241 de la Constitución Política confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, agregando que lo hace en “*los estrictos y precisos términos de este artículo*”, por manera que, atendiendo a lo preceptuado por el canon constitucional en comento, la Corte Constitucional solamente decidirá —“*estricta y precisamente*”— sobre las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra las leyes emanadas del Congreso de la República, contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con base en los artículos 150, numeral 10 y 341 de la Constitución Política y contra los decretos legislativos que expida el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Carta. Lo hasta aquí enunciado conduce a entender que fuera de los actos previstos en los primeros diez numerales del artículo 241 superior, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional no tiene competencia alguna para llevar a cabo el control de la constitucionalidad de reglamentos proferidos por otras Ramas del Poder Público o por órganos autónomos o independientes.

Lo dicho permite concluir que la noción de ley con base en la cual se efectúa la asignación constitucional de competencias a la Corte Constitucional es una noción *formal u orgánica*, de conformidad con la cual ley es solamente la norma aprobada por el Congreso de la República. Claro ésta, dicha atribución de competencias llevada a cabo remitiendo, por regla general, a la noción de ley en sentido formal, se encuentra complementada a través de la introducción, de forma expresa y taxativa, de algunas excepciones, por parte del Constituyente, el cual, en el artículo 241 superior atribuyó, se insiste, de forma excepcional y restringida, al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los procesos de constitucionalidad relacionados con algunos decretos del Gobierno que no tienen carácter formal pero sí material de ley. Precisamente, entendiendo que esa competencia para enjuiciar la constitucionalidad de normas diversas de las formalmente catalogables como leyes es restrictiva y taxativa, la Corte Constitucional se ha declarado inhibida para conocer sobre demandas de



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

inconstitucionalidad formuladas contra actos diferentes de los indicados en el artículo 241 superior, por entender que carece de competencia al efecto. Así lo hizo, por vía de ejemplo, en la sentencia C-1438 de 2000, la cual versó sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Decreto 1421 de 1993, “por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”.

Así pues, dado que las competencias de la Corte Constitucional son taxativas y que ninguno de los apartes del artículo 241 de la Carta dispone que a dicho Tribunal corresponde conocer del control de la constitucionalidad de reglamentos emanados de autoridades distintas del Congreso de la República o del Presidente de la República, cabe concluir que el referido Alto Tribunal no es competente para enjuiciar la constitucionalidad de actos proferidos por órganos autónomos e independientes, como la Comisión Nacional de Televisión, órganos cuyas funciones no pueden ser catalogadas como formalmente legislativas, razón por la cual la Corte no es competente para conocer de ninguno de sus actos, como quiera que, según se ha explicado, el control que efectúa dicho Tribunal se concreta a las disposiciones que son producto de la función *formal u orgánicamente* legislativa, la cual solamente es ejercida por el Congreso de la República, más allá de los mencionados eventos en los cuales la propia Carta Política expresamente atribuye fuerza de ley a algunos decretos proferidos por el Ejecutivo.

Sostener lo contrario, es decir que el control de constitucionalidad que está llamada a practicar la Corte Constitucional se extiende a toda norma jurídica de la cual sea predicable la condición de *ley en sentido material*, supondría vaciar de contenido el contencioso objetivo o de anulación que constitucionalmente corresponde llevar a cabo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues toda manifestación unilateral de voluntad de la Administración —o de otras Ramas u órganos del Poder Público—, productora de efectos jurídicos, con un contenido general, impersonal y abstracto y provista de vocación de permanencia en el tiempo, esto es, cualquier reglamento, puede ser considerado *ley en sentido material* y habría de ser demandado ante el Tribunal Constitucional. Tal



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

la razón por la cual carece de fundamento constitucional la postura por éste asumida al declararse competente para controlar la constitucionalidad de reglamentos expedidos por el Consejo Nacional Electoral, por entender que los mismos vienen provistos de la condición *material* de leyes estatutarias¹²².

No puede perderse de vista que cuando la Constitución asigna excepcionalmente funciones legislativas a órganos diversos del Congreso de la República y otorga el carácter o la fuerza de leyes a los actos que en ejercicio de dichas facultades se expiden, así lo prevé de manera expresa, utilizando expresiones inequívocas como “*decretos legislativos*”—artículos 212, 213, 215 y 341 C.P.—, “*facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley*”—artículo 150-10 C.P.— o “*revestir de precisas facultades extraordinarias*”—artículos transitorios 5, 10 y 23— o simple y llanamente preceptúa que los actos correspondientes serán controlados en su constitucionalidad por la Corte Constitucional —artículo 241, numerales 5 y 7 C.P.—.

Además y no menos importante, tampoco resulta posible soslayar que el Consejo de Estado también hace las veces de juez de constitucionalidad por vía de acción, como quiera que el Constituyente también dispuso un sistema de control de constitucionalidad que no se encuentra concentrado exclusivamente en un único Tribunal Constitucional, sino que se privilegia el principio consistente en que todo acto emanado de una autoridad pública, independientemente de su naturaleza, está sujeto a un control respecto de la Carta Fundamental.

En este sentido, el Consejo de Estado tiene atribuida la competencia residual para conocer de los procesos en los cuales se controvierte sobre la constitucionalidad de todos aquellos actos cuyo enjuiciamiento no corresponda a la Corte Constitucional, en los términos del multicitado artículo 241 superior, como ha tenido ocasión de manifestarlo la Sala Jurisdiccional Disciplinara del

¹²² Sobre este aspecto, pueden verse las siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: Sentencia C-155 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa y sentencia C-1081 de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Consejo Superior de la Judicatura, en providencia del 13 de octubre de 1994, en la cual señaló:

"... la Constitución es un compendio de normas superiores que deben respetarse individual y conjuntamente consideradas, pero limitando la función de control a las puntualizaciones que la misma norma estableció; sin duda con el propósito de que un exceso de celo no convirtiera al guardador en constituyente permanente.

De tal manera, leyendo detenidamente el artículo 241 de la Carta, se observa que sólo sus numerales 5 y 7 se refieren a decretos con fuerza de ley o a decretos legislativos, y que dichos numerales se contraen a conceder a la Corte Constitucional la vigilancia sobre la constitucionalidad de los decretos que el Gobierno dicte con fundamento en los artículos 150 numeral 10; 341; 212; 213; y 215 de la Norma Superior; expresiones que sin lugar a dudas conceden un control restringido y muy determinado en esta materia, toda vez que en estas normas no se agota la posibilidad del Gobierno de expedir decretos-ley.

(...)

Por lo demás, el artículo 10 transitorio de la Constitución Nacional dispuso que 'los decretos que expida el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas en los artículos anteriores tendrá fuerza de ley y su control de constitucionalidad corresponderá a la Corte Constitucional'; pero como la norma acusada, Decreto 1421 de 1993, fue dictado por el Presidente de la República en uso de las atribuciones que le confirió el artículo 41 transitorio de la Carta, resulta obvio que el tratamiento de control constitucional establecido en el artículo 10 mencionado no la cobija en vista de que es una norma muy posterior la que autoriza al Presidente de la República para expedirla.

Con base en los planteamientos expuestos, a esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no le cabe la menor duda de que la competencia para conocer de las demandas señaladas que cursan contra el Decreto 1421 de 1993, en todo o en parte, por una supuesta inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado, en virtud de la competencia residual consagrada en el artículo 237 numeral 2o. de la Carta a favor de esta Corporación, habida cuenta de que la disposición atacada se profirió con apoyo en el artículo 41 transitorio del Texto Superior, que se encuentra por fuera de la comprensión que abarcan los numerales 5 y 7 de su artículo 241, que señala específicamente el ámbito de conocimiento de la Corte Constitucional en esta materia" (Subraya la Sala).

Con fundamento en lo precedentemente expuesto, como quiera que los actos administrativos demandados en el presente proceso, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión, no son decretos con fuerza de ley, ni tampoco decretos



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

legislativos sino, como igualmente se explicó, reglamentos de desarrollo de leyes marco en materia de televisión, resulta imperativo concluir que el órgano competente para conocer de las acciones de nulidad o de nulidad por inconstitucionalidad que cabe instaurar contra ellos es el Consejo de Estado, en virtud de la competencia residual que le confiere el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política.

Ahora bien, en relación con el segundo problema jurídico a despejar en el presente apartado, esto es el consistente en determinar *(ii) cuál es la acción procedente y la instancia competente para desatarla, en el caso sub examine, atendido el contenido de los cargos formulados en la demanda contra las disposiciones atacadas*, tomando en consideración que las mismas se encuentran contenidas en un reglamento de desarrollo de una ley marco, resulta menester distinguir según que las acusaciones se planteen en relación con la ley marco desarrollada —evento en el cual la acción procedente será la de nulidad, cuyo conocimiento corresponde a cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de conformidad con el reparto de competencias que, en función de la materia, efectúa el Acuerdo 58 de 1999, expedido por esta Corporación—, de un lado o, de otro, que los cargos se estructuren solamente en relación con la Constitución Política, en forma directa por la pretendida vulneración de cualquiera de sus disposiciones o indirecta, por la trasgresión del reparto de atribuciones normativas que en materia de televisión efectúa el artículo 77 constitucional entre el Congreso y la CNTV, cuando el reglamento haya irrumpido, inconstitucionalmente, en la órbita competencial de la ley, evento éste en el cual la acción procedente será la de nulidad por inconstitucionalidad de la cual trata el artículo 97-7 del Código Contencioso Administrativo, según la modificación y la adición introducida a ésta última norma por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, cuyo conocimiento actualmente es de la competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 37, numeral 9, de la Ley 270 de 1996.

El supuesto contrario, es decir aquél en el cual la ley, de manera inconstitucional, ocupa el espacio regulatorio reservado al reglamento, debe conducir, según se



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

ha explicado antes dentro del presente pronunciamiento, a que la Corte Constitucional declare la inexecutable del precepto legal del cual se trate.

En el caso *sub judice*, el motivo de inconformidad del actor se concreta en la violación que endilga, a las disposiciones acusadas, respecto de los artículos 5, 24 y 25 de la Ley 182 de 1995 y 6º de la Ley 422 de 1998, preceptos que, sin lugar a la menor hesitación, contienen disposiciones que fijan criterios o parámetros generales relacionados con la política estatal en materia de televisión, por manera que el demandado Acuerdo 49 de 1998 de la CNTV constituye un reglamento de desarrollo de las referidas —entre otras— disposiciones de ley marco sobre la materia, de suerte que la relación existente entre ésta y aquél está regida por el criterio jerárquico y el examen a llevar a cabo por el Juez de lo Contencioso Administrativo debe orientarse a dilucidar si existe, o no, contradicción entre los dos conjuntos normativos en referencia. Por tal razón, la acción procedente en este caso es la de nulidad, que fue la efectivamente instaurada en el *sub judice* y la competencia para conocer del proceso, tal y como ha ocurrido en el *sub lite*, corresponde a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Por cuanto respecta a la acusación que en la demanda se formula aduciendo que el reglamento acusado vulnera el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, dado que este cuerpo normativo no constituye ni forma parte, en puridad, de la ley marco que determina la política del Estado colombiano en punto a la prestación del servicio público televisivo, debe la Sala estudiar si, de acuerdo con el criterio de distribución de materias antes explicado, el mencionado precepto del Estatuto de Contratación Estatal podría haber irrumpido, inconstitucionalmente, en el ámbito regulatorio reservado a los reglamentos que compete expedir, con exclusividad, a la CNTV o, viceversa, es decir si éstos desbordan la referida atribución normativa exclusivamente asignada por la Constitución Política a la CNTV y, por tal motivo, resultan contrarios a la Constitución Política. De todas formas, en tratándose de esta alegada contradicción entre el Acuerdo demandado y la Ley 80 de 1993, de haberse desbordado alguno de los ámbitos exclusivos de competencia normativa, ora por parte del Legislador, ora por parte de la CNTV,



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

esta Sala no tendría facultades más que para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto del precepto legal o reglamentario correspondiente, toda vez que si es la ley la que desborda sus posibilidades de regulación, la declaratoria de inexecutable del caso corresponde efectuarla a la Corte Constitucional, mientras que lo propio ocurriría tratándose del reglamento, pues la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad concierne a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través del trámite de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Por otra parte y abundando en argumentos orientados a sustentar la competencia de la Sala para conocer de la presente acción, debe hacerse referencia a que la acción de nulidad impetrada en esta oportunidad se orienta en contra un acto expedido por una autoridad del orden nacional, de conformidad con lo prescrito por el artículo 128 del C.C.A., en la forma en que este último precepto fue modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998.

2.6. El primero de los cargos de la demanda: la alegada incompetencia de la Comisión Nacional de Televisión para establecer, mediante el demandado Acuerdo 49 de 1998, la regulación relativa al propósito y funcionamiento del Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión en la modalidad del servicio de televisión por suscripción.

Tal y como se ha indicado con anterioridad, la Comisión Nacional de Televisión es un organismo regulador de carácter autónomo, cuya existencia se deriva de los artículos 76 y 77 de la Constitución Política y que tiene por función principal dirigir, desarrollar y ejecutar la política que en materia de televisión señale la Ley, así como ejercer la intervención estatal en el espectro electromagnético.

En desarrollo del referido postulado constitucional, el Legislador expidió la Ley 182 de 1995, mediante la cual formuló políticas para el desarrollo y democratización de la televisión y conformó la Comisión Nacional de Televisión, a la cual le asignó, entre otras, la función consagrada en la letra e) del artículo 5º de la citada disposición, así:



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

“e. **Reglamentar el otorgamiento y prórroga de las concesiones para la operación del servicio**, los contratos de concesión de espacios de televisión y los contratos de cesión de derechos de emisión, producción y coproducción de los programas de televisión, **así como los requisitos de las licitaciones**, contratos y licencias para acceder al servicio, y el régimen sancionatorio **aplicable a los concesionarios**, operadores y contratistas de televisión, de conformidad con las normas previstas en la ley y en los reglamentos; (...)” (negritas fuera del texto original).

De otro lado, el artículo 43 de la aludida Ley 182, modificado por el artículo 8º de la Ley 335 de 1996, norma vigente al momento de ser expedido el Acuerdo demandado, señaló expresamente lo siguiente:

“ARTÍCULO 43. RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN. A partir de la presente ley **la Comisión reglamentará** las condiciones de los contratos que deban prorrogarse, **los requisitos de las licitaciones y nuevos contratos que deban suscribirse**. Cada canal de un concesionario de televisión por suscripción, que transmita comerciales distintos de los de origen, deberá someterse a lo que reglamente la Comisión Nacional de Televisión al respecto”¹²³ (negritas fuera del texto original).

Precisando el alcance de esta disposición, se tiene que por virtud de las leyes 182 de 1995 y 335 de 1996, se otorgó a la Comisión Nacional de Televisión la facultad de señalar los requisitos para acceder a la televisión por suscripción, entendida como *“la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, que está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción”* (letra b) del artículo 20 de la Ley 182 de 1995).

Tratándose del servicio público de televisión, la exigencia de concesión para la prestación del mismo se encuentra justificada en la circunstancia de que el artículo 75 constitucional exige la intervención del Estado de cara a impedir la consolidación de prácticas monopolísticas en relación con el uso del espectro electromagnético. Dispone lo siguiente el precepto constitucional en cuestión:

¹²³ Artículo modificado por el artículo 8º de la Ley 335 de 1996.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

"Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

"Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso espectro electromagnético".

La anotada exigencia constitucional ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

" " ... si se trata de contratación estatal, en la cual el objeto consista en la exploración o explotación de bienes del Estado, la situación jurídica del particular deberá ceder al interés público y social cuando ello sea necesario para la debida aplicación de la ley expedida con fundamento en intereses de esa índole, pues así lo dispone la Carta Política en forma reiterativa." ¹²⁴

(...)

Es decir, que en tratándose de medios de comunicación como la televisión, que requieren del uso de un bien público técnicamente restringido como es el espectro electromagnético, el legislador está en la obligación, a través de la ley, de regular el uso del mismo de manera tal que a tiempo que no se interfiera el derecho fundamental de las personas a fundarlos, se les garantice a todas igualdad de oportunidades para acceder a su uso, y se le garantice a la sociedad que el mayor número de ciudadanos tendrá la oportunidad de hacerlo.

"El espectro electromagnético es un bien público sujeto a la gestión y control del Estado (C.P. art. 75). A diferencia de otros operadores de medios de comunicación, los que se ocupan de la televisión necesariamente deben hacer uso del espectro electromagnético. Por consiguiente, su situación y régimen jurídico no puede ser igual al de los restantes medios de comunicación, inclusive desde el punto de vista de libertad de acceso. Aquellos no usan el espectro y, por ende, no están sujetos a las restricciones que surgen de su gestión y control, las cuales a su vez, en parte se explican por razones técnicas, entre las cuales, una significativa es el número limitado de frecuencias y espacios que podrían adjudicarse, lo que torna imposible garantizar la libertad de acceso al espectro para todas las personas que decidan ser operadores de televisión." (Corte Constitucional, sentencia C-093 de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara)

(...)

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 7 de marzo de 1994.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Para la Corte, si se tiene en cuenta el cupo limitado de frecuencias y espacios y la imposibilidad de que "todos" los ciudadanos que lo deseen puedan ejercer efectivamente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran del uso del espectro electromagnético, un sistema que prevea prórrogas como la descrita, que privilegie a quienes ya han tenido la posibilidad de explotarlo, sin permitir la libre competencia por los espacios para un nuevo período de adjudicación, necesariamente restringe las oportunidades de acceso de aquellos que en una anterior oportunidad no hayan participado o no hayan sido favorecidos con una concesión, con lo que se viola, entre otros, el mandato del artículo 75 de la Carta.

(...)

"...le corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiriera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público, **siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio**, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espectro electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y especialmente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar los mecanismos necesarios para el efecto" (Corte Constitucional, Sentencia C-711 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz)¹²⁵.

De otra parte, dadas las condiciones de restricción del bien público que se aspira a explotar, que impiden que todas las personas que lo deseen ejerzan libremente su derecho a fundar medios masivos de comunicación que requieran de la utilización del espectro electromagnético, consagrado en el artículo 20 de la C.P., la prórroga a que se refiere el artículo 40 de la ley 14 de 1991, se traduciría en un tratamiento preferente para aquellas personas que hayan sido concesionarias, que excluye definitivamente la posibilidad de que otras que no lo hayan sido compitan con ellas, lo cual implica discriminación para las segundas, sin que exista una "justificación objetiva y razonable" que legitime ese distinto trato, lo que contradice las disposiciones del artículo 13 de la Constitución."

Cabe puntualizar, adicionalmente, que la facultad de regulación de este ente autónomo, en el campo de la televisión, proviene, según se ha indicado

¹²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

insistentemente en la presente providencia, del mandato contenido en el artículo 77 constitucional, el cual fue desarrollado por las Leyes mencionadas, las cuales determinaron, como parte de la política estatal en materia de televisión, que el reglamento establecería procedimientos y previsiones especiales en punto a la concesión de espacios de televisión, facultad normativa ésta que excluye la posibilidad de que se produzcan colisiones entre los reglamentos de desarrollo de las leyes que determinan la política en materia de televisión y el Estatuto de Contratación Estatal, como, por lo demás, también lo establece el parágrafo del artículo 33 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con el cual “[L]os servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia”.

En suma, las facultades atribuidas tanto por mandato constitucional, como por ministerio de la ley marco que regula la televisión, a la Comisión Nacional de Televisión, son claras y permiten concluir que este organismo tenía atribuciones suficientes para expedir el acto por el cual se exigió la inscripción en la modalidad de televisión por suscripción en el Registro Único de Operadores del Servicio Público de Televisión, razón por la cual el acto demandado, que así lo estableció, no atenta ni contra los artículos 48 y 49 de la Ley 182 de 1995 —mediante los cuales se señalan unas modalidades especiales de inscripción en el Registro—, ni contra el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, aunque en realidad, en este último caso, en rigor se trataría de una violación del reparto de competencias normativas efectuado por el artículo 77 C.P., pero habida cuenta de que la ley marco en materia de televisión dispuso, como parte de la política en la materia, que la CNTV habría de expedir una reglamentación en punto a la concesión de espacios televisivos, especial y diferente de la contenida en la Ley 80 de 1993 y únicamente aplicable, por supuesto, a la actividad contractual de la CNTV, no se da una indebida irrupción del reglamento de desarrollo de la ley que fija la política en materia de televisión, en la órbita de la competencia del Legislador para expedir el Estatuto de Contratación Estatal.

Las anotadas consideraciones conducen a declarar la improsperidad de este cargo formulado contra el Acuerdo 049 de 1998.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

2.7. Cargos 2º y 3º.- Violación de los artículos 24 y 25 de la Ley 182 de 1995 y del artículo 6º de la Ley 488 de 1998.

De acuerdo con lo planteado por el demandante, el párrafo del artículo 8º del Acuerdo 49 de 1998 —según el cual “[S]i el solicitante de inscripción en el registro es un prestatario informal del servicio de televisión por suscripción, y demuestra el pago de derechos de autor a las programadoras internacionales titulares de las señales codificadas que emite tendrá derecho al 30% de la calificación señalada para este factor. El 70 % restante se evaluará en la forma señalada en el presente artículo. (...)’ ‘(...) Para efectos del presente párrafo, se entiende por prestatario informal, la empresa que ha venido prestando el servicio de televisión por suscripción sin concesión legalmente otorgada”—, resultaría vulnerante de los artículos 24 y 25 de la Ley 182 de 1995, los cuales preceptúan, respectivamente:

“ARTÍCULO 24. DE LA OCUPACIÓN ILEGAL DEL ESPECTRO. **Cualquier servicio de televisión no autorizado** por la Comisión Nacional de Televisión, o que opere frecuencias electromagnéticas **sin la previa asignación por parte de dicho organismo, es considerado clandestino**. La Junta Directiva de la Comisión procederá a suspenderlo y a decomisar los equipos sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes. (...)’

ARTÍCULO 25. DE LAS SEÑALES INCIDENTALS Y CODIFICADAS DE TELEVISIÓN Y DE LAS SANCIONES POR SU USO INDEBIDO. Se entiende por señal incidental de televisión aquella que se transmite vía satélite y que esté destinada a ser recibida por el público en general de otro país, y cuya radiación puede ser captada en territorio colombiano sin que sea necesario el uso de equipos decodificadores.

Previa autorización y pago de los derechos de autor correspondientes, y en virtud de la concesión otorgada por ministerio de la ley o por la Comisión Nacional de Televisión, los operadores públicos, privados y comunitarios y los concesionarios de espacios de televisión, podrán recibir y distribuir señales codificadas.

Cualquier otra persona natural o jurídica que efectúe la recepción y distribución a que se refiere el inciso anterior con transgresión de lo dispuesto en el mismo, se considerará infractor y prestatario de un servicio clandestino y como tal estará sujeto a las sanciones que establece el artículo anterior” (negrillas fuera del texto original).



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

De la misma forma, el demandante estima que el acto acusado, en el parágrafo de su artículo 8º, infringe el artículo 6º de la Ley 422 de enero 13 de 1998, cuyo texto original establecía:

"Artículo 6º. Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones. **El que acceda o use el servicio de telefonía móvil celular u otro servicio de telecomunicaciones mediante copia o reproducción no autorizada de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, derivaciones,** o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas, o preste servicios **o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales.**

La pena anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, para quien hubiese explotado comercialmente por sí o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados.

Las empresas que actualmente presten los servicios de recepción y distribución de señales satelitales se someterán, so pena de las sanciones correspondientes a lo dispuesto en este artículo" (negritas fuera del texto original).

A este respecto resulta necesario precisar que las expresiones relativas a las actividades de telecomunicaciones, contenidas en la disposición recién transcrita, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C -739 de 24 de junio de 2000, con fundamento en la siguiente argumentación:

"Igual ocurre con la expresión **"o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados...."**, que al ser abierta se torna imprecisa e inexacta, pues no se identifican de manera inequívoca cuáles son esos servicios; por eso y por las razones anotadas, también será declarada inexecutable.

Ahora bien, la orden que impartirá la Corte, de retirar esas expresiones de la norma legal impugnada, no quiere decir que tales conductas, estimadas como violatorias de la normatividad sobre la materia, no puedan ser objeto de sanción penal si así lo determina el legislador en ejercicio de sus competencias constitucionales; no obstante, en este caso particular, la Corte considera que las señaladas conductas no están bien precisadas, y que por lo tanto generan con su ambigüedad confusión en el ciudadano receptor de la norma y en el intérprete, y en consecuencia atentan contra los



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

mencionados principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica.”

Es del caso advertir, de todas formas, que la norma antes transcrita de la Ley 422 de 1998 se encontraba vigente al momento de la expedición del Acuerdo 49 de 1998 y, posteriormente, mediante la Ley 1032 de 2006, la conducta en aquella prevista como delictiva fue tipificada nuevamente como punible en el artículo 1º de este último cuerpo normativo —en el cual se estableció que “[I]guals penas se impondrán a quien, sin la correspondiente autorización, acceda, preste, comercialice, acceda o use red, o cualquiera de los servicios de telecomunicaciones definidos en las normas vigentes”, razones que justifican el estudio de la legalidad del acto acusado frente a las normas legales en referencia, a las cuales no podía contradecir, como quiera que forman parte de la legislación que determina la política estatal en materia de televisión y, por consiguiente, éstas prevalecen jerárquicamente respecto de sus reglamentos de desarrollo, los cuales devienen ilegales en caso de contraponerse a lo normado en aquéllas.

Sin embargo, dentro de este panorama normativo integrante de la política que en materia de televisión ha fijado, en diversos momentos, el Legislador, no puede perderse de vista el trascendental elemento que, en dicha política, fue introducido por el artículo 8º de la Ley 335 de 1996, modificadorio del artículo 43 de la Ley 182 de 1995, precepto aquél que establece, a cargo de la Comisión Nacional de Televisión, la obligación de implementar un plan de formalización y normalización del servicio público de televisión por suscripción, a ser llevado a cabo en un plazo de cinco (5) años y del cual están llamados a ser beneficiarios aquellas empresas, sociedades, consorcios o uniones temporales que, hasta el momento de acogerse al plan, hubieren venido prestando el mencionado servicio de televisión por suscripción de manera informal¹²⁶, con el fin de que pudieren

¹²⁶ El tenor literal del precepto en cuestión es el siguiente:

“ARTÍCULO 8o. El artículo 43 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

“Artículo 43. Régimen de prestación del servicio de televisión por suscripción. A partir de la presente ley la Comisión reglamentará las condiciones de los contratos que deban prorrogarse, los requisitos de las licitaciones y nuevos contratos que deban suscribirse. Cada canal de un



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

concesionario de televisión por suscripción, que transmita comerciales distintos de los de origen, deberá someterse a lo que reglamente la Comisión Nacional de Televisión al respecto.

PARÁGRAFO 1o. Con el fin de fomentar la formalización de la prestación del servicio de televisión por suscripción, de manera tal que la Comisión Nacional de Televisión pueda así efectuar los recaudos de los derechos que corresponden al Estado y velar porque se respeten los derechos de autor de acuerdo a la legislación nacional y a los acuerdos internacionales sobre la materia y a fin que esta entidad pueda regular y controlar la calidad de tal servicio en forma efectiva, dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, la Comisión Nacional de Televisión deberá elaborar e implementar un Plan de Promoción y Normalización del Servicio de Televisión por Suscripción Cableada a un plazo de cinco (5) años, el cual debe consultar, además de los mandatos generales de la presente ley, las siguientes directrices:

El plan promoverá prioritariamente, la creación de servicios zonales y Municipales o Distritales, de acuerdo con la población censada en el último censo elaborado por el DANE en el año de 1993.

1. Nivel Zonal

A partir de la vigencia de la presente ley, se crean las siguientes zonas para la prestación del servicio de televisión por suscripción:

a) Zona Norte, compuesta por los Departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena, San Andrés y Providencia y Sucre;

b) Zona Central, compuesta por los Departamentos de Amazonas, Arauca, Boyacá, Caquetá, Casanare, Cundinamarca, Guainía, Guaviare, Huila, Meta, Norte de Santander, Putumayo, Santander, Tolima, Vaupés, Vichada y el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá;

c) Zona Occidental, compuesta por los Departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca, Chocó, Nariño, Quindío, Risaralda y Valle del Cauca.

En cada una de las zonas anteriormente señaladas y considerando su población total, la Comisión Nacional de Televisión adjudicará una concesión por cada 3.000.000 de habitantes.

Los prestatarios del nivel zonal podrán extenderse a otras zonas y cubrir la totalidad del territorio, siempre y cuando hayan cumplido con los programas planteados a la Comisión Nacional de Televisión en el marco de la respectiva licitación pública.

2. Nivel Municipal o Distrital

a) Se adjudicará una concesión en municipios cuya población sea inferior a un millón (1.000.000) de habitantes;

b) Se adjudicarán hasta dos concesiones en municipios o distritos cuya población esté comprendida entre un millón uno (1.000.001) y tres millones (3.000.000) de habitantes;

c) Se adjudicarán hasta tres concesiones en municipios o distritos cuya población supere los tres millones (3.000.000) de habitantes”.

Por su parte, el tenor literal del artículo 43 de la Ley 182 de 1995, en la redacción original de dicho precepto al ser incluido en el mencionado cuerpo normativo, era el siguiente:

“ARTÍCULO 43. A partir de la promulgación de la presente Ley, la Comisión reglamentará el número de operadores para una zona determinada, el área de cubrimiento, las condiciones de los contratos que deban prorrogarse, los requisitos de las licitaciones y nuevos contratos que deban suscribirse, el porcentaje de programación nacional que deban emitir. Cada canal de un concesionario de televisión por suscripción que transmita comerciales deberá someterse a lo estipulado en la presente Ley en su artículo 33.

Los concesionarios de servicio de televisión por suscripción no podrán ser titulares o productores, directamente o por interpuesta persona o en asociación con otra empresa, de más de una concesión del servicio de televisión cerrada.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

participar en procedimientos de licitación de conformidad con los requisitos establecidos en la referida normatividad, según se desarrolló en el Acuerdo 14 de 1997.

Es, entonces, dentro del marco recién referido, que el aquí demandado artículo 8º del Acuerdo 049 de 1998 reglamentó la calificación del factor de experiencia en actividades relacionadas con el sector de telecomunicaciones, otorgando una calificación máxima de 200 puntos a este ítem; adicionalmente, de acuerdo con lo establecido por el acusado párrafo del artículo 8º del Acuerdo 49 de 1998 de la CNTV, se decidió reconocer a los prestadores informales un 30% de la calificación señalada para este factor.

Como fácilmente puede advertirse, la disposición impugnada no sólo define lo que se entiende por prestatario informal del servicio de televisión, sino que, además, le otorga a dicho prestatario la posibilidad de participar en procedimientos administrativos de licitación dirigidos a celebrar contratos de concesión, reconociéndole por su actividad informal —siempre que demuestre el pago de derechos de autor a las programadoras internacionales titulares de las señales codificadas que emite— un puntaje dentro del procedimiento administrativo de selección correspondiente, lo cual constituye una invitación, una exhortación o, incluso, un incentivo al prestatario informal del servicio en cuestión, a efecto de que normalice o regularice su situación¹²⁷, tal y como, en su momento, lo indicó la Sección Primera de esta Corporación:

Esta limitación se extiende a los cónyuges, compañera o compañero permanente y a los parientes de éstos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. Igualmente, a las sociedades en que participen los socios de una persona jurídica titular del servicio de televisión por suscripción, y a aquellas en que participen las personas que tengan con dichos socios los vínculos aquí previstos.

PARÁGRAFO. Hasta la fecha de cesión de los contratos a la Comisión Nacional de Televisión, los concesionarios del servicio de televisión cerrada o por suscripción, seguirán cancelando la compensación a que se refiere el artículo 49 de la Ley 14 de 1991. Si la Comisión decidiera prorrogar tales contratos por haberse satisfecho las condiciones contractuales para tal evento y por satisfacer los objetivos de las políticas que trace tal ente autónomo, la Comisión percibirá la compensación que fije en idénticas condiciones de los operadores nuevos, y la destinará a la promoción de la televisión pública”.

¹²⁷ El artículo 8º del Acuerdo 49 de 1998 expedido por la CNTV establece lo siguiente:



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

“El artículo 8° de la ley 335 de 1.996 modifica el artículo 43 de la ley 182 de 1.995 y en su párrafo 1°, con el fin de fomentar la **formalización del servicio** de televisión por suscripción, **asegurar el recaudo de los derechos que correspondan al Estado**, **velar porque se respeten los derechos de autor** y porque se pueda **regular y controlar la calidad del servicio**, asigna a la Comisión Nacional de Televisión la tarea de elaborar, dentro del plazo de tres (3) meses siguientes a la vigencia de la ley, un Plan de Promoción y Normalización del Servicio de Televisión por Suscripción Cableada, a un plazo de cinco (5) años.

El hecho mismo de que la ley faculte a la Comisión Nacional de Televisión para implementar un plan de la índole indicada, para los fines señalados, evidencia que el legislador tenía bien presente la existencia de operadores de televisión por suscripción que no contaban con autorización para ello, pues no de otra manera se entiende que uno de los fines de ese plan fuese “fomentar la formalización”, puesto que sólo se formaliza lo que es informal.

De ahí que cuando el artículo 19 del Acuerdo defina como “Prestatario informal” de televisión por suscripción, para los efectos de dicho Acuerdo a “aquellas empresas constituidas para el servicio de dicha actividad sin concesión legalmente otorgada”, se desenvuelve dentro del marco legal que concibió el plan respectivo; ...

(...)

El enunciado según el cual quien ocupe el espectro electromagnético sin autorización es un operador clandestino, que es de la esencia de la norma superior que se dice infringida (art. 24 ley 182 de 1.995), no se opone per se a que el legislador opte, antes que sancionar, por dar la oportunidad a este tipo de operadores de

“Artículo 8. Experiencia. Este factor de evaluación tendrá un puntaje máximo de 200 puntos y hace referencia al tiempo de experiencia de la empresa en actividades relacionadas con el sector de las telecomunicaciones.

Así mismo, es aplicable a la experiencia acreditada por los socios en actividades relacionadas en la prestación del servicio de televisión por suscripción.

Dicha experiencia deberá acreditarse a través de certificaciones expedidas por las entidades públicas o privadas con las cuales, la empresa proponente o sus socios, hayan tenido vínculos contractuales, o en su defecto se demostrará con copia de los contratos respectivos.

La calidad de socio se demostrará con certificación expedida por el Revisor Fiscal, Contador o a través del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio respectiva.

Obtendrá la más alta calificación el proponente que certifique una experiencia mayor a diez años y se evaluará proporcionalmente a quienes certifiquen un menor tiempo.

Parágrafo. Si el solicitante de inscripción en el registro es un prestatario informal del servicio de televisión por suscripción, y demuestra el pago de los derechos de autor a las programadoras internacionales titulares de las señales codificadas que emite, tendrá derecho a un 30% de la calificación señalada para este factor. El 70% restante se evaluará en la forma señalada en el presente artículo.

(...)

Para efectos del presente párrafo, se entiende por prestatario informal, la empresa que ha venido prestando el servicio de televisión por suscripción sin concesión legalmente otorgada”.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

adecuarse a la formalidad, con miras a asegurar la percepción de recursos para el Estado, de poderlos vigilar y controlar, como se señala en el párrafo del artículo 1° del artículo 8° de la ley 335 de 1.996.

La formalización no es otra cosa que, por disposición o autorización de la ley, ajustarse, quien es operador ilegal, a los “principios de asignación de concesiones” y a los “parámetros para la adjudicación de concesiones de televisión por suscripción” a que se refieren los artículos 41 y 42 de la ley 182 de 1.995. De suerte que cuando la Comisión Nacional de Televisión precisa cuáles son las empresas que deben formalizarse, por carecer de autorización para operar la televisión por suscripción, también se enmarca dentro del Plan que le asignó el párrafo 1° de la ley 335 de 1.996”¹²⁸.

En el anterior orden de ideas, la formulación de un plan de normalización y formalización orientado a los prestatarios informales del servicio de televisión por suscripción por parte de la Comisión Nacional de Televisión puede ser incardinada dentro de aquellas que la doctrina ha denominado “actividades administrativas de fomento”, entendidas como una modalidad más de acción de la Administración Pública que encuentra asidero en la circunstancia consistente en que “[L]a teoría de las formas de actuación jurídico-administrativa no puede darse por satisfecha (...) con las formas del acto administrativo y el contrato administrativo”¹²⁹. Así, entre la gran variedad de medios a través de los cuales la Administración procura la satisfacción de los intereses generales, se han identificado tres grupos principales: (i) la *actividad de policía* —entendida como todas aquellas decisiones (vertidas en reglamentos, autorizaciones, órdenes, prohibiciones, sanciones, etcétera) dirigidas al mantenimiento del orden público mediante la limitación de las actividades privadas—; (ii) la *actividad de servicio público*, consistente en satisfacer las necesidades públicas directamente por órganos de la Administración, con o sin la concurrencia de los particulares, así como el despliegue de los demás quehaceres inherentes a dicha tarea de prestación

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del veintidós de mayo de mil novecientos noventa y siete; Consejero ponente: Juan Alberto Polo Figueroa; Radicación número: 4387.

¹²⁹ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, cit., p. 339.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

—regulación, vigilancia, control— y (iii), la *actividad de fomento*, entendida como *“la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”*¹³⁰.

Es decir, por exclusión, la actividad administrativa de fomento corresponde a aquella que ni comporta la coacción inherente al ejercicio de la policía administrativa, ni supone la prestación de servicios públicos, sino que procura la satisfacción de necesidades públicas *“sin merma o detrimento de la libertad de los administrados, que, estimulados por la Administración, cooperan voluntariamente en la satisfacción de la necesidad pública”*¹³¹, con lo cual se trata de *“aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente, ciertas necesidades consideradas de carácter público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen”*¹³².

¹³⁰ JORDANA DE POZAS, Luis, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 48, Madrid, 1949, p. 46.

¹³¹ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 357.

¹³² *Idem*, p. 359. En similar dirección y explicando la razón de ser de la actividad administrativa de fomento, Parejo Alfonso sostiene lo siguiente: *“Si la primera opción básica a los efectos de la adecuada articulación jurídico-administrativa de un ámbito o sector de la realidad es la de decidir entre dejar la actividad en el sector privado (sujetándola a una intervención administrativa de diversa intensidad) o entregarla al sector público (transformándola en una prestación o un servicio públicos), la segunda y no menos fundamental en el caso de la primera alternativa es la de asegurar la adecuación al interés público de la actividad privada mediante técnicas de intervención o, por el contrario, a través de mecanismos de persuasión o incentivación. Si la primera opción está hoy afectada por la crisis de crecimiento del Estado social y, por tanto, por el fenómeno de la desregulación y la privatización (...) la segunda lo está por la crisis de la dirección estatal autoritaria o imperativa, derivada de la complejidad, heterogeneidad y variabilidad de los problemas y necesidades en la sociedad actual. La incentivación o estimulación de conductas privadas constituye, así, una verdadera alternativa, allí donde las técnicas clásicas de intervención unilateral del poder público se revelan cada vez más insuficientes para inducir los resultados sociales pretendidos. De todas formas, no debe sacarse la impresión de que estas últimas están preclitadas. Más bien lo que se da de forma progresivamente más frecuente es la combinación, en grado diverso, de mecanismos de intervención e instrumentos de incentivación, es decir, de fomento.*

El fomento es, pues, la actividad administrativa dirigida a conseguir, mediante medios indirectos y no imperativos, la autoordenación de la actividad privada, de la acción de los ciudadanos o particulares, en función de fines y objetivos de interés público fijados por la Administración” (subraya la Sala). Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Si bien resulta casi imposible establecer un catálogo completo de las diversas formas que puede revestir la acción de fomento como conjunto de mecanismos orientados a “convencer a alguien para que haga u omite algo”¹³³, se ha propuesto un doble criterio para agrupar los disímiles medios de fomento existentes, así: (i) según la forma de actuación sobre la voluntad de los sujetos, se predica la existencia de mecanismos de fomento *positivos* —aquellos que otorgan prestaciones, bienes o ventajas en favor del titular de la actividad o empresa que se busca estimular— y *negativos* —los que imponen obstáculos o cargas que apuntan a dificultar, de modo indirecto, actividades o establecimientos contrarios a aquél interés jurídico que la Administración pretende fomentar— y (ii) según el tipo de ventajas que otorgan, los medios de fomento se distinguen en honoríficos, económicos y jurídicos, correspondiéndose

“... con los tres tipos principales de estímulos psicológicos que mueven la actuación humana: el honor, el provecho y el derecho.

Los medios de fomento honoríficos comprenden las distinciones y recompensas que se otorgan como público reconocimiento a un acto o a una conducta ejemplar. Deben incluirse aquí las condecoraciones, títulos, tratamientos, trofeos, diplomas, etc., sin que las consecuencias económicas que a veces aparejan algunas de estas concesiones sirvan a desvirtuar su naturaleza.

Son medios de fomento económico todos aquellos que directa o indirectamente determinan una ventaja pecuniaria para el sujeto fomentado. Se incluyen aquí las subvenciones, primas, premios, anticipos y préstamos y, en general, las exenciones fiscales.

Por último, son medios jurídicos aquellos que se caracterizan por el otorgamiento de una situación de privilegio que determina que el sujeto fomentado se beneficie de la utilización de medios jurídicos excepcionales.

(...)

La tercera fórmula de estímulo o fomento de actividades de interés público consiste, bien en que la Administración utilice sus poderes

ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, 5ª edición, Ariel, Madrid, 1998, pp. 517-518.

¹³³ JORDANA DE POZAS, Luis, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, cit., p. 50.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

exorbitantes en beneficio de los titulares de dicha actividad (privilegio), bien en la concesión directa a éstos de dispensas frente a leyes y reglamentaciones administrativas de carácter prohibitivo".¹³⁴

Visto, entonces, que la actividad administrativa de fomento constituye un mecanismo válido a través del cual la Administración Pública contemporánea propende por la satisfacción de determinados intereses generales en específicos ámbitos de su quehacer y que, de hecho, tal es la alternativa de actuación por la cual se decantó la Comisión Nacional de Televisión a través del artículo 8 del Acuerdo 49 de 1998 demandado, el cual desarrolla la política general contenida en la ley marco en materia de televisión —parágrafo 1º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 8º de la Ley 335 de 1996 que, de acuerdo con el tenor literal de la propia ley, se expide “con el fin de **fomentar** la formalización de la prestación del servicio de televisión por suscripción”—, no puede menos que concluirse que el artículo 8º del Acuerdo en cuestión, incluido en el aquí demandado reglamento de desarrollo de la determinación de políticas legislativas (Ley marco) en materia de televisión, no contraviene a éstas sino que, al contrario, constituye un instrumento encaminado a la materialización de los objetivos que la misma consagra como norte a las funciones encomendadas a la Comisión Nacional de Televisión.

La posibilidad que el parágrafo 1º del artículo 8 del Acuerdo 49 de 1998 de la CNTV confiere a los prestatarios informales del servicio de televisión por suscripción, constituye un incentivo que apunta a que éstos dejen de operar en la informalidad, de suerte que el uso que ellos hacen del espectro electromagnético se ajuste a las directrices trazadas por la autoridad reguladora en la materia, en beneficio del interés general; la previsión contenida, entonces, en el precepto demandado, constituye una modalidad —entre las muchas por las cuales pudo optar la CNTV— de la acción de fomento que la propia ley impone o contempla, en este ámbito, a la CNTV, la cual, por tanto, a juicio de la Sala no ha excedido los límites establecidos por la ley marco que desarrolla.

¹³⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 362-374.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Por lo demás, ante la pluralidad de opciones que se advierten como posibles cursos de acción a través de los cuales el Estado podría hacer frente a la irregularidad o a la informalidad en la prestación del servicio público de televisión por suscripción —a título simplemente ilustrativo, podría optarse por fortalecer la aplicación de la legislación penal que tipifica como delito tal proceder; podría acudirse a la agravación de las sanciones penales o a la implementación de infracciones administrativas con el fin de incrementar su eficacia disuasoria o podría, en cambio, concederse una subvención o subsidio económico al prestador irregular para procurar su normalización o podría, de otro lado y como aquí lo hizo la CNTV, fomentar la regularización a través del otorgamiento de beneficios jurídicos, etcétera—, debe tenerse en cuenta que, como lo ha señalado la doctrina, “... la eficacia del medio empleado varía con la psicología de los administrados; nuestros antepasados estaban dispuestos a hacer los mayores sacrificios para asegurar la perpetuidad del nombre y de la estirpe, pero hoy se buscan beneficios más inmediatos. **Corresponde a la política elegir cuál es el medio más idóneo en un momento determinado**” (destaca la Sala)¹³⁵.

En otros términos, ante la pluralidad de alternativas a través de las cuales podría procurarse la consecución del objetivo, encuadrado en el interés general, de regularizar a los prestatarios informales del servicio de televisión por suscripción, la Administración efectúa una elección basándose en criterios sustentados en elementos de juicio técnicos, económicos, políticos, de conveniencia u oportunidad, sin perder de vista, adicionalmente, que ya el Legislador se había resuelto —artículo 8º de la Ley 335 de 1996, antes citado— por la opción de una política de fomento antes que por la de una coactiva o represiva. En consecuencia, al momento de fiscalizar tal elección, el Juez de lo Contencioso Administrativo, como ha tenido ya ocasión de expresarlo esta Corporación, en principio y siempre que la escogencia hecha por la Administración se encuadre en el ordenamiento jurídico, ha de respetar la alternativa seleccionada por esta última, salvo que en el proceso se demuestre —y existan fundamentos jurídicos

¹³⁵ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 362.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

que así lo sustenten— que la decisión enjuiciada ha incurrido en “*error manifiesto de apreciación*”, por resultar exageradamente desproporcionada, irrazonable o arbitraria, como quiera que el control judicial

“... no puede convertirse en una «*fiscalización técnica, política o de oportunidad*», de modo que únicamente procederá «*allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable, o pueda ser develado mediante una actividad probatoria suficiente o mediante una demostración sólida, firme, segura, sustancialmente incontestable*», es decir, cuando sea un control estrictamente jurídico, que no conduzca a la sustitución de una posición opinable por otra, pues «*de lo contrario deja de ser jurídico para deslizarse por la pendiente del decisionismo*»¹³⁶.

También el juez de lo contencioso administrativo francés ha recurrido, para fiscalizar el poder discrecional de la administración, a la noción de «*erreur manifeste d’appréciation*»¹³⁷, de acuerdo con la cual, en palabras de Rivero y Waline, si resulta que la calificación de los hechos es tan evidentemente equivocada que hasta alguien sin conocimientos técnicos podría determinarlo, anulará la decisión¹³⁸; o,

¹³⁶ Nota original de la sentencia citada: “SANCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa...*cit., pp. 135-137. En otro lugar, este autor insiste en la improcedencia de que los tribunales anulen las decisiones administrativas por incurrir en cualquier tipo de error de apreciación, debiendo limitarse tal posibilidad a aquellas equivocaciones «*manifiestas*», pues a su entender «*sólo hay abuso o extralimitación de la discrecionalidad en la apreciación de los hechos o en la valoración de las circunstancias del caso allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable o pueda ser develado en el proceso mediante una actividad probatoria suficiente y mediante una demostración sólida, firme, rigurosa y sustancialmente incontestable*», pues de lo contrario se excedería el ámbito de lo estrictamente jurídico, afectándose así «*al elemento de oportunidad ínsito en la decisión discrecional, que consiste en valorar en todos sus extremos cuál es la mejor solución para el interés público*». Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa», en DELGADO BARRIO, Javier (Director), *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, cit., pp. 154-155”.

¹³⁷ Nota original de la sentencia citada: “MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 229-233”.

¹³⁸ Nota original de la sentencia citada: “Cfr. RIVERO, Jean, WALINE, Jean, *Droit administratif*, cit., p. 253. Insisten también en el carácter «*flagrante*» del error manifiesto de apreciación DE LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean Claude, GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, cit., pp. 696-697. Braibant y Stirn, por su parte, apoyándose en la afirmación del tratadista de Derecho Administrativo inglés H.W.R WADE, según la cual «*es de la esencia del poder discrecional el implicar el poder de cometer errores*», aseguran que ello también opera así en el Derecho francés, pero hasta cierto límite, pues ciertamente la Administración tiene derecho a equivocarse en su apreciación, pero a lo que no tiene derecho es a cometer un error manifiesto, es decir, un error caracterizado a la vez por su gravedad y su evidencia. Cfr. BRAIBANT, G., STIRN, B., *Le droit administrative français*, cit., p. 282. Vid. también WADE, H.W.R., FORSYTH, C.F., *Administrative Law*, 8ª edición, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 315 y ss”.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

como diría Vedel, «se comprueba desde un punto de vista muy práctico: es manifiesto un error que salta a la vista sin necesidad de ser un experto muy sagaz»^{139" 140}.

En la misma dirección que se viene exponiendo, ha puntualizado esta Sala:

“En consecuencia, y como lo ha sostenido la doctrina, en la misma línea de lo discurrido por esta Corporación en los pronunciamientos que se viene de comentar,

«... sólo cuando el ordenamiento jurídico jerarquiza los diferentes bienes o intereses en juego puede aceptarse que los tribunales sustituyan la decisión administrativa y la anulen si no es conforme a las pautas y criterios aportados por el ordenamiento jurídico. En la mayoría de los supuestos, esos criterios y pautas no vienen proporcionados por el ordenamiento y la atribución de mayor peso a un interés público que a otro es fruto de una decisión sobre objetivos sociales, es decir, una decisión de política de actuación que ha sido atribuida en exclusiva a la autoridad administrativa y que los tribunales tienen la obligación de respetar. Si, por el contrario, los tribunales se adentran en este terreno se sitúan en un lugar que no les corresponde y en el que *no actúan realmente como tribunales sino como superiores jerárquicos de las autoridades administrativas, como órganos de tutela de la Administración y, en definitiva, como administradores*. Si no hay criterio jurídico aplicable, los tribunales no pueden intervenir, pues lo contrario supone la vulneración del principio de división de poderes y el indeseable gobierno de los jueces»^{141" 142}.

¹³⁹ Nota original de la sentencia citada: “Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, cit., p. 504”.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074.

¹⁴¹ Nota original de la sentencia citada: “Las cursivas dentro del texto original. DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, cit., p. 248”.

¹⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de octubre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 630012331000200500708 01; Expediente número: AP-2005-00708. En la misma dirección referida, ha sostenido esta Corporación, al enjuiciar una decisión administrativa adoptada con evidente sustento en criterios de orden económico, social, político, de conveniencia y oportunidad, lo siguiente: “Así las cosas, para respetar el principio de la separación y colaboración armónica de los órganos del Estado, un ejemplo en el que es indispensable diferenciar el tipo de decisión que está llamada a llenar el contenido de los conceptos de moralidad administrativa y defensa del patrimonio público, es la definición del esquema gerencial con el que se va administrar una empresa pública. En efecto, las alternativas de gestión para mejorar la eficiencia de una empresa corresponde a una conducta administrativa que, por regla



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

Con fundamento en lo hasta ahora expuesto, la Sala no puede más que concluir que ni el actor esgrimió —recayendo sobre él la correspondiente carga de argumentación (y, eventualmente, de la prueba), dada la naturaleza del presente proceso—, ni en el expediente constan elementos de juicio que conduzcan a considerar que, en la fijación —por parte de la CNTV a través del parágrafo 1 del artículo 8º del Acuerdo aquí demandado— de un incentivo de naturaleza jurídica orientado a fomentar la normalización o regularización de los prestatarios informales del servicio de televisión por suscripción, se hubieren desconocido los criterios o parámetros generales fijados en la ley marco en materia de televisión, se hubiere incurrido en error manifiesto de apreciación o se hubiere adoptado una decisión manifiestamente irrazonable, desproporcionada en consideración a los fines a los cuales apunta o arbitraria. Brillan por su ausencia, por tanto, elementos fácticos o jurídicos con base en los cuales el Juez de lo Contencioso Administrativo pueda entrar a cuestionar la juridicidad de la referida medida.

Consecuencialmente, también este cargo ha de ser desestimado, lo cual conduce a que se denieguen, en su integridad, las súplicas de la demanda.

general, es ajena al juez. De ahí que no es una facultad de los jueces señalar si el esquema de participación privada es una alternativa de gestión deseable o conveniente para la Empresa Ibaquereña de Acueducto y Alcantarillado, pues corresponde a un estudio de conveniencia político y económico, que, mientras no comprometa la validez normativa de la decisión, el juez no puede inmiscuirse en la definición de la naturaleza jurídica de la empresa. En consecuencia, la definición de una alternativa de gestión de una empresa será una decisión política que no involucra la decisión judicial, mientras no desborde los límites jurídicamente permitidos.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que la alternativa de gestión privada a través de la concesión no es una opción que pueda entrar a reprochar judicialmente por el sólo hecho de que los particulares administran la prestación de los servicios públicos, pues no sólo no está prohibida legalmente sino que el artículo 365 de la Constitución señala que la prestación eficiente de los servicios públicos es una finalidad social del Estado que está obligado a asegurar directamente o por intermedio de particulares. En este sentido, la preocupación por la ampliación de la cobertura y por la prestación eficiente de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la ciudad de Ibagué, no sólo es una actitud loable sino que es una obligación del Estado que puede hacerse efectiva a través de las figuras legal y constitucionalmente permitidas. Por lo tanto, la Sala no se pronunciará sobre si la concesión es una buena o mala opción para la administración de la Empresa Ibaquereña de Acueducto y Alcantarillado» (subrayas fuera del texto original). Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001); Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Radicación número: 73001-23-31-000-2000-1704-01(AP-100), Actor: Procurador Provincial de Ibagué.



Expediente 16230

Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa

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

FALLA:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA