CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar

Bogotá D.C., nueve (9) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación interna: 2400
Número único: 11001030600020180019100
Referencia: Elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Convocatoria pública reglada por la ley. Aplicación por analogía de la Ley 1904 de 2018. Improcedencia de aplicación del artículo 254 original de la Constitución Política de 1991

La señora Ministra de Justicia y del Derecho manifiesta que si bien en los conceptos 2327[1] y 2378[2] la Sala de Consulta y Servicio Civil estudió y dilucidó la normatividad aplicable para el proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, ha ocurrido un hecho nuevo que es la entrada en vigencia de la Ley 1904 de 2018.

Señala que la Ley 1904 en cita reglamenta la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General y dispone su aplicación por analogía a los demás procesos de elección que correspondan a corporaciones públicas, mientras se regulen por el Congreso los respectivos procedimientos.

La aplicación analógica genera algunas inquietudes jurídicas del despacho a su cargo en torno a «la normatividad aplicable al proceso de elección de los

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

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

magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial», que motivan la consulta.

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes y el marco jurídico descritos en la consulta pueden resumirse así:

1. El artículo 254 de la Constitución Política en su *redacción original* estableció el Consejo Superior de la Judicatura integrado por la Sala Administrativa y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, esta última conformada por siete (7) magistrados «elegidos, para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno Nacional».

2. Los artículos 15, 16, 17 y 19 del Acto Legislativo 02 de 2015 modificaron los artículos 254, 255, 256 y 257 originales de la Carta, en el sentido de (i) suprimir el Consejo Superior de la Judicatura, para remplazarlo por el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama, y (ii) consagrar «un nuevo modelo de disciplina para los jueces y empleados de la Rama con la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial».

Las reformas a la estructura de administración de la Rama Judicial fueron declaradas parcialmente inexequibles por la Corte Constitucional.[3]

3. Sobre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la Corte Constitucional en Auto 278 de 2015[4] puntualizó:

> *De acuerdo con las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015 cabe entender que, hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen, los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones. Ello significa que, actualmente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conserva sus competencias, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no solo la función disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela.*

4. El artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015 dispuso que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se integraría por siete (7) magistrados elegidos por el Congreso de la República de ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura (4 ternas) y por el Presidente de la República (3 ternas). Y el parágrafo transitorio del mismo artículo 19 previó:

> *Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez*

---

[3] Corte Constitucional, sentencia C-285-16 (1º de junio).

[4] Corte Constitucional, decisión del conflicto negativo de competencia entre jurisdicciones. Juzgado Tercero de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, D.C., y Juzgado con Función de Ejecución de Sentencias de las Salas de Justicia y Paz del Territorio Nacional de la misma ciudad.

> *posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.*

El artículo 19 del Acto Legislativo 02 en comento es el actual artículo 257 A de la Constitución Política.

En julio del 2016, el Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura expidieron, respectivamente, el Decreto 1189 y el Acuerdo PSAA16-10548, en los cuales reglamentaron la convocatoria pública para integrar las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia del 5 de diciembre de 2017, declaró la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 1189 por considerar que el artículo 257 A constitucional no facultó de manera expresa a ninguna autoridad para reglamentar el trámite de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y que la competencia era del legislador de acuerdo con el artículo 126 de la Carta; y dijo:

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

También advirtió que la regulación legal no es estatutaria porque los aspectos esenciales de la estructura orgánica de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, como el número de magistrados y las autoridades encargadas de las ternas y su elección fueron diseñados por el constituyente:

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

> ***relacionadas con la administración de justicia que por vía jurisprudencial se han delimitado como sometidas a reserva de ley estatutaria*** (La negrilla es de la consulta).

En Sentencia del 6 de febrero de 2018, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, declaró la nulidad por inconstitucionalidad del Acuerdo PSAA16-10548, del Consejo Superior de la Judicatura, con igual consideración, esto es, que la regulación del trámite de la convocatoria pública para la conformación de las ternas para elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es de competencia del legislador.

5. En virtud de las declaraciones de inconstitucionalidad de los actos administrativos que regulaban la conformación de las ternas para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el Gobierno Nacional solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil ampliar el concepto de fecha 24 de abril de 2017 para establecer la viabilidad del retiro de quienes se desempeñaban como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al entrar en vigencia el Acto Legislativo 02 de 2105.

La Sala[5] en el concepto de fecha 18 de junio de 2018 concluyó:

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

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

Asimismo, respecto de la provisión de los cargos de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la Sala argumentó:

- La Constitución Política dispone que todos los altos cargos de las ramas del poder público y de los demás órganos del Estado tienen períodos fijos y por lo general no son reelegibles.

- La derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no implicó su supresión definitiva; la Sala continuó transitoriamente.

- La expresión «los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura», contenida en el parágrafo transitorio 1 del artículo

[5] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de junio 18 de 2018, Radicación interna: 2378 – Ampliación 2327

257 A de la Carta Política se refiere a los cargos de magistrados, existentes en ese momento, y no a las personas naturales.

- Aunque la Constitución Política en su texto actual no incluye el inciso segundo del artículo 254 original, que preveía los mecanismos de selección de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la continuidad de las funciones institucionales impone entender que esa disposición sigue produciendo efectos ultractivamente mientras no se posesionen los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

- La exigencia de regulación legal para el proceso de elección de servidores públicos, adicionada al artículo 1276 de la Constitución Política por el artículo 2 del Acto legislativo 2 de 2015, no resulta jurídicamente viable para la elección de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, porque dichos cargos continúan en la medida en que la institución existe de manera transitoria.

6. La Ley 1904 de 2018 reglamentó «la convocatoria pública previa a la elección del Contralor General de la República por el Congreso de la República» y en su artículo 12 dispuso:

> *Artículo 12. Vigencia y derogaciones. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 23 de la Ley 5ª de 1992.*
>
> *Parágrafo transitorio. Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía.* (La subraya es de la consulta).

La consulta transcribe el artículo 126, inciso cuarto, constitucional:

> *[S]alvo los concursos regulados por la ley,* ***la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley****, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección* (…) (Subraya y negrilla del texto de la consulta).

Y afirma que «… una primera lectura del parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 podría llevar a concluir que el procedimiento, los requisitos y las condiciones en ella contenidos» serían aplicables «en su totalidad» al proceso de elección de los magistrados, «apelando a la analogía» allí prevista.

Pero agrega que «al revisar integralmente el procedimiento contemplado en la Ley 1904 de 2018, se advierte de entrada que el mismo se refiere expresamente al caso en que es el mismo Congreso de la República, como Corporación Pública, quien adelanta en su totalidad los distintos trámites, etapas o pasos definidos para la elección de un servidor público (…)», no hay participación de un órgano distinto

como ocurre en la elección que requiere «previa elaboración de ternas conformadas y remitidas por autoridades unipersonales o pluripersonales, como es el caso del Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura».

Continúa:

> *En este orden de ideas, es importante dilucidar si, para la conformación de* ***las ternas que debe elaborar el Presidente de la República y que deben remitirse al Congreso de la República para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se aplica, por analogía, lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018, o si la norma aplicable continúa siendo el artículo 254 Superior original, en los términos del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil antes citado*** (La negrilla es del texto de la consulta).

El planteamiento precedente es fundamentado así:

- El procedimiento para conformar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, de acuerdo con el artículo 257 A de la Constitución, «presenta las siguientes características»:

- «Es un proceso de elección plural» pues participan el Congreso de la República como corporación pública, el Consejo Superior de la Judicatura y el Presidente de la República;

- «Es un proceso complejo» que debe agotar por lo menos dos etapas: (i) la postulación de las ternas por el Consejo Superior de la Judicatura y el Presidente de la República y (ii) la elección de los magistrados por el Congreso en pleno.

- Se adelanta «por convocatoria pública que deberá ser reglada».

- La Ley 1904 de 2018 desarrolla el inciso 5 del artículo 267 de Constitución, y dispone que el Contralor General de la República

> [*S*]*erá elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.*

Así, la elección «comporta las siguientes características»:

- «Es un proceso de elección singular» porque solo participa el Congreso en pleno;

- El proceso «reside exclusivamente en una autoridad», el Congreso en pleno;

- El proceso se debe adelantar de conformidad con el artículo 126 de la Constitución.

Expresa la consulta que las diferencias entre los procesos de elección «son evidentes» y que las mismas son «de fondo, sustanciales y necesarias en su totalidad para surtir cada uno de estos procesos».

Por lo mismo, en criterio del Ministerio consultante:

> [*N*]*o sería posible para el Gobierno Nacional aplicar por analogía y de manera similar el procedimiento y los requisitos creados por la Ley 1904 de 2018 para el caso de las ternas que deben conformar el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura y que deben enviar al Congreso para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, pues supone etapas, requisitos y autoridades diferentes a aquellas señaladas en la Ley 1904 en mención.*

Anota que para ejecutar el procedimiento de la Ley 1904, el Presidente de la República tendría que «suplir los evidentes vacíos presentes en la ley para cumplir con esta función constitucional», pues dicha Ley 1904 «nada dice acerca de la conformación de ternas, ni los criterios que se deben obedecer, ni la forma o plazo que aquél debe atender para enviar su propuesta al Congreso».

Menciona que como al expedirse la Ley 1904 de 2018 aún estaba pendiente el nombramiento de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y no había regulación legal para su elección, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1485 de 2018[6].

Finaliza la consulta señalando:

> *Este Despacho no desconoce el mandato contenido en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 referente a la aplicación por analogía de esa norma para las elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas, sin embargo mal haría en desconocer que la analogía de las normas se usa cuando las condiciones de hecho y de derecho son tan similares que resulta propio, cómodo y nada forzoso ejecutar las disposiciones por igual para uno u otro caso.*

Reitera que la Ley 1904 no existía cuando esta Sala emitió los conceptos de fechas 24 de abril de 2017 y 18 de junio de 2018, por lo cual solicita absolver la siguiente

PREGUNTA:

> *Con ocasión de la expedición de la Ley 1904 de 2018 y, concretamente, con la analogía prevista en el parágrafo transitorio de su artículo 12, ¿es jurídicamente viable aplicar el procedimiento de elección allí previsto para conformar las ternas que deben elaborar, tanto el Presidente de la República como el Consejo Superior*

[6] Decreto 1485 de 2018 (agosto 6), *Por el cual se adiciona un Título a la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República, en relación con las reglas de la convocatoria pública para la conformación de las ternas que debe presentar el Presidente de la República para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.*

de la Judicatura, para elegir los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial? En caso contrario, ¿la norma aplicable continúa siendo el artículo 254 Superior original?

II. CONSIDERACIONES

A. El problema jurídico

El Acto Legislativo 02 de 2015 y su declaratoria de inexequibilidad en virtud de la Sentencia C-285-16, tienen como efecto la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria creada en el artículo 254 original de la Constitución de 1991.

El artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015 creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y como mecanismo transitorio consagró la continuidad de la función disciplinaria en la misma Sala Jurisdiccional Disciplinaria mientras se integraba la mencionada Comisión.

La Sentencia C-285-16 incorporó el artículo 19 del Acto Legislativo 02 como artículo 257 A del estatuto constitucional; y la Sentencia C-373-16 lo declaró exequible.

De conformidad con el artículo 19 en mención y su parágrafo transitorio, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se conforma con siete magistrados, elegidos por el Congreso de la República de ternas elaboradas por el Presidente de la República (3) y por el Consejo Superior de la Judicatura (4), previa convocatoria pública reglada, que debía surtirse dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 02, lapso durante el cual se garantizaba la continuidad de la función con la permanencia de los cargos y titulares de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Como aún no se ha integrado la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la función disciplinaria continúa ejerciéndose bajo la figura institucional de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

El Acto Legislativo 02 de 2015 también adicionó un inciso, el cuarto, al artículo 126 de la Constitución para ordenar que las elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas deben estar precedidas de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

La Ley 1904 de 2018 reguló la convocatoria pública para elección del Contralor General de la República y en el parágrafo transitorio del artículo 12 determinó su aplicación por analogía a otros procesos de elección por corporaciones públicas mientras en cada caso se adopta la ley correspondiente de acuerdo con el inciso cuarto del artículo 126 constitucional.

El problema jurídico que se plantea a la Sala se expresa en dos hipótesis:

- La primera se sustenta como la inviabilidad de la aplicación analógica de la Ley 1904 en razón de las diferencias entre los procesos de elección del Contralor General de la República y de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que encuentra el ministerio consultante; y

- la segunda, propuesta como alternativa, consistente en acudir al mecanismo de integración de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria previsto en el artículo 254 original de la Constitución de 1991, para proceder a la elección de los magistrados del órgano de disciplina judicial.

Para responder, la Sala:

Analizará en primer lugar, la improcedencia de la alternativa propuesta de aplicar el artículo 254 original de la Constitución de 1991, en caso de no ser viable la analogía prevista en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 para la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Estudiará en segundo lugar, la analogía como mecanismo de interpretación y aplicación de las normas jurídicas en situaciones no contempladas explícitamente en ellas y su operancia en el asunto específico relativo a la aplicación de la Ley 1904 de 2018 para elegir los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

B. Análisis jurídico

1. La improcedencia de aplicar el artículo 254 original de la Constitución de 1991 para integrar la Comisión Nacional de disciplina Judicial

En caso de encontrarse improcedente la aplicación por analogía de la Ley 1904 de 2018 al proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial por las diferencias que surgen de la comparación con la elección del Contralor General de la República, la consulta propone como alternativa la aplicación del artículo 254 original de la Constitución de 1991, en los siguientes términos (la subraya es de la Sala):

> *En este orden de ideas, es importante dilucidar si, para la conformación de las ternas que debe elaborar el Presidente de la República y que deben remitirse al Congreso de la República para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial se aplica, por analogía, lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018, o si la norma aplicable continúa siendo el artículo 254 Superior original, en los términos del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil antes citado.*

Como la consulta versa sobre los conceptos 2327 del 24 de abril de 2017 y 2378 del 18 de junio de 2018, era necesario que precisara en cuál encontró fundamento para su propuesta alternativa.

No obstante, la Sala inicia este punto con la advertencia de que en ninguno de los mencionados conceptos se contempla tal posibilidad.

Al contrario, en ambos conceptos se reitera:

(i) la derogatoria tácita del artículo 254 original de la Constitución de 1991 y, por consiguiente, la derogatoria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, como efecto jurídico tanto del artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015 como de la Sentencia C-285 de 2016;

(ii) la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por el artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015, llamada a asumir el ejercicio de la función disciplinar sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y sobre los abogados; la incorporación de dicho artículo 19 al texto constitucional como artículo 257 A, y su exequibilidad declarada en la Sentencia C-373 de 2016;

(iii) el mecanismo de transición establecido en el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015 para garantizar que la función disciplinar no se interrumpiría mientras operaba la sustitución de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial;

(iv) el deber de integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, mientras no se modifique el artículo 257 A de la Constitución vigente.

Además, en el concepto 2378, la Sala explicó especialmente la aplicación ultractiva del artículo 254 original de la Constitución de 1991 para remplazar a los magistrados que desempeñan los cargos que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria al momento de su derogatoria y que continúan en ejercicio de las funciones institucionales de la Sala derogada.

Brevemente se refiere la Sala a los conceptos en mención, para destacar los elementos que sustentan la respuesta negativa a la aplicación del artículo constitucional 254 original en la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

- El concepto 2327

En el concepto 2327 la Sala se refiere (i) a las modificaciones introducidas por los artículos 15 a 19 del Acto Legislativo 02 de 2015 en la estructura de la administración de la Rama Judicial contenida en los artículos 254 a 257 de la Constitución Política de 1991 y (ii) a las Sentencias C-285-16 y C-373-16, para concluir:

a) La derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

El artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015 modificó el artículo 254 original sustituyendo el Consejo Superior de la Judicatura integrado por las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria, por el Consejo de Gobierno y la Gerencia de la Rama; y en la Sentencia C-285-16, la Corte Constitucional argumentó (las subrayas son de la Sala):

> [*E*]*sta Corporación declarará inexequible el artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015, salvo en lo que tiene que ver con la derogatoria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de la habilitación al legislador para crear los consejos seccionales de la judicatura. En consecuencia, operará la reviviscencia parcial del artículo 254 original de la Constitución, el cual, al sustraérsele los textos cuya derogatoria no fue objeto de la decisión que ahora adopta la Corte, quedaría así:*
>
> > *Artículo 254. El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas:*
> >
> > *1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.*
>
> *Advierte la Corte que la anterior redacción es confusa y contradictoria, pues establece que el Consejo Superior se dividirá en dos salas y sólo se enuncia una, comoquiera que la segunda era la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, que fue suprimida y, en su remplazo, se creó la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por fuera de la estructura de gobierno y administración de la Rama Judicial, aspecto en relación con el cual la Corte no se pronuncia en este fallo. (…)*

b) La vigencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

La incorporación del artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015 como artículo 257 A de la Constitución Política implica además, que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es parte de la estructura del Estado Colombiano. En el concepto 2327 la Sala transcribió el siguiente aparte de la Sentencia C-285-16:

> *Así las cosas, el artículo 257 original de la Carta volverá a tener efectos en razón a la reviviscencia con ocasión de la decisión de inexequibilidad, y el texto positivo del artículo 19 del Acto legislativo 02 de 2015 quedará vigente. Sin embargo, como esta última disposición subrogaba el artículo 257 superior, en razón de la reviviscencia del mismo, debe entenderse que la misma obra como una adicción (sic) al texto constitucional, razón por la cual, para evitar la duplicidad en la numeración y seguir la técnica utilizada por el constituyente derivado en casos similares, deberá entenderse incorporado como artículo 257-A.*

c) La continuidad de la función disciplinar y el mecanismo de transición

En el concepto 2327 la Sala transcribió el siguiente aparte de la Sentencia C-285-16 (subraya de la Sala):

> *En relación con la introducción del nuevo modelo disciplinario, este Tribunal no se pronunciará, pues se inhibirá por inepta demanda como se indicó líneas atrás. Sin embargo es preciso aclarar que como quiera que en el parágrafo transitorio del artículo 19 en cuestión se dispone un régimen de transición, y en razón de las declaratorias de inexequibilidad que se ha producido, hasta tanto se integre la Comisión Nacional de Disciplina Judicial los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán*

> *únicamente las funciones que les corresponden como integrantes de dicha sala, dado que la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura ha dejado de existir.*

Con relación a las demás funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la Sala también citó apartes de la Sentencia C-373-16, en los que la Corte Constitucional trajo a colación sus Autos 078 de 2015, 309 de 2015 y 084 de 2016, en los cuales analizó la atribución que le confirió el artículo 14 del Acto Legislativo 2 de 2015 para resolver los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones y concluyó –la Corte Constitucional -:

> *De acuerdo con las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, cabe entender que, hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen,* ***los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones. Ello significa que, actualmente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conserva sus competencias****, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no sólo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela.*[7] (Las negrillas son del original)

Para concluir que en relación con los asuntos disciplinarios:

> [*E*]***l régimen preexistente al Acto Legislativo 02 de 2015 en lo relativo a las funciones a cargo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura continuará hasta tanto puedan entrar en funcionamiento los nuevos cuerpos disciplinarios, en particular la Comisión Nacional de Disciplina Judicial*** (Las negrillas son del original).

También destacó la Sala, en el concepto 2327, la importancia de la Sentencia C-373-16 por «los pronunciamientos de fondo contenidos en ella sobre la transición entre la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial dentro del marco de los cargos de la demanda (…)», que fundamentaron la declaratoria de exequibilidad del artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015 y que le permitieron a esta Sala concluir que:

> [L]a operatividad de las transformaciones institucionales requería de medidas transitorias, que fueron adoptadas en el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015. Dichas medidas son constitucionales (…).
>
> En virtud de la transición, las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria continúan a cargo de los magistrados que la integraban el 1º de julio de 2015, «*hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial*», lo cual debía ocurrir dentro del plazo de un año contado a partir de la entrada en vigencia del acto legislativo, es decir, entre el 1º de julio de 2015 y el 1º

[7 Auto 278 de 2015.] Esta cita es de la Sentencia C-373-16, pero corresponde al Auto 278 de 2015.

> de julio de 2016. Lo dicho, sin perjuicio de que en la misma sentencia se mencione a la Sala como titular de las funciones.

También señaló esta Sala que el parágrafo transitorio del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 - actual artículo 257 A de la Constitución - es una norma vigente en el ordenamiento constitucional y que, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales, el vencimiento del plazo que en dicho parágrafo se establecía para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no inhibía los demás asuntos tratados en la norma.

En ese sentido se enunció y fundamentó que «la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la consecuente necesidad de establecer las condiciones de tiempo y modo para que otras autoridades asumieran sus funciones, requerían de un mecanismo de transición».

De manera explícita afirmó esta Sala que:

> *En la práctica, más que la permanencia de los magistrados, la transición es la continuidad de la Sala en cuestión.*

Afirmación basada en que con el mecanismo adoptado se garantizó la continuidad de las funciones relativas a la potestad disciplinaria y a la definición de conflictos de competencia entre jurisdicciones, asignadas a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en la Constitución de 1991, más el conocimiento de las acciones de tutela que asumió la misma Sala con fundamento en su naturaleza jurisdiccional.[8]

- **El concepto 2378**

En firme las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación que declararon la nulidad por inconstitucionalidad de los reglamentos dictados por el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura para adelantar el proceso de integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el entonces Ministro de Justicia y el Derecho solicitó a esta Sala la ampliación y complementación del concepto 2327.

Se consideró que de tales decisiones judiciales podía derivarse (i) la falta de certeza en la fecha de integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, (ii) la permanencia indefinida en el tiempo de los titulares de los cargos que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y (iii) que ambas situaciones no solo parecían chocar con la naturaleza temporal del mecanismo de transición sino que también

[8] Como se advirtió en el concepto 2327, en razón del Acto Legislativo 2 de 2015 y de su texto definido en la sentencia C-283-16, las funciones que le correspondían a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria como integrante de la Sala Plena del original Consejo Superior de la Judicatura, quedaron radicadas en el órgano actual del mismo nombre.

podían afectar el equilibrio de poderes y el diseño institucional establecidos en la Constitución Política.

La Sala, entre otros temas, estudió «el mecanismo de transición, su temporalidad y las condiciones de su exequibilidad»; la inconstitucionalidad de la permanencia indefinida en altos cargos del Estado que tienen período fijo establecido directamente por la Constitución; «la continuidad de las funciones y de los cargos de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria creada en la Constitución de 1991 y la consiguiente pervivencia de la misma Sala»; y «la normatividad aplicable para la provisión de los cargos de magistrados que integran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que en la actualidad pervive».

Como puede observarse, en el concepto 2378 la Sala se centró en:

(i) la inquietud relativa a la permanencia indefinida en los cargos de magistrados que integran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y

(ii) la normatividad aplicable para el remplazo de las personas que desempeñan los cargos de magistrados que integraban la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

La Sala reiteró la derogatoria tácita del inciso segundo del artículo 254 original de la Constitución de 1991, y a la vez la continuidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en virtud de la transición establecida en el parágrafo transitorio del artículo 257 A de la Constitución Política vigente; y afirmó:

> *La norma de transición fue adoptada para que se cumpliera en los términos previstos y, por consiguiente, no fue pensada para que en un eventual incumplimiento, pudiesen derivarse de ella fueros de inamovilidad u otros privilegios de beneficio estrictamente personal que de contera pretendan asumirse como excepciones al marco constitucional del ejercicio de la función pública en períodos determinados.*
>
> *Pugna con el diseño constitucional, la exequibilidad de sus reformas, y el ejercicio del poder sin asomo de arbitrariedad y dentro de los marcos de la moralidad pública, cualquier pretensión de beneficio individual que pretenda ampararse en disposiciones que han perdido sus elementos esenciales, como ocurre con la norma de transición que no ha de cumplirse en un tiempo determinable.*

Reiteró que la Sentencia C-373-16, al examinar la constitucionalidad del artículo 19 del Acto Legislativo 2 de 2015:

> [*P*]*uso de presente por lo menos dos aspectos de especial relevancia:*
>
> *(i) la necesaria preservación de la continuidad de las funciones disciplinarias y de definición de conflictos de competencia entre las jurisdicciones; y*
>
> *(ii) la extensión de la permanencia de «los actuales magistrados» como instrumento de transición, pero limitada en el tiempo, con la clara intención de evitar la configuración de privilegios personales.*

Asimismo acotó que:

> *En el pronunciamiento de la Corte Constitucional, se alude varias veces a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, no obstante la consideración de su derogatoria tácita.*
>
> *Para esta Sala de Consulta, como se analizó en el concepto 2327, la supresión tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en el texto constitucional, pero la continuidad de sus funciones mediante su ejercicio por los «actuales magistrados», sustentó la afirmación de la existencia «virtual» de dicha Sala, con lo cual se quiso dejar en evidencia la continuidad de la Sala misma, pero solo de forma transitoria y condicionada, esto es, con una existencia precaria.*
>
> *Tal es la situación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, por cuanto, en aras de preservar y garantizar la continuidad de las funciones a ella conferidas en la Constitución de 1991, la reforma del 2015, si bien dispuso su supresión, en realidad la mantuvo a través de la permanencia – por un tiempo determinado - de los cargos que la integraban, pues es claro que no son los magistrados en su individualidad, sino como integrantes de un cuerpo plural, quienes cumplen las funciones.*
>
> *No por otra razón, las providencias continúan siendo proferidas por la «Sala Jurisdiccional Disciplinaria» como se corrobora con la revisión de los textos que pueden consultarse en la página web de dicha sala.*
>
> *En síntesis, la derogatoria tácita de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria no ha significado su supresión definitiva. Si así fuera, no podría cumplirse el mandato del mismo Acto Legislativo 2 de 2015 en cuanto a la continuidad del ejercicio de las funciones de la Sala, puesto que tales funciones son corporativas y no individuales.*
>
> > *«Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios* ***de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura****. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial…» (Se resalta).*
>
> *Como se aprecia, este aparte se refiere a la función disciplinaria que es de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria y no de cada magistrado, como se señaló atrás, con lo cual resulta claro: (i) que dicha sala debía seguir existiendo hasta que se conformara efectivamente la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y (ii) que la misma sala continuaría ejerciendo la función disciplinaria y, por lo tanto, conociendo de los procesos respectivos, hasta que dicha función, y los procesos que se hallaran en curso, pudieran ser asumidos por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.*

Finalmente, en el punto 3.6 analizó «**la normatividad aplicable para la provisión de los cargos de magistrados que integran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que en la actualidad pervive**»**,** para concluir**:**

> *La imposibilidad jurídica de tornar en indeterminada una disposición temporal, y la continuidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria como institución - pues no de otra manera es jurídicamente viable el ejercicio de las funciones disciplinares y de definición de conflictos de competencia entre jurisdicciones, que la Constitución de 1991 le asignó, y las decisiones en sede de tutela que la misma Sala avocó -, deben tener como efecto jurídico la continuidad de los mecanismos de provisión de los cargos de magistrados creados para integrar esa sala y ejercer las funciones a ella asignadas.*
> *Aunque el texto actual de la Constitución Política no incluye el inciso segundo del artículo 254 original, que preveía los mecanismos de selección de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la continuidad de las funciones institucionales impone entender que esa disposición sigue produciendo efectos ultractivamente[9], mientras no se posesionen los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.*
>
> *En virtud de todo lo expuesto y ante la ausencia de normas nuevas que regulen los hechos actuales, la consecuencia jurídica por el efecto de la ultractividad, es la aplicación del numeral 2 del artículo 254 original de la Constitución, en armonía con el artículo 18, numeral 6 de la Ley 5ª de 1992[10] y con el artículo 76-2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que por supuesto también debe entenderse eficaz, en cuanto sigue produciendo efectos jurídicos.*
>
> *Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la exigencia de regulación legal para el proceso de elección de servidores públicos, adicionada al artículo 126 de la*

---

[9] Así lo señaló recientemente la Sala de Consulta en relación con el numeral 3º del artículo 256 (original) de la Constitución Política, que le otorga al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- la función disciplinaria sobre los funcionarios judiciales y los abogados. En efecto, en decisión del 16 de mayo de 2018 (radicación n.º 11001030600020170020000), al resolver un conflicto negativo de competencias administrativas entre el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia de Sociedades, se afirmó:

> *De todo lo anterior, resulta que, aun cuando actualmente está suprimida de la Constitución la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y las salas disciplinarias de los consejos seccionales, y se encuentra derogado el numeral 3º del artículo 256 de la Carta Política, dichos organismos continúan ejerciendo transitoriamente la función disciplinaria, en virtud de lo dispuesto por el parágrafo transitorio 1º del artículo 257A de la Constitución, mientras se conforma efectivamente la Comisión Nacional de Disciplina Judicial,* [y] ***se viene aplicando ultractivamente el numeral 3º del artículo 256 de la Carta*** *(el cual, como se explicó, está derogado)* ***y las normas legales (estatutarias y ordinarias) que lo desarrollaban****.* (Se resalta).

[10] Ley 5 de 1992 (Junio 17), *Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*. Artículo 18. «Atribuciones del Congreso pleno. Son atribuciones constitucionales del Congreso pleno: … 6. Elegir los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura».

> *Constitución por el artículo 2º del Acto Legislativo 2 de 2015, no resulta jurídicamente viable para la elección de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, bajo la consideración de que tales cargos continúan integrando una institución que, a pesar de haber sido suprimida de la Constitución Política, sigue existiendo transitoriamente, para hacer posible el cumplimiento ininterrumpido de varias funciones públicas, según se explicó.*
> *…*
>
> *En síntesis, concluye esta Sala que la existencia transitoria y precaria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, por las razones explicadas, supone necesariamente la aplicación ultractiva del inciso segundo del artículo 254 original de la Constitución de 1991, entre otras normas, para proveer los cargos de magistrados, en el entendido de que la permanencia de quienes eran sus titulares ha terminado por devenir insostenible en cuanto que el vencimiento del plazo aunado a las omisiones legislativas censuradas por los fallos del Consejo de Estado, como hechos impedientes para la actuación administrativa de integración del nuevo órgano, redundan en hacer de la continuidad de la situación actual concreta una que resulta violatoria de la interpretación jurisprudencial de exequibilidad de las normas transitorias.*
> *…*
>
> *En consecuencia, encuentra la Sala jurídicamente viable que el Congreso de la República, de ternas que le envíe el Presidente de la República, designe nuevos magistrados en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dentro del marco del artículo 254, inciso segundo, de la Constitución de 1991, para que estos continúen con el ejercicio transitorio de las funciones asignadas a dicha Sala por la misma Constitución, con la advertencia de que su permanencia estará supeditada al período de 8 años fijado por la norma citada (plazo)* ***o*** *a la efectiva integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (condición resolutoria), lo que ocurra primero.*

Con relación a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Sala manifestó:

> [*M*]*ientras no se modifique el artículo 257 A de la Constitución – 19 del Acto Legislativo 2 de 2015 – continúa creada la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y la necesidad de su integración que, de acuerdo con las sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, debe sujetarse al inciso cuarto del artículo 126 superior.*

- Consideraciones adicionales

La improcedencia de aplicar el artículo 254 original de la Constitución de 1991 para integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial es asunto que encuentra su fundamentación en el concepto 2378 del 18 de junio de 2018.

Estudiado nuevamente el punto, encuentra la Sala conveniente agregar las siguientes consideraciones adicionales:

a) La Comisión Nacional de Disciplina Judicial

- La existencia jurídica de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no es discutible aun cuando no esté integrada y no haya iniciado el ejercicio de la función para la cual fue creada.

- El inciso segundo del artículo 257 A constitucional[11], es una norma vigente.

- El inciso segundo del artículo 257 A constitucional regula el número de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el mecanismo para su elección:

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

Sin perjuicio del desarrollo legal que, en virtud del inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, encontró necesario la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, la norma constitucional claramente señala el procedimiento para la elección:

(i) una convocatoria pública reglada, para que el Consejo Superior de la Judicatura, entendido en la redacción del artículo 254 vigente adoptada en la Sentencia C-285-16, integre cuatro ternas;

(ii) una convocatoria pública reglada, para que el Presidente de la República integre tres ternas;

(iii) elección por el Congreso de la República con base en las ternas que le sean remitidas por las autoridades mencionadas.

- Además de la claridad de las etapas del proceso de elección y de las autoridades competentes para la conformación de las ternas y la elección en cada caso, también observa la Sala que más allá del tipo de norma que reglamente la convocatoria pública, es indiscutible que la voluntad del constituyente secundario fue exigir que las ternas sean resultado de una convocatoria pública.

Tal exigencia no estaba contemplada para la integración de las ternas en el artículo 254, inciso segundo, original de la Constitución de 1991 como se repasa a continuación.

b) La Sala Jurisdiccional Disciplinaria

---

[11] El texto corresponde a la decisión de inexequibilidad del artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015, sentencia C.285-16. El artículo 15 original se refería al Consejo de Gobierno Judicial y a la Gerencia de la Rama Judicial.

- El artículo 254 original de la Constitución de 1991 disponía:

> *Artículo 254. El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas:*
>
> *1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.*
>
> *2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados elegidos para un período de ocho años, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno. Podrá haber Consejos Seccionales de la Judicatura integrados como lo señale la ley.*

- La derogatoria del numeral segundo del artículo 254 original supone además de la supresión jurídica de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la pérdida de vigencia del modo como se integraba dicha sala.

- La continuidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en realidad deriva del mecanismo de transición consagrado en el parágrafo del artículo 257 A de la Constitución vigente, establecido para garantizar la continuidad de la función disciplinar en tanto se integre la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

- La variación de las condiciones de tiempo y de procedimiento previstas para que operara la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y se extinguiera definitivamente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, hicieron necesario prever el remplazo de quienes desempeñan los cargo de magistrados de dicha Sala, por cuanto, de una parte, como se dijo en el concepto 2327, su continuidad no significaba prórroga del período constitucional de 8 años para el cual fueron elegidos, y de otra, conforme se analizó en el concepto 2378, lo procedente es iniciar su remplazo condicionado a la ocurrencia, bien de la conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial o bien al transcurso del período individual de 8 años.

- La renovación de los titulares de los cargos de magistrados que continúan ejerciendo las funciones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria exige, como se sustentó en el concepto 2378, reconocer la ultractividad del inciso segundo del artículo 254 original de la Constitución de 1991, porque era el mecanismo constitucional propio de esa institución.

- Dado que se trata de la aplicación ultractiva del sistema de integración de una sala que jurídicamente está derogada, solo puede ser aplicado con referencia a la misma Sala y por razón exclusiva de las condiciones que actualmente hacen inconstitucional la permanencia indefinida de los titulares de los cargos en mención.

En conclusión:

El artículo 254 original de la Constitución de 1991 está derogado y la aplicación del numeral segundo del mismo solo es jurídicamente sostenible respecto de la institución a la que dicha norma regulaba.

2. La analogía y su eventual empleo en el caso de la Ley 1904 de 2018 y la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Una vez esta Sala ha establecido que la aplicación de la versión original del artículo 254 del texto constitucional resulta improcedente, es menester analizar ahora la segunda alternativa que se propone en la solicitud de concepto. En ella, el Gobierno indaga sobre la posibilidad de aplicar, por vía de analogía, los principios y procedimientos consignados en la Ley 1904 de 2018, que regula la elección del Contralor General de la República, al proceso de conformación de las ternas correspondientes.

Para dar comienzo a este estudio, es preciso analizar qué clase de vacío normativo se presenta en el caso de la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. El artículo 257A de la Constitución, disposición que fue incluida en el texto superior merced a la aprobación del Acto Legislativo 2 de 2015, define la función institucional que corresponde a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial e instaura los principios generales de elección de sus integrantes. En cuanto a lo primero, la disposición en cuestión establece que dicha corporación «ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (…) y será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, salvo que esta función se atribuya por la ley a un Colegio de Abogados». Respecto de la conformación de la Comisión, la norma en comento dispone que el Congreso de la República llevará a cabo tal elección, de ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura y el Presidente de la República, *previa convocatoria pública* ***reglada*** (énfasis fuera de texto).

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

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

El Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los vacíos normativos que se encuentran en nuestro sistema jurídico. De la abundante línea jurisprudencial que ha creado sobre el particular, interesa destacar la Sentencia aprobada el 4 de febrero de 2016 por la Subsección A de la Sección Segunda de

esta corporación. En dicha oportunidad, la Subsección manifestó que tales lagunas son consecuencia de *la imposibilidad fáctica de exigir al legislador prever todas las situaciones*[12]. De conformidad con este planteamiento, tales vacíos resultan ineludibles en la medida en que el legislador no es una entidad omnisciente que pueda anticipar la totalidad de los conflictos que se presentan en la sociedad.

De lo anterior se sigue que la existencia de vacíos normativos en los ordenamientos es un hecho habitual. Por tal razón, la ley otorga a los operadores jurídicos instrumentos legales —como la analogía— que les permiten discernir respuestas jurídicas para la solución de los casos que no han sido previstos, en su individualidad, por el legislador.

De vuelta a la consulta planteada por el Gobierno, se observa que, en principio, respecto de la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial habría una omisión legislativa inconstitucional.

Las omisiones legislativas inconstitucionales, por otra parte, requieren un comentario particular. En su caso, según acaba de ser señalado, no solo se presenta un vacío normativo. Además, dicho vacío ocasiona la violación de un precepto constitucional. Esto último ocurre debido a que no todas las disposiciones de la Constitución cuentan con eficacia jurídica directa. Si bien existen preceptos que no requieren desarrollo legal, tal como ocurre en el caso paradigmático de las cláusulas que reconocen derechos fundamentales, un número importante de dichas disposiciones sí requiere tratamiento legal.

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

De conformidad con los pronunciamientos que, sobre este tema, ha emitido el Consejo de Estado, corresponde al Congreso de la República ocuparse de la regulación legal de este asunto. En las sentencias del 5 de diciembre de 2017[13] y

---

[12] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 4 de febrero de 2016, Radicación No. 11001-03-25-000-2015-01059-00(4674-15).

[13] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de diciembre de 2017, radicación n. º 11001-03-24-000-2016-00484-00.

del 6 de febrero de 2018[14], aprobadas por la Sala Plena de esta corporación, quedó establecido que la reglamentación de este tema únicamente puede ser llevada a cabo por el legislador. En estos términos, el Consejo advirtió que tanto el Presidente de la República como el Consejo Superior de la Judicatura —autoridades que, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 257A superior, habían expedido reglamentos que ordenaban el proceso en cuestión— carecen de competencia para ocuparse de la reglamentación de este procedimiento. Sobre el particular, en la Sentencia del 5 de diciembre de 2017, la Sala Plena manifestó lo siguiente:

> *Con respecto de la elección contemplada en el artículo 257 A, el Constituyente contempló un mecanismo especial de elección pero no asignó expresamente a ninguna autoridad la competencia para expedir la convocatoria, es claro que la norma constitucional resulta incompleta.* (…) *Una lectura sistemática y armónica de tales disposiciones en conjunto con el artículo 150 de la Constitución Política, que fija la cláusula general de competencia en cabeza del Congreso de la República, regula el vacío que presenta el artículo 257 A,* (…) *De acuerdo con todo lo anterior, en el caso que nos ocupa no es posible concluir otra cosa distinta que la convocatoria pública de que trata el artículo 257 A de la Constitución Política debe ser reglada por la ley, conforme a la regla general prevista en el artículo 126 ibídem.*

En síntesis, de acuerdo con el criterio expresado por la Sala Plena de esta corporación, el artículo 257A de la Constitución es una norma que carece de eficacia jurídica directa. Por tanto, requiere desarrollo normativo, del cual únicamente se puede ocupar el Congreso de la República debido a que el texto constitucional no encomienda la regulación de este procedimiento a ninguna autoridad diferente. De ahí que corresponda al legislador asumir este encargo, pues así lo establece la cláusula general de competencia contenida en el artículo 150 superior.

En este punto resulta oportuno hacer referencia a las implicaciones que se siguen, para el tema que ahora se analiza, de la aprobación de la Ley 1904 de 2018. Según fue señalado en el acápite de antecedentes, el Congreso de la República promulgó esta ley con el propósito de *establecer las reglas de la convocatoria pública previa a la elección del Contralor General de la República por el Congreso de la República*. De tal suerte, el texto normativo contiene una regulación detallada que da alcance a los artículos 126 y 267 del texto superior, normas que encomiendan al Congreso de la República la elección de esta autoridad. Entre los diversos temas que aborda la ley, sobresalen la determinación del momento en que la elección debe ser realizada, la especificación de los requisitos exigibles a los aspirantes al cargo, la determinación de las autoridades que participan en el proceso, el establecimiento de las etapas que deben surtirse y la determinación de las funciones atribuidas a la comisión accidental encargada de definir la lista de elegibles.

Mención aparte debe hacerse de lo dispuesto en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la ley. Dicha norma, cuyo texto se transcribe a continuación por su importancia

---

[14] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 6 de febrero de 2018, radicación n. º 11001-03-24-000-2016-00480-00.

para la solución del caso concreto, ordena la aplicación analógica de estas reglas a los demás procesos de elección que deban ser realizados por las corporaciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 superior.

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

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

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

2.1. La analogía como herramienta de integración del ordenamiento jurídico

El instrumento de la analogía ha sido incorporado en los ordenamientos jurídicos como consecuencia de las exigencias planteadas por los principios de igualdad y justicia material. El brocardo latino *Ubi Eadem Ratio, Ibi Eadem Legis Dispositio* refiere el imperativo de aplicar una misma disposición legal a aquellos casos que comparten una idéntica razón o fundamento. En este orden de ideas, la analogía pretende colmar los inevitables vacíos normativos que se presentan en los sistemas jurídicos mediante la aplicación de reglas o criterios que han sido discernidos para la solución de casos similares.

El artículo 8 de la Ley 153 de 1887, cuyo texto se reproduce a continuación, contiene la clásica consagración de la analogía en nuestro ordenamiento:

> *Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.*

En la Sentencia C-083 de 1995, la Corte Constitucional profundizó en los elementos normativos más descollantes de esta definición. Sobre el particular, el Tribunal manifestó lo siguiente:

> *[La analogía] es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la* ratio juris *o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual.* ***Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un***

> ***esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general*** (énfasis fuera de texto).

Del anterior extracto conviene destacar la importancia del ejercicio de análisis que deben adelantar los operadores jurídicos, con el fin de discriminar las similitudes y diferencias que presentan los casos entre los que se proyecta la realización de una analogía. Sin excepción, el empleo de esta figura exige la ejecución de un análisis concienzudo que permita establecer, en primer lugar, la similitud efectiva de los casos en sus aspectos más relevantes y, en segundo término, la identificación de los elementos normativos que pueden ser transferidos al supuesto de hecho que carece de una regulación específica.

Sobre el particular, resulta oportuno hacer referencia al concepto 2274, aprobado por la Sala de Consulta y Servicio Civil. En dicha oportunidad, la Sala también hizo énfasis en la relevancia del análisis previo en el que se determina la conducencia de la analogía. En ese sentido, advirtió que dicho ejercicio pretende establecer la existencia de los siguientes elementos: « (i) un asunto o conflicto que debe resolverse; (ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que comparten la misma razón jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho». Una vez verificado el cumplimiento de estos requisitos, el operador jurídico se encuentra llamado a aprovechar la solución que el legislador ha dispuesto para solventar *la controversia análoga*. Al obrar de este modo, según fue señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-083 de 1995, en lugar de dar aplicación a una fuente subsidiaria del ordenamiento jurídico, aquel da aplicación a una norma legal pertinente y válida. En consecuencia, no está haciendo cosa distinta a fallar el asunto en cuestión *sometido al imperio de la ley.*

En el mismo concepto, la Sala reparó en las principales restricciones que deben ser observadas al hacer uso a esta figura. La primera de ellas se encuentra en el ámbito de las competencias reconocidas a las autoridades públicas. En atención a que el Estado colombiano se organiza bajo la forma del Estado de Derecho y a que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 superior, *ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*, la analogía no puede ser empleada con el fin de ampliar las competencias atribuidas a los órganos que conforman el poder público[15].

Bajo una lógica similar —valga decir, con fundamento en la necesidad de asegurar el control de las autoridades públicas y de garantizar el ejercicio de las libertades ciudadanas—, se ha prohibido la aplicación de este instrumento en el derecho

[15] Entre otras, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2000, radicación No. 16973 y Sección Cuarta, sentencia 28 de agosto de 1992, radicación n.º 1992-4158

sancionatorio[16] y en el tributario[17]. De igual manera, se ha restringido su uso en el campo de las inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y, en términos generales, allí donde el Congreso de la República establece normas exceptivas[18] o prohibitivas[19].

Una vez analizados los principales elementos conceptuales de la analogía, procede la Sala a establecer la viabilidad de dar aplicación, por esta vía, a los criterios, etapas y procedimientos establecidos por el legislador en la Ley 1904, para la elección del Contralor General de la República, a la conformación de las ternas en el proceso de escogencia de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

2.2. Análisis de la aplicación de los criterios contenidos en la Ley 1904 de 2018 a la conformación de las ternas para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial

En la consulta presentada por el Gobierno se hace hincapié en las dificultades que conlleva la transposición de las normas incluidas en la Ley 1904 de 2018, que fueron concebidas por el legislador para la reglamentación de una elección sumamente específica, cual es la elección del Contralor General, a un proceso enteramente diferente. En el escrito en cuestión, se lee lo siguiente:

> *Son evidentes las diferencias existentes entre los procesos de elección de los magistrados de la comisión Nacional de Disciplina Judicial y del Contralor General de la República, diferencias de fondo, sustanciales y necesarias en su totalidad para surtir cada uno de estos procesos.*
>
> *Visto el panorama jurídico expuesto este Ministerio observa que, a la luz de las normas constitucionales, no sería posible para el Gobierno Nacional aplicar por analogía y de manera similar el procedimiento y los requisitos creados por la Ley*

---

[16] Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de noviembre de 2007, Exp. 2006-02007. Igualmente del Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 22 de septiembre de 2004, Exp. 2002-0117.

[17] Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 3 de noviembre de 2007, Exp. 2000-0718.

[18] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 1998, Exp. 1998-120 AC. Igualmente, de la Sección Quinta Sentencia del 28 de noviembre de 1995, exp.1995-1471.

[19] «En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente» (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Exp. 1993-1895.) Ver también Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de septiembre de 2007, Exp. 2003-00126: «A ello cabe agregar que (…) la responsabilidad de las personas igualmente debe tener origen en la ley según el artículo 6º de la Constitución Política, a cuyo tenor 'Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes', de allí que sea reiterativa y uniforme la jurisprudencia sobre la improcedencia de establecer responsabilidad a las personas por analogía o por extensión».

1904 de 2018 para el caso de las ternas que deben conformar el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura y que deben enviar al Congreso para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, pues supone etapas, requisitos y autoridades diferentes a aquellas señaladas en la Ley 1904 en mención.

A juicio de la Sala, los inconvenientes señalados por el Gobierno únicamente aflorarían en la medida en que se aplicase de manera integral, e irreflexiva, la Ley 1904 al proceso de escogencia de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. En efecto, tal como se anota en el escrito que ha dado origen a este concepto, la elección del Contralor General de la República cuenta con especificidades que no pueden ser trasladadas al proceso que aquí se analiza. Entre las muchas diferencias que se presentan entre estos dos trámites sobresale el hecho de que en el caso del Contralor todo el procedimiento es realizado por una única autoridad, el Congreso de la República. Por el contrario, en el caso de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial intervienen más autoridades. Según se señaló antes, el Consejo Superior de la Judicatura y el Presidente de la República presentan las ternas al Congreso de la República a fin de que, finalmente, esta última corporación elija a los magistrados de la Comisión.

A primera vista, esta diferencia —y todas las demás que se presentan entre estos dos procesos— parecen sugerir que no es posible la aplicación analógica de los criterios normativos establecidos en la Ley 1904. Sin embargo, esta conclusión no es acertada, en la medida en que parte de la idea según la cual en la analogía se da aplicación integral a una norma —en nuestro caso, a una ley— al caso que carece de regulación específica. Según esta interpretación, la única manera de aplicar dicha analogía consistiría en transponer la totalidad de los artículos de la Ley 1904, aun cuando tal proceder acarree consecuencias irrazonables o contrarias a la Constitución.

Tal inferencia traería como resultado la inexorable imposibilidad de utilizar, en cualquier caso, la analogía para colmar los vacíos en el ordenamiento jurídico. Ninguna norma jurídica prescribe una aplicación semejante de la analogía. Antes bien, según se ha expuesto en este concepto, este instrumento se funda en el reconocimiento de la inexistencia de una norma jurídica perfectamente aplicable a un determinado supuesto de hecho. En ese sentido, dar aplicación integral y plena a la disposición cotejada es tanto como afirmar la inexistencia del vacío normativo detectado. Pues en la analogía se presenta, como mínimo, una diferencia en el supuesto de hecho de los casos que se comparan.

Así pues, con base en los mismos argumentos por los que no es adecuado exigir una identidad plena en los supuestos fácticos de los casos comparados, tampoco es procedente el traslado integral y ligero de las consecuencias jurídicas previstas por el legislador. Por este motivo, la Sala advirtió anteriormente que en el momento de análisis previo, en el que se analiza la conducencia de la analogía, es preciso

determinar cuáles son los elementos normativos que pueden ser transferidos al caso en el que se presenta la laguna.

Lo anterior implica, en el caso particular de la conformación de ternas de la Comisión, que no todas las disposiciones contenidas en la Ley 1904 pueden ser aplicadas analógicamente. Esto último se debe a que un número importante de ellas fueron concebidas por el Congreso de manera exclusiva para la elección del Contralor General de la República. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 4, en el que se refieren los requisitos específicos que deben cumplir los aspirantes a este cargo. La presencia, por demás obvia, de este tipo de normas en una ley de ninguna manera se opone a que esta pueda ser aplicada con el objetivo de llenar un vacío legislativo.

En este orden de ideas, por las razones señaladas hasta este punto, la Sala concluye que la existencia de disposiciones evidentemente inaplicables para la elección de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no es un argumento suficiente para rechazar la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018 al proceso de conformación de dicha entidad.

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

Mayor certeza ofrece el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904, en el que consta la voluntad expresa del propio legislador, consistente en ordenar la extensión de la reglamentación contenida en dicha ley a todas las demás elecciones cuya realización se encuentre confiada a las corporaciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 126 superior. Por su trascendental importancia para la definición del problema jurídico bajo análisis, se transcribe el apartado normativo en comento:

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

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

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

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

En este punto, conviene hacer referencia al Decreto 1485 de 2018, *Por el cual se adiciona un Título a la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República», en relación con las reglas de la convocatoria pública para la conformación de las ternas que debe presentar el Presidente de la República para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.*

En el decreto en cuestión, el Presidente de la República, haciendo uso de la facultad reconocida en el artículo 189.11 del texto superior, reglamentó el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904. El objetivo puntual que motivó la expedición de este decreto fue la intención de facilitar la aplicación de la analogía prescrita por el legislador en la conformación de las ternas para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Dicho propósito queda en evidencia desde su artículo primero, en el que se advierte que «el presente Decreto tiene por objeto desarrollar las reglas de la convocatoria pública previstas en la Ley 1904 de 2018, en lo que corresponda, a la conformación de la(s) terna(s) de los aspirantes que debe presentar el Presidente de la República para la elección de los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial».

Así, el decreto desarrolló los elementos que pueden ser transpuestos al proceso de elección de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Entre ellos sobresalen la indicación de las etapas del proceso de elaboración de las ternas, la identificación del órgano encargado de llevar a cabo la convocatoria pública, el señalamiento de la información mínima que debe contener dicha convocatoria, y, finalmente, la especificación de las actuaciones que deben cumplirse en cada una de las fases de este procedimiento. Este decreto, valga la observación, goza de presunción de legalidad y se encuentra vigente al momento en que se emite el presente concepto.

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

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

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

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

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

Con base en las consideraciones desarrolladas en el presente concepto

III. LA SALA RESPONDE:

> *¿Con ocasión de la expedición de la Ley 1904 de 2018 y, concretamente con la analogía prevista en el parágrafo transitorio de su artículo 12, es jurídicamente viable aplicar el procedimiento de elección allí previsto para conformar las ternas que deben elaborar tanto el Presidente de la República como el Consejo Superior de la Judicatura, para elegir los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial? En caso contrario, ¿la norma aplicable continúa siendo el artículo 254 superior original?*

Las fases necesarias para la elaboración de las ternas que deben ser presentadas por el Presidente de la República y por el Consejo Superior de la Judicatura, dentro del proceso de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina

Judicial, deben ser llevadas a cabo dando aplicación a la analogía dispuesta en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018. De conformidad con los términos expuestos en este concepto, dicha analogía debe ser realizada únicamente respecto de los elementos normativos que puedan ser trasladados de manera adecuada a la escogencia de los integrantes de la Comisión.

En consecuencia, por las razones oportunamente señaladas, no es procedente la aplicación de la versión original del artículo 254 de la Constitución Política de 1991.

Remítase a la señora Ministra de justicia y del Derecho y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala