

Bogotá, 27 de septiembre de 2010

Señores
Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo
Consejo de Estado
E.S.D

Ref: Acción electoral de nulidad contra el acto administrativo por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral el día 30 de agosto de 2010, por vulneración de los artículos 108 y 133 de la Constitución Política.

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Javier Eduardo Revelo Rebolledo, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia; y Camilo Mancera y Juan Gabriel Navarrete, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, actuando en nombre propio y con fundamento en los artículos 84, 136 inciso 12, y 223 a 251 (Capítulo IV, *De los procesos electorales*) del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), presentamos ante este Despacho Judicial **ACCIÓN ELECTORAL DE NULIDAD** contra el acto administrativo por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral el día 30 de agosto de 2010, el cual a la fecha no ha sido publicado en la Gaceta del Congreso de la República, por vulneración de los artículos 108 y 133 de la Constitución Política.

Para fundamentar la presente acción electoral de nulidad, identificaremos con precisión cuáles son las pretensiones de esta acción (I); mencionaremos los hechos en los que se fundamentan tales pretensiones (II); plantaremos el cargo concreto que se eleva contra el acto administrativo demandado, así como los fundamentos de derecho en los que se apoya dicho cargo (III); señalaremos las razones por las cuales esta acción procede (IV); indicaremos las pruebas que aportamos al proceso en calidad de anexos (V), y solicitaremos las pruebas que pretendemos hacer valer en el proceso (VI).

I. PRETENSIONES

1. Que se ordene la suspensión provisional del acto administrativo por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral el día 30 de agosto de 2010.
2. Que como consecuencia de lo anterior se suspenda la elección de los nueve magistrados del Consejo Nacional electoral que fueron elegidos por el Congreso de la República el pasado 30 de agosto de 2010.

3. Que se declare la nulidad del acto administrativo por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral el día 30 de agosto de 2010.
4. Que como consecuencia de lo anterior se ordene al Congreso de la República la repetición de la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral mediante voto nominal y público.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

1. El pasado 30 de Agosto de 2010, de conformidad con lo previsto por el artículo 264 constitucional, el Congreso de la República en pleno se reunió para efectuar la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral.
2. Para la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, que es realizada mediante el sistema de cifra repartidora, se conformaron tres (3) planchas compuestas del siguiente modo: 1. Partido de la U, Partido Liberal, Partido Conservador y Partido Cambio Radical (Coalición de Gobierno); 2. Partido Verde y Polo Democrático; 3. Partido de Integración Nacional. De esta manera, los congresistas votarían en bancada por las listas de los candidatos que habrían presentado los partidos integrantes, respetando igualmente la conformación de las planchas.
3. La elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral se realizó mediante la modalidad de voto secreto, siguiendo la disposición del artículo 131 y el procedimiento establecido en el artículo 136 de la Ley 5ª de 1992.
4. Los resultados de la votación fueron los siguientes: el total de la votación fue de 256 votos, de los cuales 205 fueron a favor de la plancha de la coalición de gobierno, 26 a favor del candidato del Partido de Integración Nacional y 25 a favor del candidato presentado por el Partido Verde y el Polo democrático.
5. Los resultados de la votación determinaron la siguiente asignación de los cargos del Consejo Nacional Electoral:

PARTIDO	NÚMERO DE MAGISTRADOS óCNE-
Partido Social de Unidad Nacional (la U)	3
Partido Conservador	2
Partido Liberal	2
Partido Cambio Radical	1
Partido de Integración Nacional	1

6. Las personas que resultaron elegidas como magistrados del Consejo Nacional Electoral fueron las siguientes:

- Oscar Giraldo (Partido Social de Unidad Nacional ó La U)
- Luis Bernardo Franco (Partido Social de Unidad Nacional ó La U)
- Pablo Gil (Partido Social de Unidad Nacional ó La U)
- Juan Pablo Cepero (Partido Conservador)
- Nora Tapia (Partido Conservador)
- Joaquín José Vives (Partido Liberal)
- Gilberto Rondón (Partido Liberal)
- Carlos Ardila (Cambio Radical)
- José Joaquín Plata (Partido de Integración Nacional)

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Cargo único: La elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral mediante voto secreto se sustentó en una norma derogada, violando así los artículos 108 y 133 de la Constitución

1. La regulación de la Ley 5ª de 1992 en materia de votaciones para realizar elecciones en el Congreso

A un año de la promulgación de la Constitución de 1991, el Congreso expidió la ley 5ª de 1992 que establece el Reglamento del Congreso. En lo que respecta a las votaciones que se adelantan por parte del órgano legislativo, esta ley estableció tres modalidades: la ordinaria, la nominal y la secreta, El voto ordinario corresponde al conocido *õpupitrazoö*, que fue definido por el artículo 129 de la Ley 5ª como aquél que *õse efectúa dando los*

Congresistas, con la mano, un golpe sobre el pupitre (art. 129). El voto nominal consiste en anunciar el nombre de cada congresista y darle un espacio para que conteste individualmente cuál es el sentido de su voto (art. 130). Y el voto secreto es aquel que no permite identificar la forma como vota el congresista (art. 131).

El artículo 128 de la Ley 5ª dispuso como regla general que las votaciones se realizaran por el sistema del voto ordinario, indicando que este se usaría *en todos los casos en que la Constitución, la ley o el reglamento no hubieren requerido votación nominal* (Art. 128). De acuerdo con esto, la votación nominal procedería únicamente en los casos específicos en que una norma así lo estableciera o, según lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 5ª, cuando cualquier congresista así lo solicitara, su petición fuera aprobada por parte de la respectiva Cámara y la decisión del asunto no estuviera sometida a votación secreta¹. En cuanto al voto secreto, la Ley 5ª definió en su artículo 131 que éste únicamente procedería en tres casos: cuando se deba hacer una elección, para decidir sobre acusaciones ante el Senado o para decidir sobre amnistías o indultos. Cabe aclarar que el segundo de estos eventos -decidir sobre acusaciones ante el Senado- fue declarado inexecutable mediante sentencia C-245 de 1996.

Los mecanismos de votación previstos en la Ley 5ª de 1992 fueron establecidos en el marco del texto original de la Constitución de 1991 que no regulaba explícitamente cómo debían ser las votaciones en el Congreso. Al respecto, la Constitución se limitaba a indicar que las actuaciones del Congreso, por regla general, serían públicas. Así, el artículo 144 constitucional, cuyo texto vigente corresponde a su redacción original, plantea que *“[] las sesiones de las Cámaras y de sus comisiones permanentes serán públicas, con las limitaciones a que haya lugar conforme a su reglamento”*. Esta publicidad de las actuaciones de los representantes facilita el control ciudadano y la eficacia del principio constitucional de la *soberanía popular* como elemento fundamental de la democracia constitucional. En palabras de la Corte Constitucional

“En todas las democracias modernas y contemporáneas nota característica, en cuanto hace al Congreso o Parlamento, es la de que sus actos sean públicos. Ello con el fin primordial de que la ciudadanía pueda ejercer la adecuada vigilancia y control sobre sus representantes, tal como corresponde a la aplicación real del principio de la soberanía popular, adoptado, como se dijo, en nuestra Constitución”.²

¹ Al respecto, la Corte Constitucional indicó: *“La votación nominal, por su parte, procederá cuando así lo exija la Constitución, la ley o el reglamento, o cuando así lo solicite cualquier congresista ante la respectiva cámara, siempre y cuando la votación no deba ser secreta. Según la interpretación que la Corte Constitucional ha realizado del artículo 130 del Reglamento del Congreso, la proposición de votación nominal hecha por un congresista debe ser sometida a decisión de la respectiva corporación y aprobada por ésta sin discusión, ya que la mera propuesta no obliga ni a la Presidencia ni a la plenaria a proceder de acuerdo con la solicitud que en ese sentido se haya formulado”*. Sentencia C-1040 de 2005, MM. PP. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas. Ver además la sentencia C-155 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

² Corte Constitucional, sentencia C-245 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sin embargo, la consagración del principio de publicidad no se concretó en la previsión de disposiciones específicas sobre los modos de votación, de tal modo que el asunto quedó abierto a la regulación legal.

Otra de las características del marco constitucional original que tiene relevancia en lo que respecta a la cuestión de las votaciones en el Congreso es que omitió deliberadamente regular el funcionamiento de los partidos, lo cual comporta no sólo el reconocimiento de la autonomía de estos para autoregularse y definir sus dinámicas de actuación dentro de los órganos en los que obtienen representación, sino que implica además el reconocimiento de un alto grado de autonomía de los representantes en cuanto no los ata a una dinámica partidista. En efecto, la intervención del Estado en el tema fue vista como una prerrogativa riesgosa para los derechos políticos (*Gaceta Constitucional* 83, 1991, 27 de mayo). Este temor permite comprender por qué el artículo 108 constitucional establecía, en su versión inicial, que *«[e]n ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos, ni obligar la afiliación a ellos para participar en las elecciones»*.³ Con este silencio, la Constitución de 1991 otorgó un rol fundamental a los políticos y descuidó el importante papel de los partidos y movimientos políticos.

Para comprender la estrecha relación entre el marco constitucional descrito y la regulación de las votaciones en la Ley 5° de 1992, vale la pena traer a colación la sentencia C-245 de 1996 en la cual la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del voto secreto previsto en el artículo 131 de la referida ley. En aquella ocasión, el demandante alegó que el voto secreto atentaba contra el orden democrático, la publicidad de las actuaciones públicas y las posibilidades de los ciudadanos para ejercer el control político.⁴

El punto de partida de la argumentación de la Corte es el reconocimiento de la estrecha relación entre la soberanía popular, la transparencia y la publicidad de las actuaciones públicas. En sus palabras, *«[l]a participación ciudadana de que trata el artículo 40 de la Carta Política es principio esencial para la transparencia que debe caracterizar todos los actos de las distintas ramas y órganos del poder público. En el caso concreto de los actos del Congreso, dicha transparencia se busca a través de la publicidad de dichos actos»*.⁵ Sin embargo, pese a que las actuaciones de los congresistas deben, por lo general, ser públicas, la Corte admite que excepcionalmente el legislador puede establecer actuaciones que serán reservadas: *«En aplicación del artículo 144 de la Carta, el legislador puede establecer reserva sobre determinados actos, siempre que exista una razón constitucional*

³ Por establecer exigencias internas a los partidos y movimientos políticos, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 130 de 1994. Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-245 de 1996

⁵ *Ibíd.*

*del mismo rango que el principio de la soberanía popular, para justificar de manera objetiva, razonable y proporcionada la reservaö.*⁶

De conformidad con esto, la Corte concluye que de los tres supuestos contenidos en el artículo 131 para el voto secreto sólo era inconstitucional el relativo a las proposiciones de acusación ante el Senado, o su admisión o rechazo (literal b). Argumentó la Corte que en estos casos el Congreso actúa como juez y que la función judicial exige la publicidad. *öLa verificación de la transparencia adquiere la plenitud de su rigor cuando el Congreso desempeña la función judicial y, por ende, los congresistas asumen competencias de esa naturalezaö.* Según la Corte, el voto debe ser nominal y público para que se pueda establecer la responsabilidad personal del congresista que actúa como juez. Por el contrario, la Corte encontró que los literales a) y b) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992 eran constitucionales.

En lo que respecta al voto secreto cuando se realiza una elección óque es la hipótesis de interés para esta demandaó, la Corte sostuvo:

ö[e]n el caso del literal a) que reza: öcuando se deba hacer una elecciónö, se justifica plenamente el voto secreto. En estos casos el acto de elegir es un acto de carácter eminentemente político, mediante el cual el ciudadano -en este caso el congresista- hace efectivo el pleno ejercicio de la soberanía de la cual es titular (Art. 3 C.P.).

*En estos casos con el voto secreto se busca garantizar la plena independencia del elector, sin que sea posible indagarle a quien favorece con su elección. Por lo demás, tratándose de elecciones, incluidas las que el Congreso hace, el voto secreto encuentra pleno respaldo constitucional en los artículos 190 y 258 de la Carta Políticaö.*⁷

Los artículos 190 y 258 de la Constitución, referidos por la Corte como fundamento de la declaratoria de exequibilidad del voto secreto en las elecciones que se adelanten en el Congreso, definen las condiciones en las cuales los ciudadanos ejercerán su derecho al voto. Así, el artículo 190 establece que el Presidente será elegido por *ö[í] la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la leyö* (subrayas fuera del original). De igual forma, el artículo 258 disponía en su redacción original que el voto *ö[í] es un derecho y un deber ciudadano. En todas las elecciones los ciudadanos votarán secretamente en cubículos individuales instalados en cada mesa de votaciónö* (subrayas fuera del original).

⁶ *Ibíd.*

⁷ *Ibíd.*

El secreto del voto se justifica por la necesidad de garantizar la autonomía de los ciudadanos al momento de elegir.⁸ Ahora bien, la extensión de este principio de garantía de independencia del elector a los casos en los cuales los congresistas no actúan como simples ciudadanos, sino como representantes del pueblo concuerda con ese alto grado de autonomía que la Constitución originalmente reconocía a éstos en el ejercicio de su labor, y con un sistema constitucional que privilegiaba los derechos políticos de los representantes al margen de las restricciones propias de un sistema de partidos.

Sin embargo, en virtud de las reformas constitucionales introducidas mediante los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, orientadas a fortalecer los partidos políticos y a aumentar la disciplina partidista de sus miembros, el nivel de autonomía de los representantes ha sido relativizado. Del mismo modo, el sistema de votación al interior del Congreso ha quedado sometido a nuevas reglas de estirpe constitucional. Como consecuencia de esto, gran parte de las normas previstas en la Ley 5ª de 1992 en relación con las votaciones en el Congreso, incluyendo aquella que establece la votación secreta cuando se trate de realizar elecciones, han sido derogadas tácitamente por las reformas constitucionales, o lo que equivale a lo mismo, fueron afectadas por una inconstitucionalidad sobreviviente debido a adopción de esas reformas constitucionales. Para demostrar este cargo, a continuación expondremos los alcances de las dos reformas constitucionales y, acto seguido, presentaremos las razones por las cuales la previsión contenida en la Ley 5ª en materia de votación secreta para elecciones es incompatible con el nuevo marco constitucional.

2. El alcance de las reformas constitucionales realizadas mediante los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009

El marco constitucional relativo al funcionamiento del régimen político colombiano, bajo cuyo amparo fue expedido el Reglamento del Congreso, ha sido objeto de varias transformaciones. En los últimos años el Congreso expidió dos reformas políticas (Acto Legislativo 01 de 2003 y Acto Legislativo 01 de 2009) y permitió la reelección presidencial inmediata (Acto Legislativo 2 de 2004). Por su parte, a nivel legislativo reguló el mecanismo electrónico de votación (Ley 892 de 2004), desarrolló el régimen de bancadas (Ley 974 de 2005) y expidió la Ley de Garantías Electorales (Ley 996 de 2005).

La reforma del artículo 108 de la Constitución Política de 1991, primero por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 del 2003 y luego por el artículo 2 Acto Legislativo 01 de 2009, trajo consigo la implementación en el sistema político colombiano del régimen de bancadas como regla general de funcionamiento al interior de las corporaciones públicas de elección popular. Dicha norma dispone:

⁸ Al respecto véanse: Corte Constitucional, sentencia T-487 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-473 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Artículo 108. (í) Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas.

Los estatutos internos de los Partidos y Movimientos Políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del Congresista, Diputado, Concejal o Edil por el resto del período para el cual fue elegido.

La adopción de este régimen por parte del constituyente derivado en el año 2003 implicó un cambio trascendental respecto de los principales protagonistas de la actividad política al interior del Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales. En efecto, a partir de ese momento los actores principales de la actividad política ya no son los miembros de las corporaciones públicas individualmente considerados, sino los partidos y movimientos políticos a través de los grupos de personas elegidas de sus listas para conformar tales corporaciones.

Esta decisión se presentó dentro de un contexto en el que los partidos y movimientos políticos venían debilitándose como consecuencia de un proceso de atomización de sus fuerzas, que impedía que cumplieran su función primordial como intermediarios entre la ciudadanía y el Estado colombiano.

Con la reforma política se pretendió entonces, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-342 de 2006, fortalecer el sistema democrático colombiano estableciendo condiciones más exigentes para la creación de partidos y movimientos políticos, obligando a la presentación de listas únicas avaladas por parte de estas organizaciones políticas, implementando la fórmula electoral de la cifra repartidora para la asignación de curules y racionalizando la actividad de las corporaciones públicas a través de la creación de un régimen de bancadas.

Este régimen constituye un mecanismo de toma de decisiones que obliga a los miembros de de todas las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, a someterse a una determinada directriz de conducta, de conformidad con lo establecido en las decisiones democráticamente tomadas al interior de las organizaciones políticas, so pena de ser sancionados de conformidad con lo previsto en sus estatutos.

De esta forma, el régimen de bancadas introdujo una modificación a la forma tradicional de actuación de las corporaciones públicas que había estado marcada por la intervención a título individual de sus miembros. A partir de la reforma, estos miembros deben actuar grupalmente a nombre del partido o movimiento cuyos postulados y determinaciones debe representar y defender, con la única salvedad de los asuntos que han sido definidos previamente por los estatutos como asuntos de conciencia. Sobre este particular sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-036 de 2007 que el establecimiento de la *õ[í]*

*preponderancia de los partidos políticos sobre las personas que lo conforman y que resultan elegidas por voto popular para concurrir en su nombre a las diferentes corporaciones públicas, hace que la actuación aislada de los elegidos, que tradicionalmente había constituido el *modus operandi* en ellas, haya de ser reemplazada por la actuación organizada y coordinada de los respectivos grupos parlamentarios [cita omitida] o bancadas, que derivan y mantienen siempre una constante relación con el partido político a que pertenecen.*

Así las cosas, una vez se establece por la Constitución la regla general de actuación en bancadas, resulta indispensable que las facultades que antes correspondían a los miembros de dichas corporaciones en forma individual, sean trasladadas a las respectivas bancadas, que ahora son las encargadas de promover citaciones o debates e intervenir en ellos, participar con voz en las sesiones plenarias de la respectiva corporación, intervenir de manera preferente en las sesiones en las que se voten proyectos normativos, presentar mociones de cualquier tipo, hacer interpelaciones; solicitar votaciones nominales o por partes y postular candidatos⁹, entre otras.

No obstante este traslado de las prerrogativas a las bancadas, los individuos que componen la corporación pública no ven afectado su derecho a manifestar libremente sus tesis y opiniones, toda vez que el ejercicio de este derecho opera al interior de las bancadas, particularmente en el momento en que se efectúen los debates y discusiones acerca de las directrices que adoptarán. En esta medida, cada grupo parlamentario constituye el escenario propicio para que sus miembros den a conocer sus propios puntos de vista, hagan valer su voz y voto, e incidan, de acuerdo con la fuerza de sus argumentos y su capacidad de persuasión, en el sentido de las decisiones que se tomarán. Así las cosas, *õ [í] el mayor o menor grado de participación de los miembros individuales de las corporaciones públicas dependerá entonces de lo que, sobre el particular, decidan los partidos políticos de conformidad con lo que al respecto establezcan sus estatutos y los reglamentos de las diferentes bancadas, ya que es a tales estructuras a las que corresponde determinar los espacios dentro de los cuales los parlamentarios habrán de ejercer su mandato, debiendo asegurar, en todo caso, la plena vigencia del principio democrático.*¹⁰

Este debate, que necesariamente se genera al interior de las bancadas políticas y que culmina con la toma de las decisiones, permite conocer al interior del grupo parlamentario no sólo la opinión o postura personal de cada miembro, sino que permite además prever el sentido de su voto el cual, excepto en los asuntos de conciencia, debe corresponder a la decisión adoptada por la bancada.

Esto no puede ser de otra manera en un régimen marcado por una estricta coherencia y uniformidad, en el que la disciplina impuesta por los partidos a sus candidatos electos permite exigirles una obediencia rigurosa al momento de la emisión del voto, que deberá

⁹ Artículo 3 de la Ley 974 de 2005, *õ*Por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-036 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

reflejar, en todo caso, la decisión tomada al interior del grupo, so pena de ser objeto de las sanciones disciplinarias previstas en los estatutos, que puede incluir hasta la pérdida del derecho al voto.

Ahora bien, dado que el artículo 108 de la Carta Política no plantea ningún tipo de distinción respecto de las funciones del Congreso sobre las cuales deberá tener aplicación el régimen de bancadas, y comoquiera que la Ley 974 de 2005, *õpor la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el reglamento del congreso al régimen de bancadas* dispone expresamente que la disciplina de bancadas regirá sobre el cumplimiento de las funciones legislativas, de control político y electorales¹¹, no queda más que concluir que el sistema de actuación en agrupación parlamentaria cubija la totalidad de las funciones que constitucionalmente le fueron encomendadas al parlamento, con la única salvedad de aquellos asuntos que, de conformidad con las previsiones internas, sean considerados como de conciencia. Por consiguiente, en principio, las elecciones realizadas por los congresistas quedan sometidas al régimen de bancadas, salvo que las propias previsiones internas de los partidos las consideren asuntos de conciencia.

La segunda reforma política realizada a través del Acto Legislativo 01 de 2009 coincide con la primera reforma en la necesidad de fortalecer los partidos políticos y de aumentar la disciplina partidista de sus miembros. Así, en consonancia con el régimen de bancadas establecido en el Acto Legislativo 01 de 2003, la reforma política del 2009 rompe el silencio que guardaba la Constitución en materia del sistema de votación en los cuerpos colegiados, y establece una regla que permite el funcionamiento efectivo de dicho régimen. Esta reforma constitucional invirtió la regla general para realizar las votaciones en el Congreso. A partir de ésta, por regla general las votaciones serán nominales y no ordinarias, como establecía la Ley 5ª de 1992. El artículo 133 de la Constitución, tal como fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2009, establece que *õ[Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la leyõ* (subrayas fuera del original).

Además de permitir un mayor control ciudadano sobre los cuerpos colegiados, el voto nominal hace posible un mayor grado de control de las bancadas sobre las actuaciones de sus miembros. En efecto, para que la potestad sancionatoria de los partidos sobre sus integrantes tenga alguna aplicabilidad, es necesario que aquellos puedan conocer el sentido del voto emitido por sus representantes en todos los asuntos que estén sometidos al régimen de bancadas, pues de lo contrario no podrán determinar quiénes se apartaron de las decisiones adoptadas.

¹¹ Artículo 4. *õ[í] Los partidos deberán establecer en sus estatutos las reglas especiales para el funcionamiento de sus bancadas y los mecanismos para la coordinación de sus decisiones dentro de las corporaciones públicas, en las que se establezcan obligaciones y responsabilidades distintas según se trate del cumplimiento de funciones legislativas, de control político o electorales, por parte de la respectiva corporación. [í]õ* (Subrayas fuera del original).

De conformidad con lo expuesto, resulta claro que las transformaciones constitucionales al régimen político colombiano, que incluyen la consagración de disposiciones relacionadas directamente con el funcionamiento interno de las corporaciones públicas y sus sistemas de votación, implican una revisión de las reglas establecidas al respecto en la Ley 5ª de 1992, norma esta que fue expedida bajo el amparo de un marco constitucional que no consagraba un régimen de bancadas y que guardaba silencio respecto de las modalidades de votación en las corporaciones públicas. A esta cuestión nos referiremos en el siguiente apartado.

3. *La excepción prevista en el artículo 131 literal a) de la Ley 5ª de 1992 al voto nominal y público es incompatible con el actual marco constitucional y, por ende, ha de entenderse derogada*

El artículo 71 del Código Civil, relativo a la derogación de las leyes, estipula que esta puede ser expresa o tácita. Indica que *ões expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua* y que *ões tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior*. Tratándose de la derogación tácita es preciso efectuar un ejercicio hermenéutico para determinar la incompatibilidad entre las dos disposiciones en cuestión.

En el caso de reformas constitucionales, la Corte Constitucional ha indicado que la norma jurídica preconstitucional que resulte notoriamente contraria a las nuevas disposiciones constitucionales *õdebe entenderse derogada, sin necesidad de pronunciamiento alguno sobre su retiro del ordenamiento, ni sobre su inconstitucionalidad*¹². En estos casos opera una derogación tácita por inconstitucionalidad sobreviniente que, como lo advierte la misma Corte, encuentra soporte legal en el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, que dice: *õLa Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente*.

Como lo indicamos en el primer apartado, la ley 5ª dispuso como regla general que las votaciones se realizaran por el sistema del voto ordinario (Art. 128, inc. 2º). De conformidad con este esquema, el voto nominal constituía la excepción. El voto secreto, por su parte, constituía una excepción tanto frente al voto ordinario, como frente al voto nominal. Según lo expuesto en el anterior apartado, el Acto Legislativo 01 de 2009 estableció como regla general el voto nominal. De este modo, es claro que tanto el inciso segundo del artículo 128 de la Ley 5ª de 1992, como el primer inciso del artículo 130 de la misma ley que regulaba la votación nominal cuando era solicitada por de un congresista, fueron derogados en virtud de la reforma constitucional.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-155 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En lo que respecta al análisis de la vigencia del literal a) del artículo 131 relativo al voto secreto, cabe realizar una consideración adicional. Como lo advertimos con anterioridad, luego del análisis de constitucionalidad realizado por la Corte en la sentencia C-245 de 1996, se mantuvieron dos eventos para el voto secreto: cuando se deba hacer una elección, o para decidir sobre amnistías o indultos. Bajo el esquema de la ley 5ª, estos dos casos operaban como una restricción al voto nominal. Así se desprende del artículo 130 de la Ley 5ª que en su primer inciso disponía que *“cualquier Congresista podrá solicitar que la votación sea nominal y siempre que no deba ser secreta”* (subraya fuera de texto).

Ahora bien, el artículo 133 de la Constitución, tal como fue modificado por el Acto Legislativo 1 de 2009, establece que el voto de los miembros de cuerpos colegiados de elección directa *“será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley”* (subraya fuera del original). Dado que esta misma disposición constitucional admite que la ley establezca las excepciones a la regla del voto nominal y público, podría pensarse que las excepción prevista en el literal a) del artículo 131 de la ley 5ª de 1992 con anterioridad a la reforma constitucional resulta compatible con la nueva disposición constitucional.

Tal interpretación resultaría plausible si se realiza una lectura aislada del artículo 133 de la Carta, pero resulta claramente insostenible si se efectúa una lectura sistemática y teleológica de la disposición. En efecto, tal como lo demostramos en el anterior apartado, la fijación del voto nominal y público como regla general para las votaciones de los cuerpos colegiados de elección popular se inscribe dentro del propósito de hacer más efectivo el sistema de bancadas instaurado mediante el Acto Legislativo 01 de 2003 y fortalecido por el Acto Legislativo 01 de 2009. El voto nominal y público previsto en este último Acto Legislativo contribuye a identificar qué representantes no cumplen con las decisiones de su bancada. En este sentido, las únicas excepciones al voto nominal que serían compatibles con el nuevo marco constitucional, serían aquellas que consagraran el voto secreto para asuntos que no estén sometidos al régimen de bancadas. Y tal como lo indicamos en el apartado anterior, la Constitución no sustrae las elecciones de este régimen; por el contrario, la Ley 974 de 2005 dispone expresamente que la disciplina de bancadas regirá sobre el cumplimiento de las funciones electorales.

Una interpretación distinta haría ilusoria la aplicación del Régimen de Bancadas, la reforma constitucional y la ley que la desarrolla, por cuanto la facultad que se les entregó a los partidos políticos de imponer sanciones a sus miembros por la inobservancia de sus directrices es el mecanismo fundamental para hacer efectiva la estricta disciplina que identifica y materializa la racionalidad y eficiencia de esta forma de funcionamiento de las corporaciones públicas.

En este mismo sentido se pronunció la Sección Quinta del Consejo de Estado al sostener que:

“Siendo claro, entonces, que la comprobación del acatamiento dado a las directrices de una bancada es una actividad que el ordenamiento permite a los partidos y movimientos políticos -en cuanto los faculta expresamente para

sancionar disciplinariamente el desacato de esas directrices-, es igualmente evidente que, en la práctica, el régimen de bancadas obliga a las corporaciones públicas a adoptar sistemas de votación que permitan identificar, en el ejercicio del voto individual, las actuaciones que impliquen el desconocimiento de ese régimen por parte de los miembros de las bancadas que, de conformidad con la ley y los estatutos de su partido, estén obligados a actuar bajo la directriz de su bancada. En otras palabras, el nuevo régimen obliga a que, en las materias en que sea imperativo actuar como bancada, la actuación concreta se adelante de modo tal que el partido o movimiento político involucrado pueda conocer el sentido en que votó cada Congresista de su bancada, pues sólo de esa forma será posible determinar y sancionar, si es del caso, la inobservancia de una determinada directriz de bancada en el adelantamiento de la votación examinada.ö

[í]

Descendiendo así en el análisis y atendiendo el planteamiento de la Señora Procuradora Delegada, se tiene que el sistema de votación secreta, esto es, aquel que, según el Reglamento del Congreso, òNo permite identificar la forma como vota el Congresistaö (artículo 131 de la Ley 5ª de 1992), no resulta adecuado, sino, por el contrario, incompatible con el modelo de debate que exige la nueva regla de funcionamiento de las corporaciones públicas para aquellos eventos en que el voto de cada Congresista deba emitirse de acuerdo con la directriz que al respecto le impuso la bancada correspondiente.

[í]

Es claro, entonces, que la aplicación del régimen de bancadas, en los asuntos cuya observancia es obligatoria y general, supone una dinámica al interior de las corporaciones públicas que no resulta compatible con el sistema de votación secreta que prevé el Reglamento del Congreso, pues, dado que ese sistema no hace posible identificar la forma como vota el Congresista -definición legal de ese sistema de votación-, no se advierte de qué forma su utilización pueda garantizar la efectiva actuación como bancada y, mucho menos, permitir al partido o movimiento político sancionar la inobservancia de una determinada directriz de bancada.

Por tanto, ante la evidente contradicción que se advierte entre el sistema de votación secreta previsto en el Reglamento del Congreso para el ejercicio de la función electoral a cargo de esa corporación pública y el régimen de bancadas al cual se encuentra sometido el ejercicio de esa función por así disponerlo una norma constitucional posterior, concretamente, el artículo 108 de la Carta Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2003, la conclusión no puede ser otra que la de entender que la regla de procedimiento contenida en los artículos 131, literal a) y 136, numeral 2º, de la Ley 5ª de 1992 no resulta aplicable en materia de elecciones a cargo del Congreso.ö¹³. (subrayas fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, resulta claro que la excepción al voto nominal prevista en el artículo 131, literal a) de la Ley 5 de 1992 es abiertamente incompatible con el nuevo

¹³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de marzo de 2007. C.P. Darío Quiñones Pinilla.

marco constitucional configurado a partir de las reformas introducidas por los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, razón por la cual debe entenderse que tal excepción fue derogada tácitamente por inconstitucionalidad sobreviniente.

4. La elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral realizada por el Congreso de la República el 30 de agosto de 2010 mediante voto secreto adolece de nulidad

La elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral se llevó a cabo a través de la modalidad del voto secreto, toda vez que los parlamentarios consideraron que su actuación estaba amparada por el artículo 131, literal a) de la Ley 5 de 1992 que establece el voto secreto cuando se trate de realizar elecciones. Sin embargo, tal como lo demostramos a lo largo de esta demanda, dicha excepción al voto nominal fue derogada tácitamente por el Acto Legislativo 01 de 2009 que, en aras de hacer efectivo el funcionamiento del régimen de bancadas, dispuso como regla general el voto nominal.

Al realizarse la elección de conformidad con una norma que fue derogada por estar afectada por una inconstitucionalidad sobreviniente, el acto administrativo acusado viola de manera directa los artículos 108 y 133 de la Constitución. En efecto, la actuación se llevó a cabo en contravía de los postulados básicos del sistema de bancadas, por cuanto no se permitió a los miembros de los grupos parlamentarios conocer el sentido del voto emitido por cada uno de los Congresistas en la elección realizada.

Por consiguiente, para salvaguardar su supremacía e integridad, es necesario declarar la nulidad del acto de elección, y ordenar la realización de un nuevo proceso en el que se respete el voto nominal y público previsto en el artículo 133 de la Constitución.

IV.SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Anteriormente se argumentó cómo el acto administrativo por el cual el Congreso eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral está viciado de nulidad porque la elección se realizó con base en una norma derogada. Aquí mostramos que esta infracción es manifiesta y solicitamos la suspensión provisional del acto administrativo mencionado.

El artículo 152 del CCA establece que el Consejo de Estado y los tribunales administrativos pueden suspender provisionalmente los actos administrativos, en acciones de nulidad, si a) se solicita expresamente en la demanda o en escrito separado; y b) existe una manifiesta

infracción de las disposiciones invocadas.¹⁴ La infracción manifiesta se observa luego de cotejar las normas relacionadas.

De un lado, el artículo 108 de la Constitución plantea de forma tajante que los miembros de las corporaciones públicas *õ[e]legidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos actuarán en ellas como bancada [í] los Estatutos Internos de los Partidos y Movimientos Políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen*. Según este artículo, el régimen de bancadas se aplica a todas las actuaciones de los representantes siempre y cuando no sean asuntos de conciencia. De otro lado, el artículo 133 de la Constitución afirma que *õ[l]os miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determine la ley*. Así, entonces, la Constitución ordena que los miembros de cuerpos colegiados que fueron elegidos por una misma organización política actúen como bancada y que las votaciones sean nominales y públicas.

Estas son las normas que tanto el artículo 131 de la Ley 5 de 1992 como el acto administrativo impugnado infringen de manera manifiesta. Plantea el artículo 131 de la Ley 5 que la votación secreta

õ[s]ólo se presentará en los siguientes eventos:

a) cuando se deba hacer una elección;

b) <literal inexequible>

c) Para decidir sobre las proposiciones de amnistías o indultos.ö

Esta disposición, de manera manifiesta, introduce excepciones adicionales a las autorizadas por la Constitución (los asuntos de conciencia). El Consejo de Estado reconoció que la contradicción entre el régimen de bancadas y la votación secreta en los procesos electorales era evidente. En sus palabras,

õ[í] ante la evidente contradicción que se advierte entre el sistema de votación secreta previsto en el Reglamento del Congreso para el ejercicio de la función electoral a cargo de esa corporación pública y el régimen de bancadas al cual se encuentra sometido el ejercicio de esa función por así disponerlo una norma constitucional posterior, concretamente, el artículo 108 de la Carta Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 01 de 2003, la conclusión no puede ser otra que la de entender que la regla de procedimiento contenida en los

¹⁴ El Consejo de Estado precisó esta exigencia de la siguiente manera: *õ[l]a suspensión provisional en los procesos de nulidad se encuentra condicionada a que el acto acusado contraríe de manera clara, ostensible, flagrante o manifiesta lo dispuesto en normas superiores; el requisito enunciado se debe constatar con el simple cotejo de las normas que se confrontan o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud*.ö Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 7 de febrero de 2002, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

*artículos 131, literal a) y 136, numeral 2º, de la Ley 5ª de 1992 no resulta aplicable en materia de elecciones a cargo del Congreso.*¹⁵ (subrayas fuera de texto)

En resumen, el acto administrativo por el cual el Congreso eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral evidencia una manifiesta infracción de los artículos 108 y 133 de la Constitución. Por esta razón, se solicita declarar la suspensión provisional del acto administrativo mencionado y suspender la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral.

V. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN ELECTORAL DE NULIDAD

La presente acción electoral de nulidad contra el acto administrativo por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral el día 30 de agosto de 2010, emitido en la sesión del Congreso de la República del mismo día y del cual a la fecha no se ha realizado la correspondiente publicación en la Gaceta del Congreso de la República, procede por las siguientes razones:

En primer lugar, según el artículo 84 del CCA,

õ Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes [í]õ.

En segundo lugar, el acto administrativo demandado fue debidamente individualizado en la sección I de esta acción, de conformidad con lo exigido por los artículos 138 y 229 del CCA.

En tercer lugar, el inciso segundo del artículo 139 del CCA, establece que *õ[s]e reputan copias hábiles para los efectos de este artículo, las publicaciones en los medios oficiales, sin que para el efecto se requiera la autenticaciónõ.* Este requisito ha sido imposible de cumplir en este caso pues a la fecha de presentación de la presente demanda, que adicionalmente es el último día dentro del plazo establecido por artículo 136 del CCA, la Secretaría del Congreso de la República aún no ha publicado oficialmente en la Gaceta del Congreso el acto administrativo que se demanda en la presente acción. No obstante, para cumplir con la finalidad probatoria que exige la norma, los demandantes adicionamos a la presente la grabación de la sesión del 30 de agosto de 2010 del Congreso de la República en la que resultaron elegidos los magistrados del Consejo Nacional Electoral (anexo 1).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 23 de marzo de 2007. C.P. Darío Quiñones Pinilla.

En cuarto lugar, presentamos esta acción ante la autoridad jurisdiccional competente, a saber, la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, tal y como lo establecen los artículos 128 inc. 3 y 231 del CCA.

En quinto lugar, esta acción se presenta dentro del término de caducidad previsto en el numeral 12 del artículo 136 del CCA, según el cual la acción electoral caduca

õen veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trataõ.

En efecto, el acto público por medio del cual se declaró la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral fue proferido el día 30 de agosto de 2010, emitido en la sesión del mismo día del Congreso de la República y del cual a la fecha no se ha realizado la correspondiente publicación en la Gaceta del Congreso. En consecuencia, la caducidad de la acción de nulidad electoral contra ese acto administrativo tendrá lugar el día 27 de septiembre de 2010, teniendo en cuenta que, según el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal¹⁶ y el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil¹⁷, todos los términos consagrados en días en las leyes deberán ser contabilizados como días hábiles. La regla contenida en estas disposiciones legales ha sido aplicada por el Consejo de Estado en numerosas sentencias a las normas del CCA que establecen los términos en días, y en particular a las normas que establecen el término de caducidad de la acción electoral, tal como lo hace el inciso 12 del artículo 136 del CCA.¹⁸

Finalmente, esta acción cumple con todos los requisitos necesarios para solicitar la suspensión provisional del acto administrativo demandado, según lo ordena el artículo 152 del CCA. Esto es así, porque explícitamente presentamos la solicitud (art. 152, núm. 1) y porque el acto administrativo infringe, de manera manifiesta, el artículo 108 y 133 de la Constitución.

¹⁶ Este artículo establece: *õEn los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábilõ (subraya fuera del original).*

¹⁷ Esta norma indica: *õEn los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendarioõ (subraya fuera del original).*

¹⁸ En cuanto a esto último ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Miren De la Lombana de Magyaroff, 12 de septiembre de 1995; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 30 de agosto de 2002; C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, 14 de agosto de 2003; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 16 de octubre de 2003; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 26 de febrero de 2004.

V. ANEXOS

Anexamos a la presente demanda, como pruebas del proceso, los siguientes documentos:

1. CD que contiene: La sesión plenaria del Congreso de la República en la que se eligieron a los magistrados del Consejo Nacional Electoral.

1. Derecho de petición presentado al Secretario General del Congreso de la República, en la que se solicita copia del Acta por medio del cual se declara la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral.

VI. SOLICITUD DE PRUEBAS

Solicitamos a la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado que practique la siguiente prueba:

1. A la fecha de presentación de esta demanda el H. Congreso de la República no había publicado las actas correspondientes a la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral el día 30 de agosto de 2010, por ello es pertinente que la Honorable Sección Quinta solicite a la Secretaría del Congreso la Gaceta Oficial en la cual se publique dicha acta.

De la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado,

NOTIFICACIONES

Los demandantes las recibiremos en la siguiente dirección: Carrera 24 No. 34 - 61

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén
Director de DeJuSticia

Javier E. Revelo Rebolledo
C.C. No. 80.199.746 de Bogotá
Investigador de DeJuSticia

Luz María Sánchez Duque
C.C. No. 30.233.501 de Manizales
Investigadora de DeJuSticia

Camilo Mancera
C.C. No.80.136.164 de Bogotá

Nelson Camilo Sánchez León
C.C. No. 11.203.155 de Chía
Investigador de DeJuSticia

Juan Gabriel Navarrete
C.C. No. 80.870.867 de Bogotá