

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., seis (06) de octubre de dos mil once (2011).

Radicación No.11001-03-28-000-2010-00120-00

Radicado Interno No. 2010-00120

Demandantes: Rodrigo Uprimny Yepes, Javier Eduardo Revelo Rebolledo, Luz María Sánchez Duque, Nelson Camilo Sánchez León, Camilo Mancera y Juan Gabriel Navarrete.

Demandados: Magistrados del Consejo Nacional Electoral

Electoral Única Instancia – Fallo

Surtido el trámite legal correspondiente la sala se dispone a proferir sentencia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Las pretensiones

Los actores, en ejercicio de la acción electoral, demandaron ante el Consejo de Estado y en esta Sección, la anulación del acto por el cual el Congreso de la República, reunido en pleno, eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral el día 30 de agosto de 2010¹, por considerarlo contrario a los artículos 108 y 133² de la Constitución Política.

Los demandantes concretaron sus pretensiones solicitando, además de que fuera declarada la nulidad del acto por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral el día 30 de agosto de 2010, que como consecuencia de ello, se ordenara al Congreso de la República repetir esta elección mediante voto nominal y público.

1.2 Los hechos

Se sintetizan de la siguiente forma:

¹ El acto demandado fue debidamente publicado en la Gaceta del Congreso de la República el pasado 28 de septiembre de 2010.

² El texto relevante de los artículos es el siguiente:

Artículo 108: “(...) *Los Estatutos de los Partidos y Movimientos Políticos regularán lo atinente a su Régimen Disciplinario Interno. 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”.

Artículo 133: “*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 ley”.*

- 1- El pasado 30 de agosto de 2010, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 264 constitucional, el Congreso de la República en pleno se reunió para efectuar la elección de magistrados del Consejo Nacional Electoral.

- 2- Para la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, que se realizó mediante el sistema de cifra repartidora, se conformaron tres planchas compuestas del siguiente modo: 1. Partido de la U, Partido Conservador, Partido Liberal y Partido Cambio Radical (Coalición de Gobierno); 2. Partido Verde, Polo Democrático, Alianza Social Indígena y Autoridades Indígenas de Colombia; 3. Partido de Integración Nacional.

Los diferentes congresistas debían votar en bancada por la plancha presentada por su respectivo partido.

- 3- La elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral se realizó mediante voto secreto, siguiendo la disposición de los artículos 131 y 136 de la Ley 5 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 coalición de gobierno, 26 a favor de la plancha propuesta por el Partido de Integración Nacional y 25 a favor de la plancha presentada por el Polo Democrático, Partido Verde Alianza Social Indígena y Autoridades Indígenas de Colombia.

- 5- Los resultados de la votación determinaron la siguiente asignación de los cargos del Consejo Nacional Electoral:

PARTIDO	NÚMERO DE MAGISTRADOS CNE
Partido Social de Unidad Nacional	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 Jiménez (Partido Social de Unidad Nacional - La U)
- Luis Bernardo Franco Ramírez (Partido Social de Unidad Nacional - La U)
- Pablo Guillermo Gil de la Hoz (Partido Social de Unidad Nacional - La U)
- Juan Pablo Cepero Márquez (Partido Conservador)
- Nora Tapia Montoya (Partido Conservador)
- José Joaquín Vives Pérez (Partido Liberal)
- Gilberto Rondón González (Partido Liberal)
- Carlos Ardila Ballesteros (Cambio Radical)
- José Joaquín Plata Albarracín (Partido de Integración Nacional)

1.3 Las normas violadas y el concepto de violación

Los demandantes sostienen que la elección contravino los artículos 108 y 133 de la Constitución y formularon como cargo único, que: *“la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral mediante voto secreto se sustentó en una norma derogada”*³.

Para los demandantes 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 efectivo el sistema de bancadas instaurado mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2003 y fortalecido por el Acto Legislativo No. 1 de 2009. Argumentan que el voto nominal y público previsto en este último Acto Legislativo contribuye a identificar qué representantes no cumplen con las decisiones de su bancada por lo que, a su juicio, las únicas excepciones compatibles con la regla general del voto nominal y con el marco constitucional actual serían aquellas que consagren el voto secreto para asuntos que no estén sometidos al régimen de bancadas, régimen que incluso tiene aplicación en la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral.

A juicio de los actores, una interpretación distinta haría ilusoria la aplicación del régimen de bancadas, la reforma constitucional y la ley que la desarrolla.

Se expresaron en los siguientes términos:

“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 del Acto legislativo 01 de 2009, trajo consigo la implementación en el sistema político

³ Folio 5 del expediente.

colombiano del régimen de bancadas como regla general de funcionamiento al interior de las corporaciones públicas de elección popular.

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 (...)”⁴.

Y que como consecuencia de esto,

“ (...) gran parte de las normas previstas en la ley 5 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 sobreviniente debido a a (sic) adopción de esas reformas constitucionales ”⁵.

Igualmente los actores exponen que el artículo 4 de la Ley 974 de 2005 *“por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecúa 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 electorales”*

⁴ Folio 10 del expediente.

⁵ Folio 9 del expediente.

Para los demandantes, dado el nuevo marco constitucional introducido por el Acto Legislativo No. 1 de 2003 y posteriormente fortalecido mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2009, la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral que se llevó a cabo bajo la modalidad de voto secreto, por la aplicación que los parlamentarios hicieron del artículo 131 literal a) de la Ley 5 de 1992, el cual establece esta modalidad cuando se trata de realizar elecciones, estuvo fundamentada en una norma *“tácitamente derogada (...) o lo que equivale a lo mismo, fueron afectadas por una inconstitucionalidad sobreviniente”*⁶.

En conclusión, los actores encuentran que al realizarse la elección de conformidad con una norma que fue *“derogada”* por estar afectada de una *“inconstitucionalidad sobreviniente”*, el acto administrativo acusado viola de manera directa los artículos 108 y 133 de la Constitución Política, pues la actuación del Congreso se desarrolló en contravía de los postulados básicos del sistema de bancadas, lo que impidió conocer el sentido del voto emitido por cada uno de los congresistas en la elección realizada.

1.4. La coadyuvancia

Mediante escrito de 13 de diciembre de 2010, la ciudadana Myriam Amparo Jiménez Rincón coadyuvó la demanda⁷. En su intervención, además de apoyar los argumentos de los demandantes, informa a la corporación que existió una posible

⁶ Folio 9 del expediente.

⁷ El 14 de enero de 2011 se aceptó la coadyuvancia presentada por la ciudadana Jiménez Rincón.

falsedad en los documentos expedidos por la subsecretaría técnica del Consejo Nacional Electoral, en cuanto allí se certificó que no existía investigación alguna en contra de los parlamentarios que para la época integraban dicha Corporación y que, por tanto, iban a votar la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral. Lo anterior trajo como consecuencia que los impedimentos de algunos de los congresistas que habían manifestado su imposibilidad para votar, fueran negados, y que dichos parlamentarios terminaran participando en la elección.

2. La contestación de la demanda

Los magistrados José Joaquín Plata Albarracín, Gilberto Rondón González y Luis Bernardo Franco Ramírez, obrando mediante apoderados, dieron respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones contenidas en la misma.

En las contestaciones, los demandados coinciden en argumentar que el propio constituyente derivado estableció excepciones a la regla general de votación del sistema de bancadas, al señalar, en la nueva versión del artículo 133 constitucional, que el voto de los miembros de las corporaciones públicas sería nominal y público, excepto en los casos que determinase la ley.

Consideran evidente que un caso típico de excepción al régimen de bancadas y a la votación nominal y pública lo constituye la función electoral, pues de conformidad con el literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, el voto secreto tiene aplicación cuando se deba hacer una elección.

De esta forma, para los demandados, el artículo 131 de dicha norma aplicado al caso *sub judice*, constituye una de las excepciones establecidas por la ley a la regla general de la votación nominal y pública.

En la contestación de la demanda presentada por el apoderado judicial de los magistrados Gilberto Rondón González y Luis Bernardo Franco Ramírez, además se propuso la excepción de “[a]usencia de ilegalidad del acto acusado por presunta violación al régimen de bancadas dispuesto en la constitución”.

3. Los alegatos de conclusión

La parte demandante se abstuvo de pronunciarse en esta etapa procesal.

Los demandados, José Joaquín Plata Albarracín, Gilberto Rondón González, Oscar Giraldo Jiménez, Nora Tapia Montoya y Luis Bernardo Franco Ramírez, obrando mediante apoderados, reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

4. El concepto del Ministerio Público

Mediante concepto presentado el día 2 de mayo, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda.

Afirmó el señor Agente del Ministerio Público que para poder concluir válidamente que ha operado la “*derogatoria tácita*” del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, es

preciso que lo establecido por esta norma orgánica no pueda conciliarse con el nuevo precepto constitucional.

A juicio del señor procurador, esta “*derogatoria tácita*” no acaece en el presente evento frente a la confrontación directa del artículo 131 de la Ley 5 de 1992 con el artículo 133 constitucional que dispone que cuando haya de celebrarse elecciones, la votación será secreta, sino que inclusive lo establecido por la Ley 5 de 1992 en lo relativo a la votación secreta es precisamente el desarrollo legislativo al que se refiere el artículo constitucional. De manera que, a su juicio, la coexistencia entre estas dos disposiciones resulta plausible y armónica. En las palabras del señor Procurador:

“Así las cosas, la elección que se ha hecho de los miembros del Consejo Nacional Electoral siguiendo para el efecto el sistema de votación secreta no contraría el ordenamiento jurídico, por ello el acto de elección es ajustado a la ley, conserva su presunción de legalidad, los argumentos de los actores no los (sic) desvirtúan, no están llamados a prosperar y por lo mismo la pretensión de nulidad se ha de denegar”.

Finalmente, el Ministerio Público considera, citando el fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 24 de abril de 2008⁸, que de una posible violación a la Ley de Bancadas no puede colegirse la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, pues aún cuando los partidos demostraran que uno de sus miembros votó en contra de sus directrices y, eventualmente, lo sancionara, ello no afectaría la validez del acto expedido.

⁸ Por el que se resolvió la pretensión de la nulidad del acto por medio del cual el Congreso en pleno declaró la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral para el periodo 2006 – 2010.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por razón de contraerse la demanda a la solicitud de nulidad de un acto de elección proferido y realizado por el Congreso de la República, corresponde a esta Sala el estudio de su legalidad (artículos 128 numeral 3 y 231 del C.C.A.).

2. El acto demandado

Los demandantes pretenden la nulidad del acto por medio del cual el Congreso en pleno declaró la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, contenido en el Acta de sesión plenaria del Congreso de la República del 30 de agosto de 2010 suscrita por el Presidente, Vicepresidente, Secretario General y Subsecretario General de la referida Corporación⁹.

3. De las excepciones

Como se mencionó anteriormente, en la contestación de la demanda presentada por el apoderado judicial de los magistrados Gilberto Rondón González y Luis Bernardo Franco Ramírez se propuso como excepción de fondo la denominada “[a]usencia de ilegalidad del acto acusado por presunta violación al régimen de bancadas dispuesto en la constitución”.

⁹ Acta que obra a folio 28 del expediente.

Para el apoderado judicial, el régimen de bancadas pretende simplemente disciplinar a los miembros de una corporación pública, militantes de un mismo partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, cuando desconozcan las *“decisiones democráticas y directrices regularmente tomadas por la bancada para la intervención en la discusión y aprobación de proyectos normativos, pues así lo entiende la Corte, sin que la inexistencia de unas especiales reglas para el ejercicio de la función electoral, que no se refieren a proyectos normativos, o a la rebeldía o desconocimiento del mencionado régimen por los miembros de la Corporación Pública de un mismo partido implique la ilegalidad de la actuación correspondiente adelantada o un vicio del acto ejecutado que conlleve a su eventual nulidad”*.

En síntesis, y como fundamento de su excepción, el apoderado judicial sostuvo que (i) el régimen de bancadas es aplicable al Congreso únicamente en ejercicio de la función legislativa y por tanto no tiene cabida en los eventos en que dicha Corporación actúa en desarrollo de funciones electorales como las que nos ocupan en este caso y que (ii) la consecuencia del desconocimiento del régimen de bancadas son las sanciones disciplinarias que los partidos pueden imponer a sus militantes, pero nunca un vicio en el procedimiento de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, que tenga la virtualidad de afectar su validez.

En razón a que la impetrada excepción de fondo, en estricto sentido no es tal, puesto que atañe y controvierte específicamente los argumentos que los demandantes han manifestado como sustento de la defensa del único cargo formulado, el estudio de los argumentos en que se funda la excepción propuesta se realizará en el acápite siguiente, de forma conjunta con el análisis del único cargo planteado, por ser lo procedente.

4. Análisis del cargo único

Los demandantes sostienen que el acto de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral violó los artículos 108 y 133 de la Constitución, fundando su pretensión de nulidad en el cargo único según el cual *'la elección mediante voto secreto se sustentó en una norma derogada'*¹⁰, ésta es, el artículo 131 de la Ley 5 de 1992.

Encuentran que al realizarse la elección de conformidad con una norma que, a su juicio, fue *"derogada"* por estar afectada de una *"inconstitucionalidad sobreviniente"*, el acto administrativo acusado viola de manera directa los artículos 108 y 133 de la Constitución Política. De conformidad con lo anterior, en opinión de los ciudadanos demandantes, la actuación del Congreso se desarrolló en contravía de los postulados básicos del sistema de bancadas, por cuanto no se permitió conocer el sentido del voto emitido por cada uno de los congresistas en la elección realizada.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala decidir si el acto de elección demandado está o no viciado de nulidad por desconocimiento del contenido de los artículos 108 y 133 constitucionales, por violación del régimen de bancadas, al haberse sustentado en una norma derogada tácitamente por las reformas constitucionales de 2003 y 2009, y por haber sido afectada por una *"inconstitucionalidad sobreviniente"*. Lo anterior se hará tomando en consideración los cargos y el concepto de la violación expuestos por la parte demandante considerando el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa y la congruencia que debe existir entre el *petitum* y la sentencia que habrá de proferirse de conformidad.

¹⁰ Folio 9 de la demanda de nulidad electoral.

Para proveer sobre el fondo de las pretensiones de la demanda y por efectos metodológicos, la Sala se ocupará de los siguientes asuntos: 1) El origen político del Consejo Nacional Electoral; 2) La implementación del régimen de bancadas y la trasgresión a sus principios básicos (artículo 108 Constitucional); 3) La votación nominal y pública como expresión de la representación popular, la justicia y el bien común en los cuerpos colegiados de elección directa (artículo 133 constitucional); 4) La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en el caso concreto; 5) Algunas consideraciones en relación con la reciente expedición de la Ley 1431 de 2011; 6) Conclusión y 7) Los efectos del fallo.

4.1. El origen político del Consejo Nacional Electoral

El Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE), es un organismo dotado de autonomía administrativa y financiera con origen en la propia Constitución Política de 1991 en sus artículos 264, 265 y 266, como una de las dos grandes autoridades electorales del Estado junto a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Para los efectos del presente fallo, la Sala entrará a hacer una revisión del origen de la entidad y de la naturaleza de las funciones que ejerce, con el fin de determinar, a su vez, el contenido político que reviste el acto de la elección de sus miembros.

El Acto Legislativo 01 de 2003, que introdujo un marco normativo encaminado a fortalecer la democracia colombiana y el régimen de partidos en que se estructura, modificó la forma de integración del Consejo Nacional Electoral, estableciendo que sus miembros serán elegidos por el Congreso de la República en pleno, de listas de candidatos presentadas por los partidos y los movimientos políticos con personería

jurídica. Al respecto la reforma constitucional modificó el artículo 264 de la siguiente manera:

*ART 264. El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro (4) años, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, **previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos.** Sus miembros serán servidores públicos de dedicación exclusiva, tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y podrán ser reelegidos por una sola vez.*

Es así que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2003, el artículo 264 constitucional, que regula la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral y su conformación, resultó modificado en los siguientes aspectos:

1. La atribución de la elección de los magistrados del CNE radica en el Congreso de la República en Pleno, mientras que con anterioridad al cambio constitucional dicha facultad radicaba en el Consejo de Estado.
2. La elección de los miembros del CNE está sujeta al sistema de cifra repartidora.
3. Con posterioridad a la reforma, los consejeros electorales se eligen como consecuencia de la postulación de partidos o movimientos políticos con personería jurídica, o de coaliciones entre estos, mientras

que con la normativa anterior, los consejeros eran elegidos de ternas elaboradas únicamente por movimientos o partidos políticos con personería jurídica, sin que las coaliciones entre estos tuvieran la posibilidad de hacerlo.

4. A partir del cambio normativo, quedó derogada la disposición que establecía que los miembros del CNE debían reflejar la composición política del Congreso.
5. Y, finalmente, desde ese momento existe la posibilidad de que los miembros del CNE sean reelegidos hasta por una vez, mientras que con la normativa anterior, no era jurídicamente posible tal reelección.

Bajo estos presupuestos, se colige que el cambio constitucional contenido en el Acto Legislativo 01 de 2003, obedeció a la necesidad de que los partidos políticos se encuentren representados dentro del CNE, garantizando un equilibrio político al momento de decidir los asuntos propios de su competencia, con la posibilidad de que las minorías partidistas tengan participación y representación en una organismo que aborda y decide temas relevantes para su organización y, por ende, para la democracia misma del país.

Ahora bien, esta necesidad de representación de los partidos políticos y la posibilidad de inclusión de las minorías en su composición, surge prioritaria, en virtud a las funciones desarrolladas por el CNE, de ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral, velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos, revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de

elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados, así como reconocer y revocar la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos.

Si bien, estas funciones son en estricto sentido funciones administrativas, su ejercicio inevitablemente genera consecuencias de carácter político en la organización interna de los partidos y de contera en la legitimidad de las decisiones del pueblo. Es por ello fundamental la garantía de representación de los partidos políticos insistentemente señalada, a fin de garantizar el cumplimiento del espíritu y el sentido de las normas constitucionales.

Corolario de lo anterior, teniendo presente que en el CNE confluyen las diferentes fuerzas partidistas que actúan en nuestro sistema democrático, organizadas por bancadas, y que las decisiones administrativas de este órgano tienen trascendencia importante dentro de la estructura de los partidos y movimientos políticos, no puede concluirse en forma diferente a que el origen de esta institución es eminentemente político.

Su elección es precisamente uno de los pocos eventos en los que el Congreso Nacional se reúne en pleno, esto es, con la integración de sus dos cámaras, a fin de que los partidos políticos que las componen ejerzan el poder y su derecho de elegir a los representantes de sus bancadas para ejercer a través de ellos, sus derechos de vigilancia sobre el denominado asunto electoral.

Así ya lo ha determinado la Corte Constitucional al referirse al origen de las Instituciones que conforman la organización electoral, en la sentencia C-230A de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil):

“El origen que se le asigne a un organismo o institución suele ser acorde con la índole de institución o del respectivo órgano y, ciertamente en este tema la reforma [Acto Legislativo 01 de 2003] introdujo importantes variaciones.

(...)

*En cuanto hace al Consejo Nacional Electoral, de la elección por el Consejo de Estado de ternas elaboradas por los partidos y movimientos políticos y de la exigencia de “reflejar la composición política del Congreso”, en virtud de la reforma constitucional de 2003 se pasó a la elección por el Congreso de la República en pleno, previa postulación de los partidos o movimientos o de coaliciones “ente ellos”, dato este último **mediante el cual se pretende una integración plural que brinde mayores garantías que el simple reflejo de la composición política del Congreso.***

(...)

[E]l origen del Consejo Nacional Electoral confirma su carácter político y su calidad de instancia de concertación entre distintas tendencias políticas en temas tales como los topes de campaña o la publicidad electoral. (Negritas fuera del texto original)

De la revisión de los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales puede establecerse con claridad que el CNE tiene, (i) un específico y singular

procedimiento de elección y conformación de carácter eminentemente político y (ii) unas competencias constitucionales autónomas de carácter administrativo con consecuencias políticas dentro del sistema electoral.

En resumen, el CNE es un organismo autónomo de rango constitucional, dotado de autonomía administrativa y financiera que tiene un origen eminentemente político por cuanto: (i) la postulación y elección de los magistrados que representan esta organización, proviene de los partidos políticos y las diferentes bancadas con representación en el Congreso, es decir de las organizaciones de individuos con características ideológicas o filosóficas afines, que convergen en la creación de una entidad mas fuerte denominada partido político y (ii) poseen funciones constitucionales que, aunque de naturaleza netamente administrativa, producen unas consecuencias políticas dentro de los partidos y la sociedad.

Ahora bien, el origen político de los miembros que integran el CNE y la representación que en su seno gozan las bancadas con asiento en el Congreso de la República, huelga decirlo, jamás implica que las funciones netamente administrativas que ejerzan los miembros de este órgano autónomo, sean ejercidas de una manera arbitraria o bajo sus propios intereses, pues en su desarrollo dichas competencias están absolutamente regladas al punto que (i) dejan un campo casi nulo para la discrecionalidad y (ii) están sujetas al control jurisdiccional.

En efecto, la Corte Constitucional ha evidenciado ese carácter reglado de la función ejercida por el CNE, en el sentido de que sus decisiones deben observar las normativas constitucionales y legales que rigen la actividad electoral y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos. Así lo expresó en la sentencia C-490 de 2011 M.P. (Luis Ernesto Vargas Silva):

*“Por último, no puede perderse de vista que la función de la resolución de controversias que el legislador estatutario confiere a la CNE, esta a su vez sometida al escrutinio judicial. Ello en razón que las decisiones de ese organismo son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por ende, se está ante un procedimiento reforzado de protección de las normas constitucionales, legales y estatutarias, aplicables a la organización y funcionamiento de partidos y movimientos políticos, con control en sede electoral por parte del CNE y judicial ante el contencioso. Todo esto bajo el entendido que, como se ha señalado insistentemente en la presente decisión, **la actividad del CNE tiene como marco y límite las regulaciones constitucionales y legales referidas tanto a la actividad electoral, como a la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos.**” (Negrillas fuera de texto original)*

4.2. Implementación del régimen de bancadas y trasgresión a sus principios básicos (artículo 108 Constitucional)

4.2.1. Concepto y antecedentes

La reforma política introducida al ordenamiento jurídico con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2003 incorporó al artículo 108 constitucional, un nuevo esquema de funcionamiento para los partidos y movimientos políticos, régimen de bancadas en el que, como bien lo ha establecido la Corte Constitucional se previó que *“(i) los miembros de las corporaciones públicas elegidos por un mismo movimiento o partido político deben actuar en ellas como bancadas, en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas; (ii) la disciplina de bancadas solo se dispensa cuando se trate de asuntos*

de conciencia, determinados por los estatutos internos de los partidos y movimientos políticos; y (iii) esos mismos estatutos podrán establecer sanciones a los miembros de las bancadas por la inobservancia de las directrices fijadas por estas¹¹.

A partir de la mencionada reforma, el texto del artículo 108 de la Constitución Política es el siguiente:

“El Consejo Nacional Electoral reconocerá Personería Jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al dos por ciento (2%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.

Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

¹¹ Sentencia C – 303 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

La ley determinará los requisitos de seriedad para la inscripción de candidatos.

Los estatutos de los partidos y movimientos políticos regularán lo atinente a su régimen disciplinario interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano 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”.

Sin duda, esta previsión estuvo dirigida a fortalecer las decisiones de los partidos y movimientos políticos, por encima de las opciones defendidas individualmente por los miembros que integran las corporaciones públicas. Así lo ha determinado además la Corte Constitucional al señalar las características del sistema de bancadas introducido por el Acto Legislativo 01 de 2003:

“El régimen de bancadas políticas creado por el Acto Legislativo 01 de 2003 que reformó, entre otros, el artículo 108 de la Constitución y por la Ley 974 de 2005,

que desarrolla dicho régimen y adecua el reglamento del Congreso a sus previsiones, tiene como principio rector el incentivar el funcionamiento disciplinado de los partidos, reduciendo las posibilidades de que miembros de un mismo partido o movimiento político sostengan posiciones diversas o, incluso, contradictorias respecto de un mismo tema. El artículo 108 de la Constitución determinó que la bancada estará conformada por los miembros de un partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos que hayan sido elegidos a partir de una misma lista., de donde deriva el deber de actuar en bancada. La regla de funcionamiento de la bancada será que la misma sostenga un único parecer respecto de los temas que se debatan y que se voten al interior de los cuerpos colegiados de elección popular; siendo la única excepción a esta regla la objeción de conciencia que, en ejercicio de derecho fundamental de libertad de conciencia, pueden sostener los miembros de la bancada que quieran separarse de las decisiones tomadas en su seno. En cuanto es la unidad de criterio, que constituye la esencia de la decisión en bancada, los congresistas deben ser respetuosos de los acuerdos adoptados en su seno y, en consecuencia, respaldarlas tanto en el transcurso de los debates, como al momento de manifestar su apoyo en las votaciones. Con el objetivo de dar fortaleza a las bancadas en el camino por que sus miembros acaten la disciplina propia de su funcionamiento, la disposición constitucional estableció un régimen disciplinario que permite a los partidos y movimientos políticos sancionar a los miembros de su bancada en los casos en que no se actúe de conformidad con lo acordado por ésta, permitiendo que se impongan aquellas medidas previstas en los estatuto del partido, en que las consecuencias de las sanciones impuestas pueden extrapolar la órbita de miembro del partido y afectar su condición de servidor público, es decir, en cuanto miembro de la corporación pública¹²”.

Corroborar lo anterior, la exposición de motivos del proyecto de Acto Legislativo Número 01 de 2002, Senado, 136 de 2002 Cámara, al establecer que el propósito

¹² Sentencia C 141 de 2010. M.P. Humberto Sierra Porto.

fundamental de la reforma fue el del fortalecimiento de los partidos, expresándose lo siguiente:

*“Sobre este punto se constata hoy en día el más amplio de los consensos, no solo en el Congreso de la República, sino en la opinión pública nacional. No cabe duda de que buena parte de lo que se denomina como “crisis de legitimidad” del sistema político Colombiano nace de una crisis de nuestro sistema de partidos. **La carencia de partidos sólidos** – esto es, partidos estables, organizados, disciplinados, enriquecidos con vigorosos mecanismos de democracia interna que le permitan aumentar su capacidad de convocatoria y respetar los matices ideológicos en su seno- explica buena parte de las dificultades del engranaje político colombiano. **Esa carencia ha sido cubierta, de manera infortunada, por el imperio de los caudillismos políticos, la política al detal, y la proliferación de las llamadas “microempresas electorales”,** cuya existencia anula el debate político, y convierte a nuestra democracia en un sistema de pequeñas transacciones, útiles solo para la satisfacción, no de los grandes intereses colectivos, sino de las necesidades individuales de los caudillos y su reducido grupo de electores.”* (Negritillas fuera del texto original).

En suma, con la reforma constitucional de 2003 se adoptaron varias medidas que permitieron fortalecer la democracia colombiana y su régimen de partidos. Así, se imponen requisitos más estrictos para obtener personería, se obliga a los partidos a actuar y votar mediante bancadas en las diferentes corporaciones de elección popular, entre otras medidas, con el único propósito de contrarrestar, en las palabras del constituyente derivado, *“la política de los personalismos, y la multiplicidad de partidos y movimientos que solo representan a sus miembros”,* lo cual *“no solo aumenta los costos de la política, y la vuelve excluyente y poco democrática, sino que abre la puerta para experimentos políticos endebles y*

peligrosos, que pueden llevar, y de hecho han llevado, a saltos al vacío en la conducción de asuntos públicos. Ello, para no mencionar el caótico sistema que actualmente existe en el país, propicia regímenes autoritarios o corruptos”, pues ese era el sentir del Congreso de la República y de los colombianos en general: que de no tomarse este tipo de medidas se pondría en juego la democracia participativa en la que se funda la República de Colombia.¹³

4.2.2. El desconocimiento del régimen de bancadas

De conformidad con el artículo 108 de la Constitución Política y la Ley 974 de 2005, los miembros de partidos y movimientos políticos deben actuar en bancadas al interior de las diferentes corporaciones de representación popular, es decir, deben estarse a lo dispuesto en las decisiones que adopten sus respectivas bancadas.

Como desarrollo del referido artículo constitucional, la Ley 974 de 2005, Ley de Bancadas, estipula en sus artículos 2 y 5:

“ARTÍCULO 2o. ACTUACIÓN EN BANCADAS. Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente y emplearán mecanismos democráticos para tomar sus decisiones al interior de las corporaciones públicas en todos los temas que los Estatutos del respectivo Partido o Movimiento Político no establezcan como de conciencia”.

“ARTÍCULO 5o. DECISIONES. Las bancadas adoptarán decisiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo segundo de esta ley. Cuando la decisión frente a un tema sea la de dejar en libertad a sus miembros para

¹³ Constitución Política de Colombia, artículo 1.

votar de acuerdo con su criterio individual, se dejará constancia de ello en el acta respectiva de la reunión de la bancada”.

De conformidad con lo anterior, la inobservancia de las directrices por parte de los miembros de las bancadas puede ser sancionada, gradualmente, atendiendo la gravedad de su falta, hasta con expulsión del respectivo movimiento o partido atendiendo a lo estipulado en sus estatutos.

Ahora bien, para que un partido imparta una orden o directriz a su respectiva bancada, con el fin de que sus militantes voten en el Congreso en forma unificada, se requerirá: **i) que efectivamente exista una directriz por parte del partido que determine el sentido de la votación, para los miembros del mismo y ii) la justificación deontológica de la directriz del partido o movimiento, la cual debe tener un fundamento constitucional o legal.**

La violación al régimen de bancadas se producirá, entonces, cuando cumpliéndose los requisitos previamente expuestos, el militante del partido o movimiento, se abstenga de votar conforme al acuerdo interno y la directriz impuesta, o vote en contra de la misma.

4.2.3. El precedente jurisprudencial de la Sala de Sección

Tal y como lo evidencian los demandantes, la Sección Quinta en una providencia cuya ponencia correspondió al Dr. Darío Quiñones Pinilla, en su oportunidad resolvió sobre la demanda de nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección del Secretario de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la

Cámara de Representantes, para el período 2006 a 2010, planteándose como problema jurídico el siguiente:

“En ese orden de ideas, corresponde a la Sala definir si, como lo plantea el demandante, determinadas reglas de procedimiento – citadas como de obligatoria observancia en el proceso de elección no popular cuyo resultado cuestiona-, exigen que el voto de cada elector sea secreto”¹⁴

Se hizo referencia a la normativa aplicable de la siguiente manera:

“Ocurre que la Ley 5ª de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso: el Senado y la Cámara de Representantes, se ocupa de definir los sistemas de votación a los cuales deben acudir los Congresistas para declarar su voluntad acerca de una iniciativa o un asunto de interés general. Y, dentro de tales sistemas, prevé el de la votación secreta, en los siguientes términos:

“Artículo 131.- Votación secreta. No permite identificar la forma como vota el Congresista. Las rectificaciones sólo serán procedentes cuando el número de votos recogidos no sea igual al de los votantes”.

Esa votación sólo se presentará en los siguientes eventos:

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Fallo del 23 de marzo de 2007, Proceso 11001-03-28-000-2006-00172-01, MP. Darío Quiñones Pinilla.

a) *Cuando se deba hacer una elección;*

b) *Para decidir sobre proposiciones de acusación ante el Senado, o su admisión o rechazo por parte de esta Corporación;*⁴

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

Aprobado el efectuar la votación secreta, el Presidente dispondrá repartir papeletas que tengan impresas, en una de sus caras, las leyendas "Sí" o "No", y espacios para marcar. El Secretario llamará a cada Congresista, según el orden alfabético de su apellido, para que deposite la papeleta en la urna. Previamente el Presidente designará una comisión escrutadora.

Parágrafo. *Solicitada una votación nominal y una secreta para un mismo artículo o grupo de artículos, se definirá en primer orden la votación secreta"*

(...)

*De manera que, de acuerdo con el tenor literal de las normas transcritas, toda elección a cargo del Congreso debe hacerse por el sistema de votación secreta, esto es, de modo tal que no sea posible "identificar la forma como vota el Congresista"*¹⁵.

Y se definió el régimen de bancadas como una regla de procedimiento, en los siguientes términos:

¹⁵ *Ibidem.*

“La actuación como bancada es un mecanismo diseñado para dotar de agilidad y seriedad la dinámica del debate al interior de las corporaciones públicas, que contribuye al fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos, pues supone un mínimo de coherencia y solidez de éstos, al exigir que el proceso de toma de decisiones de esas corporaciones gire en torno a los criterios previamente adoptados por tales organizaciones políticas”¹⁶.

“En criterio de esta Sala, el régimen de bancadas es, en últimas, una regla de procedimiento a la cual se somete la actividad de las corporaciones públicas, con una única salvedad: los asuntos de conciencia que determinen los estatutos internos de los partidos y movimientos políticos”¹⁷.

Igualmente, se hizo alusión a la excepción de los asuntos de conciencia, para la aplicación de la regla de procedimiento del régimen de bancadas, en los siguientes términos:

“Pues bien, en términos generales, la nueva regla de funcionamiento de las corporaciones públicas obliga a que, en la mayoría de los casos, sea la bancada y no cada uno de los Congresistas que la integran, quien determine el sentido en que se emitirá cada voto individual. Por tanto, es válido suponer que, en tales eventos, el voto de cada Congresista se emitirá en cumplimiento del deber que le impone el nuevo régimen, es decir, en el sentido democráticamente acordado al interior de la bancada de la cual hace parte, según las reglas que al respecto haya adoptado el estatuto interno del

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

partido o movimiento político de que se trate (artículo 4° de la Ley 794 de 2005).

Surge de lo dicho que, salvo los asuntos de conciencia que definan los estatutos internos de cada partido o movimiento político (artículo 5° de la Ley 794 de 2005), el voto de cada Congresista no puede ser secreto, al menos, frente a sus compañeros de bancada, pues, se insiste, la ley obliga a que "Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente" (artículo 2°, ibídem). En esa hipótesis, no hay duda de que todo Congresista está obligado a votar en el sentido determinado por la bancada de la cual hace parte, lo que supone el conocimiento previo por parte de sus compañeros de bancada del sentido en que votará"¹⁸

Y en relación con el secreto del voto determinó:

"Esa trascendental limitación en el ejercicio del derecho al voto de los Congresistas, el cual sigue siendo "personal, intransferible e indelegable" (numeral 3° del artículo 123 de la Ley 5ª de 1992), desvirtúa el carácter secreto que pudiera pretenderse de esa manifestación de voluntad, pues, a menos que se trate de un asunto de conciencia, el sentido en que se emitirá el voto se supone previamente conocido, al menos, por todos los miembros de la bancada, en cuanto fue ésta quien lo determinó mediante decisión de obligatorio acatamiento por todos sus miembros, al punto de que "la inasistencia a las reuniones de las bancadas no excusará al ausente de actuar conforme a las decisiones adoptadas por las mismas" (artículo 4° de la Ley 794 de 2005).

¹⁸ Ibídem

Además de lo anterior, no debe dejarse de lado la posibilidad de que, en relación con determinado punto del debate, el sentido del voto de cada Congresista, sometido a una directriz de bancada, sea conocido, no solamente por los miembros de su bancada, sino, además, por los miembros de otras”¹⁹.

“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”²⁰.

De forma tal que se concluyó:

“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 2° del Acto Legislativo 01 de 2003, la conclusión no puede ser otra que la de entender que la regla de

¹⁹ *Ibíd*em

²⁰ *Ibíd*em

procedimiento contenida en los artículos 131, literal a) y 136, numeral 2°, de la Ley 5ª de 1992 no resulta aplicable en materia de elecciones a cargo del Congreso.

Precisado lo anterior y para retomar el orden de ideas propuesto, la Sala concluye que, en este caso el asunto decidido mediante el acto acusado (elección del Secretario de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes para el período 2006 a 2010) corresponde al ejercicio de la función electoral y, por tanto, es de aquellos no excluidos de la regla general de funcionamiento de las corporaciones públicas que obliga a los elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano a actuar como bancada (artículo 108 de la Carta Política, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2003, y Ley 974 de 2005).

Y, como quiera que el proceso de votación que culminó con el acto de declaratoria de elección acusado debía someterse a la directriz que impusiera cada bancada involucrada, es evidente que dicha votación no podía adelantarse con sujeción al sistema de votación secreta previsto en los artículos 131, literal a) y 136, numeral 2°, de la Ley 5ª de 1992, por ser ese sistema abiertamente incompatible con los requerimientos mínimos del modelo de debate que exige la aplicación efectiva del régimen de bancadas²¹.

Pues bien, esta Sala de Decisión acoge, para el caso sub examine, dicho precedente jurisprudencial, con la observación y rectificación de que si bien los artículos 131, litera a) y 136, numeral 2, de la Ley 5 de 1992, no resultan aplicables a la elección de Magistrados del CNE, esta normativa sí podría ser aplicable a otro

²¹ *Ibidem*

tipo de elecciones a cargo del Congreso. Es decir, que la inaplicabilidad de la normativa mencionada no es absoluta, pues en ocasiones resultaría aplicable a otras elecciones a cargo del Congreso.

En efecto, en criterio de esta Sala de Decisión, los artículos 131, literal a) y 136, numeral 2, de la Ley 5 de 1992, que establecen la votación secreta como excepción al voto nominal y público propio del régimen de bancadas, no se hallan derogadas *per se*; sino que este régimen, es inaplicable y torna inconstitucional, cuando los partidos o movimientos políticos, (i) hayan impartido una orden que determine el sentido de la votación para los miembros del mismo y (ii) exista dentro del ordenamiento jurídico la justificación deontológica de la directriz impartida -deber ser de la votación pública-, como en efecto ocurre frente a la elección de magistrados del CNE, acaecida el 10 de agosto de 2010, como se explica a continuación.

4.2.4. El caso concreto

En la elección sub-examine resulta evidente el acaecimiento de las dos condiciones expuestas para la operancia del régimen de bancadas. En efecto, los partidos y movimientos políticos impartieron una orden que determinó el sentido de la votación para los miembros de su bancada e indudablemente, existe dentro del ordenamiento jurídico, una justificación deontológica de la directriz impartida -deber ser de la votación pública-

En la elección de Magistrados del CNE, que tuvo lugar el 10 de agosto de 2010, resultó probada en el plenario, la conformación de tres planchas compuestas del siguiente modo:

1. Partido de la U, Partido Conservador, Partido Liberal y Partido Cambio Radical (Coalición de Gobierno);

Candidato	Partido
1. Oscar Giraldo Jiménez	Partido de la U
2. Juan Pablo Cepero Márquez	Partido Conservador
3. José Joaquín Vives Pérez	Partido Liberal
4. Luis Bernardo Franco Ramírez	Partido de la U
5. Nora Tapia Montoya	Partido Conservador
6. Gilberto Rondón González	Partido Liberal
7. Pablo Guillermo Gil de la Hoz	Partido de la U
8. Carlos Ardila Ballesteros	Partido Cambio Radical
9. Jore Humberto Mantilla	Partido Conservador

2. Polo Democrático, Partido Verde, Alianza Social Indígena y Autoridades Indígenas de Colombia;

Candidato	Unanimidad entre partidos de la plancha
1. Rodolfo Arango	Voto Preferente
2. Antonio Lizarazo	Voto Preferente

3. Partido de Integración Nacional.

Candidato	Partido
1. José Joaquín Plata Albarracín	PIN

Este hecho, de por sí, evidencia un acuerdo interno de cada uno de los partidos con el fin de presentar sus propios candidatos para ser elegidos en representación de cada una de sus bancadas, amén de las declaraciones que obran en actas que dan fe de estos acuerdos internos²².

Lo anterior se ve plasmado, a manera de ejemplo, en las siguientes intervenciones:

Intervención del Representante a la Cámara Germán Varón Cotrino (Cambio radical): *“Reiterar como dijo la Dra. Myriam Paredes que entonces, según lo que se ha acordado esa lista de Unidad Nacional va en la Plancha 1 y en esa plancha para los miembros de cambio radical va nuestro candidato y obviamente reiterar la votación negativa para el caso de los impedimentos. Gracias Presidente”.*

Intervención del Senador Juan Carlos Rizzetto Luces (Partido de Integración Nacional): *“Entonces, mi invitación al Partido de Integración Nacional a que votemos por la Plancha No. 3 que es la Plancha que hemos presentado como bancada del Congreso de la República. Muchísimas gracias”.*

Igualmente, frente al segundo requisito referido a la justificación deontológica de la orden de votar en un determinado sentido, es decir el deber ser de la votación

²² Folio 33 del expediente: intervenciones de la Senadora Myriam Alicia Paredes Aguirre (Partido Conservador); del Representante a la Cámara Germán Varón Cotrino (partido Cambio Radical) y del Senador Juan Carlos Rizzetto Luces (Partido de Integración Nacional). Folio 34 del expediente: intervención del Senador Jorge Enrique Robledo Castillo (Polo Decmoráctico Alternativo)

pública, a esta altura del análisis resulta cumplido de perogrullo. En efecto, el origen político del CNE, derivado de la evidente representación de las bancadas en la conformación de dicho órgano autónomo, deviene en el deber ser exigido, es decir, la votación pública y nominal a efectos de “identificar la forma como vota el congresista” y garantizar el cumplimiento de la filosofía que orienta el régimen de bancadas, evitando el transfuguismo, que aupado en el voto secreto, generaría la trasgresión patente de la finalidad que persiguió la consolidación del mismo régimen a través de las reformas constitucionales de 2003 y 2009. De lo contrario los acuerdos internos y pactos de coalición pueden resultar inanes.

En efecto, a pesar de que para la época de la pasada elección de los magistrados del CNE, ya estaba plenamente vigente el régimen de bancadas, la Sala pone de presente que del plenario existente en el proceso se evidencia claramente, como pasará a demostrarse, que en dicha elección se vulneró el mismo al no existir una disciplina partidista y que esto acaeció precisamente como consecuencia directa de que algunos de los miembros de las bancadas, valiéndose del voto secreto, dejaron de votar, o no votaron por la plancha conformada por su propio partido, o simplemente votaron por otra, reflejándose ello claramente en las resultas de la elección de los miembros del CNE.

Huelga manifestar que los diferentes congresistas deberían votar en bancada por la plancha presentada por su respectivo partido. Pues bien, de los documentos que obran en el proceso y revisado el llamado a lista para la sesión del 30 de agosto de 2010²³, la Sala advierte que el mismo fue atendido por 262 parlamentarios, 98 Senadores y 164 Representantes a la Cámara, que se hicieron presentes en la mencionada sesión²⁴. Pese a los anterior, 2 parlamentarios, 1 Senador de la

²³ Folios 28 a 30 del expediente, obrante en el acta de la elección demandada.

República y 1 Representante a la Cámara, dejaron constancia de su retiro del recinto. Así las cosas debían votar 260 Congresistas.

Si se hubiese votado de conformidad con los lineamientos de cada partido, en virtud del respeto al régimen de bancadas y si todos los parlamentarios hubieran permanecido en la sesión, habría ocurrido lo siguiente:

1. 209 de los 260 congresistas, por pertenecer a los partidos De la U, Conservador, Liberal y Cambio Radical, han debido votar por la plancha No. 1.
2. 24 de los 260 congresistas, por pertenecer a los partidos del Polo Democrático, Partido Verde, Alianza Social Indígena y Autoridades Indígenas de Colombia, han debido votar por la plancha No. 2
3. 20 de los 260 congresistas, por pertenecer al Partido de Integración Nacional, han debido votar por la plancha No. 3²⁵.

Pese a lo anterior, los resultados de la votación fueron los siguientes:

1. El total de la votación sólo fue de 256 y no de 260 votos.
2. 205, y no 209, fueron los votos a favor de la plancha de coalición de gobierno.
3. 26 votos a favor de la plancha propuesta por el Partido de Integración Nacional, cuando sólo contaban con 20 congresistas presentes.
4. 25 a favor de la plancha presentada por el Polo Democrático, Partido Verde, Alianza Social Indígena y Autoridades Indígenas de Colombia, aún cuando

²⁵ Los 7 parlamentarios restantes, pertenecían a partidos o movimientos políticos que ni directa ni conjuntamente presentaron planchas. Estos parlamentarios tenían la siguiente filiación: i) MIRA 2, ii) Apertura Liberal 2, iii) MPU 1, iv) Afrovides 1 y, v) Nuevo Liberalismo.

los parlamentarios de estos partidos superaban por 4 a los del Partido de Integración Nacional.

Resulta evidente y no sobra manifestar que la elección de los magistrados del CNE no puede constituir un asunto de conciencia en el que los parlamentarios pudieran libremente definir el sentido de su votación. Todo lo contrario, el solo hecho de la conformación de las planchas denota la existencia de una determinada directriz por parte de cada una de las bancadas, circunstancia que además tiene sustento en las diferentes intervenciones de los voceros de dichos partidos cuando instaban a sus miembros a votar por la respectiva plancha, como quedó expuesto; amén de la obligatoriedad del voto público, dado el origen político de este órgano autónomo y la representación que en él deben tener las diversas bancadas con asiento en el Congreso de la República.

4.3. La votación nominal y pública como expresión de la representación popular, la justicia y el bien común (artículo 133 constitucional)

4.3.1. Concepto y antecedentes

En primer lugar, la Sala se referirá al argumento de defensa traído a colación por los demandados, sobre el principio universal del voto secreto que, entienden, debe tener aplicación no sólo en las elecciones primarias, en las que los ciudadanos eligen a sus representantes en los diferentes niveles territoriales, sino también en las elecciones que efectúe el Congreso de la República, para luego adentrarnos en el análisis del contenido del artículo 133 constitucional -Acto Legislativo 01 de 2009- que no hace otra cosa que ratificar en términos de filosofía -representación, justicia y bien común- y procedimiento -exigencia taxativa del voto nominal y público- lo

expuesto en líneas anteriores de esta sentencia y referido al respeto al régimen de bancadas.

Es sabido que el voto secreto halla su justificación en la necesidad de garantizar al ciudadano elector total independencia y autonomía respecto del sentido de su votación, pues de cualquier otra forma se vería amenazado el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir y ser elegidos que consagra el artículo 40 constitucional.

Sobre el particular ha expresado la Corte Constitucional:

*“El desarrollo del derecho electoral desde el siglo XIX ha llevado a la formulación y aceptación general de cuatro principios clásicos del sufragio, de acuerdo con los cuales el voto debe ser universal, igual, directo y secreto. La categoría de universal significa que el voto es un derecho que le corresponde a todos los nacionales de un país, independientemente de su sexo, raza, ingresos y propiedades, educación, adscripción étnica, religión u orientación política. El derecho de sufragio responde al concepto de igualdad cuando los votos de todos los ciudadanos - sin importar, nuevamente, su condición social, económica, religiosa, política, etc. - tienen el mismo valor numérico para efectos de la distribución de las curules o cargos en disputa. Igualmente, será directo en la medida en que los ciudadanos puedan elegir a sus representantes o gobernantes, sin necesidad de intermediarios que decidan independientemente sobre el sentido de su voto. **El voto es secreto en la medida en que se garantiza al ciudadano que el sentido de su elección no será conocido por las demás personas, situación que le permite ejercer su derecho de sufragio sin temer represalias o consecuencias adversas, con lo cual podrá ejercer su derecho de sufragio de manera completamente libre.** La importancia de los principios*

*del derecho electoral se evidencia en el hecho de que su aplicación o inaplicación es tomada en cuenta en el momento de entrar a definir si un determinado régimen político es democrático o no*²⁶. (Negrillas fuera del texto original)

El carácter secreto del voto ha sido reconocido constitucionalmente en el artículo 190, que se refiere a la elección del presidente, y también en el artículo 258 en el que expresamente se indica que *“en todas las elecciones, los ciudadanos votarán secretamente en cubículos individuales”*.

En idéntico sentido, los tratados internacionales que sobre la materia ha adoptado Colombia replican el principio universal del secreto del voto:

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

Ratificada por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966.

[...]

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T 261 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Artículo 25. 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;*
- 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”.*

“Convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos

San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

(Pacto de San José)

Ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”.

Artículo 23. Derechos Políticos. 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*²⁷.

De la simple lectura de las normas constitucionales e internacionales transcritas se desprende que la razón de ser del principio universal del secreto del voto es la protección de la libertad de los electores, de forma tal que se haga imposible constreñirlos, físicamente o de cualquier otra forma, en su voluntad electoral.

²⁷ Cfr. En el mismo sentido:

- a. El artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948).

Artículo 21:

- 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
 - 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
 - 3. **La voluntad del pueblo** es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual **y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.**
- b. El artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948). reimprimido en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992).

Artículo XX.

Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Sin embargo, en un régimen de bancadas, el principio universal del voto secreto para la protección de la libertad de los electores no puede ser la regla general en relación con el acto colectivo por medio del cual las cámaras y sus comisiones declaran su voluntad respecto de una iniciativa o asunto de interés general, como lo ha reconocido la Corte cuando expresa que el reglamento del Congreso:

“Consagra adicionalmente que [s]ólo los congresistas tienen voto, dando plena aplicación al principio de democracia representativa –artículo 3º de la Constitución-. Las reglas aplicables serán las previstas en el art. 123 RC, entre las que se resalta el carácter personal e intransferible del voto y el hecho de que toda proposición que se quiera votar ha debido ser debatida antes de votarse, teniendo en cuenta las contadas excepciones presentes en el reglamento. Un punto importante es el consagrado por el artículo 132 RC de acuerdo con el cual una vez anunciado por el presidente la iniciación de la votación, no podrá interrumpirse, salvo que el congresista plantee una cuestión de orden sobre la forma como se está votando.

Respecto del método de votación que debe ser empleado el art. 5º del acto legislativo 01 de 2009, modificatorio del artículo 133 de la Constitución, determinó que la regla general de votación desde esa fecha sería la votación nominal, lo que sumado a la ya existente característica de publicidad crea una condición inmejorable de transparencia y, además, de responsabilidad – accountability- de los congresistas ante sus electores, profundizando las bases democráticas del procedimiento de creación legislativa en el ordenamiento colombiano”²⁸

En el evento sub examine, como se halla demostrado en el plenario, los parlamentarios **tenían un vínculo ineludible con su bancada**, de forma tal que

²⁸ Sentencia C 141 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

más que garantizar la libertad y la autonomía de los parlamentarios electores, debía buscarse la manera de darle peso al régimen de bancadas, lo que no podía ocurrir si se aplicaba un sistema secreto de votación. Precisamente para este tipo de situaciones y con el ánimo de fortalecer aún más la democracia colombiana y el régimen de partidos políticos, fueron aprobadas las modificaciones constitucionales del Acto Legislativo No. 1 de 2009.

En el artículo 133 constitucional, a fin de fortalecer el régimen de bancadas y dar consecuencias jurídicas a su transgresión, se estableció **como regla de procedimiento** que el voto de los miembros de cuerpos colegiados de elección directa sería nominal y público, **excepto en los casos que determinara la ley**. Procedimiento con el que indudablemente se permite que los partidos y movimientos políticos tengan control efectivo respecto de las actuaciones de sus militantes y, por ende, puedan darle aplicación a sus estatutos cuando quiera que sus directrices sean desconocidas. Empero, más importante que ello, es que a través de la exigencia constitucional del voto nominal y público, se garantice una efectiva representación popular y la materialización de los principios de justicia y bien común en el asunto electoral a cargo del Congreso de la República. Por ello se expresó en la exposición de motivos previa a la aprobación del artículo 133 constitucional que este voto nominal y público operaría *“como mecanismo para visibilizar la gestión de las corporaciones públicas y aumentar la responsabilidad de sus miembros, se propone adicionar el artículo 133 Constitucional, estableciendo la votación nominal y pública como regla para la adopción de sus decisiones, reservando solo los casos que se exceptúen legalmente”* y que *“que el artículo es conveniente ya que el voto nominal y público permite un **mayor control por parte de los electores sobre las decisiones tomadas por sus elegidos**. Este es un principio básico de la democracia participativa que debe regir en un Estado como el*

*Colombiano, que ha adoptado esta forma de gobierno en la Constitución*²⁹.
(Negrillas fuera del texto original)

El artículo 133 constitucional no solo ratifica y pretende hacer efectivo el régimen de bancadas expuesto y que se consagró en la reforma constitucional de 2003 (artículo 108), sino además, tiene como finalidad y propósito garantizar la representación popular, permitiendo un mayor control de los electores sobre las decisiones que tomen los miembros de sus partidos y, con ello, la materialización de los conceptos de justicia y bien común contenidos en la misma norma. En otras palabras, el artículo 133 constitucional, trasciende del régimen de bancadas, a la consolidación de la verdadera democracia participativa y materialización de los principios que la orientan.

Huelga manifestar que la forma y el procedimiento conforme al cual el artículo 133 pretende esta materialización de principios, lo constituye la exigencia jurídica constitucional del voto nominal y público en todas las actuaciones de los partidos, salvo las excepciones previstas en la ley. Lo anterior implica que el contenido normativo constitucional es vinculante y por ende produce efectos jurídicos.

Desde 1992, la Corte Constitucional viene explicando que *“el principio de la participación se constituye en elemento esencial dentro de la filosofía política que inspira la Carta y en sustento innegable de las nuevas instituciones.”*³⁰ Y que: *“[e]l tránsito de una democracia representativa a una participativa (C.P. art. 1º) significa abandonar un sistema político y social restringido a la elección de los*

²⁹Exposición de Motivos Acto Legislativo No. 1 de 2009

³⁰ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. T-003 de 1992, 11 de mayo de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero Y Fabio Morón Díaz, y Sentencia C-454 de 1993, 13 de octubre de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

representantes del electorado y adoptar un nuevo modelo que incorpora junto a los mecanismos tradicionales, instituciones de democracia directa -plebiscito, referéndum, iniciativa popular, revocatoria del mandato, cabildo abierto, etc-, y de participación en las decisiones que afectan a todos en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (C.P. art. 2º).

A diferencia de la anterior, la Constitución hace residir la soberanía en el pueblo, fuente del poder público. La elección directa del mayor número de gobernantes, el derecho de petición, la creación de juntas administradoras locales y regionales, los jueces de paz, son otras manifestaciones del ideario participativo que informa gran cantidad de preceptos constitucionales y que erige al pueblo y a los miembros de la comunidad en sujetos activos del proceso político y de la vida social en sus múltiples facetas.

Los derechos de participación democrática no se circunscriben a la esfera del poder político (C.P. art. 40). Se proyectan igualmente en el ámbito de los derechos colectivos.”³¹

Hacia 1996, la Corte empieza a perfilar su línea jurisprudencial según la cual la democracia participativa no sólo es un principio constitucional sino que, además, constituye un derecho para el ciudadano. Para esos efectos, la Corte deja manifiesto el supuesto del que parte la Constitución de 1991 de conformidad con el cual el ciudadano de a pie sí tiene “*algo que decir*”³² sobre las decisiones que habrán de tomarse y que a él le afecten. Lo plasma en los siguientes términos:

³¹ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. T-383 de 1993, 15 de septiembre de 1993, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³² República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia No. C-021 de 1996, 23 de enero de 1996, M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

“La democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio³³”.

Incluso en el año 2002, la Corte le otorga al concepto de democracia participativa el grado de derecho fundamental e indica, adicionalmente, que dicho derecho constituye una condición *sine qua non* para cumplir los fines del Estado social y democrático de derecho.

*“5. Uno de los principios que conforman el núcleo conceptual de la democracia participativa es, tal y como lo consagró el artículo 2 Superior, “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.” Y una de las características esenciales del nuevo modelo político inaugurado por la Constitución de 1991, consiste en reconocer que todo ciudadano tiene derecho no sólo a conformar el poder, como sucede en la democracia representativa, **sino también a ejercerlo y controlarlo**, tal y como fue estipulado en el artículo 40 constitucional.*

(...)

9. La representación efectiva es por lo tanto una característica inescindible

³³ Ibidem.

del derecho ciudadano al ejercicio del poder público a través de sus representantes. No puede aceptarse que una vez el ciudadano ha elegido, esa conformación del poder eventualmente deje de tener efecto por alguna circunstancia, y que frente a tal situación no exista un mecanismo para evitarla. Tal y como fue expresado en la sentencia T-1337 de 2001 , la representación efectiva es un derecho político por la conexión conceptual que establece con el derecho a elegir y ser elegido, por

el estrecho vínculo que establece con el fin político de conformación y ejercicio del poder por parte del ciudadano, establecido en la Constitución y por ser expresión de los mandatos y principios constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 3, 4 y 40. No es una excesiva extensión de los derechos políticos, como lo plantea el Consejo de Estado, sino que como ha sido visto, resulta necesaria para poder realizar y sobre todo concretar los principios de la democracia.³⁴ (Subrayas por fuera del texto original)

“10. Como reiteradamente ha considerado esta Corporación, porque es por medio de los derechos políticos como son realizados los mandatos constitucionales y democráticos, éstos tienen carácter fundamental [v] . Si no fuera así, no tendría efectividad el principio contenido en el artículo 2 constitucional, que le impone al Estado el deber de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”.

El derecho de participación democrática, pues, a través del ejercicio del control político de los electores sobre sus elegidos, indudablemente se materializa con la consagración expresa de la obligatoriedad del voto nominal y público en las corporaciones de elección popular y es el sustento de la filosofía constitucional que así lo desarrolla a través de la imposición política de un régimen de bancadas.

³⁴ Sentencia T-358 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

4.3.2. Precedente jurisprudencial de la Sala de Sección

Sobre el particular y sin existir esta normativa en el ordenamiento jurídico supremo, esta Sección había sostenido, como lo hizo notar el agente del Ministerio Público, en relación con la ausencia de consecuencias jurídicas derivadas del desconocimiento del régimen de bancadas, lo siguiente:

La Sección Quinta en el año 2008, con ocasión de una providencia con ponencia del Dr. Filemón Jiménez Ochoa, resolvió sobre la pretensión de nulidad del acto por medio del cual el Congreso en pleno declaró la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral para el periodo 2006 – 2010.

En el mencionado fallo, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en relación con la consecuencia jurídica del desconocimiento del régimen de bancadas, expresando:

“La Constitución Política consagra las sanciones que podría tener la persona que desatienda el deber de actuar en bancada, las cuales serán acordes a lo estipulado en los Estatutos del partido o movimiento, pero que pueden llegar hasta la expulsión del miembro de la bancada. La norma constitucional es muy clara al fijar las consecuencias de adoptar decisiones que se aparten de las directrices de la bancada, entendiéndose que esos asuntos son de la esfera interna de los partidos y movimientos y no pueden afectar las decisiones que por mandato popular deban tomar los representantes a una corporación pública.”

Es tan claro que son de la órbita interna de los partidos y movimientos dichas sanciones, que la misma Ley 974 de 2005 en su artículo 4, establece un procedimiento para oponerse a tales decisiones mediante el recurso de apelación en el efecto suspensivo, que será resuelto por la instancia señalada en los Estatutos.

En el presente caso, es evidente para la Sala, que de una posible violación a la Ley de bancadas no puede colegirse la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, pues aún cuando los partidos demostraran que uno de sus miembros votó en contra de sus directrices y eventualmente los sancionara, ello no afecta la validez del acto expedido³⁵.

La presente sala de decisión, pone de presente que las consideraciones expuestas anteriormente, lo fueron antes de la modificación del artículo 133 de la Carta Política, realizada por el Acto Legislativo 01 de 2009, cuyo contenido como puede deducirse sin hesitación alguna, varía radicalmente las conclusiones allí expuestas.

En efecto, hoy no puede afirmarse en contravía del artículo 133 mencionado, que “de una posible violación a la Ley de bancadas no puede colegirse la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral” pues el texto del artículo en mención es claro al establecer y exigir una votación nominal y pública de las bancadas con representación en el Congreso de la República so pena de las consecuencias jurídicas naturales que la transgresión de dicha disposición implica, aún si se quiere, como mera regla de procedimiento vulnerada. Veamos:

³⁵ Fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado del 24 de abril de 2008. C.P. Filemón Jiménez Ochoa, por el que se resolvió la pretensión de la nulidad del acto por medio del cual el Congreso en pleno declaró la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral para el periodo 2006 – 2010.

4.3.3. El caso concreto

En atención a lo expuesto, la aplicación del sistema de votación secreto para el caso concreto de la elección de los actuales magistrados del CNE deberá traer como consecuencia la nulidad de dicha elección, no sólo por la violación al régimen de bancadas (artículo 108 constitucional), sino por violación directa a la regla de procedimiento establecida en el artículo 133 de la Constitución que protege el sistema de representación popular.

Corolario obvio para el caso concreto, es que la conducta violatoria del artículo 133 de la Constitución Política, es suficiente para declarar la violación del sistema electoral adoptado por el Congreso para la elección de los miembros del CNE, el cual siendo público se tornó secreto en contravía de la teleología que *per se* orienta al sistema de bancadas adoptado por el constituyente³⁶.

Todo lo expuesto, independientemente de las resultas de la elección demandada, la cual en su mero procedimiento resulta abiertamente contraria al artículo 133 constitucional y al régimen de bancadas y su filosofía. Es por ello que resulta inocuo cualquier esfuerzo que se haga para tratar de evidenciar la incidencia del transfuguismo en un resultado de por sí viciado, precisamente por la imposibilidad virtual de hacerlo, dado que, huelga decirlo, es el voto secreto adoptado como sistema de elección el que impide eventualmente un análisis sobre el particular, cuando de corporaciones plurinominales se trata, y el que permite, de contera, que el parlamentario se esconda para traicionar la directriz del partido.

³⁶ Régimen adoptado en el 2003 y posteriormente reforzado por la reforma política de 2009 en la que en forma taxativa se estableció la regla general de las votaciones nominales y públicas.

En efecto, si en el caso objeto de estudio el desconocimiento de dicha regla de procedimiento no generara la nulidad del acto de elección, la trasgresión de la norma constitucional no conllevaría consecuencia alguna, de forma tal que los parlamentarios podrían continuar desconociéndola sin que se produzca ningún efecto jurídico, circunstancia que anularía la eficacia de la referida disposición por cuanto, so pretexto de no poder comprobar la incidencia del vicio en el resultado, se pondría en juego el sistema mismo del régimen de bancadas.

4.4. La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en el caso concreto

Los demandantes señalan que sobre el contenido normativo del literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992³⁷ -que permite la votación secreta por los congresistas cuando deban realizar elecciones y, con fundamento en el cual, la elección de los magistrados del CNE tuvo lugar bajo esta modalidad de votación-, ha acaecido el fenómeno de la *“derogatoria tácita”*, como consecuencia de las modificaciones constitucionales introducidas por el Acto Legislativo No. 1 de 2003 y posteriormente fortalecidas por el Acto Legislativo No. 1 de 2009, particularmente, en virtud de que las actuaciones de los congresistas, a partir de tal momento, se rigen por el régimen de bancadas³⁸ circunstancia a la que han asemejado también a una *“inconstitucionalidad sobreviniente”*.

³⁷ Por sentencia C-245 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 131 de la Ley 5 de 1992. La Corte consideró que el literal a), amparado en el cual el Congreso procedió a elegir a los magistrados del CNE bajo la modalidad del voto secreto, no presentaba ninguna duda de inconstitucionalidad, como quiera que dicha regla fue establecida con el fin de *“garantizar la plena independencia del elector, sin que sea posible indagarle a quién 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 Política”*. No obstante, es importante señalar que dicho análisis de constitucionalidad tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma Política introducida mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2003. De esta manera, el régimen de bancadas incluido en dicho acto legislativo no regía para aquel momento las diversas actuaciones de los congresistas, en tanto que integrantes de un partido político.

³⁸

Esta Sección considera que no es el fenómeno jurídico de la derogatoria tácita el que ha tenido lugar en el caso bajo análisis, pues como se mencionó previamente la adopción del sistema de votación secreto está plenamente justificada en otro tipo de elecciones en donde, la justificación deontológica (deber ser del voto nominal y público) de la directriz del partido o movimiento, carezca de un fundamento constitucional o legal.

La derogatoria consiste en la pérdida de efectos jurídicos que genera una ley al determinar la pérdida de vigencia de otra ley anterior y que puede producirse de manera expresa o tácita, cuando una norma jurídica posterior resulta incompatible con una anterior, o cuando se produce una nueva regulación integral de la materia³⁹.

Así pues, si bien pudiera pensarse que las reformas constitucionales mencionadas, específicamente en lo relativo al régimen de bancadas, han hecho perder vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano a la regla según la cual la votación de los congresistas, cuando deban hacer una elección, será secreta, dicha afirmación no puede hacerse de manera general y abstracta, entendiendo que ninguna elección adelantada por el Congreso podrá realizarse bajo esta modalidad de votación.

³⁹ El artículo 3° de la Ley 153 de 1887, que se ocupa del fenómeno de la insubsistencia de las disposiciones legales, contempla los mencionados supuestos de la derogatoria, a la que se viene haciendo referencia, estos son: (i) por declaración expresa del legislador; (ii) por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores; o (iii) por existir una nueva ley que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería. De la misma manera lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que “[l]a derogación puede ser expresa, tácita y orgánica; es de la primera especie, cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior por citar esa situación de manera explícita; es de la segunda, cuando la norma posterior contiene normas incompatibles con las de la antigua; y es de la tercera, cuando una nueva regula íntegramente la materia a que la anterior se refería”. (Consejo de Estado, Sentencia del 13 de agosto de 2008, Proceso 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP), (M.P. Ruth Stella Correa Palacio).

Con todo, la Sección considera que les asiste razón a los demandantes cuando señalan que la aplicación de dicha disposición al caso que ahora se estudia, resulta contraria a los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 108 y 133 de la Carta Fundamental y que específicamente para este caso, se origina una inconstitucionalidad que da lugar a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, (i) el origen eminentemente político del CNE, y (ii) la finalidad con la que fueron introducidas las reformas constitucionales de 2003 y 2009, hacen imperioso que cuando quiera que los congresistas realicen la elección de los magistrados de la CNE, dicha votación debe ser pública y nominal. Lo anterior lleva a la Sección a concluir que en este evento se debe exceptuar la aplicación del artículo 131, literal a) de la Ley 5 de 1992, por resultar contraria al ordenamiento superior.

La figura de la excepción de inconstitucionalidad⁴⁰ halla su fundamento en el valor normativo de la Constitución consagrado en el artículo 4º superior que dispone que la *“Constitución es norma de normas”* y que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley o cualquier norma jurídica de inferior jerarquía, se aplicarán las disposiciones constitucionales. En tal virtud, la autoridad judicial está facultada para ejercer este mecanismo de control de constitucionalidad cuando advierta que la aplicación de una disposición normativa de inferior rango resulta contraria a preceptos superiores en el caso concreto sometido a su consideración. Lo anterior denota que la hipótesis contenida en el artículo 4º constitucional no tiene efectos

⁴⁰ Figura jurídica que opera como un mecanismo de control constitucional difuso.

generales, sino que los produce únicamente frente al caso concreto, sin que tenga la potencialidad de afectar la vigencia de la disposición inaplicada. Así lo ha establecido la Corte Constitucional, al señalar:

*“[L]a hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquella”.*⁴¹

Si se toma en consideración la finalidad con la que fueron adoptadas las recientes reformas políticas de 2003 y 2009, la defensa del fundamento y derecho

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-600 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). La excepción de inconstitucionalidad ha sido aplicada por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones. Así, por ejemplo, lo ha admitido en relación con la legislación que regula las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos (véase sentencia T-499 de 2009, M.P. Jorge Pretelt Chaljub); de igual manera, dicha Corporación ha aplicado la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que establece unos requisitos más gravosos que los preceptuados por la Ley 100 de 1993 para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, en cuanto al requisito de fidelidad al Sistema de Seguridad Social en Pensiones (véase, al respecto, entre muchas otras, la sentencia T-069 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); asimismo, ha considerado procedente exceptuar la aplicación de normas por inconstitucionalidad en el ámbito del Sistema de Seguridad Social en Salud, cuando (i) el contenido de normativo de la disposición sea evidentemente contrario a la Constitución y (ii) comprometa derechos fundamentales (Véase el auto A-035 de 2009, proferido con ocasión del seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

constitucional a la democracia participativa, el principio de transparencia que debe gobernar las actuaciones del legislativo **y la intención constitucional subyacente de evitar el transfuguismo político**, resulta a todas luces inconstitucional el contenido normativo del literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, vigente para la fecha del acto de elección demandado y con fundamento en el cual se procedió según lo señalado, justamente en el caso de la votación para la elección de los magistrados del CNE, dado su origen eminentemente político.

Pues bien, el origen político del CNE, el hecho de que en su seno se representen los diferentes movimientos y partidos políticos con finalidades de inspección y vigilancia electoral y la existencia de un régimen de bancadas que gobierne las actuaciones partidistas, todas éstas, distintas manifestaciones del concepto de democracia participativa, nos llevan a una única conclusión válida para el caso concreto objeto de estudio: **resulta inconstitucional aplicar en la elección de los magistrados del CNE el mecanismo de votación secreta.**

En este orden, la Sala después de haber analizado el origen eminentemente político del CNE y la motivación con la que las reformas constitucionales de 2003 y 2009 fueron introducidas al ordenamiento jurídico, **determina**, que es evidente que el literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, **contraría** los artículos 108 y 133 de la Constitución Política.

4.5. Consideraciones en relación con la reciente expedición de la Ley 1431 de 2011

No escapa a la Sala la circunstancia de la expedición de la ley 1431 de 2011 *“por la cual se establecen las excepciones a que se refiere el artículo [133](#) de la*

Constitución Política”.

La mencionada ley, en su artículo tercero que se refiere a la votación secreta, contrario a establecer nuevas excepciones que desarrollarían el artículo 133 constitucional, en armonía con el régimen de bancadas, replica de forma literal el anterior artículo 131 de la Ley 5 de 1992, salvo por el literal que fuera otrora declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁴², veamos:

Texto original de la Ley 5 de 1992	Texto de la Ley 1431 de 2011
<p><i>“Artículo 131. Votación secreta. No permite identificar la forma como vota el Congresista. Las rectificaciones solo serán procedentes cuando el número de votos recogidos no sean igual al de los votantes.</i></p>	<p><i>“ARTÍCULO 3o. La Ley 5ª de 1992 tendrá un artículo 131, el cual quedará así:</i></p> <p><i>Artículo 131. Votación secreta. No permite identificar la forma como vota el Congresista. Las rectificaciones solo serán procedentes cuando el número de votos recogidos no sean igual al de los votantes.</i></p> <p><i>Esta votación solo se presentará en los</i></p>

⁴² Cfr. Sentencia C-245 de 1996 del 3 de junio de 1996 Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

⁴³ Como se manifestó, el único literal que no fue reproducido de forma textual por la Ley 1431 de 2011 fue el original b) que traía el texto de la Ley 5 de 1992, por cuanto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en el año de 1996.

<p><i>Esta votación solo se presentará en los siguientes eventos:</i></p> <p><i>a) Cuando se deba hacer elección;</i></p> <p><i>b) Para decidir sobre proposiciones de amnistías o indultos.</i></p> <p><i>Aprobado la votación secreta, el Presidente dispondrá repartir papeletas que tengan impresas, en una de sus caras, la leyenda “Sí” o “No”, y espacios para marcar. El Secretario llamará a cada Congresista, según el orden alfabético de su apellido, para que deposite la papeleta en la urna dispuesta para el efecto. Previamente el Presidente designará una comisión escrutadora⁴³.</i></p>	<p><i>siguientes eventos:</i></p> <p><i>a) Cuando se deba hacer elección;</i></p> <p><i>b) Para decidir sobre proposiciones de amnistías o indultos.</i></p> <p><i>Aprobado la votación secreta, el Presidente dispondrá repartir papeletas que tengan impresas, en una de sus caras, la leyenda “Sí” o “No”, y espacios para marcar. El Secretario llamará a cada Congresista, según el orden alfabético de su apellido, para que deposite la papeleta en la urna dispuesta para el efecto. Previamente el Presidente designará una comisión escrutadora”.</i></p>
---	---

Huelga advertir que no resulta viable jurídicamente la aplicación de la Ley 1431 de 2011 al actual proceso aquí estudiado, simplemente porque para la época de la elección no estaba vigente.

Adicionalmente, tampoco será posible aplicar la Ley 1431 de 2011 en la nueva elección que se tendrá que realizar como consecuencia de las órdenes que se impartirán en este fallo, ya que como quedó demostrado, lo único que la

mencionada ley hace, en lo que se refiere a la excepción de la votación secreta, es reproducir la norma contenida en el artículo 131 original de la Ley 5 de 1992, por lo cual, a ella son extensivas todas las consideraciones de esta providencia en relación con la inconstitucionalidad que se genera con su aplicación en el caso concreto.

5. Conclusión

Como conclusión de todo lo anterior, se reconoce que la aplicación del artículo 131 literal a) de la Ley 5 de 1992 a la elección de los magistrados del CNE resulta inconstitucional.

Lo anterior por: (i) el evidente origen político del CNE y sus funciones de vigilancia y control de la función electoral, (ii) la finalidad con la que fueron introducidas las reformas constitucionales de 2003 y 2009, (iii) la evidente contradicción que existe entre tales reformas y el texto del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, en el caso en concreto, y (iv) la intención de evitar la vulneración de los derechos políticos fundamentales de los colombianos.

6. Los efectos del fallo

La Sala es consciente de las importantes funciones que desempeña el CNE como una de las principales autoridades de la Organización Electoral y de las repercusiones negativas que se generarían si en época electoral se desintegra dicha Corporación.

En consecuencia, si bien la Sección Quinta de esta Corporación decretará la nulidad del acto que declaró la elección de los miembros del CNE, contenida en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto de 2010, del Congreso de la República y se ordenará a dicha Corporación que, antes del quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), se lleve a cabo una nueva elección, los efectos anulatorios del presente fallo se modularán de forma tal que se garantice que el CNE esté conformado para las próximas elecciones que se llevarán a cabo el 30 de octubre del año en curso, así como en la etapa postelectoral.

Huelga manifestar, como se ha expresado en otra ocasión⁴⁴ que si bien la práctica de modulación de los efectos de los fallos se ha dado principalmente en el ámbito del control abstracto que ejercen los tribunales constitucionales sobre las leyes, a fin de determinar si éstas se ajustan o no al ordenamiento superior, en Colombia no ha sido de empleo exclusivo de la Corte Constitucional, pues el Consejo de Estado ha procedido en múltiples ocasiones a condicionar sus fallos en desarrollo de su competencia de juez constitucional de los actos emanados del ejecutivo.⁴⁵ No obstante lo anterior, en su actividad reciente, esta Corporación ha empezado a hacer extensiva esta práctica, al ámbito del control de legalidad de actos

⁴⁴ Cfr. Aclaración de Voto Expediente número: 11001-03-28-000-2010-00041-00 Radicación interna: 2010 -00041 Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra Acción de nulidad de acto de contenido electoral. M.P. Susana Buitrago Valencia

⁴⁵ Se habla de 21 sentencias proferidas entre 1945 y 2005 por el Consejo de Estado, en las que se encuentra algún tipo de modulación. Véase, Escobar Martínez, Lina Marcela, *“La actividad Constitucional del Consejo de Estado Colombiano”*, Revista Universitas N° 111: 65-94, Bogotá, junio de 2006.

administrativos de carácter general y por ende nada impide que los efectos jurídicos de la presente decisión se difieran en el tiempo.

Con ocasión de la nulidad diferida que habrá de decretarse, y con el fin de evitar que la Organización Electoral quede acéfala en época electoral, los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales para todos los efectos legales, máximo hasta el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), momento para el cual el Congreso de la República deberá haber cumplido con las órdenes impartidas en la parte resolutive de esta providencia.

7. Remisión de copias

Llama especialmente la atención de la Sala, tras haber revisado detallada y cuidadosamente el Acta contentiva de la elección de los magistrados del CNE así como del video que da cuenta de dicha sesión, la circunstancia de que el CNE, a través de su subsecretaría, hubiera certificado para los partidos Conservador, Liberal, de la U, Cambio Radical, Verde, Polo Democrático y de Integración Nacional que:

“revisada la base de datos de los procesos de la corporación se pudo establecer que, a la fecha, no cursa ninguna investigación administrativa sancionatoria en contra de alguno de los actuales Representantes a la Cámara o Senadores elegidos para el periodo constitucional 2010-2014 (...).”

Cuando al contrario, varios parlamentarios pusieron de presente su impedimento en el sentido de manifestarle a la Corporación un conflicto de interés que les impedía

votar, como quiera que eran objeto de investigación administrativa por parte del CNE⁴⁶.

Así las cosas, basta cotejar el contenido literal de las certificaciones expedidas por la subsecretaría del CNE, frente a las manifestaciones realizadas por los congresistas, para evidenciar la obvia contradicción existente entre unas y otras afirmaciones.

Por lo anterior, se compulsará a la Procuraduría General de la Nación copia del Acta contentiva de la elección demandada, de la prueba documental de la grabación de la sesión plenaria en la que se desarrolló la elección y de esta sentencia, para una eventual investigación disciplinaria respecto a quien, en el Consejo Nacional Electoral, suscribió dichas certificaciones, por las razones que se expresaron en líneas precedentes.

III. LA DECISIÓN

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

FALLA:

⁴⁶ En esos términos, entre otros, los congresistas Armando Benedetti Villaneda, Luís Fernando Ochoa Zuluaga y Carlos Arturo Correa Mojica manifestaron sus respectivos impedimentos.

Primero: DECLARAR la nulidad del acto administrativo por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral, contenido en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto del 2010, del Congreso de la República.

Segundo: ORDENAR, que como consecuencia de lo anterior y de conformidad con la parte motiva de esta providencia, el Congreso de la República proceda a la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral mediante voto nominal y público a más tardar el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011).

Tercero: A efectos de garantizar la conformación del Consejo Nacional Electoral,

Los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales, para todos los efectos legales y mientras tenga lugar la nueva elección.

Cuarto: COMUNÍQUESE esta sentencia a la Mesa Directiva del Congreso de la República y al Presidente del Consejo Nacional Electoral.

Quinto: RECONOCER al abogado JULIO CÉSAR ORTÍZ GUTIÉRREZ, como apoderado del doctor OSCAR GIRALDO JIMÉNEZ, en los términos del poder obrante en el folio 88.

Sexto: RECONOCER al abogado CARLOS SALGADO GARCÍA, como apoderado de la doctora NORA TAPIA MONTOYA, en los términos del poder obrante en el folio 102.

Séptimo: COMPULSAR la copia que se ordena en la parte motiva.

En firme este fallo archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURICIO TORRES CUERVO

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA G.

ALBERTO YEPES BARREIRO

Ausente en Comisión

SUSANA BUITRAGO VALENCIA