

Bogotá, septiembre de 2012

**Señores**

**Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo**

**Consejo de Estado**

**E.S.D**

Ref: Acción electoral de nulidad contra el acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió a su Secretario el día 1 de agosto de 2012, por vulneración de los artículos 108, 133 y 146 de la Constitución Política.

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, Jose Rafael Espinosa Restrepo y Paula Rangel Garzón, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia; y Camilo Mancera miembro de la Misión de Observación Electoral –MOE-, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, actuando en nombre propio y con fundamento en los artículos 139, 149, 164 y 275 a 296 (Disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral) del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), presentamos ante este Despacho Judicial **ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL** contra el acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como su Secretario al senador Gregorio Eljach Pacheco el día 1 de agosto de 2012, por vulneración de los artículos 108, 133 y 146 de la Constitución Política.

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

## **I. PRETENSIONES**

1. Que se ordene la suspensión provisional del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como su Secretario al doctor Gregorio Eljach Pacheco el día 1 de agosto de 2012.
2. Que como consecuencia de lo anterior se suspenda la elección del secretario del Senado, Gregorio Eljach Pacheco.

3. Que se declare la nulidad del acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió a Gregorio Eljach Pacheco como secretario del Senado el día 1 de agosto de 2012.
4. Que como consecuencia de lo anterior se ordene al Senado de la República la repetición de la elección del Secretario del Senado mediante voto nominal y público.

## **II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES**

1. El 1 de Agosto de 2012 se llevó a cabo la sesión para la elección del Secretario General del Senado, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución Nacional y el artículo 46 de la ley 5 de 1992.
2. El Presidente del Senado Roy Barreras, en el inicio de la sesión para la elección del secretario, mencionó que en una sesión pasada la plenaria estableció que la votación sería nominal y publica, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política. Sin embargo, advirtió que los congresistas tienen el derecho a votar de forma secreta, dejando a discreción de cada uno de los congresistas la forma de votar.
3. Los voceros de los Partidos Liberal, Cambio Radical, MIRA, PIN y la Alianza Social Indígena hicieron pública la decisión de dejar en libertad de voto a sus bancadas, permitiéndole a sus miembros votar por el candidato que prefirieran y elegir si lo harían de manera pública o secreta.
4. El Partido Verde y el Movimiento Progresista manifestaron la decisión de votar de manera pública por el candidato Juan Carlos Lancheros.
5. El Movimiento AICO y el Polo Democrático declararon que la votación de sus bancadas sería de manera pública y su voto sería en blanco.
6. El Senador Juan Lozano, presidente del Partido de la U, manifestó que su partido votaría de manera pública y nominal como decisión de la bancada. En este sentido, señaló que: “el Partido de la U no llega con ningún acuerdo político y le ha pedido a cada uno de su Senadores que en conciencia, con plena libertad y pensando en lo mejor para el Congreso de la Republica, exprese su voto nominal y público”.
7. El Senador José Darío Salazar del Partido Conservador recalcó la importancia de que la votación fuera secreta, en razón a lo establecido en la Ley y que solo se podría realizar de manera pública en las votaciones que sean de Proyectos de Ley. Por su parte, el Senador Juan Manuel Corzo, también del Partido Conservador, propuso la aplicación del Artículo 136 de la ley 5 y señaló que le otorgaba el poder de decidir la manera del voto al Presidente del Senado. También hizo referencia a la postura tomada por el Partido Conservador según la cual que no se votaría en bancada y que cada uno de los miembros tendría la potestad de decidir de qué manera votar.

8. La Presidencia del Senado decidió que la votación se haría en orden alfabético, el voto se depositaría en la urna y los senadores quedarían en libertad de elegir, entre hacer público el voto al expresar de viva voz el sentido de su voto, o simplemente depositar la papeleta en la urna sin realizar ninguna manifestación. Al respecto mencionó: “votarán uno a uno los Senadores, depositarán el voto en la urna y quien quiera aclararlo de manera nominal y pública tendrá todo el derecho a hacerlo”.
9. Fueron elegidos como escrutadores los Senadores: John Sudarsky, Luis Carlos Avellaneda, Plinio Olano, Luis Fernando Velazco, Juan Manuel Corzo, Bernabé Celis, Emel Hurtado y Carlos Baena.
10. En el momento de contabilizar los votos, la comisión escrutadora tuvo en cuenta las papeletas depositadas en la urna y no los votos anunciados públicamente por los senadores y senadoras que decidieron expresar su voto a viva voz.
11. El resultado de la elección fue el siguiente:

CANDIDATO	NUMERO DE VOTOS
Jhony Fortich	1
Juan José Torres	1
Leonardo Sanmiguel	1
Octavio García	2
Oscar Patiño	2
German Mesa	2
Jesús Méndez	3
Juan Carlos Lancheros	14
Emiliano Rivera	17
Gregorio Eljach	29
Voto en Blanco	20

12. En el desarrollo de la votación, la senadora Liliana María Rendón, del Partido Conservador, señaló: “voto siguiendo la instrucción del Partido Conservador por Gregorio Elias Eljach”. En contraposición a esta directiva, los senadores conservadores Carlos Ramiro Chavarro y Jorge Hernando Cuellar Pedraza Gutiérrez, votaron por otros candidatos desobedeciendo la decisión de su bancada.

13. Los senadores del Partido de la U Musa Abraham Basayle Fayad, Manuel Enríquez Rosero, Germán Hoyos Giraldo, Eduardo Carlos Merlano Morales, Manuel Guillermo Mora Jaramillo, Karime Mota y Morad, Jose David Name Cardozo, Plinio Edilberto Olano Becerra, Efraín Torrado García, Juan Carlos Roberto Vélez Uribe y Roy Barreras Montealegre, en contraposición a la directriz de su partido, depositaron su voto sin anunciarlo públicamente. .
14. En esta elección, 92 Senadores votaron, 43 senadores lo hicieron sin anunciar su voto y 49 votaron anunciándolo públicamente.
15. Fue elegido como nuevo Secretario General del Senado el señor Gregorio Eljach, con 29 votos a favor.

### III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

**Primer cargo: La elección del secretario del Senado, Gregorio Eljach Pacheco mediante voto secreto, vulneró los artículos 108 y 133 de la Constitución.**

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

A un año de la promulgación de la Constitución de 1991, el Congreso expidió la ley 5ª de 1992 que establece el Reglamento del Congreso. En lo que respecta a las votaciones que se adelantan por parte del órgano legislativo, esta ley estableció tres modalidades: la ordinaria, la nominal y la secreta. El voto ordinario corresponde al conocido “pupitrado”, que fue definido por el artículo 129 de la Ley 5ª como aquél que “*se efectúa dando los Congresistas, con la mano, un golpe sobre el pupitre*” (art. 129). El voto nominal consiste en anunciar el nombre de cada congresista y darle un espacio para que conteste individualmente cuál es el sentido de su voto (art. 130). Y el voto secreto es aquel que no permite identificar la forma como vota el congresista (art. 131).

El artículo 128 de la Ley 5ª dispuso como regla general que las votaciones se realizaran por el sistema del voto ordinario, indicando que este se usaría “*en todos los casos en que la Constitución, la ley o el reglamento no hubieren requerido votación nominal*” (Art. 128). De acuerdo con esto, la votación nominal procedería únicamente en los casos específicos en que una norma así lo estableciera o, según lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley 5ª, cuando cualquier congresista así lo solicitara, su petición fuera aprobada por parte de la respectiva Cámara y la decisión del asunto no estuviera sometida a votación secreta<sup>1</sup>. En

---

<sup>1</sup> Al respecto, la Corte Constitucional indicó: “*La votación nominal, por su parte, procederá cuando así lo exija la Constitución, la ley o el reglamento, o cuando así lo solicite cualquier congresista ante la respectiva cámara, siempre y cuando la votación no deba ser secreta. Según la interpretación que la Corte Constitucional ha realizado del artículo 130 del Reglamento del Congreso, la proposición de votación nominal hecha por un congresista debe ser sometida a decisión de la respectiva corporación y aprobada por ésta sin discusión, ya que la mera propuesta no obliga ni a la Presidencia ni a la plenaria a proceder de acuerdo con la solicitud que en ese sentido se haya formulado*”. Sentencia C-1040 de 2005, MM. PP. Manuel

cuanto al voto secreto, la Ley 5ª definió en su artículo 131 que éste únicamente procedería en tres casos: cuando se deba hacer una elección, para decidir sobre acusaciones ante el Senado o para decidir sobre amnistías o indultos. Cabe aclarar que el segundo de estos eventos -decidir sobre acusaciones ante el Senado- fue declarado inexecutable mediante sentencia C-245 de 1996.

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

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

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

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

---

José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas. Ver además la sentencia C-155 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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

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

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

El punto de partida de la argumentación de la Corte es el reconocimiento de la estrecha relación entre la soberanía popular, la transparencia y la publicidad de las actuaciones públicas, En sus palabras, “[l]a participación ciudadana de que trata el artículo 40 de la Carta Política es principio esencial para la transparencia que debe caracterizar todos los actos de las distintas ramas y órganos del poder público. En el caso concreto de los actos del Congreso, dicha transparencia se busca a través de la publicidad de dichos actos”.<sup>5</sup> Sin embargo, pese a que las actuaciones de los congresistas deben, por lo general, ser públicas, la Corte admite que excepcionalmente el legislador puede establecer actuaciones que serán reservadas: “En aplicación del artículo 144 de la Carta, el legislador puede establecer reserva sobre determinados actos, siempre que exista una razón constitucional del mismo rango que el principio de la soberanía popular, para justificar de manera objetiva, razonable y proporcionada la reserva”.<sup>6</sup>

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

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

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

En estos casos con el voto secreto se busca garantizar la plena independencia del elector, sin que sea posible indagarle a quien favorece con su elección. Por lo demás, tratándose de elecciones, incluidas las que el Congreso hace,

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-245 de 1996

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> *Ibíd.*

el voto secreto encuentra pleno respaldo constitucional en los artículos 190 y 258 de la Carta Política”.<sup>7</sup>

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

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

Sin embargo, en virtud de las reformas constitucionales introducidas mediante los Actos Legislativos 01 de 2003 y 01 de 2009, orientadas a fortalecer los partidos políticos y a aumentar la disciplina partidista de sus miembros, el nivel de autonomía de los representantes ha sido relativizado. Del mismo modo, el sistema de votación al interior del Congreso ha quedado sometido a nuevas reglas de estirpe constitucional. Como consecuencia de esto, el referente constitucional que sirve como fundamento de validez de gran parte de las normas previstas en la Ley 5ª de 1992 en relación con las votaciones en el Congreso, incluyendo aquella que establece la votación secreta cuando se trate de realizar elecciones, ha sido modificado y, por lo tanto, se pueden presentar casos en los que estas normas deban ser inaplicadas en virtud de excepciones de inconstitucionalidad. Para demostrar este cargo, a continuación expondremos los alcances de las dos reformas constitucionales y, acto seguido, presentaremos las razones por las cuales el artículo 131 literal a) de la Ley 5ª de 1992 sobre voto nominal y público es susceptible de excepción de inconstitucionalidad y puede dejarse de aplicar para privilegiar la aplicación directa del artículo 133 constitucional.

Una aclaración preliminar sobre la vigencia de las normas de la ley 5ª de 1992 a las que se ha hecho referencia en este apartado. Estas normas fueron modificadas por la ley 1431 de 2011 con el objeto de regular algunas excepciones a las que se refirió el artículo 5 del Acto Legislativo de 2009 (nuevo artículo 133 de la Constitución, al que nos referiremos más adelante). Sin embargo, como lo sostuvo esta misma Sección Quinta en la sentencia que declaró la nulidad de la elección del Consejo Nacional Electoral, “*contrario a establecer nuevas excepciones que desarrollarían el artículo 133 constitucional, en armonía con el régimen de bancadas, [la ley 1431 de 2011] replica de forma literal el anterior artículo*

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*

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

*131 de la Ley 5 de 1992, salvo por el literal que fuera otrora declarado inexecutable por la Corte Constitucional”. La Sección Quinta concluye, por lo tanto, que a “ella [la ley 1431 de 2011] son extensivas todas las consideraciones de esta providencia en relación con la inconstitucionalidad que se genera con su aplicación en el caso concreto”.*

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

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

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

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

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

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

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



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

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

De esta forma, el régimen de bancadas introdujo una modificación a la forma tradicional de actuación de las corporaciones públicas que había estado marcada por la intervención a título individual de sus miembros. A partir de la reforma, estos miembros deben actuar grupalmente a nombre del partido o movimiento cuyos postulados y determinaciones debe representar y defender, con la única salvedad de los asuntos que han sido definidos previamente por los estatutos como asuntos de conciencia. Sobre este particular sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-036 de 2007, que el establecimiento de la “[...] *preponderancia de los partidos políticos sobre las personas que lo conforman y que resultan elegidas por voto popular para concurrir en su nombre a las diferentes corporaciones públicas, hace que la actuación aislada de los elegidos, que tradicionalmente había constituido el “modus operandi” en ellas, haya de ser reemplazada por la actuación organizada y coordinada de los respectivos grupos parlamentarios [cita omitida] o bancadas, que derivan y mantienen siempre una constante relación con el partido político a que pertenecen.*”

Así las cosas, una vez se establece por la Constitución la regla general de actuación en bancadas, resulta indispensable que las facultades que antes correspondían a los miembros de dichas corporaciones en forma individual, sean trasladadas a las respectivas bancadas, que ahora son las encargadas de promover citaciones o debates e intervenir en ellos, participar con voz en las sesiones plenarias de la respectiva corporación, intervenir de manera preferente en las sesiones en las que se voten proyectos normativos, presentar mociones de cualquier tipo, hacer interpelaciones; solicitar votaciones nominales o por partes y postular candidatos<sup>9</sup>, entre otras.

No obstante este traslado de las prerrogativas a las bancadas, los individuos que componen la corporación pública no ven afectado su derecho a manifestar libremente sus tesis y opiniones, toda vez que el ejercicio de este derecho opera al interior de las bancadas, particularmente en el momento en que se efectúen los debates y discusiones acerca de las directrices que adoptarán. En esta medida, cada grupo parlamentario constituye el escenario propicio para que sus miembros den a conocer sus propios puntos de vista, hagan valer su voz y voto, e incidan, de acuerdo con la fuerza de sus argumentos y su capacidad de persuasión, en el sentido de las decisiones que se tomarán. Así las cosas, “[...] *el mayor o*

---

<sup>9</sup> Artículo 3 de la Ley 974 de 2005. Por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de las corporaciones públicas y se adecúa el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas.

*menor grado de participación de los miembros individuales de las corporaciones públicas dependerá entonces de lo que, sobre el particular, decidan los partidos políticos de conformidad con lo que al respecto establezcan sus estatutos y los reglamentos de las diferentes bancadas, ya que es a tales estructuras a las que corresponde determinar los espacios dentro de los cuales los parlamentarios habrán de ejercer su mandato, debiendo asegurar, en todo caso, la plena vigencia del principio democrático.”<sup>10</sup>*

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

Esto no puede ser de otra manera en un régimen marcado por una estricta coherencia y uniformidad, en el que la disciplina férrea impuesta por los partidos a sus candidatos electos permite exigirles una obediencia rigurosa al momento de la emisión del voto, que deberá reflejar, en todo caso, la decisión tomada al interior del grupo, so pena de ser objeto de las sanciones disciplinarias previstas en los estatutos, que puede incluir hasta la pérdida del derecho al voto.

Ahora bien, dado que el artículo 108 de la Carta Política no plantea ningún tipo de distinción respecto de las funciones del Congreso sobre las cuales deberá tener aplicación el régimen de bancadas, y comoquiera que la Ley 974 de 2005, *“por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el reglamento del congreso al régimen de bancadas”* dispone expresamente que la disciplina de bancadas regirá sobre el cumplimiento de las funciones legislativas, de control político y electorales<sup>11</sup>, no queda más que concluir que el sistema de actuación en agrupación parlamentaria cubre la totalidad de las funciones que constitucionalmente le fueron encomendadas al parlamento, con la única salvedad de aquellos asuntos que, de conformidad con las previsiones internas, sean considerados como de conciencia.

La objeción de conciencia es una excepción al funcionamiento colectivo del Congreso, traído por el régimen de bancadas. De esta manera se posibilita a los miembros de la corporación pública para que voten de manera libre sin verse atados a la directriz de la bancada, siempre y cuando se presente un asunto que comprometa su conciencia. En este sentido la Corte Constitucional ha hecho referencia a que los asuntos de conciencia son aquellos referenciados en el artículo 18 de la Constitución Nacional y los que establezca cada uno de los partidos en sus estatutos. *“Compete a cada partido o movimiento, en virtud de su autonomía, definir los asuntos de conciencia que queden eximidos del régimen de bancadas”<sup>12</sup>.*

En este sentido, en ejercicio de la autonomía de la que gozan los partidos y movimientos políticos, el establecimiento de las reglas de juego en esta materia debe hacerse al interior

---

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

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

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-859 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de estas organizaciones de manera autónoma y democrática, sin que tengan que sujetarse a unos parámetros preestablecidos por el legislador. *“No obstante, dichos asuntos deben responder razonablemente, a cuestiones típicas de conciencia, consideradas y definidas como tales en otras disciplinas o ciencias.”*<sup>13</sup>

En efecto, la excepción que trae la objeción de conciencia debe atenerse a unos criterios muy específicos y por ningún motivo incluir disposiciones en las que la generalidad y ambigüedad, les convierta en regla general.

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

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

De conformidad con lo expuesto, resulta claro que las transformaciones constitucionales al régimen político colombiano, que incluyen la consagración de disposiciones relacionadas directamente con el funcionamiento interno de las corporaciones públicas y sus sistemas de votación, implican que la elección del Secretario General del Senado debió realizarse bajo una votación nominal y pública.

**3. El artículo 131 literal a) de la Ley 5ª de 1992 sobre voto nominal y público es susceptible de excepción de inconstitucionalidad y puede dejarse de aplicar para privilegiar la aplicación directa del artículo 133 constitucional.**

En reciente sentencia del año 2011, el Consejo de Estado aplicó la excepción de inconstitucionalidad al artículo 131 literal a) de la ley 5ª de 1992 y advirtió que aunque la norma está vigente, en algunos casos puede tornarse inconstitucional por vulnerar los

---

<sup>13</sup> Ibíd.

artículos 108 y 133 de la Constitución<sup>14</sup>. En aquella ocasión el Consejo de Estado revisó la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral hecha por el Congreso el 31 de agosto de 2010 de forma secreta y declaró la nulidad de la elección de los Magistrados porque consideró que la votación debía ser pública en cumplimiento del régimen de bancadas.

El fallo del 2011 retomó una sentencia del año 2007 proferida por el alto Tribunal en la que se revisó la elección del Secretario de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes<sup>15</sup> y se evidenció la incompatibilidad de las normas de votación secreta en elecciones hechas por el Congreso y el régimen de bancadas definido en la reforma constitucional de 2003. En el fallo de 2007 el Consejo de Estado dijo:

“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).”

Con base en ello concluyó que para la aplicación efectiva del régimen de bancadas es indispensable garantizar el voto público, pues de lo contrario no es posible verificar cómo voto el congresista y no puede ser objeto de la sanción correspondiente.<sup>16</sup> Así lo afirma la sentencia:

“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 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”

En la misma línea argumentativa se pronunció el Consejo de Estado en el 2011 para sostener que las reformas constitucionales de 2003 y 2009 sobre régimen de bancadas y votación nominal y pública imponían otra dinámica a las elecciones que realizaba el

---

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO, Fallo del 6 de octubre de 2011, Radicación 11001-03-28-000-2010-00120-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO, Fallo del 23 de marzo de 2007, Proceso 11001-03-28-000-2006-00172-01, CP. Darío Quiñones Pinilla.

<sup>16</sup> En este caso el demandante argumentó que la Mesa Directiva no garantizó que el voto fuera secreto y por lo tanto, pedía la nulidad de la elección por incumplimiento del literal a del artículo 130 de la ley 5ª de 1992. Sin embargo, como se señaló, el Consejo de Estado dijo que no se podía exigir que dicha elección fuese secreta.

Congreso. Advirtió que el artículo 131 de la ley 5ª no en todos los casos es inconstitucional, pues en algunos casos la votación secreta es aplicable a elecciones:

“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, literal a) y 136, numeral 2, de la Ley 5ª de 1992, no resultan aplicables a la elección de los magistrados del CNE, esta normativa sí podría ser aplicable a otro tipo de elecciones a cargo del Congreso” (subrayas fuera del original).<sup>17</sup>

A juicio del Consejo de Estado, el artículo 131 de la ley 5ª se encuentra vigente incluso con las reformas de 2003 y 2009. No obstante, debe dejarse de aplicar cuando se constate su incompatibilidad con los artículos 108 y 133 de la Constitución. Ello, porque en virtud del artículo 4 de la Constitución, *“en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”*

La sub regla que en esa ocasión fijó el Consejo de Estado señala que para aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 131 de la ley 5ª es necesario que 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.”*

En el caso de la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral se probó que existía una directriz de las bancadas para efectuar la votación pues no se trataba de un asunto de conciencia de los partidos; y que debido al origen político del órgano autónomo de representación, los partidos debían tener representación allí. Así mismo, como señalamos anteriormente, el Consejo de Estado advirtió que aunque la ley 1431 de 2011 reforma el artículo 131 de la ley 5ª, un examen detallado demuestra que es una reproducción literal, así que extiende las consideraciones de la jurisprudencia a la nueva ley.

Sin embargo, en una reciente sentencia de junio del presente año, el Consejo de Estado ajustó la regla y los criterios exigidos.<sup>18</sup> Consideró que aunque no se cumpla el criterio de justificación deontológica de la directriz, si los partidos han acordado que su actuación es en bancada, debe aplicarse la regla general de voto público y nominal. Todo esto, a la luz de las reformas constitucionales recientes. Así lo expuso el Consejo de Estado:

“Sin embargo, el que deontológicamente la elección del Contralor General de la República no deba ser a través del voto público, nada impide a las bancadas representadas en el Congreso de la República, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, acordar el sentido del voto, artículo 108

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección quinta, 6 de octubre de 2011, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección quinta, 5 de junio de 2012, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

constitucional y Ley 974 de 2005, para ejercer la función electoral. En su ejercicio, entonces, las bancadas pueden **acordar y, en consecuencia, exigir** a sus miembros la forma como deben votar. Por tanto, el fortalecimiento de los partidos y de los movimientos políticos, que buscó el Constituyente con las reformas introducidas al texto constitucional en los Actos Legislativos Nos. 01 de 2003 y 2009, hizo que cobraran relevancia y validez los mecanismos para permitir a los partidos o movimientos políticos verificar la forma en que sus militantes actúan, de forma tal que impuso como regla general el voto nominal y público.

Fuerza concluir, entonces, que el artículo 131 de la Ley 5ª de 1992 está vigente, pero su observancia en cuanto se refiere a la función electoral depende de la decisión de las bancadas representadas en el órgano de representación popular, conclusión a la que se arriba del análisis de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2003 y de 2009.<sup>19</sup> (Subrayas propias).

De conformidad con lo anterior, es evidente que el Consejo de Estado decidió aplicar directamente las reformas constitucionales de 2003 y 2009 sobre votación pública y en virtud de ello, aceptó que la actuación en bancadas se corresponda con la votación pública.<sup>20</sup>

Como también se afirma, la regla general de votación pública y nominal se impuso para verificar que los miembros de los partidos y movimientos políticos efectivamente votaran en bancada. Es decir, la actuación en bancada se entiende ligada directamente con el voto público y nominal, pues sin este mecanismo de votación es imposible comprobar si las colectividades actúan en bancada. Ahora bien, no puede desconocerse que el voto público y nominal no solo tiene como objetivo permitir que los partidos puedan ejercer control sobre sus miembros, sino que también permite que la ciudadanía pueda conocer las decisiones que toman sus representantes y sus partidos, con el fin de poder ejercer un control sobre ellos.

El voto público es fundamental para que la gestión de los miembros de corporaciones públicas sea más transparente y la ciudadanía pueda acceder a dicha información, pues las personas que integran estas corporaciones han llegado allí en representación de unos intereses y necesidades específicas de sus electores. No carece de importancia entonces, la forma como se hace la votación, pues para que la ciudadanía conozca el sentido de las decisiones de sus representantes, estas deben ser públicas. De lo contrario estaríamos alejando al elector del elegido. En ese sentido, la regla general de actuación en bancada se corresponde con la regla general de voto público y la excepción de no actuación en bancada, se corresponde con la votación secreta.

La votación secreta debe ser considerada como la excepción a la regla general de publicidad. Por lo tanto, consideramos que el Consejo de Estado debería precisar su jurisprudencia e invertir su regla para que no se tenga que demostrar por qué la votación

---

<sup>19</sup> Íbid.

<sup>20</sup> Más adelante nos detendremos a señalar cómo debe entenderse que un partido decidió actuar en bancada.

debe ser pública, sino por qué la votación debe ser secreta. En otras palabras, consideramos que la jurisprudencia debería exigir que la votación sea pública *prima facie*, y la votación sea secreta sólo cuando: i) los partidos deciden conforme a sus estatutos no votar en bancada y ii) existe al menos una razón poderosa que justifique que la elección pueda ser secreta.

Nos parece lo más apropiado porque utiliza los mismos criterios de la sentencia de 2011 pero es una forma de fortalecer metodológicamente la aplicación de la norma constitucional sobre votación pública pues no se tendría que argumentar por qué se aplica la regla general, sino que sólo se tendría que argumentar cuándo hay una excepción a la misma.

Aunque más adelante expondremos en detalle esta petición de precisión de jurisprudencia, en el caso que nos ocupa demostraremos que, incluso bajo las reglas jurisprudenciales actuales, la elección de Gregorio Eljach como secretario del Senado debe ser declarada nula.

#### **4. Algunas precisiones sobre las actuaciones en bancadas.**

Antes de entrar a revisar el caso concreto, expondremos por qué la exigencia del primer criterio definido por el Consejo de Estado para que exista una votación pública y nominal, esto es, que las colectividades “*i) hayan impartido una orden que determine el sentido de la votación para los miembros del mismo*”- debe ser interpretada en un sentido amplio, a la luz de los artículos 108 y 133 de la Constitución y protegiendo el derecho de la ciudadanía a conocer el sentido de las decisiones de los congresistas y sus partidos.

Específicamente, consideramos que para verificar si los partidos o movimientos decidieron actuar por bancadas debe acudirse a la regla general del artículo 108 de la Constitución. El artículo dice que los partidos y movimientos políticos, por regla general, actuarán en bancada y sólo podrán excusarse de hacerlo cuando se trate de asuntos de conciencia que regularán en sus estatutos. Por lo tanto, para determinar si los partidos o movimientos decidieron actuar en bancada, basta con confirmar que dicho asunto no fue catalogado previamente como un asunto de conciencia en sus respectivos estatutos.

Con la interpretación que proponemos nos adelantamos a un debate que tendrá que abordar el Consejo de Estado respecto de aquellas situaciones en las que de los respectivos estatutos se desprende que los partidos o movimientos actuarán como bancada, pero llegado el momento no imparten la directriz correspondiente. Una interpretación estricta del criterio del Consejo de Estado diría lo siguiente: “como los partidos o movimientos no impartieron una directriz, sus miembros están en completa libertad para emitir su voto y por lo tanto el primer requisito no se cumple”. A nuestro juicio, esta interpretación sería inconstitucional, pues llevaría a que los partidos y movimientos políticos en cada caso en concreto, antes de cada votación, puedan decidir si actúan como bancada o no y puedan incumplir con sus estatutos. Esto sería claramente contrario a la Constitución, pues significaría la ineficacia plena del régimen de bancadas en materia de elecciones que realice el Congreso de la República, porque los partidos y movimientos tendrían plena discrecionalidad para decidir, caso a caso, si prefieren actuar como bancadas o no, contrariando las reformas constitucionales de 2003 y 2009 y la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tema.

Por estas razones, debe entenderse entonces que para valorar si existió o no una directriz de las bancadas – o una decisión de actuar en bancada- en un caso específico, uno debe hacerse una pregunta fundamental: ¿están obligados los partidos o movimientos políticos a actuar en bancada en el caso concreto? Y para responderla debe uno remitirse a los estatutos de las colectividades e identificar cuáles asuntos han sido excluidos –por ser asuntos de conciencia- del régimen de bancadas, y con base en esa norma evaluar si el caso específico se ajusta a uno de esos casos excluidos. Si el caso concreto es un asunto de conciencia, no puede exigirse que se haya dictado una directriz. Si no es un asunto de conciencia, entonces se debe entender que es una decisión de bancada y, por lo tanto, la votación debe ser pública.

Adicionalmente, dado que, como se ha demostrado, la publicidad del voto es fundamental para garantizar los derechos de la ciudadanía, sería desproporcionado otorgar potestades infinitas para que los partidos aún en contravía de sus estatutos puedan, en cada caso, cambiar de decisión sobre si votan o no en bancada y escapar a la rendición de cuentas por su voto. Esto minaría cualquier posibilidad de control ciudadano, que no es un asunto menor, sino que es fundamental en el ejercicio de la democracia representativa.

Todo lo anterior muestra que el régimen de bancadas puede ser violado tanto por los miembros individualmente considerados (al contrariar una directriz impartida por su colectividad en asuntos que no son de conciencia) como por las mismas colectividades (cuando no imparten directrices en los casos en los que están obligadas a hacerlo). Y en ambos casos debe exigirse la votación pública, pues esta no sólo busca que los partidos puedan conocer cuándo sus miembros se alejan de sus directrices, sino que busca también que la ciudadanía conozca el sentido de las votaciones y de las actuaciones de los congresistas y de los partidos.

A continuación pasamos a demostrar la concurrencia de las condiciones exigidas en la jurisprudencia para declarar la excepción de inconstitucionalidad al voto secreto previsto en el artículo 131, literal a) de la Ley 5 de 1992 en el caso de la elección del secretario del Senado realizada el 1 de agosto de 2012. En ella demostraremos que se cumple incluso el criterio de justificación deontológica.

### **5. La elección del secretario del Senado realizada el 1 de agosto de 2012 mediante voto secreto adolece de nulidad**

La elección de Gregorio Eljach Pacheco como secretario del Senado adolece de nulidad, pues la votación se hizo secretamente cuando –de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia del Consejo de Estado- debió inaplicarse el artículo 131, literal a) de la ley 5ª de 1992 por excepción de inconstitucionalidad.

De acuerdo con lo expuesto en la sección anterior, para inaplicar el artículo 131, literal a) de la ley 5ª de 1992 deben verificarse dos criterios. Primero, que los partidos o movimientos políticos hayan impartido una orden que determine el sentido de la votación para sus miembros (esto es, que la votación en la elección del secretario del senado no sea



una excepción al régimen de bancadas) y, segundo, que exista dentro del ordenamiento jurídico la justificación deontológica de la directriz impartida.

*A. De acuerdo con sus estatutos, los partidos y movimientos políticos estaban obligados a votar en bancada por el secretario general del senado*

El régimen de bancadas implementado en Colombia mediante la reforma Política de 2003 y la Ley 974 de 2005 impone a las bancadas de las distintas organizaciones políticas que, al interior de la corporación pública a la que pertenecen, actúen conforme a la directriz que se haya acogido democráticamente como grupo, salvo en materia de asuntos de conciencia.

Estos asuntos de conciencia deben establecerse en los estatutos de cada una de las organizaciones políticas, ya que es a partir de tal reglamentación que los partidos y movimientos políticos pueden aplicar la excepción a la votación en bancada y hacer efectiva la discrecionalidad en el voto de cada congresista.

En efecto, los partidos y movimientos políticos con bancada en el Senado de la República presentan en sus estatutos no solo la obligación de actuar en bancada, sino que, además, los asuntos de conciencia en los cuales el congresista tiene derecho a votar en libertad. A continuación se presentan las referencias textuales contenidas en cada uno de los estatutos de las organizaciones políticas que reglamentan las excepciones a la votación en bancada:

***Partido Conservador:***

**“Artículo 37.-** Los miembros de la Bancada deberán votar en el sentido definido por la mayoría simple de la misma en todos los casos en que la respectiva corporación ejerza funciones electorales o de control político. En los casos en que ejerza la función legislativa, la Bancada decidirá por mayoría simple si adopta una posición común frente al respectivo proyecto de ley o si deja en libertad de votar.

Las decisiones de la Bancada se adoptarán en reunión previa a la discusión por parte de la Corporación Legislativa. En dicha reunión se oír en primer término a los miembros de la Bancada que formen parte de las respectivas comisiones constitucionales o legales competentes para tratar el tema.

La violación a lo acordado por la Bancada da lugar a las sanciones contempladas en estos Estatutos, excepción hecha de los asuntos que los mismos definen como de conciencia.

**Artículo 43.- Todo integrante de Bancada tiene derecho a la objeción de conciencia. Sin embargo, tal objeción no puede convertirse en un procedimiento para incurrir en transfuguismo o indisciplina contra el Partido. La objeción de conciencia sólo procederá por razón de creencias religiosas y en los casos de votación en ejercicio de funciones judiciales. (Subrayas y negrillas propias)”**

*Partido Verde.*

“**ARTÍCULO 53. Actuación en Bancadas.** Los miembros de la 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 Partido no establezcan como de conciencia.

**ARTÍCULO 54. Objeción de conciencia. Las bancadas del Partido en las Corporaciones Publicas podrán dejar en libertad de voto a sus miembros, cuando se trate de asuntos relacionados con la libertad sexual y la libertad religiosa como derecho natural inalienable del individuo. (Subrayas y negrillas propias)”**

*Partido de Integración Nacional. PIN.*

“**Artículo 65.** Conformación de bancada. Los representantes del PARTIDO DE INTEGRACION NACIONAL –PIN-en el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales y Juntas Administradoras Locales, se constituirán en bancada en la correspondiente Corporación Publica.

Los miembros de la bancada representan al partido, y deberán actuar como tal dentro de la respectiva corporación, consultando la justicia y el bien común, y de conformidad con lo dispuesto en los presentes estatutos; las directrices, resoluciones, acuerdos y decisiones emanadas de las instancias del nivel decisorio, directivo o ejecutivo. En consecuencia, son responsables políticamente ante el partido del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

**Artículo 66.** De la actuación en bancada. Los miembros de la 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 presentes estatutos no establezcan como de conciencia.

Los miembros de las bancadas, deberán actuar de conformidad con las decisiones y agendas democráticamente adoptadas en interior del PARTIDO DE INTEGRACION NACIONAL –PIN-, en relación con el ejercicio de control político y las iniciativas que cursen en la corporación pública correspondiente o en alguna de sus comisiones.”

“**Artículo 72. Derecho a la objeción de conciencia. Los integrantes de la bancada tienen derecho a la objeción de conciencia, la cual solo procederá en razón de creencias o convicciones religiosas; y en los casos de votación en ejercicio de funciones judiciales (esto último para el caso de las bancadas del Senado y la Cámara de Representantes).**”  
**(Subrayas y negrillas propias)”**

### ***Partido de la U.***

“ARTÍCULO 54. TOMA DE DECISIONES. La Bancada tomará decisiones de manera conjunta o individualmente pero uniforme.

La Bancada se reunirá de forma conjunta, es decir, en pleno, cuando requiera adoptar decisiones que conforme a la Carta Política y a la ley deben ser tomadas de forma conjunta por los Senadores y Representantes a la Cámara. En los demás casos, la bancada de Senadores se reunirá por aparte a la de los Representantes a la Cámara. En caso de discrepancias entre lo resuelto por una u otra y como quiera que la decisión corresponde a la bancada de congresistas, se adopta el procedimiento de conciliación que más adelante se desarrolla.

El quórum para deliberar equivale a la mitad más uno de sus miembros y el quórum para decidir se ajustará a las mismas reglas sobre quórum decisorio previstas en la Ley 5ª de 1992, así:

Regla general: Mayoría Simple, según lo consagra el artículo 118 de la Ley 5ª a menos que se establezcan mayorías especiales.

Mayoría absoluta: se adopta para cada uno de los casos previstos en el artículo 119 de la Ley 5ª de 1992 y los demás artículos de esta ley o en la Constitución Política.

Mayorías calificadas, bien sea con dos tercios de los asistentes o dos tercios de los miembros, según lo prevé el artículo 120 de la Ley 5ª de 1992.

Mayorías especiales, para los casos previstos en el artículo 121 de la Carta Política.

En caso de elección se procederá conforme lo establece el artículo 136 de la Ley 5ª de 1992 y se observará lo dispuesto en el artículo 133 de la Carta Política, en relación a la calidad de público del voto salvo las excepciones de ley;

Cuando se ejerza las funciones de elección, cualquiera que ella sea, se adoptará por la Dirección Nacional el mecanismo que respetando el derecho de las minorías resulte más acorde para adelantar la respectiva elección.”

### ***Partido Cambio Radical.***

“ARTICULO 22. REGIMEN DE LAS BANCADAS DEL PARTIDO CAMBIO RADICAL:

Actuar como bancada, con los demás miembros del mismo partido, cuando hayan sido elegidos con aval de éste, en las corporaciones públicas. No podrá pertenecerse a otra Bancada durante el período para el que fue elegido. El incumplimiento de este deber dará lugar a las sanciones impuestas en el Título Cuarto de los presentes Estatutos.

**PARAGRAFO: Los miembros del Partido podrán solicitar a la bancada permiso para no votar en la corporación en la cual actúan, cuando existan conflictos de interés o de objeción de conciencia respecto a la**

**materia por decidir. Da lugar a la objeción de conciencia, los asuntos religiosos o de moral civil, siempre que se sustenten en valores y principios preexistentes. (Subrayas y negrillas propias)**

ARTICULO 24. CUMPLIMIENTO DE LOS ESTATUTOS DE LOS MIEMBROS DE LAS BANCADAS.- Los elegidos para cada Corporación por el partido CAMBIO RADICAL actuaran en forma homogénea, para cuyo efecto han de utilizar mecanismos democráticos en la respectiva Bancada, sin perjuicio de las constancias que pueda dejar cada miembro en aquellos casos en que operen motivos de conciencia.

**PARAGRAFO: Entiéndase por motivos de conciencia, todos aquellos que se relacionen con principios religiosos, éticos o de servicio militar obligatorio. Se mantendrá en todo caso la vigencia del principio constitucional del artículo 108 de la Constitución Política. (Subrayas y negrillas propias)”**

#### *Movimiento MIRA.*

“Artículo 32. De los Principios de la bancada.

- a) El respeto a los principios, reglas y estatutos del movimiento, sin perjuicio del ejercicio de la libertad de conciencia y de la libertad de expresión en el seno de la bancada.
- b) El cumplimiento de las decisiones adoptadas democráticamente por los órganos directivos de MIRA y por la propia bancada.
- c) El respeto a la unidad del movimiento MIRA la cual descansa en la aceptación y aplicación de sus principios, expresados en los valores señalados en el presente estatuto y en la disciplina de las votaciones.
- d) Abstenerse de hacer pronunciamientos públicos que sean contrarios a las políticas aprobadas por la bancada y en Movimiento.

Artículo 43. **Contenido de la Objeción de Conciencia.**

**La Objeción de conciencia se referirá a aquellos asuntos que vayan en contra de las convicciones íntimas de carácter ético o moral del miembro de la bancada. Para los efectos previstos en el artículo anterior, quien plantee una objeción de conciencia deberá sustentarla ante la respectiva bancada.**

**La simple convicción particular no podrá alegarse en cuanto la responsabilidad del miembro de la bancada, debe obedecer al interés general la justicia, el bien común y los principios rectores del Movimiento, los ideales de unidad y de acción política. (Subrayas y negrillas propias)”**

#### *Partido Liberal.*

“Artículo 26. Los Representantes del Partido en el congreso de la República, las Asambleas Departamentales, Concejos y Juntas Administradoras

Locales, se constituirán en bancada en la corporación pública correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento especial, y con fundamento en los siguientes principios:

- Tendrán como función coordinar las labores de la respectiva corporación, definir estrategias y tácticas políticas y acordar posiciones en las votaciones.
- Tendrán en cada corporación un vocero elegido por los integrantes de la correspondiente bancada. En caso de que no sean elegidos por las mismas o se presenten discrepancias, serán designados así: en el caso de las bancadas parlamentarias, por la Dirección Nacional Liberal y en el caso de las demás corporaciones, por los respectivos directorios territoriales.
- A los voceros les corresponde coordinar y representar la bancada; y ser el interlocutor, conjuntamente con los organismos directivos del Partido, en las relaciones con las demás fuerzas políticas y órganos del Estado.
- Las bancadas, de manera conjunta con la Dirección Nacional Liberal y los directorios territoriales, de acuerdo con circunscripción, decidirán los temas en los cuales es obligatoria disciplina y lealtad con los programas y posiciones del partido. En caso de presentarse alguna controversia, esta será dirimida por el directorio territorial de la circunscripción superior; cuando se trate de controversias a nivel departamental, estas serán dirimidas por la Dirección Nacional Liberal.
- El voto en contradicción con las instrucciones de la bancada se considerará falta disciplinaria grave y violación al Código de Ética y Procedimiento Disciplinario del Partido.”

#### ***Polo Democrático Alternativo.***

“**Artículo 43.-** Las personas del Partido elegidas para las corporaciones públicas, actuarán en bancadas de conformidad con la ley, el reglamento de bancadas que hace parte de los presentes estatutos.

De la misma manera, desarrollarán los postulados del Partido mediante iniciativas legislativas nacionales, departamentales, municipales o locales, actuando con transparencia y eficacia en el ejercicio de sus cargos.”

#### ***Autoridades Indígenas de Colombia.***

“Artículo 48.

Parágrafo: En los casos en que un solo miembro de Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia-AICO, haga parte de una Corporación, éste se entenderá como bancada.”

#### ***Alianza Social Indígena.***

Artículo 127. – Bancadas.

“Los elegidos por el Partido en las corporaciones públicas de elección popular, constituirán la bancada. Las bancadas tendrán como función

coordinar la acción parlamentaria y corporativa, definir estrategias y tácticas políticas y acordar posiciones en las votaciones, de acuerdo con los principios y orientaciones de la organización.”

De manera reiterativa –siguiendo el artículo 108 y la Ley 974 de 2005- los estatutos de las distintas organizaciones políticas presentan a la objeción de conciencia como única excepción frente al cumplimiento de la directriz que establezca la bancada. También coinciden en delimitar a la objeción de conciencia a asuntos de carácter religioso, moral y principios íntimos de la persona, manteniendo los criterios establecidos por la ley y la Corte Constitucional<sup>21</sup>.

El efecto que terminan generando las definiciones incluidas en los estatutos de los partidos es reafirmar la imposibilidad que tienen los congresistas de tomar una directriz para la votación de la bancada y la prohibición de votar por fuera de ella.

Como muestran los apartes presentados anteriormente, en ninguno de los estatutos los movimientos o partidos políticos establecen la elección del Secretario del Senado como un asunto de conciencia y, por lo tanto, como uno de los casos en los que no se debe aplicar el régimen de bancadas.

Es importante señalar, además, que establecer la elección del Secretario del Senado como un asunto de conciencia sería inconstitucional, pues no cumpliría con los criterios utilizados por la Corte Constitucional en la sentencia C-859/06 para definir el alcance de la expresión “asuntos de conciencia”. En esta ocasión la Corte conoció una demanda contra un aparte del artículo 5 de la ley 974 de 2005 que trata precisamente sobre las excepciones al régimen de bancadas. La norma señalaba que *“La bancada puede adoptar esta decisión (dejar en libertad a sus miembros para votar) cuando se trate de asuntos de conciencia, o de aquellos en los que, por razones de conveniencia política, de trámite legislativo o controversia regional en el caso de la Cámara de Representantes, los miembros de las bancadas decidan no adoptar una decisión única”* (el texto en negrilla y cursivas corresponde al aparte demandado). La Corte consideró que el aparte en negrilla y cursivas era inconstitucional pues, primero, excedía las excepciones definidas en el artículo 108 de la Constitución (“asuntos de conciencia”) y, segundo, *“la generalidad y ambigüedad de la cláusula demandada convierte prácticamente en regla general la excepción de actuación individual de los miembros de las corporaciones públicas. En efecto, las “razones de conveniencia política, trámite legislativo o controversia regional” cubren casi todo el espectro de las decisiones que deben ser adoptadas al seno de las corporaciones públicas y por ello permiten un amplio margen de discrecionalidad de los partidos y movimientos políticos que hacen nugatorios los propósitos de la reforma política contrariando abiertamente el artículo 108 superior”* (cursivas fuera del texto original)<sup>22</sup>.

Por estas razones, si bien los partidos o movimientos no deben sujetarse a unos parámetros establecidos previamente por el legislador para definir los asuntos de conciencia en sus estatutos, no cuentan con plena discrecionalidad para hacerlo, pues no pueden incluir

---

<sup>21</sup> Ver sentencia C-859 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, previamente mencionada en el texto de la demanda.

<sup>22</sup> Sentencia C-859/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico 14.

razones análogas o similares a la “conveniencia política, trámite legislativo o controversias regionales”. Estas razones no coinciden con las excepciones a las que se refiere el artículo 108 de la Constitución y terminarían convirtiendo las excepciones al régimen de bancadas en regla general, contrariando el artículo 108 de la Constitución. Los asuntos de conciencia –en palabras de la Corte Constitucional- “*deben responder razonablemente, a cuestiones típicas de conciencia, consideradas y definidas como tales en otras disciplinas o ciencias*”<sup>23</sup>. No es posible entonces defender la tesis de que la elección del Secretario General del Senado es un asunto de conciencia –definido como tal en otras disciplinas o ciencias- y que no constituye un asunto de conveniencia política o trámite legislativo, u otro similar a los que han sido declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, les correspondía a todas las colectividades presentes en el Senado de la República impartir una directriz a sus miembros, cumpliendo así con el mandato constitucional de que los partidos y movimientos actúen como bancadas en la actividad legislativa.

Como se relató anteriormente, los partidos o movimientos políticos Liberal, Cambio Radical, PIN, MIRA y la Alianza Social Indígena manifestaron en la audiencia pública que dejarían en libertad a los miembros de sus colectividades para votar por el candidato de su preferencia y para que lo hicieran de manera secreta o pública y nominal, según su preferencia. El Senador Juan Lozano, presidente del Partido de la U, manifestó que la colectividad votaría de forma pública y nominal, pero que no había llegado a “ningún acuerdo político”, entonces los Senadores tendrían plena libertad para decidir su voto. El Partido Conservador, a través de los senadores José Darío Salazar y Juan Manuel Corzo, manifestó que la colectividad no votaría en bancada y que cada uno de los miembros tendría la potestad de decidir de qué manera votar.

Las demás colectividades anunciaron que votarían en bancada e indicaron públicamente el sentido de su voto. El Partido Verde y el Movimiento Progresista anunciaron su voto en bancada por el candidato Juan Carlos Lancheros, mientras que el Movimiento AICO y el Polo Democrático declararon que votarían en blanco.

Como se puede ver, solo cuatro colectividades impartieron una directriz a sus integrantes, aún cuando de acuerdo con el artículo 108 de la Constitución, la Ley 974 de 2005 y sus propios y respectivos estatutos, todos los partidos y movimientos políticos estaban en la obligación de hacerlo.

De estos hechos se puede concluir que, de dos formas diferentes, se cumple el primer criterio definido por el Consejo de Estado.

Primero, *los casos en que se verificó que hubo una directriz de partidos o movimientos y que sus miembros pretendían seguirla, eran suficientes para que se votara públicamente la elección del secretario*. Por lo tanto, se cumple con el primer criterio exigido por el Consejo de Estado para declarar la excepción de inconstitucionalidad a la norma que permite la votación secreta, puesto que estos partidos anunciaron que votarían en bancada siguiendo una directriz. Estos casos ya ameritaban, por sí solos, la votación pública y

---

<sup>23</sup> Sentencia C-859/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño, fundamento jurídico 13.

nominal, pues esta es necesaria para verificar que los miembros de estas colectividades se hayan ajustado a las respectivas directrices en cumplimiento del régimen de bancadas.

En segundo lugar, *incluso en los casos en que supuestamente no hubo directriz, sí existía un deber de impartirla según los estatutos de los partidos que enunciamos*. Entonces, a la luz del artículo 108 y 133, en estos casos también debe entenderse cumplido primer criterio por la decisión consignada en los estatutos de actuar en bancada.

Es importante señalar que, al constatar los hechos de la audiencia, no es posible afirmar que algunos congresistas votaron pública y nominalmente y otros de forma secreta. *Todos los congresistas votaron secretamente*, aún a pesar de que algunos de ellos anunciaron a viva voz su voto, pues el voto registrado por la comisión escrutadora no fue el anunciado públicamente sino el que fue depositado en la urna. Esto hace imposible verificar si el voto anunciado coincide con el voto depositado en la urna, y por lo tanto, incluso en los casos en los que las colectividades anunciaron públicamente su voto en bancada, resulta imposible verificar que los miembros se hayan ajustado a la directriz impartida. Esto genera entonces, como lo ha señalado el Consejo de Estado, una incompatibilidad entre el voto secreto y el régimen de bancadas que significa la nulidad de la elección, pues es imposible comprobar si se violó o no el régimen de bancadas. Al no poderse comprobar si los congresistas se ajustan o no a la directriz, el primer criterio definido por el Consejo de Estado para inaplicar el artículo 131 literal a) de la ley 5 termina siendo plenamente ineficaz y pierde así todo el valor normativo que tuvo en cuenta el alto tribunal para definirlo como criterio para la excepción de inconstitucionalidad.

Además, no se debe olvidar que la garantía de voto público debe darla quien organiza la votación y no cada congresista en particular, así que sumada a las razones señaladas anteriormente, la exposición pública del voto por parte de un congresista no subsana el hecho de que el sistema de votación acogido para proceder a la elección haya sido secreto.

En resumen, el caso de la elección del señor Gregorio Eljach Pacheco como Secretario del Senado cumple con el primer criterio definido por el Consejo de Estado en la sentencia de noviembre de 2011 para inaplicar por excepción de inconstitucionalidad el artículo 131 literal a) de la Ley 5, por dos razones.

Primero, porque al menos dos partidos (Verde y Progresistas) dijeron que votarían como bancada siguiendo la directriz de su partido, y otros decidieron por bancada votar en blanco (Polo Democrático y AICO). Este hecho, por sí solo, ya ameritaría la votación pública y nominal pues esta es necesaria para verificar que los miembros efectivamente se hayan ajustado a la directriz de su colectividad. Sin embargo, a pesar de que algunos de estos miembros anunciaron su voto públicamente, el voto registrado por la comisión escrutadora fue la papeleta depositada en la urna por los senadores y no el voto anunciado a viva voz. Como no es posible verificar que el voto depositado coincida con el voto anunciado, este tipo de votación no permite constatar que los miembros de estas colectividades que actuaron en bancadas hayan efectivamente seguido la directriz de su colectividad.

Segundo, porque a pesar de que los demás partidos o movimientos no impartieron una directriz, de acuerdo con la Constitución, la ley y sus estatutos estaban en la obligación de hacerlo pues este sería un asunto propio del régimen de bancadas. De acuerdo a una



interpretación amplia del primer criterio definido por el Consejo de Estado -que es coherente con las reformas constitucionales del 2003 y 2009 a través de las cuales se introdujo el régimen de bancadas y se estableció el voto público y nominal como la regla general- se cumpliría también el primer criterio. Entender lo contrario -que el criterio no se cumple porque los partidos o movimientos, aún a pesar de estar obligados a impartir la directriz, no lo hicieron- significaría la ineficacia plena del régimen de bancadas definido en la Constitución.

*B. Existe dentro del ordenamiento jurídico una justificación deontológica de que la votación por el secretario del Senado sea pública y nominal*

Existen fuertes razones que justifican plenamente que la elección del Secretario del Senado de la República sea realizada mediante la votación pública y nominal.

En primer lugar, porque así ya lo ha considerado el Consejo de Estado en decisiones anteriores. En el fallo del 23 de marzo de 2007 al que ya se hizo referencia, el alto tribunal declaró la nulidad de la elección del Secretario de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, precisamente por haberse realizado la votación mediante voto secreto y no a través de una votación pública y nominal. Las funciones del secretario de comisión son análogas a las del secretario del Senado, y por eso no habría lugar a decir que en el primer caso sí existe una justificación deontológica y en el segundo no. Es cierto que esta decisión fue proferida antes de la sentencia de 2011 en la que se moderó el precedente jurisprudencial en la medida en que se dijo que la contradicción entre las elecciones realizadas mediante voto secreto no siempre son contrarias al régimen de bancadas. Sin embargo, en las consideraciones del Consejo de Estado en el fallo de 2011 no se hizo referencia al del secretario de comisión como uno de esos casos, a pesar de ser el que había motivado la decisión que se estaba revaluando.

En segundo lugar, porque la misma naturaleza del cargo de secretario del senado así lo amerita. El artículo 47 de la Ley 5 de 1992 define las funciones del Secretario General, y entre ellas se destacan:

“3. Dar lectura a los proyectos, proposiciones y demás documentos y mensajes que deban ser leídos en sesión plenaria. 4. Informar sobre los resultados de toda clase de votación que se cumpla en la corporación... 7. Mantener organizado y actualizado un registro de entrega y devolución de los documentos y mensajes enviados a las respectivas comunicaciones. 8. Coordinar la grabación de las sesiones plenarias y vigilar la seguridad de las cintas magnetofónicas y las actas...10. Dirigir la formación del archivo legislativo de cada legislatura y entregarlo a la oficina de archivo del Congreso, acompañado de un inventario general y un índice de las diversas materias que lo componen. 11. Disponer la publicidad de la Gaceta del Congreso. 12 Expedir las certificaciones e informes – si no fueren reservados- que soliciten las autoridades o los particulares. 13. Mantener debidamente vigilados y custodiados los expedientes sobre investigaciones que se adelanta en la corporación a los altos funcionarios del Gobierno, y darles el trámite debido. Así mismo, las actas y documentos que de ella emanen”.

Como muestran estas funciones, el secretario general del Senado cumple un rol muy importante en el proceso legislativo pues es quien, primero, hace oficial ante la plenaria los proyectos, proposiciones y demás documentos y mensajes a través de los cuales los miembros y grupos políticos actúan políticamente en el Congreso (numeral 3); segundo, de diferentes formas da fe pública de que las sesiones en el Congreso se dieron de cierta manera (ver numerales 4, 8, 10, 11, 12 del artículo 47 de la ley 5 de 1992). Adicionalmente, en tercer lugar, el Secretario cumple algunas funciones centrales al control judicial y político que hace el Congreso a altos funcionarios del Gobierno (ver numeral 13). Todo esto significa que el secretario debe ser una persona idónea, honorable, y capaz, por lo cual su nombramiento debe ser lo más transparente posible. Esta transparencia en la función legislativa es justamente el objetivo de la reforma constitucional de 2009 que introdujo la votación pública y nominal como regla general en las votaciones de los miembros del Congreso.

En resumen, la elección del señor Gregorio Eljach como Secretario del Senado adolece de nulidad porque – de acuerdo con los dos criterios definidos anteriormente por el Consejo de Estado- debió inaplicarse el artículo 131 literal a) de la ley 5 de 1992 por excepción de inconstitucionalidad. En primer lugar, porque hubo de parte de algunos partidos una directriz para elegir al secretario del Senado, y porque incluso en los casos de aquellos partidos que no impartieron la directriz, el primer criterio debe ser interpretado de forma amplia; no solo se debe tener en cuenta si efectivamente existió una directriz por parte de los partidos o movimientos, sino, además, si las colectividades estaban o no obligadas a impartirla. Adicionalmente, la forma de votación que se utilizó en la elección del señor Gregorio Eljach hace completamente ineficaz el primer criterio definido por el Consejo de Estado, pues no permite verificar –incluso en los casos de las colectividades que sí anunciaron públicamente su voto en bancada- si los miembros se ajustaron a las directrices de los partidos o movimientos. En segundo lugar, el artículo 131 literal a) debió inaplicarse por excepción de inconstitucionalidad pues existen razones deontológicas que justifican plenamente que la votación de la elección del secretario general sea mediante voto público y nominal y no mediante voto secreto.

## **6. Petición de precisión de jurisprudencia.**

Respetuosamente nos atreveremos a sugerir una precisión en su jurisprudencia sobre votación pública y secreta, *aclarando que la no aceptación de nuestra propuesta no afecta la argumentación que hemos expuesto para solicitar la nulidad de la elección del secretario del Senado, pues en todo caso, está sustentada en la jurisprudencia vigente.*

Como mencionamos en el capítulo 3 de este escrito, consideramos que la regla jurisprudencial que ha fijado la Corte para inaplicar el artículo 131 de la ley 5ª debe invertirse. Teniendo en cuenta que una norma constitucional consagra que la regla general en las votaciones de los miembros de cuerpos colegiados es que el voto es nominal y público, la excepción es la votación secreta. En consecuencia, tratándose de elecciones que realizan los cuerpos colegiados también debería aplicarse como regla general la votación pública y, como excepción, la votación secreta. No al revés, como es actualmente.

Los requisitos fijados en la sentencia de nulidad del año 2011 para aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 131 de la ley 5ª convierten la regla general en una norma que debe justificar su aplicación. Así, para pedir que se aplique el artículo constitucional debe a la luz de una norma legal argumentarse dos situaciones. Los dos requisitos que exige la sentencia deberían ser un imperativo para los casos en de votación secreta. Por ejemplo, podría fijarse que sólo sea admisible la elección sea secreta cuando se cumplan estos dos requisitos: i) los partidos deciden conforme a sus estatutos no votar en bancada y ii) existe al menos una razón poderosa que justifique que la elección pueda ser secreta.

Aunque comprendemos la forma como opera la excepción de inconstitucionalidad que propuso el Consejo de Estado en el 2011, esta petición tiene como objeto fortalecer los alcances de las normas constitucionales y que no tengan que justificarse en su aplicación en virtud de una disposición legal que es, en principio, contraria. En este caso debería privilegiarse la norma de mayor jerarquía y su aplicación directa.

Así mismo, consideramos que esta precisión de la jurisprudencia no cambia el sentido de lo dicho por el Consejo de Estado, y en cambio sería útil para que en el Congreso sea más claro que la regla general es la votación pública y no la secreta. Pues como sucedió en el caso concreto, muchos congresistas aplican únicamente el artículo 131 de la ley 5ª de 1992 y se apoyan en que esta es la regla general y así defienden la votación secreta de aquellos asuntos que deberían ser votados pública y nominalmente. Aunque obviamente esto no excusa su conducta, sí puede llegar a ser más comprensible para quienes se rehúsan a votar de forma pública.

Esta petición también tiene sustento en que la votación pública y nominal no pretende solo asegurar el régimen de bancadas sino que tiene otro propósito, que es fortalecer el control ciudadano sobre los elegidos. Así, aunque los representantes no voten como bancada, el voto debería ser público para que la ciudadanía pueda estar informada y pueda ejercer un control. En la medida en que sea más difícil obligar a la votación pública, más se restringe el derecho de la ciudadanía, pues es igual de importante que los partidos puedan disciplinar a sus miembros, como que la ciudadanía pueda ejercer un seguimiento y control a sus representantes.

### **Cargo segundo: la elección de Gregorio Eljach Pacheco como Secretario del Senado adolece de nulidad porque no cumplió con las mayorías exigidas por la Constitución y la ley**

Como consta en el video de la audiencia que se adjunta a esta demanda, 92 senadores de los 102 posibles estuvieron presentes en el momento de la votación. 20 de ellos votaron en blanco y los 72 restantes lo hicieron por alguno de los candidatos. El candidato que obtuvo el mayor número de votos fue Gregorio Eljach Pacheco, quien obtuvo 29 votos a favor. Sin embargo, que el señor Gregorio Eljach haya obtenido el mayor número de votos no significa que haya obtenido el número de votos necesarios para resultar elegido. Como mostraremos a continuación, en este caso la mayoría exigida para elegir a una persona como secretario general no es “obtener el mayor número de votos” –como lo consideró el

Senado- sino “obtener la mayoría de los votos de los asistentes”, como lo establece la Constitución y la ley.

### 1. *La regla de mayoría aplicable*

El artículo 146 de la Constitución establece que “en el Congreso pleno, en las Cámaras y en sus comisiones permanentes, *las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial*” (cursivas fuera del texto original). Así, la Constitución ha definido que por regla general las decisiones en el Congreso –tanto cuando se reúna en pleno, como en plenarias y en las respectivas comisiones permanentes- deberán tomarse por la mayoría de los votos de los asistentes.

Sólo en algunos casos, en aquellos definidos expresamente en la Constitución, el Congreso podrá tomar decisiones con mayorías diferentes a la de la mayoría de los votos de los asistentes. Así, por ejemplo, la Constitución exige mayoría absoluta para la aprobación, modificación o derogación de leyes orgánicas (art. 151) y leyes estatutarias (art. 153) o en aquellos casos en los que el Congreso decida revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje (art. 150, num. 10). En otros casos no se exige mayoría absoluta sino mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara. Este es el caso de la decisión del Congreso de conceder amnistías o indultos generales por delitos políticos (art. 150, num. 17). Estos son sólo algunos ejemplos y no agotan todas las excepciones definidas en la Constitución.

Ninguna de las excepciones a esta regla general definidas en la Constitución apunta a que se tomen decisiones con mayorías menos estrictas que la mayoría del artículo 146 de la Constitución. En los casos en los que el Constituyente estableció alguna excepción lo hizo -atendiendo a la importancia de las decisiones en juego- con el objetivo de aumentar los requisitos de deliberación y acuerdo entre los miembros del Congreso. Estas mayorías más exigentes se convertirían así en una garantía de un mayor consenso entre las colectividades y de una mayor calidad en la deliberación pública.

Esto significa, entonces, que sólo están exceptuados de la regla general de mayoría definida en el artículo 146 de la Constitución aquellos asuntos expresamente señalados en la Constitución. Estas excepciones no tienen el objeto de reducir los niveles de consenso y deliberación públicos en asuntos específicos sino, por el contrario –y atendiendo a su especial relevancia-, a aumentarlos. En otras palabras, la mayoría *mínima* exigida por la Constitución para que el Congreso tome decisiones es la del artículo 146 (la mayoría de los asistentes), y sólo se establecen excepciones a esa regla en aquellos casos que tienen una especial relevancia y que ameritan que la regla sea más estricta, y no menos.

La Constitución no establece una excepción a esta regla general en el caso de la elección de los Secretarios Generales de las Cámaras del Congreso. Por esa razón, debe entenderse que para elegir al Secretario del Senado se debe aplicar la regla general: para que un candidato resulte elegido deberá tener, entonces, *al menos la mayoría de los votos de los asistentes*.

Esta norma constitucional ha sido reproducida en normas legales que regulan la actividad del Congreso y, aunque no lo ha sido específicamente para el caso de la elección del Secretario del Senado, sí ha sido reproducida en normas que regulan la elección de los secretarios de las comisiones constitucionales permanentes, quienes cumplen funciones análogas a las del secretario de una cámara. El artículo 11 de la Ley 3 de 1992 señala que “en cada Comisión Constitucional Permanente habrá un Secretario, *elegido, por la mayoría de los votos de los asistentes para el respectivo período constitucional de las Comisiones Permanentes...*”. Elegir al secretario del Senado con una mayoría como la que tuvo en cuenta el Senado al elegir al señor Eljach, menos estricta que la del artículo 146 –que en este caso no admite una excepción, pues no ha sido definida expresamente por la Constitución-, no solo violaría la Constitución sino que revelaría un absurdo: para elegir al secretario de una comisión constitucional permanente se exigiría una mayoría más estricta (la mayoría del voto de los presentes) que para elegir al Secretario del Senado (el mayor número de votos).

## 2. *La elección de Gregorio Eljach como Secretario del Senado no cumplió con la mayoría exigida*

De acuerdo con el video que se adjunta a esta demanda, al menos 92 senadores y senadoras asistieron a la sesión en la que se eligió el Secretario del Senado, pues ese es el número de congresistas que votaron. De acuerdo con los argumentos presentados en la sección anterior, para que un candidato resultara elegido debía contar entonces con la mayoría de los votos de senadores asistentes; en este caso, el número de votos necesarios era de 47 votos, que corresponden al 50% más uno de los 92 ( $= 92/2 + 1$ ).

El señor Gregorio Eljach Pacheco no obtuvo el número de votos exigidos por la Constitución, pues de los 47 votos exigidos, obtuvo sólo 29. La Mesa Directiva del Senado consideró que se había cumplido con el número de votos necesario, porque se entendió que la regla de mayoría aplicable era *el mayor número de votos* y no *la mayoría de los votos de los asistentes*. La regla de mayoría aplicada en este caso resulta menos estricta que la mayoría *mínima* exigida por la Constitución para la toma de decisiones en el Congreso.

La elección de Gregorio Eljach Pacheco como Secretario del Senado adolece de nulidad porque viola el principio de mayorías propio del sistema representativo definido en la Constitución. Específicamente, la elección viola el artículo 146 de la Constitución, pues el señor Eljach obtuvo solo 29 votos a favor, y no 47, que corresponderían a la mayoría exigida por la Constitución, esta es, *la mayoría de los votos de los asistentes*.

## VI. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Anteriormente se argumentó cómo la elección de Gregorio Eljach como secretario del senado está viciada de nulidad porque desconoce los artículos 108, 133 y 146 de la Constitución, entre otros. Aquí mostramos que esta infracción es manifiesta y solicitamos la suspensión provisional de la elección del señor Eljach.

De acuerdo con las exigencias del artículo 231 la suspensión provisional, en el caso concreto es procedente porque en la elección del hoy secretario del Senado se desconocieron tres normas constitucionales: el artículo 108, el artículo 133 y el artículo 146. Nos asisten, como presentamos en la demanda, dos fuertes razones para afirmar que hay una violación manifiesta que merece la suspensión de la elección del mencionado senador.

El primero, consiste en que su elección se realizó mediante votación secreta y debía ser una votación pública y nominal. Esto porque la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado contundentemente que si bien el artículo 131 de la ley 5ª obliga a que las elecciones en los cuerpos colegiados se hagan mediante voto secreto, esta norma no puede aplicarse cuando se cumplen dos supuestos porque se torna inconstitucional. Los dos supuestos son: que 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.”*<sup>24</sup>

En el caso concreto se cumplen los dos supuestos. En cuanto a la existencia de la directriz, está comprobado que el Partido Verde y el Movimiento Progresistas impartieron una directriz de bancada para votar por un candidato específico. Así mismo, el Partido Polo Democrático y AICO dijeron que su bancada votaría en blanco. Con esto, ya se cumple el requisito. Ahora bien, incluso los partidos que dicen haber dejado a sus miembros en libertad para votar, habían consignado en sus estatutos que la elección del secretario se votaría por bancada. Y por lo tanto debía exigirse un sistema de votación público en razón de la actuación de bancada que debían tener,

Teniendo en cuenta la reciente jurisprudencia del 5 de junio sobre la elección de la Contralora Sandra Morelli, vale decir que demostrado el cumplimiento del primer criterio, ya no era posible aplicar el artículo que permitía la votación secreta. Pues, como dijimos, el Partido Verde y el Movimiento Progresistas, entre otros, votaron en bancada y acordaron tal decisión. Tanto así, que a algunos de ellos, a pesar de que no les fue garantizado el sistema de voto público, anunciaban su voto al auditorio manifestando su interés en que dicha votación fuera pública y nominal.

En cuanto a la justificación deontológica, vale advertir que aunque la reciente jurisprudencia ha dicho que este criterio no es indispensable, también está probado en el caso concreto. Efectivamente la secretaría del senado es un cargo político y no únicamente notarial, en el que los partidos tienen un interés directo. El secretario general del Senado cumple un rol muy importante en el proceso legislativo pues es quien hace oficial ante la plenaria los proyectos y proposiciones en el proceso legislativo del Congreso y juega un papel importante en las investigaciones judiciales y políticas que adelanta el Senado de la República. Todo esto significa que el secretario debe ser una persona idónea, honorable, y capaz, por lo cual su nombramiento debe ser lo más transparente posible. Esta transparencia en la función legislativa es justamente el objetivo de la reforma constitucional de 2009 que

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección quinta, 6 de octubre de 2011, M.P. Alberto Yepes Barreiro

introdujo la votación pública y nominal como regla general en las votaciones de los miembros del Congreso.

Así pues, demostrado el cumplimiento evidente de los dos requisitos, la norma que permitía la votación secreta no debió haber sido aplicada. Y la votación debió haber sido pública y nominal. Por lo tanto, la elección del secretario se hizo de forma inconstitucional.

El segundo argumento es que el secretario del Senado no obtuvo los votos mínimos que exige la Constitución para ser elegido, pues de los 47 votos exigidos, obtuvo sólo 29. La Mesa Directiva del Senado consideró que se había cumplido con el número de votos necesario, porque se entendió que la regla de mayoría aplicable era *el mayor número de votos* y no *la mayoría de los votos de los asistentes*. Pero la regla mínima exigida por el artículo 146 de la Constitución es que la toma de decisiones en el Congreso se hace con la aprobación de la mitad más uno de los asistentes.

En consecuencia, la elección de Gregorio Eljach Pacheco como Secretario del Senado adolece de nulidad porque viola el principio de mayorías propio del sistema representativo definido en la Constitución. Específicamente, la elección viola el artículo 146 de la Constitución, pues el señor Eljach obtuvo solo 29 votos a favor, y no 47, que corresponderían a la mayoría exigida por la Constitución, esta es, la *mayoría de los votos de los asistentes*.

Demostradas las graves y manifiestas violaciones a tres artículos de la Constitución Política y a la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, consideramos que debe decretarse la suspensión provisional del acto demandado pues al confrontar la elección con las normas constitucionales 108, 133 y 146, y otras, debe concluirse que existe una violación grave de las disposiciones invocadas, tal como lo exige el artículo 231 del CCA.

## **V. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN ELECTORAL DE NULIDAD**

La presente acción electoral de nulidad contra el acto administrativo por el cual el Senado de la República eligió como Secretario Gregorio Eljach Pacheco, el día 1 de agosto de 2012, procede por las siguientes razones:

En primer lugar, según el artículo 139 del CCA que entró a regir desde el 2 de julio de 2012:

“Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas [...]”.

En segundo lugar, el acto administrativo demandado fue debidamente individualizado en la sección I de esta acción, de conformidad con lo exigido por el artículo 163 del CCA y la causal de violación a la Constitución está prevista en el artículo 137 del CCA.

En tercer lugar, presentamos esta acción ante la autoridad jurisdiccional competente, a saber, la Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, tal y como lo establece el artículo 149 inc. 4 del CCA, interpretado a la luz del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999.

En cuarto lugar, esta acción se presenta dentro del término de caducidad previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164, según el cual la acción electoral caduca 30 días después de la elección en audiencia pública:

“a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.”

En efecto, el acto público por medio del cual se declaró la elección del Secretario tuvo lugar el 1 de agosto de 2011, emitido en la sesión del mismo día del Congreso de la República. En consecuencia, la caducidad de la acción de nulidad electoral contra ese acto administrativo tendrá lugar el día 14 de septiembre de 2012, teniendo en cuenta que, según el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal<sup>25</sup> y el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil<sup>26</sup>, todos los términos consagrados en días en las leyes deberán ser contabilizados como días hábiles. La regla contenida en estas disposiciones legales ha sido aplicada por el Consejo de Estado en numerosas sentencias a las normas del CCA que establecen los términos en días.<sup>27</sup>

En quinto lugar, no hemos podido anexar copia del acta del día de la elección pues a la fecha de presentación de la presente demanda, la Secretaría del Senado no la ha publicado. Por ello en el acápite de petición de pruebas, solicitamos que la Honorable Sección Quinta solicite el acta al Congreso. No obstante, para cumplir con la finalidad probatoria que exige el artículo 166 del CCA, los demandantes adicionamos la copia simple de la resolución de nombramiento del secretario y la grabación de la sesión del 1 de agosto de 2012 del Senado de la República en la que resultaron elegidos los magistrados del Consejo Nacional Electoral.

Finalmente, esta acción cumple con todos los requisitos necesarios para solicitar la suspensión provisional del acto administrativo demandado, según lo ordena el artículo 231 del CCA. Esto es así, porque explícitamente presentamos la solicitud (art. 231, núm. 1) y

---

<sup>25</sup> Este artículo establece: “En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil” (subraya fuera del original).

<sup>26</sup> Esta norma indica: “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. Los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario” (subraya fuera del original).

<sup>27</sup> En cuanto a esto último ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Miren De la Lombana de Magyaroff, 12 de septiembre de 1995; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 30 de agosto de 2002; C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, 14 de agosto de 2003; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 16 de octubre de 2003; C.P. Darío Quiñones Pinilla, 26 de febrero de 2004.



porque el acto administrativo infringe, de manera manifiesta, el artículo 108, 133 y 146 de la Constitución.

## **VI. ANEXOS**

1. Copia simple del derecho de petición presentado al Secretario General del Congreso de la República, en la que se solicita copia del Acta por medio del cual se declara la elección de Gregorio Eljach Pacheco como Secretario General del Senado.
2. Respuesta al derecho de petición respondido por dirigido a Camilo Alejandro Mancera Morales tiene fecha Bogotá, 11 de septiembre de 2012, firmado por Saúl Cruz Bonilla Subsecretario General Senado de la República.
3. Copia del video de la sesión de la Plenaria del Senado de la República, en que se realizó la elección del Secretario del Senado de la República, de fecha día primero de agosto de 2012.

## **VII. SOLICITUD DE PRUEBAS**

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

1. A la fecha de presentación de esta demanda el H. Congreso de la República no había publicado las actas correspondientes a la elección del señor Gregorio Eljach Pacheco como Secretario del Senado el primero de agosto de 2012; por ello es pertinente que la Honorable Sección Quinta solicite a la Secretaría del Congreso la Gaceta Oficial en la cual se publique dicha acta.

## **NOTIFICACIONES**

Los demandantes recibiremos notificaciones en la siguiente dirección: Carrera 24 No. 34 – 61 en la ciudad de Bogotá.

Los demandados podrán ser notificados en el Capitolio Nacional, Carrera 7 No 8 - 68 - Bogotá D.C

De la Honorable Sección Quinta del Consejo de Estado,

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

Jose Rafael Espinosa Restrepo  
C.C. No. 1126398025  
Investigadora de DeJuSticia

Paula A. Rangel Garzón  
C.C. No. 1.032.401.057 de Bogotá  
Investigadora de DeJuSticia

Camilo Mancera  
C.C. No.80.136.164 de Bogotá  
Investigador Misión de Observación Electoral.