

DECRETO LEGISLATIVO - Estados de excepción / DECRETO LEGISLATIVO - Características

Los decretos legislativos en la Carta de 1991 son aquellos dictados con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 Superiores, esto es, los relacionados con los estados de excepción. Dichos decretos se caracterizan porque: (i) deben llevar la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción, lo cual incluye tanto el de la declaratoria del estado de excepción, como los decretos legislativos que contienen las medidas estrictamente necesarias para conjurar las situaciones de guerra exterior y conmoción interior o para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos en el caso del estado de emergencia económica, social y ecológica, y deben tener conexidad con tales circunstancias; (ii) tienen control inmediato de constitucionalidad para lo cual el Gobierno debe enviarlos a la Corte Constitucional al día siguiente a su expedición y si no lo hiciera la Corte aprehenderá oficiosamente y de inmediato su conocimiento (iii) los que se dicten conforme a los artículos 212 y 213 dejan de regir una vez se declaren restablecidos la normalidad o el orden público (iv) los que se dicten en virtud del artículo 215 tienen vocación de permanencia salvo que el Congreso los modifique y en caso de que mediante ellos se establezcan nuevos tributos o se modifiquen los existentes tales medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 212 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 213 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 215

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1421 DE 1993 (21 de julio) PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 27 (NO ANULADA)

DECRETO CON FUERZA DE LEY - Definición / FACULTADES EXTRAORDINARIAS - Límites / DECRETO CON FUERZA DE LEY - Control de constitucionalidad / DECRETO 1421 DE 1993 - Decreto con fuerza de ley

Los decretos con fuerza de ley son aquellos expedidos por el Gobierno con base en la posibilidad que tiene el Congreso, conforme al artículo 150-10 Superior, para revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Las facultades extraordinarias (i) no pueden otorgarse para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, las relativas al numeral 20 del artículo 150, ni para decretar impuestos; (ii) el Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de las mismas y (iii) los decretos expedidos con fundamento en ellas están sujetos al control de constitucionalidad, mediante acción, previsto en el numeral 5 del artículo 241 de la Carta. Igualmente, son decretos con fuerza de ley, según lo previsto en el artículo 341 de la Constitución Política, aquellos mediante los cuales el Gobierno pone en vigencia el Plan Nacional de Inversiones Públicas, si el Congreso no lo aprueba en un término de tres meses después de presentado. Estos decretos también están sometidos al control de constitucionalidad establecido en el numeral 5 del artículo 241 de la Carta. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el artículo 41 transitorio de la

Constitución Política al facultar al Gobierno para expedir una normativa que conforme a los artículos 322, 323 y 324 de la Carta corresponde a una ley que debe ser expedida por el Congreso, la naturaleza del Decreto dictado en ejercicio de esa facultad, esto es el Decreto 1421 de 1993, es la de un decreto con fuerza de ley.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 10 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 241 NUMERAL 5 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 322 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 323 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 324 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 341

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1421 DE 1993 (21 de julio) PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 27 (NO ANULADA)

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 1421 DE 1993 - Competencia del Consejo de Estado / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Finalidad / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - Competencia / JURISDICCION CONSTITUCIONAL - Conformación / CONTROL CONSTITUCIONAL - Definición / CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD - Competencia del Consejo de Estado / ACCIONES DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Competencia del Consejo de Estado respecto de los decretos dictados por el Gobierno Nacional que no sean de competencia de la Corte Constitucional

Corresponde al Consejo de Estado el estudio de constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993 en virtud de la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinara del Consejo Superior de la Judicatura... La jurisdicción administrativa, nace de la necesidad imperativa e ineludible de los pueblos de controlar los abusos a que el poder es proclive. En esa tarea juega un papel determinante el control de constitucionalidad, cualquiera sea la forma que adopte, que busca hacer efectiva la supremacía de la Carta Política... En Colombia, el control de constitucionalidad se realiza a través de la jurisdicción constitucional, cuya conformación la Corte Constitucional ha definido así: La jurisdicción constitucional de acuerdo con la Carta Política y la ley estatutaria de la administración de justicia está conformada por: la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para hacer efectivos los derechos constitucionales... Las diferentes formas de control constitucional implican que el juez deba adoptar una decisión sobre una norma en si o sobre la aplicación de la misma a un caso concreto, y al hacerlo debe definir si existe o no armonía entre la Constitución y esa norma, dada la importancia de preservar la supremacía de la Carta Política. En lo referente al control abstracto de constitucionalidad que compete al Consejo de Estado, la Constitución Política, en el artículo 237 numeral 2 le atribuye a dicho tribunal la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 237 NUMERAL 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1421 DE 1993 (21 de julio) PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 27 (NO ANULADA)

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos de la sentencia / ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Competencia del Consejo de Estado respecto de los decretos dictados por el

Gobierno Nacional que no sean de competencia de la Corte Constitucional / ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Sentencia con fuerza de cosa juzgada constitucional

Respecto de los efectos de una sentencia de nulidad por inconstitucionalidad, cabe recordar que la Carta Política, en el artículo 237 numeral 2, le atribuye al Consejo de Estado, como se dijo antes, la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, lo que definitivamente le otorga sobre ellos, sin lugar a dudas, la potestad de dictar sentencias con fuerza de cosa juzgada constitucional, por varias razones: (i) porque es deber de todas las autoridades respetar la Constitución y ejercer sus funciones a la luz de ella; (ii) porque dentro del sistema de control constitucional adoptado en Colombia, el Consejo de Estado forma parte de lo que se denomina la jurisdicción constitucional; (iii) porque al otorgarle la Carta la facultad de conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, el mismo constituyente le está asignando al fallo que en tal virtud se expida, el efecto de cosa juzgada, y (iv) dado que la acción cuya competencia se atribuye al Consejo de Estado por el artículo 237 numeral 2 es la de nulidad por inconstitucionalidad, el efecto necesariamente debe ser el de cosa juzgada constitucional, sin que ello implique que se esté invadiendo la competencia de la Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 237 NUMERAL 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1421 DE 1993 (21 de julio) - ARTICULO 27 PRESIDENTE DE LA REPUBLICA (NO ANULADA)

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Decreto 1421 de 1993 artículo 27 / CONCEJAL DE BOGOTA - Requisitos

Advierte la Sala que el inciso primero del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, relacionado con los requisitos para ser concejal de Bogotá, fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1136 del 22 de junio de 2007, donde se estableció que [p]ara ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber residido en la ciudad durante los dos años anteriores, o haber nacido en ella. No obstante, la Sala se pronunciará sobre la demanda contra el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, por cuanto en la fecha en que fue presentada, esa norma se encontraba vigente y podría estar surtiendo efectos jurídicos todavía... los requisitos para ser concejal de Bogotá D. C., según la normatividad vigente para la época de la demanda son: (i) ser ciudadano en ejercicio (ii) tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección y (iii) haber residido en la ciudad durante los dos (2) años anteriores a la elección.

FUENTE FORMAL: LEY 1136 DE 2007 - ARTICULO 10

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1421 DE 1993 (21 de julio) PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 27 (NO ANULADA)

CONCEJAL DE BOGOTA - Requisito de edad no comporta una restricción al derecho fundamental a ser elegido / CONCEJAL DE BOGOTA - Requisito de edad no limita el derecho de los jóvenes a participar en las decisiones que los afectan / CONCEJAL DE BOGOTA - Requisito de edad no afecta los deberes de la persona y el ciudadano

En el presente caso, pese a que la edad establecida para acceder al cargo de concejal de Bogotá podría entenderse como una restricción al derecho fundamental a ser elegido, ello no es así dado que la propia Carta ha atribuido al legislador la función de establecer las calidades para ejercer cargos públicos de elección popular. De ésta manera la determinación de una edad mínima para acceder a ciertos cargos solo podría considerarse contraria al ordenamiento superior si se concluyera que resulta una medida desproporcionada, innecesaria o irrazonable, cosa que no se observa en el presente caso, máxime tomando en cuenta el amplio margen de discrecionalidad que tiene el legislador en este campo. El fin buscado por el legislador extraordinario fue que accedieran al Concejo de Bogotá personas que pudieran tener un grado determinado de idoneidad lo que hace que dicha finalidad sea constitucionalmente válida. Por otra parte no considera la Sala que la edad de 25 años resulte irrazonable o desproporcionada, ni que limite injustificadamente el derecho de los jóvenes a participar en las decisiones que los afectan. Tampoco encuentra la Sala que la disposición enjuiciada vulnere el artículo 95 de la Carta en tanto no afecta los deberes de la persona y el ciudadano allí consignados, no priva a las personas de la calidad de colombiano que enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional y menos aún excluye el deber de engrandecer y dignificar dicha comunidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 95

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1421 DE 1993 (21 de julio) PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 27 (NO ANULADA)

REQUISITO DE EDAD PARA SER CONCEJAL DE BOGOTA - No requiere tramitarse por ley estatutaria

El requisito de edad que consagra la norma acusada, no puede considerarse incluido en los supuestos que consagra el citado artículo 152 de la Carta Política para que deba tramitarse una ley estatutaria. La actora entiende que ello debe ser así por tratarse de una norma que se relaciona con el derecho a ser elegido, pero ese planteamiento no es de recibo por cuanto, como lo ha señalado la Corte Constitucional, si bien las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos. Esto no supone que toda regulación en la cual se toquen aspectos relativos a un derecho fundamental deba hacerse por vía de ley estatutaria. De sostenerse la tesis contraria, se viciaría la competencia del legislador ordinario.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 152

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1421 DE 1993 (21 de julio) PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 27 (NO ANULADA)

REQUISITOS PARA SER CONCEJAL DE BOGOTA DISTRITO CAPITAL - No vulneran derecho a la igualdad

La actora considera que se quebrantaron los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... considera la Sala que los mismos se refieren al derecho a la igualdad, que no fue considerado vulnerado de acuerdo con la sentencia del 4 de diciembre de 2001, tal como se establece en el aparte de la misma conforme al cual, como se dijo, existiendo la

posibilidad de que el legislador establezca distintas categorías de municipios, y que el Distrito Capital tiene un régimen especial, resulta apenas natural que también los respectivos Concejos tengan distintas composiciones y requisitos para acceder a ellos, sin que por eso se desconozca el derecho a la igualdad, pues en estos eventos, la igualdad no implica trato exactamente idéntico para todos, pues ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales concepto que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos autoriza expresamente al legislador para reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. En consecuencia, el cargo no prospera.

FUENTE FORMAL: PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS - ARTICULO 25 / LEY 74 DE 1968 / CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 23

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1421 DE 1993 (21 de julio) PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 27 (NO ANULADA)

**EJERCICIO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS POR LAS CUALES SE ESTABLECIERON LOS REQUISITOS PARA SER CONCEJAL DE BOGOTA-
No exigía realizar consulta a organizaciones o pueblos indígenas**

Aduce la actora que el Presidente de la República al expedir el Decreto 1421 de 1993, desconoció el mandato contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991, al no consultar a ninguna de las organizaciones o pueblos indígenas del país para hacerlos partícipes y escucharlos para que hicieran sus aportes sobre posibles perjuicios, consulta que no era vinculante pero si obligatorio realizarla... es evidente para la Sala que la determinación que de manera general hace el legislador extraordinario sobre los requisitos para ser concejal de Bogotá: (i) no constituye una medida que pueda predicarse de forma particular en relación con los pueblos indígenas; (ii) no afecta directamente a las comunidades indígenas y (iii) tampoco incide en la definición de la identidad étnica o el ethos de las mismas. En consecuencia no existía el deber de realizar la consulta que echa de menos la actora por lo cual el cargo no prospera.

FUENTE FORMAL: CONVENIO 169 DE 1989 DE LA OIT - ARTICULO 6 / LEY 21 DE 1991

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1421 DE 1993 (21 de julio) PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - ARTICULO 27 (NO ANULADA)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00170-01

Actor: ATI SEYGUNDIBA QUIGUA IZQUIERDO

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y OTROS

Referencia: Acción de nulidad por inconstitucionalidad

La ciudadana ATI SEYGUNDIBA QUIGUA IZQUIERDO, obrando en nombre propio, y en ejercicio de la acción de nulidad presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener declaratoria de nulidad parcial, previa suspensión provisional, del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 41 transitorio de la Constitución Política.

I.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como apoyo de las pretensiones, la actora adujo, en síntesis, que la norma acusada viola los artículos 1, 2, 3, 6, 40, 95, parágrafo artículo 98, 99, 121 y 152 de la Constitución Política, como también el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, el artículo 23 de Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT.

Para explicar el alcance del concepto de las violaciones, manifestó que:

1. La dignidad humana es el principal derecho fundamental y para gozar del mismo se deben garantizar todas las formas de participación, de control y de ejercicio constitucional que contempla el artículo 1° de la Carta.

Coartar e impedir a los jóvenes ciudadanos en ejercicio (18 años), ser concejales de Bogotá, es una restricción indebida y cercena sus derechos fundamentales al ejercicio de la participación en las decisiones que los afectan con lo cual se vulneran los artículos 2 y 95 de la Constitución.

2.- El pueblo es soberano y sus disposiciones son inviolables, y por encima de sus decisiones no existe poder alguno que pueda controvertir lo por el decidido, lo que indica que la medida soberana de elegir a quien el quiera que los represente legítima y democráticamente en una corporación como lo es el Concejo es un fallo principal y no tiene revés, de lo contrario se vulnera el artículo 3 de la Carta.

3. - La Constitución como norma de normas, ha de ser aplicada por todos los jueces y funcionarios con jerarquía y competencia, artículo 4 superior. El Decreto 1421 de 1993 es flagrante en su violación de la Constitución ya que al establecer una restricción indebida al ejercicio de los derechos fundamentales (elegir y ser elegido), disponiendo que se requieren 25 años para ser Concejal de Bogotá, vulnera el artículo 99 y el párrafo del artículo 98 de la Constitución.

4. La reglamentación de derechos fundamentales como los de elegir y ser elegido, debe seguir su curso por el Congreso de la República conforme al artículo 152 de la Constitución.

5.- Las facultades que la Constitución confirió al Gobierno en el artículo 41 transitorio para reglamentar lo relativo al Distrito Capital, como régimen especial fue en lo político, administrativo y fiscal, según lo establece el artículo 322 de la Carta.

6.- Se vulnera el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 conforme al cual todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (...) c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

7.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 23 que "I. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

8. - El Convenio 169 de la OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales aprobado por la Ley 21 de 1991, señala en su artículo 6 que los gobiernos deberán "consultar a los pueblos interesados... cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

El Presidente de la República al expedir el Decreto 1421 de 1993, desconoció dicho mandato al no consultar a ninguna de las organizaciones o pueblos indígenas del país para hacerlos partícipes y escucharlos con el fin de que hicieran sus aportes sobre posibles perjuicios, consulta que no era vinculante pero si obligatorio realizarla.

9.- Si a los ciudadanos jóvenes se les impide la participación y el ejercicio del control político se vulnera el artículo 95 de la Constitución. Además la ciudadanía confiere derechos políticos y esta se ha establecido en los 18 años.

10.- El constituyente primario estableció las edades para ciertos cargos pero no lo hizo respecto de los concejales, alcaldes y gobernadores y para éstos solo estableció como condición previa el ser ciudadanos conforme al artículo 99 superior.

11.- Es al Congreso y no al ejecutivo al que corresponde mediante leyes estatutarias regular lo concerniente a la participación ciudadana y al derecho a elegir y ser elegido que consagra el artículo 40 de la Constitución, por lo cual el Presidente se extralimitó en sus funciones violando el artículo 121 de la Constitución.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

II.1.1 La Nación- **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO-** , a través de apoderado contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

1. La misma Constitución en su artículo 293 ha deferido a la ley la posibilidad de determinar las calidades de los ciudadanos elegidos por el voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, otorgándole plena libertad al legislador para tal efecto.

Este criterio fue reconocido por el Consejo de Estado en sentencia del 7 de septiembre de 2001 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Consejero Roberto Medina López (radicado No. 2585).

2. Adicionalmente el artículo 322 de la Carta señala que el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital de Bogotá será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

3. El Gobierno no excedió las facultades conferidas por el artículo transitorio 41 de la Carta Política, toda vez que esa norma lo facultó para expedir el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

4. No se vulneran los artículos 40, 95, 98 parágrafo y 99 de la Constitución Política, porque es erróneo considerar como lo hace la actora, que el señalamiento de requisitos para acceder a un cargo de elección popular quebranta su derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, ya que el establecimiento de esas condiciones por el legislador no es per se inconstitucional, siempre que la medida sea razonable y proporcionada como ocurre en el caso que nos ocupa.

5. No se desconoció el Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre respeto a los derechos de los pueblos indígenas porque: (i) se incurre en error al no diferenciar

el régimen especial del Distrito Capital del aplicable a las entidades territoriales; (ii) el artículo 329 de la Carta se refiere especialmente a la conformación de entidades territoriales indígenas, lo cual no resulta aplicable al Distrito Capital de Bogotá; (iii) la norma atacada no afecta en nada los derechos de las comunidades indígenas, pues se refiere al Distrito Capital de manera que si un indígena pretende llegar al Concejo de Bogotá debe reunir las condiciones que para ello establece la Ley.

II.1.2. El **DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN**, intervino para defender la constitucionalidad de la norma acusada manifestando para ello:

1. La norma acusada fue dictada por el Gobierno en virtud de una delegación que le hizo la propia Carta y no el Congreso de la República, y por ello su orientación y límites se encuentran en los textos constitucionales y no en la ley.

2. El tratamiento diferente para el Distrito Capital se justifica debido a su densidad geográfica e importancia económica y política, por lo cual es razonable que se establezcan requisitos adicionales a los señalados para los demás municipios.

3. El litigio presentado ya fue objeto de debate en el expediente N° 2000-6454 resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo mediante sentencia del 4 de diciembre de 2001 con ponencia de la Consejera Olga Inés Navarrete Barrero, donde se negaron las pretensiones de nulidad por inconstitucionalidad, por considerar que el Decreto 1421 de 1993 no requería de consulta con las comunidades indígenas en el punto referente a los requisitos para ser concejal de Bogotá, pues no se da allí una votación para circunscripción por comunidades indígenas y, además, la concejal elegida en esa oportunidad no actuó como representante de una comunidad indígena sino de un partido político.

II.1.3. El **MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA**, defendió la norma señalando que se ajustaba a la Carta en los siguientes términos:

1. Sobre la norma demandada existe un pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo proferido el 4 de diciembre de 2001, dentro del proceso instaurado por la ciudadana María Andrea Nieto Romero, en el cual se denegaron las pretensiones de la demanda por supuesta violación de los artículos 13, 16, 26, 40, 45, 98, 99 133 y 223 inciso primero de la Constitución Política, la mayoría de los cuales también se consideran violados en el presente caso, por lo cual la Corporación deberá declararse inhibida respecto de dichos cargos por configurarse cosa juzgada.

2. La decisión de esta demanda corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y no a la sección Primera por lo que deberá ser remitida a aquella.

3. Respecto de los nuevos cargos argumentados en la demanda sostiene el Ministerio del Interior y de Justicia que: (i) El Gobierno no excedió sus facultades, pues el régimen especial del Distrito Capital se encuentra previsto en el artículo 322 de la Carta y el artículo 320 ibídem autoriza a la ley para establecer distintas categorías de municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica, y señalar distinto régimen para su organización, gobierno y administración. Adicionalmente, el artículo 293 de la Constitución señala que corresponde al legislador fijar, entre otros, las calidades de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular; (ii) No puede afirmarse que la exigencia de una determinada edad para ser elegido Concejal de Bogotá, afecte de manera particular a los pueblos indígenas, pues dicho requisito se predica respecto de todos los aspirantes a ejercer ese cargo de elección popular y no exclusivamente de los representantes de los pueblos indígenas que deseen

acceder al mismo, con lo cual el requerimiento se da en un plano de igualdad y por ello no habría lugar a la consulta de la medida legislativa exigida en el Convenio 169 de 1989 de la OIT.

III.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Como lo ha señalado esta Sala y se prohija en esta ocasión,

La Carta Política en el artículo 277 señala las funciones que ejerce el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, de las cuales se destaca la de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales.

Por su parte el artículo 278 ibídem, prevé:

El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

(...)

5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.

De acuerdo con los citados preceptos, se advierte que el sub-lite es uno de aquellos asuntos en los cuales el Procurador General de la Nación ejerce directamente la función de rendir concepto, pues se trata de una acción de nulidad por inconstitucionalidad, en la cual se impetra la nulidad parcial de los artículos 125, 126, 127, 129 y 30 del Decreto 1421 de 1993.

Así mismo se pone de presente que al proceso se le imprimió el trámite señalado en la Ley, más concretamente en el artículo 97 del C.C.A., modificado por las Leyes 270 de 1996 artículos 36 y 37 y 446 de 1998 artículo 33, en cuanto al regular el trámite de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, dispuso:

La acción podrá ejercitarse por cualquier ciudadano y se tramitará con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes de este código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, tendrá un término máximo de diez (10) días.

En cumplimiento del precepto transcrito se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente al señor Agente del Ministerio Público. No rindió concepto directamente el Procurador General de la Nación como lo ordena la disposición constitucional citada; lo hizo el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado (fls. 95 a 107).

La circunstancia descrita no genera causal de nulidad procesal, razón por la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sin referirse al

concepto rendido por el Procurador Delegado, dicta el fallo correspondiente y pone de presente al señor Procurador General de la Nación que en los procesos de control de constitucionalidad, ejerce su función directamente¹.

Por presentarse en este caso la misma situación arriba planteada, procede la Sala Plena de esta Corporación a resolver el problema planteado en la demanda.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- La Sala procede a determinar la naturaleza jurídica de la norma demandada y la competencia.

1.1. Lo primero que observa la sala es que el Decreto 1421 de 1993 fue expedido por el Presidente de la República, con base en la facultad que para ello le confirió el artículo 41 transitorio de la Constitución de 1991, cuyo ejercicio fue condicionado a que el Congreso no dictara en los dos años siguientes a la promulgación de la Carta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

Lo anterior lleva a la Sala a preguntarse sobre la naturaleza jurídica del citado decreto.

Para responder ese cuestionamiento es necesario diferenciar entre los decretos legislativos y los decretos con fuerza material de ley.

Los decretos legislativos en la Carta de 1991 son aquellos dictados con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 Superiores, esto es, los relacionados

¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. C., tres (3) de junio de dos mil ocho (2008). Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicación 2002-00282-02 (AI). Actor: Fabio Alberto Rivera Acevedo

con los estados de excepción. Dichos decretos se caracterizan porque: (i) deben llevar la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del estado de excepción, lo cual incluye tanto el de la declaratoria del estado de excepción, como los decretos legislativos que contienen las medidas estrictamente necesarias para conjurar las situaciones de guerra exterior y conmoción interior o para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos en el caso del estado de emergencia económica, social y ecológica, y deben tener conexidad con tales circunstancias; (ii) tienen control inmediato de constitucionalidad para lo cual el Gobierno debe enviarlos a la Corte Constitucional al día siguiente a su expedición y si no lo hiciera la Corte aprehenderá oficiosamente y de inmediato su conocimiento (iii) los que se dicten conforme a los artículos 212 y 213 dejan de regir una vez se declaren restablecidos la normalidad o el orden público (iv) los que se dicten en virtud del artículo 215 tienen vocación de permanencia salvo que el Congreso los modifique y en caso de que mediante ellos se establezcan nuevos tributos o se modifiquen los existentes tales medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

Los decretos con fuerza de ley son aquellos expedidos por el Gobierno con base en la posibilidad que tiene el Congreso, conforme al artículo 150-10 Superior, para revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

Las facultades extraordinarias (i) no pueden otorgarse para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, las relativas al numeral 20 del artículo 150², ni para

² En este punto no sobra recordar que no obstante el inciso tercero del artículo 150-10 de la Constitución prohíbe expresamente conceder facultades extraordinarias para expedir las normas relacionadas con el numeral 20 del artículo 150 superior relacionado con la creación de los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras, la Corte Constitucional manifestó en la Sentencia C-608 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, confirmada en sentencia C-700 de 1999 de la que fue ponente dicho magistrado, que:

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.

A su vez en sentencia C-830 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería reiterada en sentencia C-979 de 2002 con ponencia del mismo magistrado, la Corte Constitucional insistió en que la prohibición del inciso tercero del artículo 150-10 de la Constitución se refiere no al numeral 20 sino al numeral 19 de dicho artículo, al señalar:

La modificación del estatuto de administración de personal de las Cámaras comporta el ejercicio de una función legislativa, ya que éste es adoptado por medio de ley, razón por la cual su reforma también debe ser realizada por medio de un acto de igual o superior jerarquía y, por consiguiente, tal función no podía ser cumplida por las Mesas Directivas de Senado y Cámara, mediante la expedición de un acto administrativo. Dicha función bien podía ser trasladada al Presidente de la República pero no a otro funcionario como se hizo, mediante la concesión de facultades extraordinarias, siempre y cuando se observen los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 150-10 para estos casos, a saber:

- a) *Las facultades deben ser temporales y no pueden exceder de seis meses.*
- b) *Los asuntos que deberá regular el Presidente de la República deben ser señalados por el Congreso en forma clara, precisa y determinada, pues no existen facultades implícitas.*
- c) ***Las facultades no se pueden conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, así como tampoco para dictar leyes marco (Art. 150-19 C.P.) ni para decretar impuestos.***

decretar impuestos; (ii) el Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de las mismas y (iii) los decretos expedidos con fundamento en ellas están sujetos al control de constitucionalidad, mediante acción, previsto en el numeral 5 del artículo 241 de la Carta.

Igualmente, son decretos con fuerza de ley, según lo previsto en el artículo 341 de la Constitución Política, aquellos mediante los cuales el Gobierno pone en vigencia el Plan Nacional de Inversiones Públicas, si el Congreso no lo aprueba en un término de tres meses después de presentado.

Estos decretos también están sometidos al control de constitucionalidad establecido en el numeral 5 del artículo 241 de la Carta.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el artículo 41 transitorio de la Constitución Política al facultar al Gobierno para expedir una normativa que conforme a los artículos 322, 323 y 324 de la Carta corresponde a una ley que debe ser expedida por el Congreso, la naturaleza del Decreto dictado en ejercicio de esa facultad, esto es el Decreto 1421 de 1993, es la de un decreto con fuerza de ley.

1.2. En segundo lugar es preciso establecer que corresponde al Consejo de Estado el estudio de constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993 en virtud de la

d) Las facultades deben ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requiere la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara.

e) Las facultades solamente se pueden otorgar cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje, lo que significa que el Gobierno debe justificar su concesión al momento de pedir las y el Congreso valorar tales razones para conferir las.

decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinara del Consejo Superior de la Judicatura, que en providencia del 13 de octubre de 1994, 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 a; 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 20. 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".

Por otra parte, el artículo 97 del C.C.A., modificado por la Ley 270 de 1996, artículos 36 y 37, y por la Ley 446 de 1998, artículo 33, consagra que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocerá, entre otros:

(...)

“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.

La acción podrá ejercitarse por cualquier ciudadano y se tramitará con sujeción a procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes de este Código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, tendrá un término máximo de diez (10) días.

(...)”.

Por tratarse de una acción de nulidad por inconstitucionalidad, la Sala hará previamente unas consideraciones adicionales sobre su competencia en la materia.

La jurisdicción administrativa, nace de la necesidad imperativa e ineludible de los pueblos de controlar los abusos a que el poder es proclive. En esa tarea juega un papel determinante el control de constitucionalidad, cualquiera sea la forma que adopte, que busca hacer efectiva la supremacía de la Carta Política.

En Colombia, el control de constitucionalidad se realiza a través de la jurisdicción constitucional, cuya conformación la Corte Constitucional ha definido así:

“La jurisdicción constitucional de acuerdo con la Carta Política y la ley estatutaria de la administración de justicia está conformada por: la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para hacer efectivos los derechos constitucionales (arts. 241 y ss, 237, 86 y 4 C.P. y ley 270/96 estatutaria de la administración de justicia).”³

Como lo señala Jaime Orlando Santofimio Gamboa⁴, al referirse al control de

³ Corte Constitucional, sentencia C-560 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “El Control de Constitucionalidad y Legalidad de la actividad de la administración: Aproximación a la justicia contencioso administrativa en Colombia”, Universidad Externado de Colombia.

constitucionalidad:

Un acercamiento al ordenamiento jurídico colombiano permite visualizar que si bien es cierto que el constituyente de 1991 creó la llamada Corte Constitucional, no concentró la totalidad del control de constitucionalidad en este organismo, dejando las puertas institucionales abiertas para que esta función primordial del Estado de derecho fuera igualmente ejercida por otros órganos judiciales y administrativos, en especial por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien se ocupa de esta función frente a la actividad y actuaciones de quienes ejercen las funciones públicas administrativas, generando en consecuencia una modalidad de control amplia y democrática, de fácil acceso, que se proyecta por encima del simple análisis o constitucionalidad de las leyes para situarse en el más amplio espectro de la constitucionalidad de los actos jurídicos y de todas las actuaciones públicas, en una especie de manto garantizador del Estado de derecho. De todas maneras, a la Corte Constitucional se le reserva un innegable papel protagónico y determinante en la orientación e interpretación de la Carta, lo que la coloca en posición privilegiada en la construcción de la doctrina constitucional.

(...)

Así las cosas, el ejercicio de las funciones de control de la jurisdicción El control de constitucionalidad y legalidad de la actividad de la administración: Aproximación a la justicia contenciosa administrativa en Colombia contencioso administrativa respecto de quienes ejercen funciones administrativas es coherente con esta posición doctrinal e implica siempre referencia directa al texto constitucional; en consecuencia el control de la Carta Fundamental es permanente por parte de los organismos de esta jurisdicción, no solo por vía general a través del claro contencioso objetivo de algunas de sus acciones, sino también, y en esto el sistema es bondadoso y amplio en la protección al ordenamiento, en todos los conflictos de carácter particular o propios del contencioso subjetivo, o incluso en el contencioso mixto. En otras palabras, cada decisión de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana involucra siempre, quiérase o no, la Constitución Política, sus normas, fuentes, principios y bases sustentadoras.

En este sentido, como lo afirma Santofimio Gamboa en el mismo documento, el sistema de control de constitucionalidad en Colombia se aleja de los modelos tradicionales denominados concentrados y difusos para desarrollar uno propio de carácter integral, que permite, a través de diferentes vías hacer prevalecer la Constitución Política frente a los desmanes, que pudiere sufrir la carta a partir de la vigencia de las Leyes, los Actos Administrativos y en general, de las actuaciones de la Administración Pública o de los particulares que ejerzan funciones públicas.

Para hacer valer esa supremacía, el Consejo de Estado no ha vacilado, llegando en caso necesario a desconocer providencias de la misma Corte Constitucional que, a su juicio, constituyen verdaderas vías de hecho que desconocen la Constitución Política.

Ejemplo de ello es el auto de 20 de septiembre de 2006⁵, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo donde se declaró que el AUTO A-249/06 proferido por la Sala Plena de la Corte Constitucional el día 6 de septiembre de 2006, constituía una vía de hecho y carecía de validez, “por haberse producido en contravía de los mandatos de la Carta Política, sin competencia constitucional alguna, suplantando al Consejo de Estado en el ejercicio de su función como juez natural de la causa,

⁵ Los hechos relacionados con esa decisión son los siguientes:

“Mediante sentencia dictada el once (11) de septiembre de dos mil tres (2003) la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, revocó la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca que había accedido a las pretensiones de la demanda de ROSARIO BEDOYA BECERRA contra la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVIAS, y en su lugar negó dichas pretensiones.

Contra tal decisión, la demandante interpuso acción de tutela aduciendo la falta de valoración de dos pruebas documentales que contenía el expediente.

La Corte Constitucional, en Sala de revisión, accedió a la tutela del derecho fundamental al debido proceso, y ordenó la valoración de dos documentos escritos que en su concepto no fueron tenidos en cuenta por el Consejo de Estado al fallar. En consecuencia, ordenó que se profiriera nueva sentencia valorando tales pruebas.

La Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, acatando la sentencia de la Corte Constitucional, profirió nueva sentencia de segunda instancia el día 17 de noviembre de 2005 en la que examinó los documentos a que se refiere la sentencia de tutela.

En tal sentencia concluyó, después de la correspondiente valoración probatoria, que no se encontraba acreditada la desviación del poder del nominador en la expedición del acto demandado, y que de su valoración no se extraían las consecuencias favorables que la demandante pretendía.

La demandante promovió incidente de desacato contra la Subsección “A” de la Sección Segunda, ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que en providencia del 12 de julio de 2006 decidió rechazar por abiertamente improcedente la solicitud de la demandante.

No obstante, la Corte Constitucional en el auto A-249/06, decidió “*declarar conforme a la Constitución y debidamente ejecutoriada*” la sentencia de primera instancia y dejar sin efectos la decisión de segunda instancia adoptada por esta Corporación el 17 de noviembre de 2005.”

violando el derecho de audiencia y de defensa de la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVIAS, con desconocimiento de la cosa juzgada constitucional”⁶.

En los fundamentos de dicho Auto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, manifestó:

3. Conforme al artículo 121 de la Constitución Política: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la Ley”, de lo cual se deduce que si algún juez, -y la Corte Constitucional lo es-, asume competencias ajenas, desborda el principio de legalidad y debe ser investigado por tal actuación.

En el ilegal auto, la Corte Constitucional desbordó su función de intérprete autorizado de las normas jurídicas, para llegar al extremo de indicarle al juez natural la forma como debe valorar una prueba. Con desconocimiento de la razón de ser de los órganos de cierre de las otras jurisdicciones y con grave quebrantamiento del principio de la autonomía del juez en la valoración de la prueba en conjunto con la comunidad probatoria del proceso.

Pero además la Corte Constitucional distorsionando la función de ser el guardián de la Carta, termina desconociendo su contenido y, por el contrario, arrogándose la facultad para violarla, puesto que se atribuye funciones que no le están dadas ni por la Constitución ni por la Ley. Ello afecta sin duda alguna un aspecto esencial del Estado de Derecho, el atinente a la división de las funciones que cumplen los órganos que integran una rama del poder público, y lesiona gravemente la integridad de las instituciones, introduciendo con ello la dictadura de un órgano del poder público que considera que no tiene límites, ni siquiera en la Constitución que dice salvaguardar.

Ante tan grave situación, es DEBER del Consejo de Estado reivindicar la vigencia del artículo 4º de la Constitución Política que establece que la Carta es la norma de normas y que es deber de todos los ciudadanos, incluso los miembros de la Corte Constitucional, acatar sus disposiciones.

En el caso citado, tal como lo señalan Pablo Alejandro González Rayo y Luis Andrés Vélez Rodríguez⁷ “Caro precio paga la Corte en el auto al tratar de hacer

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C. veinte (20) de septiembre de dos mil seis (2006), M.P. Ana Margarita Olaya Forero. Radicación: 25000-2325-000-1998-5123-01(4361-02). Actor: Rosario Bedoya Becerra

⁷ González Rayo, Pablo Alejandro y Vélez Rodríguez, Luis Andrés, “El

cumplir su voluntad, violentando, en últimas, el derecho fundamental por el cual la tutela se concede ab initio, el debido proceso, y en especial, el derecho de defensa, pero en este caso el de Ferrovías que se ve afectada sin siquiera ser escuchada en el trámite incidental, en una decisión de su total incumbencia”.

En cuanto al control abstracto de constitucionalidad, en la misma sentencia de 1999⁸, antes citada, dijo la Corte respecto del Consejo de Estado:

El Consejo de Estado además de las funciones que le incumben como tribunal supremo de lo contencioso administrativo (art. 237-1 C.P.) ejerce otras destinadas a preservar la integridad de la Constitución, ya que le compete decidir sobre "las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional", según lo ordena el artículo 237-2 del estatuto superior.

Así las cosas, en materia de control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional tiene la más amplia competencia y el Consejo de Estado, por vía residual, de todos aquellos actos que no están atribuidos a la Corte.

Desde esta perspectiva, las diferentes formas de control constitucional implican que el juez deba adoptar una decisión sobre una norma en sí o sobre la aplicación de la misma a un caso concreto, y al hacerlo debe definir si existe o no armonía entre la Constitución y esa norma, dada la importancia de preservar la supremacía de la Carta Política.

En lo referente al control abstracto de constitucionalidad que compete al Consejo de Estado, la Constitución Política, en el artículo 237 numeral 2 le atribuye a dicho tribunal la competencia para **"Conocer de las acciones de nulidad por**

Debate Entre las Altas Cortes Frente a la Acción de Tutela Contra Providencias Judiciales: Análisis de un Caso: Rosario Bedoya vs. Ferrovías". Disponible en:

http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas4-2_9.pdf

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-560 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” (Resalta la Sala)

En la ponencia sobre “Control de Constitucionalidad, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado” presentada en la Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Carta de 1991, por María Teresa Garcés Lloreda y José María Velasco Guerrero, se expuso al respecto:

*“(…)consideramos que todos los ordenamientos de carácter administrativo del orden nacional, por razón de la materia, deben ser objeto de **juzgamiento constitucional** por el Consejo de Estado. En este sentido, coincidimos totalmente con lo expresado en el proyecto número 58⁹ del Consejo de Estado”.*

(…)

*“En lo que hace referencia a la facultad para unificar la jurisprudencia, consideramos que no sería conveniente darle atribución expresa a la Corte Constitucional, en virtud de que **el control de constitucionalidad debe ser ejercido conjuntamente con el Consejo de Estado. Cada entidad elabora su jurisprudencia en relación con su propia competencia, sin que pueda atribuirse la unificación de la jurisprudencia como tarea específica a una de ellas.** Parece, sin embargo, conveniente observar que en la actualidad no existe contraposición entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ya que la que circunstancialmente existió acerca de la naturaleza jurídica de los reglamentos constitucionales, desapareció porque actualmente ambas entidades afirman que se trata de reglamentos administrativos, sin fuerza legislativa”¹⁰ (Resalta la Sala)*

De lo anterior se deriva que era claro para los constituyentes que las decisiones que en materia de nulidad por inconstitucionalidad adoptara el Consejo de Estado, constituían fallos constitucionales.

⁹ En este documento, discutido y aprobado por unanimidad en la sesión de la Sala Plena del Consejo de Estado de 5 de marzo de 1991, esta Corporación se opuso a que se volviera a escindir el juzgamiento de los actos administrativos para atribuir a una corte el de constitucionalidad y al Consejo de Estado el de legalidad, pues la experiencia había demostrado que ese régimen tuvo que ser remediado por las reformas constitucionales de 1945 y 1968. Gaceta Constitucional N° 22 de 18 de marzo de 1991, disponible en:

http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetas/Gacetas_1-50/gaceta_022.php

¹⁰ Gaceta Constitucional N° 36 de 4 de abril de 1991, disponible en:

http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetas/Gacetas_1-50/gaceta_036.php

Por otra parte, el artículo 43 de la Ley 270 de 1996 establece:

ARTICULO 43. ESTRUCTURA DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL. *La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. **El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.***

También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales. (Resalta la Sala)

Al examinar la exequibilidad de esta norma, la Corte Constitucional, en sentencia del 5 de febrero de 1996¹¹, precisó:

*Como bien es sabido, **el control de constitucionalidad en Colombia se vio reforzado con la creación de la Corte Constitucional.** Sin embargo, no por ello puede afirmarse que nuestro país ha adoptado el llamado “control concentrado” o austríaco, pues en realidad éste sigue siendo de carácter difuso funcional. **Lo anterior, habida cuenta de que además de los pronunciamientos que realice esta Corporación, al Consejo de Estado se le ha atribuido, dentro de la llamada acción de nulidad por inconstitucionalidad, el pronunciamiento acerca de los decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no sea asignada a la Corte Constitucional (...).** Como si lo anterior no fuese suficiente, el artículo 4o superior consagra la denominada excepción de inconstitucionalidad, a través de la cual, en un caso concreto y con efectos inter-partes, un juez o inclusive una autoridad administrativa, pueden abstenerse de aplicar una norma en aquellos eventos en que ésta contradiga en forma flagrante el texto de la Carta Política. Tampoco puede olvidarse que dentro de los parámetros definidos por el artículo 86 fundamental, cada juez de la República, al momento de resolver de un asunto de tutela, también está haciendo parte de la llamada jurisdicción constitucional.*

Para esta Corporación, la norma que se revisa debe interpretarse dentro del referido contexto, pues se trata tan sólo de una disposición descriptiva de los diferentes órganos que, de una forma u otra, ejercen control de constitucionalidad dentro del Estado, todo de ello dentro del marco que ha sido definido en la Constitución.

¹¹ Corte Constitucional sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Más recientemente, en sentencia C-415 de 2012¹², la Corte al referirse también al control abstracto de constitucionalidad expresó:

“La titularidad del poder judicial de control de constitucionalidad abstracto, ha sido radicado en cabeza de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En la primera, respecto de normas constitucionales, legales, decretos a los que la Constitución les asigna fuerza de ley, y otros actos con contenido material de ley o que forman parte del trámite legislativo. Al Consejo de Estado, en relación con “decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. Con tal sistema de control judicial se busca que en la expedición de las normas que integran el ordenamiento jurídico, se respete la jerarquía de la Carta Fundamental, como norma de normas (...).”

En la misma providencia citada, la Corte Constitucional precisó:

“Al reglamentar el ejercicio de la nulidad por inconstitucionalidad, el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, ha previsto en el párrafo demandado que el Consejo de Estado, en este tipo de procesos, no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda y que, en consecuencia, podrá fundar la tal declaración en la violación directa de cualquier norma constitucional. De esta forma, el Legislador no ha hecho cosa distinta que consagrar normativamente lo que es una doctrina constitucional con plena vigencia: el ejercicio del control constitucional abstracto de manera integral (...).”

En el mismo sentido, la Sección Primera del Consejo de Estado en providencia del 3 de marzo de 1995¹³, reiteró que:

En efecto, como lo advirtió esta Corporación en sentencia de 3 de febrero del presente año (Expediente No. 2589. Actor: Domingo Banda Torregroza. Consejero ponente: doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), y ahora lo reitera, la distinción que hace el excepcionante: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responde por una acción de inexequibilidad, aplicable para los actos de ley, es inadmisibles ya que la acción de

¹² M.P. Mauricio González Cuervo.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera: Bogotá D.C. tres (3) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995), M.P. Miguel González Rodríguez. Radicación: 2691. Actor: Néstor Guillermo Franco González.

nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta Jurisdicción (arts. 237 numeral 2o. y 238). (Resalta la Sala)

Esta ha sido también la posición de la Sala Plena del Consejo de Estado, que en providencia de 23 de julio de 1996¹⁴ señaló:

Cabe observar, en primer término, que la distribución de competencia para el control de constitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, contenida en las normas transcritas, evidencia que la Constitución y la ley Estatutaria mantienen inalterable la naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el objeto de la misma.

Por lo tanto, si la jurisdicción de lo contencioso administrativo, “conforme a las regla que señale la ley” (art. 82 Decreto 01 de 1984 o C.C.A.), está instituida por la Constitución con el objeto de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas que desempeñen funciones administrativas, de ello dimana que la atribución que la Constitución otorga al Consejo de Estado para “desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo” en punto a decretos de Gobierno Nacional, está referida a aquellos dictados en el ejercicio de la Función Administrativa, vale decir, a los que desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, o condicionan la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada.

El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa, se ejerce mediante la “acción de nulidad”, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad.

En ese orden de ideas, y por exclusión, las “acciones de nulidad por inconstitucionalidad” atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquéllas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa de la Constitución Política.

En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad, que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C. 23 de julio de 1996, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Radicación: S612 (3367) Actor: Guillermo Vargas Ayala.

Igualmente, en sentencia del 4 de marzo de 2003¹⁵, esta Corporación puntualizó:

“(...)el Consejo de Estado, a la luz de las antiguas normas constitucionales y muchas décadas antes de que naciera la Corte Constitucional, ejercía las funciones de juez constitucional, de una parte, en forma indirecta, al poder referir el control de legalidad de los actos administrativos producidos por las autoridades de los distintos niveles de la administración pública en último grado a las normas de la Constitución Política, ya que el acto controlado debía respetar las normas de superior jerarquía; de otra parte, en forma directa, cuando se trataba de reglamentos constitucionales que, para efectos de su control, tenían como punto de referencia la Constitución Política, o en aquellos casos en los que el juez administrativo aplicaba la excepción de inconstitucionalidad como mecanismo de control que permitía hacer prevalecer la Constitución.

(...)

La Constitución Política de 1991 fortaleció el papel del Consejo de Estado como órgano de control de la actividad estatal no solamente en el campo del tradicional y clásico control de legalidad sino también en materia de control de constitucionalidad, ya que además de las competencias de que gozaba de acuerdo con las normas de la Constitución anterior, las cuales se conservan, hoy cuenta con nuevas competencias de naturaleza constitucional.

Un primer elemento que debe tenerse presente es el hecho de que la propia Constitución Política consagra como mecanismo autónomo, diferente de la acción de simple nulidad, la acción de inconstitucionalidad. De acuerdo con el numeral 2 del artículo 237 constitucional:

“Son atribuciones del Consejo de Estado:

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

(...)

Se observa, de acuerdo con las normas que vienen de citarse, que en materia de control de constitucionalidad el Consejo de Estado tiene una cláusula general de competencia en relación con los decretos que el gobierno expida en el cumplimiento de los cometidos estatales, mientras que la Corte Constitucional tiene en la misma materia una competencia de excepción.

Además de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra los decretos del Gobierno Nacional así como de la acción de simple nulidad, en donde se plantean, por regla general, problemas directos de legalidad, sin que ello excluya confrontaciones directas con la norma constitucional, existen otros

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C. 4 de marzo de 2003, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Radicación: 1999 05683 02 (IJ-030) Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR

casos en los que el juez administrativo interpreta y aplica las normas constitucionales, como sucede en las acciones de pérdida de investidura, de tutela y populares y de grupo.

Puede concluirse, entonces, que el derecho colombiano consagra un sistema de control difuso de constitucionalidad, en donde **el Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo tiene un papel en el control de constitucionalidad así como unas competencias plenamente autónomas, cuyo ejercicio no es susceptible de control ulterior por órgano estatal alguno.**

(...)

Establecido así el hecho de que en el ordenamiento jurídico colombiano existe un control difuso de constitucionalidad, cuyos titulares son la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, forzoso es concluir que ambos son órganos límites en el ejercicio de sus propias competencias, a menos que uno de ellos no respete los estrictos y precisos términos que le impone la Constitución en el cumplimiento de su función de control, caso en el cual su decisión se torna ilegítima.

De otra parte, el Consejo de Estado, por disposición del constituyente, tiene la calidad de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, según mandato vinculante del numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política. En esa condición de tribunal supremo, no tiene superior que pueda interferir en el ejercicio de sus funciones en la administración de justicia, por la elemental razón de que dejaría de ser supremo, si sus fallos pudieran ser determinados por otra autoridad judicial o política. Solamente en el evento de que se reforme la Constitución en dicha materia, ello sería posible.

Existe una única hipótesis en el ordenamiento jurídico colombiano, en donde las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia pueden ser revisadas por la Corte Constitucional. Se trata de las sentencias de tutela que, de ser seleccionadas, pueden ser confirmadas o revocadas por dicho organismo. Cuando la Constitución quiere que ello sea así, lo dice expresamente, como sucede con los fallos de tutela.

En los demás casos, en el ejercicio de su labor de interpretación de la ley o de la Constitución, cuando se tiene competencia para ello, el único control posible, si el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia violan la Constitución es el juicio de responsabilidad política que debe adelantar el Congreso de la República.

Habida cuenta, entonces, de su calidad constitucional de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, sus decisiones no son susceptibles de cuestionamiento posterior por órgano alguno. Sería necesaria una reforma constitucional para que ello fuera posible y como ésta no ha tenido lugar, **cualquier pretensión de interferencia en la autonomía que debe caracterizar el cumplimiento de su función jurisdiccional, es inaceptable y le es inoponible en la toma de sus decisiones. Es principio incontrovertible que en la producción de su jurisprudencia el Consejo de Estado es autónomo.**” (Resalta la Sala)

En sentencia del 14 de agosto de 2008, la Sección Tercera de esta Corporación,

al abordar el análisis del Acuerdo 49 del 22 de diciembre de 1998, expedido por la Comisión Nacional de Televisión —CNTV—, manifestó:

“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 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 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”.*

(...)

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.

(...)

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 (...).¹⁶ (Resalta la Sala)

Las normas y la jurisprudencia citada son concluyentes en cuanto a la competencia constitucional del Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, para decidir sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, mediante una confrontación directa entre la norma atacada y la disposición constitucional que se considera violada.

Respecto de los efectos de una sentencia de nulidad por inconstitucionalidad,

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá D.C. 14 de agosto de 2008. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 11001-03-26-000-1999-00012-01(16230). Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa.

cabe recordar que la Carta Política, en el artículo 237 numeral 2, le atribuye al Consejo de Estado, como se dijo antes, la competencia para **conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional**, lo que definitivamente le otorga sobre ellos, sin lugar a dudas, la potestad de dictar sentencias con fuerza de cosa juzgada constitucional, por varias razones: (i) porque es deber de todas las autoridades respetar la Constitución y ejercer sus funciones a la luz de ella; (ii) porque dentro del sistema de control constitucional adoptado en Colombia, el Consejo de Estado forma parte de lo que se denomina la jurisdicción constitucional; (iii) porque al otorgarle la Carta la facultad de conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, el mismo constituyente le está asignando al fallo que en tal virtud se expida, el efecto de cosa juzgada, y (iv) dado que la acción cuya competencia se atribuye al Consejo de Estado por el artículo 237 numeral 2 es la de **nulidad por inconstitucionalidad**, el efecto necesariamente debe ser el de **cosa juzgada constitucional**, sin que ello implique que se esté invadiendo la competencia de la Corte Constitucional.

Una interpretación diferente sobre el control de constitucionalidad que ejerce el Consejo de Estado, como la que según el comunicado de prensa hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-400 de 2013, al declarar la nulidad de la expresión “constitucional” contenida en el inciso 3 del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor es: “Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo [237](#) de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes”, resulta abiertamente inconstitucional y quiebra la coherencia que el constituyente imprimió al control de constitucionalidad.

En efecto, con tal interpretación la Corte no solo hace nugatorio el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política y con ello lo borra de un plumazo, sin competencia para ello, sino que parece evidenciar una confusión, inaceptable tratándose del Tribunal Constitucional, entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad cuya competencia asignó el citado artículo al Consejo de Estado, de una parte, y la llamada “excepción de inconstitucionalidad” (Artículo 4 de la Constitución Política), que si bien pueden aplicar los jueces, también puede ser invocada por cualquier funcionario público, y tiene solo efectos inter-partes, de manera que con la interpretación de la Corte la acción de nulidad por inconstitucionalidad perdería todo su valor.

Adicionalmente, por vía de esa interpretación no sólo se llega al absurdo de concluir que el Consejo de Estado quebranta la Carta Política al ejercer con fuerza de cosa juzgada constitucional una competencia que, con tales efectos, la misma Constitución le ha dado, sino que se desconocen principios claros al derecho como: (i) el de cosa juzgada constitucional que, en la calidad de juez constitucional la Carta atribuye al Consejo de Estado en el artículo 237-2 y (ii) el de la seguridad jurídica que ello implica y a la cual tienen derecho los ciudadanos.

No obstante, como lo señala Mauricio Fajardo Gómez en el documento *“El control de constitucionalidad a cargo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: perspectiva histórica y situación actual”*, pese a que es clara la complementariedad entre las atribuciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto a la guarda de la supremacía de la Carta, *“resulta menester dar cuenta de cierta tendencia, consciente o inconsciente, a desconocer el rol del Consejo de Estado como Tribunal Constitucional y, por esa misma vía, a que las atribuciones de la Corte Constitucional tiendan a expandirse, de forma más o menos inadvertida,*

más allá de los 'estrictos y precisos términos' que a ella fijó la Carta Política, de suerte que se ha producido su —indebida e inconstitucional— irrupción en la órbita competencial del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo”.

Esa tendencia se evidencia una vez más en la interpretación expuesta en el comunicado de prensa de la sentencia C-400 de 2013, donde la Corte Constitucional, como ocurrió con la expedición del Auto 249 de 2006, y así, como lo hace ahora, se lo reprochó entonces esta Sala, traiciona el querer del constituyente, distorsiona la función de guardián de la Carta que le ha sido encomendada, termina desconociendo su contenido y se arroga la facultad para violarla, al desconocer el alcance del numeral 2 del artículo 237 del Ordenamiento Superior.

Adicionalmente, reprocha la Sala Plena la costumbre que ha adquirido la Corte Constitucional de informar sobre sus decisiones mediante comunicados de prensa y no por medio de las providencias completas cuyo contenido solo se conoce meses después, lo cual, si bien es permitido por razones pedagógicas por el artículo 64 de la Ley 270 de 1996, atenta contra el principio de seguridad jurídica.

Al respecto ha sido una tradición del Consejo de Estado, para evitar suspicacias o la inclusión de argumentos no debatidos en Sala, que sus fallos sean discutidos párrafo por párrafo y reunidos todos los elementos de la sentencia sus integrantes suscriban el texto definitivo una vez se acaba la sesión o máximo dentro de los 10 días siguientes, pues para esta Corporación no resulta explicable que el texto de una providencia siga en evolución una vez finalizada la sesión donde fue discutido.

Hechas las anteriores precisiones entra la Sala a resolver el fondo del problema planteado, considerando que en el caso sub examine, (i) las normas que se estiman violadas son todas de carácter constitucional lo que configura una acción de nulidad por inconstitucionalidad cuya competencia corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; (ii) el Decreto demandado parcialmente no obedece a función propiamente administrativa, ya que fue expedido conforme a la atribución del artículo 41 transitorio de la Constitución Política, por lo que es la Sala Plena la competente para conocer del asunto.

2.- Advierte la Sala que el inciso primero del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, relacionado con los requisitos para ser concejal de Bogotá, fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1136 del 22 de junio de 2007, donde se estableció que *"[p]ara ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber residido en la ciudad durante los dos años anteriores, o haber nacido en ella"*.

No obstante, la Sala se pronunciará sobre la demanda contra el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, por cuanto en la fecha en que fue presentada, esa norma se encontraba vigente y podría estar surtiendo efectos jurídicos todavía.

3.- Para decidir lo relativo a la posible existencia de cosa juzgada, observa la Sala que mediante sentencia del 4 de diciembre de 2001 dentro del proceso instaurado por la ciudadana María Andrea Nieto Romero, expediente N° 2000-6454 con ponencia de la Consejera Olga Inés Navarrete Barrero¹⁷, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo denegó las pretensiones de la demanda instaurada contra el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, por violación de los artículos 13,

¹⁷ 1 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C., diciembre cuatro (4) de dos mil uno (2001). Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación número 11001-03-24000-2000-6454-01(AI-2-6454). Actor: María Andrea Nieto Romero.

16, 26, 40, 45, 98, 99, 133 e inciso 1 del artículo 323, de la Constitución Política.

En el presente caso se invocan como vulnerados los artículos 1, 2, 3, 6, 40, 95, parágrafo artículo 98, 99, 121 Y 152, de la Carta, así como el artículo 25 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968, el artículo 23 de Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 de 1989 de la OIT.

De conformidad con lo anterior encuentra la Sala que los reproches al artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 por violación de los artículos 40, 98 y 99 ya fueron resueltos, por lo cual respecto de estos cargos se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, considerando, de una parte, la competencia otorgada al Consejo de Estado en virtud del numeral 2 del artículo [237](#) de la Constitución Política y, de otra parte, el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual la sentencia que *"niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi juzgada"*.

Como en el presente caso se invocan también como violadas normas constitucionales diferentes de las invocadas en aquella ocasión, procederá la Sala a estudiar la demanda en lo referente a los nuevos cargos.

4. - La norma atacada, tal como estaba vigente para la época de la demanda, es del siguiente tenor:

DECRETO 1421 DE 1993

Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 41 de la Constitución Política,

DECRETA:

Concejales

ARTICULO 27. Requisitos. Para ser elegido Concejal se exigen los mismos requisitos que para ser Representante a la Cámara¹⁸² y haber residido en la ciudad durante los dos (2) años anteriores a la elección.

Los concejales no tendrán suplentes. Las vacantes originadas en sus faltas absolutas serán llenadas por los candidatos no elegidos en la misma lista según el orden sucesivo y descendente de inscripción.

De conformidad con lo anterior, los requisitos para ser concejal de Bogotá D. C., según la normatividad vigente para la época de la demanda son: (i) ser ciudadano en ejercicio (ii) tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección y (iii) haber residido en la ciudad durante los dos (2) años anteriores a la elección.

5.- En el epígrafe del Decreto 1421 de 1993 se menciona, como fundamento, el ejercicio de las facultades conferidas por el artículo transitorio 41 de la Constitución Política, conforme al cual “[s]i durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 Y 324¹⁹, sobre régimen especial para el Distrito

¹⁸ 2 Constitución Política ARTICULO 177. Para ser elegido representante se requiere ser ciudadano en ejercicio y tener más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección.

¹⁹ Constitución Política:

ARTICULO 322. Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.

ARTICULO 323. El Concejo Distrital se compondrá de cuarenta y cinco (45) concejales.

En cada una de las localidades habrá una junta administradora elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que estará integrada por no menos de siete ediles, según 10 determine el concejo distrital, atendida la población respectiva.

La elección de Alcalde Mayor, de concejales distritales y de ediles se

Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes”.

6.- Según la accionante, la norma reprochada: (i) desconoce el deber de garantizar todas las formas de participación que contempla el artículo 1° de la Carta; (ii) al coartar e impedir a los jóvenes ciudadanos en Ejercicio (18 años), ser concejales de Bogotá, se restringen de manera indebida sus derechos fundamentales a participar en las decisiones que los afectan con lo cual se vulneran los artículos 2 y 95 de la Constitución.

El cuestionamiento que se hace a la norma atacada es que establece una edad mínima para acceder por voto popular al Concejo de Bogotá, aspecto que la jurisprudencia constitucional, ha encontrado razonable.

Al respecto, al declarar exequible la norma que establecía que para ser notario la persona debe tener 30 años, al menos, ha dicho la Corte que:

"El señalamiento de una edad mínima para desempeñar cierta actividad es

hará en un mismo día por períodos de cuatro (4) años y el alcalde no podrá ser reelegido para el período siguiente.
Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde mayor para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará alcalde mayor para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.
Los alcaldes locales serán designados por el alcalde mayor de terna enviada por la correspondiente junta administradora.
En los casos taxativamente señalados por la ley, el Presidente de la República suspenderá o destituirá al alcalde mayor.
Los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas.
ARTICULO 324. Las juntas administradoras locales distribuirán y apropiarán las partidas globales que en el presupuesto anual del Distrito se asignen a las localidades teniendo en cuenta las necesidades básicas insatisfechas de su población.
Sobre las rentas departamentales que se causen en Santa Fe de Bogotá, la ley determinará la participación que le corresponda a la capital de la República. Tal participación no podrá ser superior a la establecida en la fecha de vigencia de esta Constitución.

con frecuencia requisito de obligatorio cumplimiento cuando se trata de acceder a ella y el sólo hecho de exigirla no implica desconocimiento del derecho al ejercicio de la función pública y menos todavía vulneración del derecho al trabajo. El Estado tiene que buscar por distintos medios -uno de los cuales es precisamente este- la aptitud y madurez de las personas para asumir ciertas responsabilidades, en interés de la comunidad.

Y no es que la edad per se otorgue una plena seguridad al respecto, sino que ella, unida a otros requisitos -como el nivel de preparación académica y la experiencia adquirida en el campo de la profesión correspondiente-, otorga un mayor grado de confiabilidad en el titular del empleo en cuestión.

(...)

El Constituyente no ha prohibido al legislador considerar una edad mínima entre las exigencias propias de un determinado destino público y por ello, en el sentir de la Corte, cuando la ley la contempla en calidad de tal lo hace dentro de un margen de discrecionalidad que, en todo caso, no se confunde con la arbitrariedad, y la apelación a ese elemento no implica de suyo discriminación entre las personas -como lo sostiene la actora- ni tampoco exceso en el ejercicio de las atribuciones del Congreso respecto de los derechos ciudadanos²⁰.

En cuanto a la diferenciación fundada en la edad ha indicado la citada Corporación que:

"Una diferenciación con fundamento en la edad, no puede ser tachada como sospechosa de discriminación cuando se establecen mínimos para el ejercicio de una actividad. En cambio, ella se torna más problemática si fija topes (máximos) a partir de 'los cuales no podrá ejercerse una actividad, sencillamente porque la edad se convierte ahora en rasgo permanente de la persona y del cual no podrá prescindir voluntariamente. Cuando la ley establece requisitos mínimos para realizar una labor o recibir un beneficio, esa regulación está sujeta a un juicio de igualdad dúctil, mientras que deben ser consideradas problemáticas o semi -sospechosas aquellas normas que establecen límites máximos a partir de los 'cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Estas últimas regulaciones están entonces sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio²¹.

Posteriormente, en sentencia C- 452 de 2005²² la Corte consideró ajustado a la Carta el establecimiento de la edad mínima de 35 años, puesto que "(1) la fijación

²⁰ 4 Sentencia C-676 de 1998 MP José Gregorio Henández Galindo.

²¹ 5 Sentencia C-093 de 200 1, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² 6 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de requisitos para ser miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil se encuadra dentro de la libertad de configuración del legislador, y (2) no vulnera el derecho a la igualdad ni establece discriminación alguna, ya que: a. se persigue una finalidad legítima cual es la búsqueda de personal más calificado para desempeñar funciones públicas, b. la edad ha sido encontrada por la jurisprudencia de esta Corporación como un medio adecuado para conseguir tal fin y, c. tal medio es razonable y proporcionado".

En el presente caso, pese a que la edad establecida para acceder al cargo de concejal de Bogotá podría entenderse como una restricción al derecho fundamental a ser elegido, ello no es así dado que la propia Carta ha atribuido al legislador la función de establecer las calidades para ejercer cargos públicos de elección popular. De ésta manera la determinación de una edad mínima para acceder a ciertos cargos solo podría considerarse contraria al ordenamiento superior si se concluyera que resulta una medida desproporcionada, innecesaria o irrazonable, cosa que no se observa en el presente caso, máxime tomando en cuenta el amplio margen de discrecionalidad que tiene el legislador en este campo.

El fin buscado por el legislador extraordinario fue que accedieran al Concejo de Bogotá personas que pudieran tener un grado determinado de idoneidad lo que hace que dicha finalidad sea constitucionalmente válida.

Por otra parte no considera la Sala que la edad de 25 años resulte irrazonable o desproporcionada, ni que limite injustificadamente el derecho de los jóvenes a participar en las decisiones que los afectan.

Tampoco encuentra la Sala que la disposición enjuiciada vulnere el artículo 95 de

la Carta en tanto no afecta los deberes de la persona y el ciudadano allí consignados, no priva a las personas de la calidad de colombiano que enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional y menos aún excluye el deber de engrandecer y dignificar dicha comunidad.

Como consecuencia de lo anterior el cargo no está llamado a prosperar.

7. - La actora señala que el pueblo es soberano y sus disposiciones son inviolables, y por encima de sus decisiones no existe poder alguno que pueda controvertir lo decidido por él, lo que indica que la medida soberana de elegir a quien él quiera que los represente legítima y democráticamente en una corporación como lo es el Concejo es un fallo principal y no tiene revés, de lo contrario se vulnera el artículo 3 de la Carta.

Esta afirmación no puede considerarse absoluta pues la decisión electoral del pueblo debe sujetarse a que las personas que elige cumplan las calidades y no incurran en inhabilidades o incompatibilidades para ejercer el cargo de que se trate.

Lo anterior porque la misma Constitución ha facultado al legislador para establecer esas calidades, inhabilidades e incompatibilidades sin que ello implique una violación del derecho de las personas a participar en las decisiones que los afecten.

8.- En cuanto a la extralimitación de funciones, señala la demandante que la reglamentación de derechos fundamentales como los de elegir y ser elegido, debe seguir su curso por el Congreso de la República conforme al artículo 152 de la Constitución, por lo cual es al Congreso y no al ejecutivo al que corresponde

mediante leyes estatutarias regular lo concerniente a la participación ciudadana y a derecho a elegir y ser elegido que consagra el artículo 40 de la Constitución.

El artículo 152 de la C.P. establece lo siguiente:

"Mediante leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a. Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;

b. Administración de justicia;

c. Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;

d. Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;

e. Estados de excepción.

El requisito de edad que consagra la norma acusada, no puede considerarse incluido en los supuestos que consagra el citado artículo 152 de la Carta Política para que deba tramitarse una ley estatutaria. La actora entiende que ello debe ser así por tratarse de una norma que se relaciona con el derecho a ser elegido, pero ese planteamiento no es de recibo por cuanto, como lo ha señalado la Corte Constitucional, si bien *"las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos. Esto no supone que toda regulación en la cual se toquen aspectos relativos a un derecho fundamental deba hacerse por vía de ley estatutaria. De sostenerse la tesis contraria, se viciaría la competencia del legislador ordinario"*²³.

Es claro entonces que el cargo no prospera.

9.- Si bien, como lo señala la actora, las facultades que la Constitución confirió al

²³ Sentencia C-013 de 1993 , M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Gobierno en el artículo 41 transitorio para reglamentar lo relativo al Distrito Capital, como régimen especial se refirieron a lo político, administrativo y fiscal, según lo establece el artículo 322 de la Carta, ello no implica que el legislador extraordinario no estuviera facultado para establecer requisitos para ser concejal del Distrito Capital, asunto que se relaciona claramente con aspectos administrativos del Distrito, en tanto el concejo era, para la época en que fue dictada la norma una corporación administrativa.

Al respecto, la Sala Plena de esta Corporación, en providencia del 4 de diciembre de 2001 expuso argumentos que hoy se prohíjan, sobre la constitucionalidad de la norma acusada y la facultad del Gobierno para expedirla así:

El artículo 322 de la Constitución Política consagró que Bogotá, capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organizaría como Distrito Capital siendo su régimen político, fiscal y administrativo el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

También el artículo 320 de la Carta señaló que la ley podría establecer categorías de municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica, y señalar distinto régimen para su organización, gobierno y administración. Es decir, que la propia Constitución previó la existencia de municipios de distinta categoría, sujetos a normas igualmente diferentes y con organización y administración distinta.

Por su parte, el artículo 41 transitorio de la Constitución estableció:

"Artículo Transitorio 41. Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 Y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes".

En virtud de esta habilitación constitucional, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1421 de 1993 "en uso de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 41 de la Constitución Política", Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. Por ello, el hecho de que en este Estatuto que consagra el régimen especial para Bogotá se hayan establecido condiciones diferentes de las que rigen para otros municipios, por ejemplo, en cuanto a los requisitos para los Concejales, en nada contraviene las disposiciones constitucionales señaladas por la accionante puesto que es la misma Constitución la que consagra un régimen diferencial para el Distrito Capital.

El artículo 293 de la Carta Política consagra:

"Artículo 293. Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones".

De conformidad con esta disposición constitucional, corresponde a la ley el señalamiento, entre otras, de las calidades que deben reunir los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales.

Estas calidades se refieren precisamente a las condiciones personales del aspirante, como por ejemplo, la edad, nivel de estudios, ciudad de origen, aspectos que el constituyente dejó en manos del legislador.

Pero no debe olvidarse que existiendo la posibilidad de que el legislador establezca distintas categorías de municipios, y que el Distrito Capital tiene un régimen especial, resulta apenas natural que también los respectivos Concejos tengan distintas composiciones y requisitos para acceder a ellos, sin que por eso se desconozca el derecho a la igualdad, pues en estos eventos, la igualdad no implica trato exactamente idéntico para todos, pues ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales concepto que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normativa a supuestos distintos.

(...)

El régimen especial y diferente señalado por la propia Constitución Política para el Distrito Capital encuentra justificación en razón al territorio, población, importancia que ocupa dentro del contexto nacional; en consecuencia, es lógico que a quienes aspiren a ocupar el cargo de Concejales del Distrito se les impongan condiciones distintas y más exigentes que las previstas para los concejales del resto de los municipios, sin que con ello se desconozca ninguna de las normas constitucionales indicadas en la demanda²⁴.

En igual sentido se pronunció la misma Sala en providencia del 10 de octubre de 2006. En esta ocasión la Sala dijo:

De otra parte, la Sala tampoco advierte contradicción alguna entre la norma estatutaria y las competencias señaladas en el segundo inciso del artículo

²⁴ 8 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C., diciembre cuatro (4) de dos mil uno (2001). Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación número 11001-03 24-000-2000-6454-01 (AI-2-6454). Actor: María Andrea Nieto Romero.

322 constitucional, como se explica a continuación.

El segundo inciso del artículo 322 de la Carta Política, refiriéndose al Distrito Capital de Bogotá, prevé que "su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los Municipios", lo cual significa que ese régimen especial sólo puede ocuparse de los tres aspectos que la norma enuncia, esto es, en cuanto a lo político, fiscal y administrativo, pues en los demás se sujetará a las disposiciones generales.

En ese orden de ideas, para la Sala es claro que el señalamiento de calidades para aspirar a cargos de elección popular guarda estrecha relación con los aspectos político y administrativo de una entidad territorial, pues, sin duda, dicha determinación debe responder a la estructura del poder público de ésta y a la clase de autoridad que sobre las personas y el territorio se predica del cargo en cuestión²⁵.

Por lo anterior no considera la Sala que el Presidente se hubiese extralimitado en sus funciones y en consecuencia no se quebrantó el artículo 121 de la Constitución.

10. La actora considera que se quebrantaron los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la ley 74 de 1968 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;*
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.*

²⁵ Consejo de Estado. Sala de Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil seis (2006). Consejero ponente: Darío Quiñones Pinilla. Radicación número 25000-23-24-000 2003-01176-02(IJ). Actor: Ana María Corredor Yunis y otros.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En cuanto a la violación de los artículos transcritos, considera la Sala que los mismos se refieren al derecho a la igualdad, que no fue considerado vulnerado de acuerdo con la sentencia del 4 de diciembre de 2001²⁶, tal como se establece en el aparte de la misma conforme al cual, como se dijo, *“existiendo la posibilidad de que el legislador establezca distintas categorías de municipios, y que el Distrito Capital tiene un régimen especial, resulta apenas natural que también los respectivos Concejos tengan distintas composiciones y requisitos para acceder a ellos, sin que por eso se desconozca el derecho a la igualdad, pues en estos eventos, la igualdad no implica trato exactamente idéntico para todos, pues ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales concepto que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o*

²⁶ Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación número 11001-03 24-000-2000-6454-01 (AI-2-6454). Actor: María Andrea Nieto Romero.

análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos”.

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos autoriza expresamente al legislador para “*reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente **por razones de edad**, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*” (Resalta la Sala).

En consecuencia, el cargo no prospera.

11.- Aduce la actora que el Presidente de la República al expedir el Decreto 1421 de 1993, desconoció el mandato contenido en el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991, al no consultar a ninguna de las organizaciones o pueblos indígenas del país para hacerlos partícipes y escucharlos para que hicieran sus aportes sobre posibles perjuicios, consulta que no era vinculante pero si obligatorio realizarla.

El artículo 6 del Convenio 169 de 1989 establece:

Artículo 6

I. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole

responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En la sentencia C-030 de 2008²⁷ la Corte Constitucional precisó el alcance de la norma transcrita señalando en qué casos la consulta resulta obligatoria así:

En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afectan a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169. (...)

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Este criterio surge no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida legislativa para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de que la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio. No obstante que, por la amplitud del objeto del Convenio, cabría decir que en su artículo 6° se establece un deber general de consulta de todas las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, este enunciado fija una pauta interpretativa sobre el alcance de ese deber de consulta, del cual, en

²⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

principio, se sustraen las medidas que no se inscriban en el ámbito de aplicación del convenio. De este modo, si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales. (...)

Así puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población. (...)

De este modo, cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6 o del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios. (Resalta la Sala)

En el mismo sentido esa Corporación, en sentencia C-175 de 2009²⁸, puntualizó:

La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente. Este derecho está estrechamente relacionado con la salvaguarda de la identidad diferenciada de estas comunidades, presupuesto para el cumplimiento del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La consulta previa, en tal sentido, es un instrumento jurídico imprescindible para evitar la afectación irreversible de las prácticas tradicionales de las comunidades diferenciadas, que constituyen sus modos particulares de sobrevivencia como comunidades diferenciadas.

*(...) En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. **Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.***

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. (Resalta la Sala)

Aplicando la jurisprudencia constitucional al presente caso, es evidente para la Sala que la determinación que de manera general hace el legislador extraordinario sobre los requisitos para ser concejal de Bogotá: (i) no constituye una medida que pueda predicarse de forma particular en relación con los pueblos indígenas; (ii) no afecta directamente a las comunidades indígenas y (iii) tampoco incide en la definición de la identidad étnica o el *ethos* de las mismas.

En consecuencia no existía el deber de realizar la consulta que echa de menos la

²⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

actora por lo cual el cargo no prospera.

Habiéndose demostrado que la norma demandada no desconoce las disposiciones constitucionales ni las de los tratados internacionales que se invocan como violadas, la Sala procederá a ordenar estarse a lo resuelto en decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia de 4 de diciembre de 2001, que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, y denegar las demás pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

ESTESE A LO RESUELTO por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia de 4 de diciembre de 2001, con ponencia de la Consejera Olga Inés Navarrete Barrero, en el proceso radicado con el número 11001-03-24-000 2000-6454-01(AI-2-6454), que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, respecto de los cargos que contra el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, se presentaron en esa ocasión por violación de los artículos 13, 16, 26, 40, 45, 98, 99, 133 e inciso 1 del artículo 323, de la Constitución Política.

DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda en relación con los cargos en ella planteados.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ALFONSO VARGAS RINCÓN
Presidente

HERNAN ANDRADE RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO BASTIDAS BÁRCENASLUCY

JEANETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ

GUILLERMO VARGAS AYALA MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO ALBERTO YEPES BARREIRO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA