

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se niegan las pretensiones de nulidad de elección de magistrada de la Corte Constitucional / VIOLENCIA MORAL – Falta de pruebas que demuestren intervención en la voluntad

Del estudio del presente cargo la Sala Electoral puede concluir sin ambages que no existió la pretendida infracción de la norma superior, esto es, de los artículos 123 y 131 de la Ley 5 de 1992 y demás preceptos normativos invocados, al encontrar que no se logró demostrar que hubiera vulneración al principio del voto secreto; por otro lado, tampoco se acreditó que el ejercicio del sufragio en el presente caso dejara de ser personal, intransferible e indelegable por coacción en la selección de quien habría de ser elegida. En razón de ello, se negará la procedencia de la nulidad deprecada para este caso en concreto. (...) Indicaron los accionantes que se materializó en el presente proceso de elección la causal de nulidad del acto electoral contemplada en el artículo 275.1 de la Ley 1437 de 2011, por los señalamientos hechos por el Senador Armando Benedetti en redes sociales, en los que manifestó que de no elegirse a la ahora demandada, los miembros de las FARC se levantarían de la mesa de negociación. (...) Es así como, la violencia moral o psicológica se enmarca dentro de todo acto de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener un resultado, que no implican el despliegue de fuerza física, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agresor, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados (...) A la luz de la jurisprudencia vigente de esta Sala Electoral, se impone hacer el estudio detallado del presente caso, y, de encontrarse objetivamente la concurrencia de estos elementos constitutivos de la causal, se procederá a analizar la incidencia del vicio en el resultado. De lo contrario, se despachará negativamente (...) Se impone en este caso determinar, que la parte actora no probó que con las manifestaciones del Senador Benedetti Villaneda se afectara la voluntad de los Senadores electores que conllevara a la alteración del resultado final, elemento necesario para la procedencia del estudio de la presente causal de nulidad. (...) Resulta importante mencionar, que quien soporta su demanda en la causal de violencia psicológica, debe probar que la presión ejercida es de tal envergadura que hizo que la voluntad del elector fuera mermada, al punto de cambiar su opción de voto por la pretendida por el opresor, situación que para el caso en concreto no quedó demostrada como se dedujo del análisis de las pruebas legalmente allegadas al expediente.

TARJETA ELECTORAL - el acto de un elector de romper la tarjeta electoral por sí solo no se erige como un vicio de nulidad

Sea lo primero señalar, que en este caso en concreto no existe prueba que el documento que rompiera el Senador Musa Besaile fuera la tarjeta electoral marcada; sin embargo, se debe resaltar que debe afectar el acto definitivo de elección, ello por cuanto tal acción se puede presentar en el evento en que éste se equivoque en la marcación de la misma, por cambio de parecer, por haber hecho una marcación errónea que pudiera invalidar su voto, entre otros supuestos que no pueden ser tenidas como “destrucción” en estricto sentido. (...) La jurisprudencia de la Sala Electoral, se ha referido a la destrucción como la actividad positiva de dañar el material electoral con el fin de impedir que los votantes se manifiesten o, habiéndose manifestado, que no se pueda concretar su voluntad a través del escrutinio (...) Tal mandato conlleva consigo dos aspectos: i) desde la óptica del elector: al ser un derecho, se constituye en un elemento de libre disposición, en tanto obedecerá a su libre albedrío si da a conocer el sentido

de su voto y, ii) desde la óptica institucional: implica que al erigirse el secreto del voto el Estado desarrollar los mecanismos necesarios para impedir que las demás personas conozcan la orientación del sufragio de tal manera que se proteja la libertad del elector. Ello implica un sistema de protección al elector dentro de la reglamentación del procedimiento electoral que blinde la libre expresión de la voluntad del elector. (...) De otro lado, la Sección Quinta del Consejo de Estado, resalta la importancia del principio del voto secreto en los procesos electorales el cual se encuentra establecido en los tratados y herramientas internacionales suscritos por la República de Colombia y en virtud de lo previsto en el artículo 93 Superior, éstos hacen parte del orden interno, por ser este elemento núcleo central del derecho de elegir previsto en el artículo 40 de la Carta (...) Se advierte, por demás, que tanto los Senadores que rindieron testimonio como el Secretario General del Congreso, que manifestaron que no existe un procedimiento estandarizado de elección, por ende, unas veces se hace a través de papeleta y otras cada elector determina su voluntad por el medio que considere conveniente, esto es, a mano alzada, por un documento pre-elaborado entregado por cada campaña o cualquier otra forma de marcación. (...) De conformidad con los cargos propuestos en la demanda, se tiene que no existe mérito para declarar la nulidad del acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera como Magistrada de la Corte Constitucional, conforme los cargos planteados en las demandas acumuladas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-28-000-2017-00024-00

Actor: ÁLVARO HERNÁN PRADA ARTUNDUAGA Y OTROS.

Demandado: DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA COMO MAGISTRADA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Asunto: Nulidad Electoral – Sentencia de única instancia.

Procede la Sala a resolver las demandas de nulidad electoral presentadas por los señores Álvaro Hernán Prada Artunduaga, María Fernanda Cabal Molina y Paloma Susana Valencia Laserna, contra el acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera como Magistrada de la Corte Constitucional, realizada por el Senado de la República el 1º de junio de 2017.

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas

1.1 Expediente 2017-00024-00

Los señores María Fernanda Cabal Molina y Álvaro Hernán Prada Artunduaga obrando en nombre propio, interpusieron demanda de nulidad electoral el 17 de julio de 2017¹ contra el acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera como Magistrada de la Corte Constitucional, realizada por el Senado de la República el 1º de junio de 2017², en la que formularon la siguiente pretensión:

*“Se declare la nulidad del **acto de elección** de la Doctora **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA** {...}, como Magistrada de la Corte Constitucional realizada en sesión plenaria del Senado de la República del día 1º de junio de 2017,...”*

1.1.1 Hechos expuestos

Señalaron los demandantes que en la sesión plenaria del 1º de junio de 2017, el Senado de la República sometió a votación la terna compuesta por los doctores Diana Constanza Fajardo Rivera, Álvaro Andrés Motta Navas y Alejandro Ramelli Arteaga, resultando elegida la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera con 48 votos.

Manifestaron que el 2 de junio de 2017, la emisora La W Radio, en la sección *¿Qué se estará preguntando María Isabel?*, que inició sobre las 8:19 de la mañana y que duró cerca de 6 minutos, se dedicó a comentar la elección de la doctora Fajardo Rivera como magistrada de la Corte Constitucional. El periodista Lucas Pombo a partir del minuto 33:42 y hasta el minuto 33:55 informó a la audiencia que: *“el Senador Roy Barreras **a quien se le vio marcando los tarjetones de sus copartidarios**, para no (sic) evitar disidencias frente a esta decisión del partido de la U concertada con el Presidente Santos, pues de votar por la candidata Diana Fajardo”* (Audio disponible en el link: http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/como-votaron-los-parlamentarios-para-elegir-a-diana-fajardo/20170602/oir/3481303.aspx).

Aunado a lo anterior, adujeron que el 30 de mayo de 2017 previo a la elección, sobre las 5:12 p. m., desde la cuenta de twitter @AABenedetti, de propiedad del Senador del Partido de la U, Armando Benedetti, fue publicado un video acompañado del mensaje *“¿Qué está en juego en @SenadoGovCo en elección de nuevo magistrado de Corte Constitucional? Sin Diana Fajardo está en riesgo latente la paz”*.

¹ Folios 1 a 19 del cuaderno No. 1.

² En el escrito de demanda, los actores manifestaron que el 14 de junio de 2017, solicitaron al Secretario General del Senado de la República copia de la gaceta en la que se publicó la sesión del 1 de junio de 2017, donde se declaró la elección cuestionada. (folio 21 del cuaderno No. 1). En virtud de tal manifestación, la Magistrada Ponente en auto del 24 de julio de 2017, solicitó al mencionado secretario la remisión del acto demandado con la correspondiente publicación, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso final del artículo 166.1 de la Ley 1437 de 2011 (folio 37 y 37 anverso del cuaderno No. 1). El 27 de julio de 2017, el Secretario General del Senado de la República remitió certificación de la sesión del 1 de junio de 2017 e informó que a la fecha se encontraba en proceso de elaboración y publicación el acta de la plenaria. Sin embargo, a folio 36 del cuaderno No. 1 obra CD que contiene la sesión plenaria del Senado de la República del 1 de junio de 2017, en la que consta la declaratoria de la elección de la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

El contenido del video es una declaración del Senador Benedetti que contempla: *“Mire para nadie es un secreto que el Presidente se equivocó al haber ternado al que hoy es Magistrado Bernal y lo ternó porque Juan Carlos Henao, Rector de la Universidad Externado, lo sugirió. Pero eso fue un error y ya a lo hecho pecho. Lo que no puede suceder eso es el próximo jueves, porque el próximo jueves está en vilo la democracia, en vilo la paz, en vilo el proceso de paz, Por qué? **Porque si no se elige a la Doctora Diana Fajardo las FARC se van a tener que parar de la mesa porque el Estado le incumplió, y lo que va a suceder es que todos se van a tener que parar de la mesa porque el Gobierno también incumplió.** Entonces es preponderante, muy pero muy importante que elijamos a Diana Fajardo que tiene filosofía liberal, que ha trabajado con los temas de proceso de paz, que le gusta el proceso de paz y no otras personas que significan otra cosa, con todo el respeto del mundo”.*

1.1.2 Normas violadas y concepto de la violación

Invocaron como normas violadas los artículos 40 y 258 de la Constitución Política, el inciso segundo del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (infracción de las normas en que debía fundarse), en concordancia con los artículos 123.3 y 131.1 de la Ley 5 de 1992 y el artículo 275.1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Expusieron frente al cargo de infracción de las normas en que debería fundarse, que la elección de la demandada fue realizada con desconocimiento de lo preceptuado en el numeral 3 del artículo 123 de la Ley 5 de 1992³, al no tenerse en cuenta que el voto de los Senadores es personal, intransferible e indelegable dado que el Senador Roy Barreras se tomó la libertad de marcarle los votos a algunos de sus colegas, con lo que se materializó la contravención a la norma señalada.

Manifestaron que la elección cuestionada no se realizó de conformidad con el régimen de bancadas, esto es, a través de una directriz de cada agrupación política, por el contrario, dicha elección se fundamentó en lo normado en el artículo 131 de la Ley 5 de 1992⁴, o sea, mediante voto secreto por tratarse de una elección de las que señala el numeral 1º de la misma ley.

En lo concerniente al cargo de violencia psicológica contra los electores, establecieron que la misma se materializó con el mensaje transmitido el 30 de mayo de 2017 por el Senador Armando Benedetti, miembro de la dirección nacional del Partido de la U y copresidente del mismo, en el que sostuvo que el proceso de paz se encontraba en riesgo de no escogerse a la doctora Diana Fajardo como magistrada de la Corte Constitucional, al respecto señaló: *“(..)* **si no**

³ Artículo 123. Reglas. En las votaciones cada Congresista debe tener en cuenta que: /.../

3) El voto es personal, intransferible e indelegable.

⁴ Artículo 131. Votación Secreta. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1431 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: No permite identificar la forma como vota el Congresista. Las rectificaciones solo serán procedentes cuando el número de votos recogidos no sean igual al de los votantes.

Esta votación solo se presentará en los siguientes eventos:

se elige a la Doctora Diana Fajardo las FARC se va a tener que parar de la mesa porque el Estado le incumplió, y lo que va a suceder es que todos se van a tener que parar de la mesa porque el Gobierno también incumplió”.

Mencionaron que dicho mensaje produjo la reacción del Presidente del Senado, Mauricio Lizcano, quien mediante tweet del 31 de mayo de 2017 manifestó: “@AABenedetti debe respetar institucionalidad y candidatos @cconstitucional Senado tiene libertad de elegir y no actuará bajo presión FARC”.

Puntualizaron que desde dichas cuentas de twitter se intercambiaron una serie de mensajes que no hicieron cosa diferente a revelar la intención de afectar la libertad de elegir de los Senadores de la República, por parte del congresista Armando Benedetti. De ello da muestra también, la declaración rendida en W Radio el 31 de mayo de 2017 [minuto 06:24] en la que el Senador Benedetti Villaneda justifica su postura basado en las posibles tentaciones de alguno de sus copartidarios de votar de manera diferente a la suya, situación que refleja abierto irrespeto por el derecho fundamental de elegir –artículo 40 de la Constitución Política.

[http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/como-votaron-los-palamentarios-para-elegir-a-diana-fajardo/20170602/oir/3481303.aspx]

Finalizaron su argumento sustentando que tales irregularidades tienen la capacidad de incidir en el resultado dado que la votación fue el siguiente: Diana Fajardo 48 votos, Álvaro Motta 43 votos, Alejandro Ramelli 3 votos, nulos 0 votos, válidos 94 votos, no votaron 7 Senadores y un Senador suspendido, para un total de 102 integrantes del Senado de la República.

1.1.3 Actuaciones procesales

1.1.3.1 Admisión de la demanda y decreto de medida cautelar

El 14 de septiembre de 2017⁵, la Sección Quinta del Consejo de Estado admitió la demanda y negó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado respecto del cargo de infracción de las normas en que debía fundarse (artículo 123.3 de la Ley 5 de 1992), se estableció que a esa instancia del proceso no obraba prueba en el plenario que indicara que el Senador Roy Barreras efectivamente marcara las tarjetas electorales de los miembros de su bancada y por ende que los electores no hubiesen votado de manera personal, por el contrario, del análisis del CD que obra a folio 36 del cuaderno No. 1, contentivo de la sesión plenaria del 1º de junio de 2017, en la que resultó electa la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera, no se evidenció actuación alguna por parte del Senador Barreras tendiente a marcar las tarjetas electorales de otros Senadores y, que éstos posterior a ello las hayan depositado en la urna dispuesta para tal fin.

a) Cuando se deba hacer elección;

⁵ Folios 109 a 120 del cuaderno No. 1.

Tampoco se pudo establecer con los documentos aportados a esa instancia procesal, que en el trámite de las votaciones de la sesión plenaria del Senado de la República para la escogencia del magistrado de la Corte Constitucional que reemplazaría al doctor Vargas Silva, se hubiera desconocido el secreto al voto, dado que, no obraba prueba de la existencia de tarjetas pre-marcadas en favor de uno u otro candidato a dicho cargo que hiciera develar la intención del sufragio de los electores.

En cuanto al cargo de violencia psicológica se estableció que si bien existían documentos que demostraban a esa instancia que el Senador Armando Benedetti dictó comunicados tendientes a que el Senado de la República eligiera a la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera como magistrada de la Corte Constitucional, dado que de no ser así, se pondría en riesgo el proceso de paz por incumplimiento a las FARC, lo cierto es que no se allegó prueba que la sola manifestación hecha por el congresista tuviera la entidad suficiente para alterar el ánimo de los electores y por ende su decisión.

1.1.3.2 Contestación de la demanda por parte del Presidente de la Corte Suprema de Justicia

En escrito del 2 de octubre de 2017⁶, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, contestó la demanda indicando que la corporación judicial intervino en el proceso de elección, únicamente en lo que atañe a la conformación de la terna de la cual el Senado de la República eligió el 1º de junio de esa misma anualidad a la ahora demandada, actuación que en el presente medio de control no fue cuestionada. Por otra parte manifestó que no cuenta con conocimiento de la ocurrencia de los vicios endilgados al acto electoral enjuiciado.

1.1.3.3 Contestación de demanda por parte de la Magistrada Diana Constanza Fajardo Rivera

El 10 de octubre de 2017⁷, el apoderado judicial de la demandada contestó la demanda en la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones proponiendo las siguientes excepciones⁸:

- Concordancia del acto demandado con el ordenamiento jurídico y las normas en que debía fundarse –Inexistencia de violación de los artículos 123.3, 131, 136 de la Ley 5 de 1992: al respecto manifestó que no se desconoció en el proceso de elección el secreto del voto de los electores dado que en el marco electoral se dieron las garantías para la preservación de tal principio, distinto es que el votante haga pública y manifieste abiertamente su orientación política y el sentido o la intención de su voto.

Por otra parte adujo que el proceso electoral respetó el artículo 136 de la Ley 5 de 1992, toda vez que se entregaron las tarjetas electorales y las mismas

⁶ Folios 144 a 146 del cuaderno No. 1.

⁷ Folios 147 a 168 del cuaderno No. 1.

fueron depositadas por los Senadores en orden de llamado (orden alfabético) en la urna dispuesta para tal fin. En ninguna parte del proceso los miembros de la comisión escrutadora manifestaron que en el transcurso de las votaciones se presentaran irregularidades, por ende, no se registró en el acta la ocurrencia de anomalía alguna que ameritara la suspensión o repetición del proceso de elección.

De otra parte, en cuanto a la posible injerencia de los Senadores Armando Benedetti y Roy Barreras en la voluntad de los electores, no obra prueba en el expediente que ello se materializara, por el contrario se puede constatar que la elección se llevó a cabo con normalidad y que cada Senador votante se acercó de manera individual a la urna sin presión alguna.

- Inexistencia de violencia: este cargo se fundamentó en que el Senador Benedetti Villaneda el 31 de mayo de 2017, en su cuenta de twitter publicó su intención de voto en favor de la demandada y a su vez señaló que de no ganar su candidata las Farc se pararían de la mesa de negociación por incumplimiento del gobierno.

Adujo la defensa de la demandada que en este caso no se configuran los elementos de la violencia psicológica o física sobre los electores, dado que: i) las manifestaciones del Senador Benedetti no son más que opiniones de carácter personal y político, ii) materialmente en el expediente no se encuentra prueba de cuáles fueron los Senadores que votaron por la magistrada Fajardo Rivera y si alguno de ellos lo hizo coaccionado, iii) en razón de lo anterior, no existe prueba que la manifestación del Senador hubiese trascendido de tal forma que hubiera alterado la voluntad de los electores.

1.1.4 Acumulación

Mediante auto del 23 de octubre de 2017⁹, la Magistrada conductora del proceso, ordenó mantener el expediente en Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado, mientras llegaba la oportunidad procesal para decidir lo correspondiente a la acumulación de los procesos dirigidos contra la elección de la Magistrada de la Corte Constitucional, doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

1.2 Expediente 2017-00029-00

A través de demanda presentada el 30 de agosto de 2017¹⁰, la señora Paloma Susana Valencia Laserna, en nombre propio, solicitó que se declare la nulidad del acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera, como Magistrada de la Corte Constitucional realizada en sesión plenaria del Senado de la República el 1º de junio de 2017, en la cual formuló las siguientes pretensiones:

⁸ De las excepciones propuestas en la demanda la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado corrió traslado a las partes mediante aviso del 13 de octubre de 2017 (Folio 169 del cuaderno No. 1).

⁹ Folio 173 del cuaderno No. 1.

*“1. Que se reconozca que el procedimiento de elección al cargo de magistrado de la Corte Constitucional, de la terna conformada por **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA, ÁLVARO ANDRÉS MOTTA NAVAS y ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA**, se realizó violando lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 123 y el artículo 131 de la Ley 5ª de 1992.*

*2. Como consecuencia de lo anterior, que se declare la nulidad de la elección de **DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA**, como magistrada de la Corte Constitucional, efectuada por el Senado de la República, en la sesión plenaria del día primero (1º) de junio de 2017”.*

1.2.1 Hechos expuestos

La elección de la demandada estuvo permeada de innumerables irregularidades que afectaron de manera directa el voto secreto de varios Senadores lo que, a su juicio, produjo un resultado ilegítimo en dicha elección.

Basada en transcripciones de la sentencia C-1017 de 2012, en la cual, la Corte Constitucional estableció la estrecha relación que existe entre la votación secreta en el ejercicio de la función electoral por parte de los congresistas y la teoría de la representación, puesto que se busca que la elección se realice con plena autonomía y de manera libre y voluntaria, para alcanzar el bien común.

Con fundamento en la sentencia de 25 de junio de 2014 dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de Alberto Rojas Ríos como magistrado de la Corte Constitucional, según la cual la violación del principio del voto secreto es causal de nulidad del acto de elección siempre que su observancia sea obligatoria y su desconocimiento sea determinante en el resultado.

En consecuencia, aseguró que el acto de elección de Diana Fajardo es nulo, *“toda vez que se violó la regla de sigilo electoral y su inobservancia es de tal entidad que alteró el resultado y condujo a su nombramiento, toda vez (sic) se exigió a senadores mostrar su voto, como puede apreciarse en el video publicado en YouTube, denominado “fraude en elección de la magistrada Diana Fajardo” que se anexa como prueba, con lo cual se aseguró la elección de la doctora **DIANA FAJARDO**. La cual es magistrada porque se vulneró el voto secreto”.*

Adujo que se realizó campaña a través de diversos medios de comunicación previa a la elección en la que se dijo que la principal política del gobierno fracasaría si Fajardo Rivera no era elegida, sino que se indujo a su elección, con lo cual se constituyó un nombramiento sesgado porque el voto no cumplió con el único requisito establecido en la ley la reserva.

Aseguró que *“tal como lo argumentó el senador Fernando Nicolás Araujo en su constancia... los senadores Armando Benedetti y Roy Barreras incidieron*

¹⁰ Ver folios 1 a 15 del cuaderno No. 1.

notoriamente en el voto de al menos 5 senadores, situación que claramente configura una violación directa al voto secreto”.

Mencionó que hasta el último momento previo a la elección, hubo representantes del gobierno circundando el recinto de la plenaria del senado, situación resuelta por el Presidente del Senado, quien ordenó su retiro, así como el de todos aquellos que no fueran Senadores. Dicha presencia no era casual, sino que obedecía al mandato gubernamental orientado a garantizar la elección de su candidata predilecta.

Indicó que en el presente caso, existió una indudable violación al principio del voto secreto cuya única consecuencia es la declaratoria de nulidad del acto de elección de Diana Fajardo, ya que era obligatorio que se garantizara su plena observancia y su desconocimiento afectó de manera directa el resultado de la votación, con lo cual se configuran los requisitos exigidos por el Consejo de Estado.

Para finalizar señaló que en este caso, se presenta una nueva modalidad de “yo te elijo tú me elijas” denominada “yo te elijo, tu proteges la “paz”, dado que el gobierno una vez conoció el resultado del plebiscito de 2 de octubre de 2016, procuró asegurar las mayorías en la Corte Constitucional para garantizar el éxito del *fast track* y las reformas constitucionales que implica el acuerdo.

En su criterio “lo anterior se concreta en un daño, consistente en erradicar la imparcialidad de la justicia, la autonomía en las decisiones judiciales y la ausencia de una garantía fundamental, que es la guarda y la integridad de la Constitución. Toda vez que en razón del tráfico de influencias se entra un puesto de tal (sic) alta dignidad, como el ser magistrado de la H. Corte Constitucional, a cambio de asegurar una posición parcializada e inequívoca en las decisiones que atañen a el (sic) denominado “proceso de paz””.

1.2.2 Normas violadas y concepto de la violación

Adujo que con el acto enjuiciado se desconoció el precepto constitucional contenido en el artículo 173.6, según el cual, es atribución del Senado elegir a los magistrados de la Corte Constitucional dado que: *“el Presidente hizo la terna y a través de presiones sobre los congresistas también eligió... hubo presiones por parte de los congresistas más representativos de las políticas del gobierno en el congreso para imponer la decisión de que fuera elegida la candidata Fajardo. De manera que el Gobierno no sólo ternó a la candidata Fajardo, sino que además utilizó a los congresistas para presionar y elegirla. Así que el Senado no eligió la Magistrada, sino que lo hizo el Gobierno a través de presiones en el Senado”.*

Manifestó que se violó el artículo 113 y 6 de la Constitución Política que contempla la separación de poderes como un valor fundamental del Estado de Derecho y está consagrada en el artículo 6º constitucional según el cual, ningún servidor público puede hacer algo que no esté expresamente permitido.

En cuanto al desconocimiento del artículo 258 de la Constitución Política y del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indicó que el ejercicio del voto supone y exige la libre expresión de las preferencias del elector, por tanto, no son admisibles las presiones de ninguna índole.

En este caso, la presión del Gobierno Nacional para elegir a Diana Fajardo destruyó la libertad de los congresistas, pues las presiones de unos de ellos sobre otros impuso una elección que no fue libre, y expresó la voluntad del gobierno y no de los Senadores.

Explicó que se vulneró el literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, dado que según la Corte Constitucional, la función del Congreso de elegir tiene como requisito esencial el voto secreto en tratándose de integrar otros órganos del Estado, puesto que solo así se garantiza la independencia del voto, ello por cuanto estriba en impedir que haya presiones por parte del Ejecutivo, pues de lo contrario el gobierno puede exigir lealtad a sus bancadas e interferir en la elección. Además, protege a los congresistas de la indebida injerencia del Ejecutivo, lo que sería un grave rompimiento del principio de separación de poderes.

Aseveró que el material probatorio da cuenta de una violación formal de la ley dado que el voto de los congresistas no fue secreto, lo cual se evidenció por las presiones por parte de otros congresistas adeptos al gobierno, a favor de la candidata Fajardo Rivera como lo fue el caso del Senador Armando Benedetti, quien no solo hizo público su voto, sino que además afirmó que, si la demandada no ganaba, *“las FARC se paraban de la mesa”*.

Por otra parte, durante la elección, el Senador Benedetti en la tarjeta electoral indicó a otros Senadores por quién debían votar. El video muestra además notorias discusiones entre aquél y el Senador Name sobre el sentido del voto. Además, por presiones del mismo Senador Benedetti, el Senador Musa Besaile se vio obligado a romper el voto que tenía ya marcado y a marcar uno nuevo proporcionado por Roy Barreras.

Así también, el Senador José David Name exhibió su voto marcado al Senador Roy Barreras para demostrar que había cumplido con lo requerido. El voto introducido por el Senador Manuel Mora a consecuencia de la presión ejercida por el Senador Barreras, quien no solo le pasó el tarjetón, sino que además, le indicó por quién votar.

En lo que atañe a la violación material de la ley señaló que hubo indebidas presiones sobre la libertad que protege al voto secreto pues la presencia de representantes del gobierno momentos previos a la votación, que si bien no hay norma que prohíba dicha actuación, es de vital importancia poner de presente que el Presidente del Senado el doctor Mauricio Lizcano quien al solicitar que los asistentes que no fueran Senadores se retiraran, recordó que ese había sido el acuerdo con el gobierno.

No obstante, el viceministro de defensa desconoció dicho acuerdo, razón por la que el Presidente del Senado solicitó su retiro, con el fin de garantizar una elección transparente y libre de presiones por parte de los representantes del gobierno.

Respecto a la violación de los artículos 126 y 209 de la Constitución Política; 23 literal c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 25 literal b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, alegó que el acto acusado desconoció disposiciones de orden constitucional y supraconstitucional en que debía fundarse: principios de igualdad, buena fe, debido proceso, legalidad, imparcialidad, transparencia y moralidad y la garantía de libre expresión de los electores, por cuanto el acto electoral se configuró en una evidente injerencia del Ejecutivo en las decisiones del Legislativo y su función electoral.

Frente al desconocimiento de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, hizo referencia nuevamente al favorecimiento y al efecto trascibió apartes de la sentencia de 15 de julio de 2015 dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que resolvió la demanda de nulidad electoral de Francisco Javier Ricaurte Gómez.

Precisó que con la elección de la doctora Diana Fajardo hubo una mutación del favorecimiento electoral, ahora diseñado para hacer a los magistrados guardianes del proyecto político del gobierno.

Insistió en que la elección rompió el equilibrio de los poderes y propició prácticas prohibidas, como favorecimiento y comportamientos contrarios al artículo 209 de la Constitución, especialmente tratándose de la moralidad, la cual excede la simple legalidad e implica el deber de las autoridades de tomar decisiones que se sometan a la ley y persigan el interés general.

Para finalizar, en cuanto a la violación del artículo 275.2 de la Ley 1437 de 2011, trajo a colación la destrucción de la tarjeta electoral del Senador Musa Besaile gracias a la influencia del Senador Benedetti, quien procedió a realizar una nueva votación con el documento que le dio el Senador Barreras. Dicha actuación denota no solo la coacción ejercida y la subsecuente vulneración al voto secreto, sino también constituye una causal de anulación del acto de elección.

1.2.3 Actuaciones procesales

1.2.3.1 Admisión de la demanda y decreto de medida cautelar

Mediante auto del 19 de octubre de 2017¹¹, la Sala Electoral del Consejo de Estado admitió la demanda y negó la medida cautelar deprecada al considerar que en el caso en concreto no se sustentó debidamente la petición de suspensión provisional del acto demandado.

¹¹ Folios 85 a 95 vuelto del cuaderno No. 1.

1.2.3.2 Contestación de la demanda por parte del Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

En escrito del 27 de octubre de 2017¹², el Presidente de la Corte Suprema de Justicia contestó la demanda señalando que no tiene conocimiento de las situaciones esgrimidas por la demandante como motivo de la nulidad del acto electoral demandado, dado que la intervención de la corporación judicial se limitó a la conformación de la terna.

1.2.3.3 Contestación de la demanda por parte de la magistrada Diana Constanza Fajardo Rivera.

A través de apoderado judicial, el 15 de noviembre de 2017¹³, la accionada contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de la misma. Para sustentar sus argumentos de defensa presentó las siguientes excepciones¹⁴:

- Caducidad del medio de control: adujo que el acto enjuiciado se expidió el 1º de junio de 2017 y la demanda se presentó el 30 de agosto de esa misma anualidad esto es, pasados los 30 días que contempla el literal a) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.
- Inexistencia de irregularidades en el acto de elección por supuesta injerencia del ejecutivo:
 - Violación del artículo 173.6 Superior: adujo que no existe desconocimiento de dicho precepto constitucional, dado que la terna no provino del Presidente de la República sino de la Corte Suprema de Justicia, quedando claro la no existencia de injerencia por parte del ejecutivo.
 - Violación de los artículos 6 y 113 de la Constitución: No existe vulneración alguna a los mandatos superiores dado que no fue el Gobierno Nacional el que eligió a la demandada sino el Senado de la República.
 - Violación del artículo 258 Superior y 23 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos: Adujo la defensa que frente a este cargo la parte activa no sustentó su pretensión anulatoria.
 - Violación del literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992: respecto de este cargo señaló que no existió violación del voto secreto dado que no se comprobó la presión para que otros Senadores votaran a favor de la demandada.
 - Violación de los artículos 126 y 209 Superior, 23 de la CIDH y 25 PIDCP: no existe concepto de violación.
 - Violación de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política: adujo que no son cargos de nulidad sino opiniones de la accionante.
 - Violación del artículo 275.2 de la Ley 1437 de 2011: este cargo lo planteó por la presunta destrucción del material electoral a cargo del Senador Musa Besaile, hecho que no se encuentra comprobado en el plenario dado

¹² Folios 109 a 110 del cuaderno No. 1.

¹³ Folios 111 a 141 del cuaderno No. 1.

que si bien éste rompió un documento, lo cierto es que del mismo no se puede desprender que hubiese sido una tarjeta electoral, ni que dicha acción sea consecuencia de una presión indebida.

- Concordancia del acto demandado con el ordenamiento jurídico y las normas en que debía fundarse –inexistencia de violación de los artículos 123.3 y 131 de la Ley 5 de 1992: en este caso reiteró los argumentos de defensa planteados dentro del proceso con radicado No. 2017-00024-00.

Para finalizar, el apoderado judicial de la parte accionada, conforme con lo establecido en el artículo 272 del Código General del Proceso, desconoció el video aportado por la demandante, en el que presuntamente consta la sesión del 1º de junio de 2017, en la que resultó electa la doctora Diana Fajardo Rivera como Magistrada de la Corte Constitucional, por no conocerse el autor del mismo.

1.2.3.4 Traslado de las excepciones

En escrito del 24 de noviembre de 2017¹⁵, la parte actora describió el traslado de las excepciones propuestas por la parte demandada, en el que se opuso a su prosperidad señalando que: i) no había acaecido la caducidad del medio de control por falta de publicación del acto enjuiciado conforme la regla establecida en el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011, ii) en cuanto a la concordancia del acto con las normas en que debía fundarse e inexistencia de irregularidades en el trámite , reiteró los argumentos esbozados en la demanda.

1.2.4 Acumulación

Mediante auto del 27 de noviembre de 2017¹⁶, el magistrado ponente, ordenó mantener el expediente en Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado, mientras llegaba la oportunidad procesal para decidir lo correspondiente a la acumulación de los procesos dirigidos contra la elección de la Magistrada de la Corte Constitucional, doctora Diana Constanza Fajardo Rivera.

2. Actuaciones del proceso acumulado

El 12 de diciembre de 2017¹⁷, la magistrada encargada de decidir lo correspondiente a la acumulación de los procesos conforme la regla establecida en el artículo 282 de la Ley 1437 de 2011, determinó que se daban los requisitos para su procedencia y por ende ordenó decretarla y tener como expediente principal el radicado con el No. 11001-03-28-000-2017-00024-00. A su turno ordenó fijar aviso para el sorteo de consejero ponente¹⁸.

¹⁴ De las excepciones presentadas, la Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado corrió traslado a las partes mediante aviso fijado el 21 de noviembre de 2017. (Folio 167 del cuaderno No. 1).

¹⁵ Folios 169 a 186 del cuaderno No. 1.

¹⁶ Folios 188 a 188 vuelto del cuaderno No. 1.

¹⁷ Folios 183 a 185 vuelto del cuaderno No. 1 radicado No. 2017-00024-00.

¹⁸ Mediante sorteo realizado el 12 de enero de 2018, se determinó que correspondía a la Consejera Rocío Araújo Oñate el impulso del presente medio de control. Folio 199 y 199 vuelto del cuaderno No. 1 radicado No. 2017-00024-00.

2.1 Audiencia Inicial¹⁹

En la audiencia inicial²⁰ celebrada el 14 de febrero de 2018, la magistrada conductora del proceso, luego de constatar la presencia de las partes, estableció que en el plenario no se encontró causal que invalidara lo actuado, razón por la cual procedió a decidir sobre: i) saneamiento del proceso, ii) el desconocimiento planteado, iii) las excepciones propuestas, iv) fijación del litigio y, v) decreto de pruebas.

En cuanto a las excepciones propuestas consistentes en: i) concordancia del acto demandado con el ordenamiento jurídico y las normas en que debía fundarse – inexistencia de violación de los artículos 123.3 y 131 de la Ley 5 de 1992-, ii) inexistencia de violencia sobre los electores e, iii) inexistencia de irregularidades en el acto de elección demandado por supuesta injerencia del ejecutivo, se decidió que las mismas al revestir el carácter de mérito serían estudiadas por la Sala de decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado al momento de proferir sentencia, luego de evaluar en conjunto el material probatorio obrante en el proceso.

En tratándose de la excepción mixta de caducidad, la misma fue denegada al considerar que a la luz del literal a) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, dicho fenómeno no acaeció respecto del medio de control con radicado No. 2017-00029-00, lo anterior a causa de la falta de publicación del acto enjuiciado en la correspondiente gaceta.

En cuanto a la fijación del litigio, esta se limitó a establecer: *“La Sala de decisión de la Sección Quinta deberá determinar al momento de dictar sentencia si el acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera se profirió o no con desconocimiento de las disposiciones en que debió fundarse, en actos de violencia, sin precisar si son los numerales 1 y 2 de que se trata de violencia en términos genéricos, que bien puede comprender cualquiera de los dos numerales, contra los electores, alegados por los demandantes”*.

Se decretaron los medios probatorios allegados con el escrito de demanda y su contestación, de igual forma se ordenó el decreto de algunas pruebas de oficio. Dentro de la oportunidad prevista para desconocer un documento²¹, la parte

¹⁹ Mediante auto de 5 de febrero de 2018, la Magistrada Ponente convocó a las partes, con sus respectivos apoderados con el fin de celebrar audiencia inicial el 14 de febrero de 2018 a las 9:00 am. Folio 201 del cuaderno No. 2.

²⁰ Artículo 283 en concordancia con el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, folios 213 a 234 del cuaderno No.2.

²¹ Artículo 272 del CGP: En la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.

No se tendrá en cuenta el desconocimiento que se presente fuera de la oportunidad prevista en el inciso anterior, ni el que omita los requisitos indicados en el inciso anterior.

De la manifestación de desconocimiento se correrá traslado a la otra parte, quien podrá solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha.

La verificación de autenticidad también procederá de oficio, cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión.

Si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria.

demandada manifestó que: “Descno[ce] el documento en video denominado “Fraude en la elección de la Magistrada Diana Fajardo” [que reposa a folio 15 del expediente] pues no conoce la autoría del mismo, ni la veracidad de su contenido, pues se desconoce si la grabación que él contiene fue editada o modificada de alguna, no se conocen tampoco los medios a través de los cuales se obtuvo el video.”

Frente al desconocimiento del documento se tramitó²² en el marco de la audiencia conforme lo enseña el artículo 272 de la Ley 1564 de 2012 -Código General del Proceso- aplicable al presente medio de control en virtud de lo establecido en los artículos 296 y 306 de la Ley 1437 de 2011, ello por cuanto, para el caso en concreto se tiene que se cumplieron los requisitos normativos para su estudio, en virtud de lo anterior, se decretaron pruebas de oficio con miras a determinar la autenticidad del documento aportado en cd y a través de la dirección electrónica www.youtube.com/watch?v=eCoPRzdr4bl.

Para finalizar, la consejera ponente teniendo en cuenta que las pruebas decretadas, citó a las partes con el fin de celebrar la audiencia de pruebas.

2.2 Audiencia de pruebas²³

En la audiencia de pruebas que se adelantó entre los días 4²⁴, 11²⁵ y 18²⁶ de abril de 2018, se recaudaron todas las pruebas documentales solicitadas por las partes y de oficio, así como también se practicaron los testimonios.²⁷

Por otra parte, el apoderado judicial de la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera tachó el testimonio del Senador Fernando Nicolás Araújo Rumie, conforme la regla procesal establecida en el artículo 211 del Código General del Proceso, al considerar que al ser éste miembro del Partido Político Centro Democrático, no era un testigo imparcial. Bajo los mismos argumentos el apoderado judicial de la doctora Susana Paloma Valencia Laserna, tachó el testimonio del exsenador Musa Besaile por pertenecer al Partido de Unidad Nacional, por cuanto dicha agrupación política en su entender es adepta al Gobierno Nacional.

2.3 Alegatos de conclusión

Una vez surtido el correspondiente traslado intervinieron los sujetos procesales conforme se relaciona a continuación:

El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega.

²² Se debe tener en cuenta que la decisión respecto de la procedencia de esta figura procesal, es competencia de la Sala al momento de dictar sentencia.

²³ El 12 de marzo de 2018, el apoderado judicial de la parte demandada solicitó el aplazamiento de la audiencia de pruebas (Folios 300 a 303). En razón de lo anterior, mediante auto del 12 de marzo de 2018, se fijó para el 4 de abril de la misma anualidad la audiencia de pruebas.

²⁴ Folios 398 a 412 vuelto del cuaderno No. 3.

²⁵ Folios 429 a 440 vuelto del cuaderno No. 3.

²⁶ Folios 453 a 465 del cuaderno No. 3.

²⁷ En el curso de la audiencia de pruebas, la Magistrada Ponente decidió en virtud de lo consagrado en el artículo 212 del CGP, limitar los testimonios hasta los practicados a esa instancia, en consideración a que resultaban suficientes para los efectos del presente medio de control.

2.3.1 Parte demandada: en escrito del 3 de mayo de 2018²⁸, el apoderado judicial de la doctora Fajardo Rivera, solicitó a la Sala Electoral del Consejo de Estado negar las pretensiones de la demanda acumulada bajo los siguientes supuestos:

- **Respecto del cargo de violencia contra los electores:** Adujo que la presunta violencia presentada por las manifestaciones hechas por el Senador Armando Benedetti no son constitutivas de tal vicio, dado que no tenían la aptitud objetiva de generar temor o amenaza sobre los electores conforme se extrae de los testimonios rendidos por los miembros del Senado de la República escuchados en la audiencia de pruebas.
- **Irregularidades en el acto de elección demandado:**
 - a) Desconocimiento del voto secreto: Luego de narrar el proceso de elección en el caso concreto, adujo que no existe prueba del desconocimiento de este derecho, dado que del testimonio de los Senadores se puede deducir que tal irregularidad no existió.
 - b) Marcación de los votos: Al igual que el cargo anterior, no existe prueba que tal conducta hubiese tenido lugar en el proceso de elección ahora enjuiciado.
- **Inexistencia de presiones o injerencias del Gobierno Nacional en el proceso electoral:** De las pruebas testimoniales recepcionadas se tiene que los electores no recibieron órdenes del Gobierno Nacional para votar por la demandada.

2.3.2 La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, en escrito del 3 de mayo de 2018²⁹, presentó concepto en el que solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda al considerar que:

- De la violencia como causal de nulidad electoral: Aclaró que el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, contempla dos modalidades de violencia, esto es sobre las personas y sobre las cosas, de cara a lo anterior, señaló que de los hechos narrados se puede establecer que el reproche recae sobre presuntos actos de violencia psicológica sobre los electores y actos de violencia sobre el material electoral (tarjetas electorales destruidas).

En cuanto a la violencia psicológica manifestó que la misma tiene fundamento en las declaraciones hechas por el Senador Armando Benedetti en su cuenta de twitter, manifestaciones que a concepto de la vista fiscal no tuvieron la entidad suficiente para ser catalogado como un acto violento, dado que no fue intimidador ni perturbador por cuanto no afectó los sentimientos ni la conducta de los demás electores.

- En cuanto hace referencia al voto secreto, la agente del Ministerio Público adujo que en la sentencia C-1017 de 2012, la Corte Constitucional clasificó

²⁸ Folios 468 a 515 del cuaderno No. 3.

²⁹ Folios 517 a 531 del cuaderno No. 3.

las elecciones que son propias del Congreso de la República, entre aquellas que por su naturaleza tienen el carácter de secreto y las que no.

Es así como develó que en tratándose de la elección del Procurador General de la Nación, Contralor, Defensor del Pueblo y Magistrados de la Corte Constitucional, el voto debe ser secreto, mientras que, para la selección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral tal principio no se aplica por cuanto éstos son representantes de cada una de las colectividades políticas que tengan derecho.

Luego de un análisis constitucional y jurisprudencial, la vista fiscal determinó que de las pruebas obrantes en el proceso no se puede determinar que el Gobierno Nacional ejerció presiones para que se eligiera a la demandada. En cuanto a las marcaciones de las tarjetas electorales por quien no era el titular del derecho, adujo que de la grabación que obra en el expediente no se puede constatar que ello hubiere ocurrido así.

2.3.3 El 3 de mayo de 2018³⁰, el apoderado judicial de los congresistas María Fernanda Cabal Molina y Álvaro Hernán Prada, presentó alegatos de conclusión en los que solicitó se declare la nulidad del acto enjuiciado al considerar que se desconoció el secreto al voto de los Senadores electores, por cuanto el Senador Armando Benedetti les muestra a varios de sus colegas la candidata de su predilección.

De la misma manera señaló que se logró probar las presiones indebidas del gobierno de cara al testimonio que dio la Senadora Claudia López, en la audiencia de pruebas.

2.3.4 En escrito del 3 de mayo de 2018³¹, el apoderado judicial de la Senadora Paloma Susana Valencia alegó de conclusión reiterando los argumentos de la demanda. Para sustentar su pretensión, indicó que el mismo Secretario General del Senado, primero demoró la entrega de las pruebas y, posterior a ello señaló que el mismo adujo que si bien el procedimiento de elección no fue irregular sí resultó bochornoso.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer y decidir la presente demanda en única instancia, según lo dispuesto en el artículo 149, numeral 4º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al igual que por lo normado en el Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

³⁰ Folios 532 a 544 del cuaderno No. 3.

³¹ Folios 545 a 568 del cuaderno No. 3.

El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si el acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera, como Magistrada de la Corte Constitucional, es nulo por: i) haberse proferido con desconocimiento de las disposiciones en que debió fundarse, ii) por existir actos de violencia psicológica y, iii) por existir violencia sobre las cosas, respecto de la destrucción de tarjetas electorales, ejes temáticos con fundamento en los cuales se resuelven los siete cargos planteados en las demandas acumuladas.

Por razones de orden metodológico, previo a desarrollar el problema jurídico que subyace al caso concreto, se resolverá en una cuestión previa lo referente: i) al desconocimiento documental, ii) la tacha de los testimonios y, iii) la intervención del Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el presente medio de control.

Determinado lo anterior, se procederá a abordar el problema jurídico analizando si el acto demandado se encuentra viciado de nulidad por: i) violación de los artículos 6, 40, 113, 173.6, 209 y 258 de la Constitución Política, artículo 123.3 y literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992 basado en el cargo de infracción de norma superior, ii) violencia psicológica y, iii) violencia sobre las cosas por destrucción del material electoral -tarjetas electorales.

3. Cuestión previa

3.1 Desconocimiento documental

La parte demandada en su escrito de contestación de la demanda del 15 de noviembre de 2017³², manifestó que: *“Descono[ce] el documento en video denominado “Fraude en la elección de la Magistrada Diana Fajardo” [que reposa a folio 15 del expediente] pues no conoce la autoría del mismo, ni la veracidad de su contenido, pues se desconoce si la grabación que él contiene fue editada o modificada de alguna, no se conocen tampoco los medios a través de los cuales se obtuvo el video.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, en el curso de la audiencia inicial, la magistrada sustanciadora le dio el trámite a la solicitud de desconocimiento del documento aludido por el apoderado de la parte demandada, conforme lo señala el artículo 272³³ de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso- aplicable al presente

³² Folios 111 a 141 del cuaderno No. 1 expediente 2017-00029.

³³ Artículo 272 del CGP: En la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.

No se tendrá en cuenta el desconocimiento que se presente fuera de la oportunidad prevista en el inciso anterior, ni el que omita los requisitos indicados en el inciso anterior.

De la manifestación de desconocimiento se correrá traslado a la otra parte, quien podrá solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha.

La verificación de autenticidad también procederá de oficio, cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión.

Si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria.

El desconocimiento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, respecto de los cuales deberá presentarse la tacha y probarse por quien la alega.”

medio de control en virtud de lo establecido en los artículos 296 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

En aquella instancia se decidió que conforme con lo preceptuado en la norma procesal, se tiene que para la procedencia del desconocimiento de un documento se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

i) Oportunidad: Esto es, en la misma oportunidad para formular la tachadura de falsedad, lo cual tiene lugar en la contestación de la demanda cuando el documento a desconocer se aporte con la demanda, o, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba³⁴.

ii) Legitimación: La puede solicitar la parte a quien se le atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella o esté frente a documentos emanados de terceros³⁵ con carácter dispositivo o representativo.

iii) Motivación: Quien desconozca el documento debe motivar y sustentar su petición.

iv) Procedencia: Respecto de cualquier medio probatorio, distinto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte contra la cual se aduce, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte.

Se determinó para el caso en concreto que se cumplía con los requisitos normativos establecidos en el artículo 272 ídem, esto es, i) **oportunidad**, dado que la parte accionada en su escrito de contestación de la demanda hizo la manifestación de desconocimiento del documento, que se ubica en la dirección electrónica www.youtube.com/watch?v=eCoPRzdr4bl y que a su vez obra a folio 15 del expediente³⁶; ii) **objeto sobre el que versa**, adujo que el desconocimiento recae sobre el contenido del video representativo de lo ocurrido en la sesión del 1º de junio de 2017 de la plenaria del Senado de la República; iii) **carga argumentativa**, el fundamento para el desconocimiento consistió en que no se conocía su autoría y; iv) **no se encuentra incluido en las circunstancias descritas en el inciso final del artículo 272 de Código General del Proceso**, el medio de convicción desconocido no contiene reproducciones de la voz ni la imagen de la parte demandada, así como tampoco se trata de un documento manuscrito o suscrito por ésta.

Como la figura procesal de desconocimiento es procedente, corresponde a la Sala Electoral del Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 187 de la

³⁴ Artículo 269 del Código General del Proceso.

³⁵ Artículo 244 de la Ley 1564 de 2012. Documento Auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

³⁶ Radicado 2017-00029-00, en este caso se debe recordar que con la demanda se allegó la dirección electrónica en donde se publicó el documento y un CD en el cual se descargó el mismo. Este documento fue el desconocido por la parte accionada en su escrito de contestación de la demanda.

Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 280 del Código General del Proceso dictar sentencia sobre la legalidad del acto de elección enjuiciado y *conforme las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso*, determinar si el video que obra a folio 15 del expediente y que también reposa en la dirección electrónica www.youtube.com/watch?v=eCoPRzdr4bl es un documento del cual se puede conocer su autor y por ende predicar su autenticidad, para ser analizado entonces con el conjunto de pruebas recaudadas o, si por el contrario, debe ser excluido de tal análisis por falta de eficacia probatoria.

3.1.1 Diferencia entre la figura del desconocimiento y tacha de falsedad de un documento

Se tiene que tanto la solicitud de desconocimiento como la tacha de un documento buscan mermar la capacidad probatoria del medio aportado por una de las partes por falta de certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado³⁷.

La ley procesal diferenció una y otra figura, bajo el siguiente supuesto:

1. La tacha de falsedad es procedente cuando se le atribuye a una de las partes un documento que presuntamente se encuentra *suscrito o manuscrito por ella, o cuando se trate de reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aduzca*. Quien manifieste que no es el autor del documento, deberá tacharlo en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba³⁸.

2. Por su parte, el desconocimiento de un documento procede cuando la parte a quien se atribuya un documento *no firmado, ni manuscrito por ella*, niega su autoría. Esta misma regla, es aplicable a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros.

En conclusión, según las voces del artículo 272 del Código General del Proceso, el desconocimiento del documento no procede respecto de las reproducciones de la voz o de la imagen de la parte, contra la cual se aducen, ni de los documentos suscritos o manuscritos por dicha parte, dado que en tal caso deberá presentarse la tacha de falsedad de documento.

Siendo el video aportado por la parte demandante dentro del radicado No. 2017-00029 un documento que no se encuentra manuscrito ni firmado por quien la alegó, así como tampoco se trata de reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte demandada, se tiene que sustancialmente es la figura procesal procedente en este caso en concreto.

3.1.2 Desconocimiento en el caso en concreto

³⁷ Ver artículos 269 y 272 del Código General del Proceso.

³⁸ Artículo 269 del Código General del Proceso.

Con fundamento en el régimen jurídico del desconocimiento del documento y con el fin de determinar la autenticidad del documento desconocido y que se encuentra en la dirección electrónica www.youtube.com/watch?v=eCoPRzdr4bl y que corresponde a la información que reposa a folio 15 del expediente, se tiene el siguiente material probatorio:

1. Oficio DPS-CS-0265-2018 del 13 de marzo de 2018³⁹, por medio del cual el Jefe de Planeación y Sistemas del Senado de la República informa que: *“...esta división cuenta con una retención de Videos máximo de (60) sesenta días, razón por la cual y en atención a la fecha de solicitud es imposible dar respuesta...”*
2. Oficio DPS-CS-0266-2018 del 14 de marzo de 2018⁴⁰, suscrito por el señor Camilo Andrés Montañez Ibáñez, en su condición de funcionario de archivo y programación del Canal del Congreso, en el que informa que el video que obra en la dirección electrónica www.youtube.com/watch?v=eCoPRzdr4bl no se puede reproducir y, por ende, no se puede dar respuesta al requerimiento en el cual se le solicitó indicara si el mismo correspondía a una grabación de las cámaras del Congreso de la República.
3. Oficio DPS-CS-0283-2018 del 15 de marzo de 2018⁴¹, en el que el señor Jorge Carbonell Sarmiento, en su condición de Jefe de División de Planeación y Sistemas del Congreso, informó que el video denominado “Fraude en la elección de la magistrada Diana Fajardo.AVI”, no pudo ser abierto por dicha dependencia.
4. Oficio DPS-CS-0293-2018 del 21 de marzo de 2018⁴², en el que el señor Jorge Carbonell Sarmiento, en su condición de Jefe de División de Planeación y Sistemas del Congreso, informó que:

“Una vez verificado el link www.youtube.com/watch?v=eCoPRzdr4bl y observado el video suministrado en CD, procederemos a dar respuesta al cuestionario de la siguiente forma:

A) En cuanto al CD anexo al oficio el cual contiene el video denominado “Fraude en la elección de la magistrada Diana Fajardo” en Formato MP4, nos permitimos informar que, de acuerdo con la información suministrada por el personal de apoyo del Sistema Integrado de Seguridad del Congreso, este video corresponde al video de la cámara de seguridad, así (del cual se adjunta copia en DVD con códec de visualización verintvdeosolution):

FUENTE DE ORIGEN:

CAM 357 –RECINTO SENADO

FECHA DE SUCESO:

01 DE JUNIO DE 2017

INICIO DE VIDEO DESCARGADO:

09:16:11 AM

³⁹ Folio 330 del cuaderno No. 2 del expediente.

⁴⁰ Folio 347 del cuaderno No. 2 del expediente.

⁴¹ Folio 373 del cuaderno No. 2 del expediente.

⁴² Folios 383 a 383 vuelto del cuaderno No. 2 del expediente.

FIN DE VIDEO DESCARGADO:

12:00:04 PM

DURACIÓN:

2 HORAS 43 MINUTOS 11 SEGUNDOS

B) *Se reitera que dicha grabación corresponde al video de la cámara de seguridad del Congreso CAM 357 – RECINTO SENADO la cual se encuentra ubicada dentro del recinto de la plenaria y que corresponde a la sesión de fecha 01 DE JUNIO DE 2017.*

C) *De acuerdo a la información suministrada por el personal de apoyo del Sistema Integrado de Seguridad del Congreso, las grabaciones de las cámaras de seguridad del Congreso no han sido editadas, modificadas, ni alteradas en su contenido.”*

De las pruebas referidas anteriormente, se tiene que el documento que obra a folio 15 del expediente, **es auténtico** dado que existe certeza sobre la persona a quien se atribuye, conforme lo preceptúa el artículo 244 del Código General del Proceso⁴³, ello por cuanto el señor Jorge Carbonell Sarmiento, en su condición de Jefe de División de Planeación y Sistemas del Congreso, informó que el mismo corresponde a la cámara de seguridad del Congreso “CAM 357 – RECINTO SENADO”, la cual se encuentra ubicada dentro del recinto de la plenaria y que corresponde al desarrollo de la sesión efectuada el 1° de junio de 2017.

De cara con lo precedentemente enunciado, forzoso se torna en concluir, que al existe certeza que el video corresponde a lo filmado por una de las cámaras de seguridad del Congreso de la República, sobre quien produjo o causó el video objeto de desconocimiento⁴⁴.

Frente a la autenticidad del señalado video, la Sala Electoral del Consejo de Estado realiza el siguiente análisis tendiente a motivar la decisión sobre el desconocimiento del pluricitado documento:

1. Al no tener certeza la parte demandada al momento de contestar el libelo introductorio, sobre la autoría del video que reposa a folio 15 del expediente con radicado No. 2017-00029, la magistrada sustanciadora en uso de las facultadas consagradas en el artículo 272 ídem, solicitó de oficio⁴⁵ al Congreso de la República que informara si dicho documento correspondía a la sesión plenaria adelantada el 1° de junio de 2017 y, de ser ello así, comunicara si dicha grabación correspondía a alguna hecha por las **cámaras que oficialmente** se encuentran en el recinto.

⁴³ Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, **o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.**

⁴⁴ Conforme lo señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el origen es definido como principio, nacimiento, manantial, raíz y **causa de algo** y autor como la persona que **es causa de algo**, se entiende que para este caso en concreto se pudo determinar que el video fue producto de la grabación que hiciera la cámara de seguridad del Congreso de la República, de la que está encargada el Jefe de División de Planeación y Sistemas del Congreso.

⁴⁵ Frente a este punto se tiene que en el trascurso de la audiencia inicial, las partes no se opusieron al decreto de la prueba, quedando la misma en firme.

En atención a ello, el señor Jorge Carbonell Sarmiento en su condición de Jefe de División de Planeación y Sistemas del Congreso de la República, informó que de acuerdo con la información suministrada por el personal de apoyo del Sistema Integrado de Seguridad del Congreso, dicho video corresponde al video de la cámara de seguridad, CAM 357 –RECINTO SENADO.

De lo anterior se deduce, que el documento desconocido que obra a folio 15 del expediente con radicado No. 2017-00029, es originario de una de las cámaras que oficialmente reposa en el recinto de la plenaria del Senado de la República, con lo cual se puede atribuir su autoría al Congreso - Sistema Integrado de Seguridad del Congreso-, concretamente a la cámara de seguridad CAM 357, quienes a su vez manifestaron que dicha grabación no se encuentra alterada ni editada en su contenido.

2. De otra parte, al inicio de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 4 de abril de 2018, la magistrada sustanciadora informó a las partes que el oficio en el que se certifica la autenticidad del documento desconocido⁴⁶, que reposa a folio 383 del cuaderno No. 3 del expediente con radicado No. 2017-00024, se le dio traslado, por cuanto se encontraba a disposición de las partes con antelación al inicio de la mencionada audiencia, guardando éstos silencio respecto del mismo.

3. Adelantada la audiencia de pruebas, la cual se desarrolló durante los días 4, 11 y 18 de abril de 2018, se exhibió tanto a los Senadores llamados a rendir testimonio, como al Secretario General del Senado de la República, el video que reposa a folio 15 del expediente, quienes en ningún caso adujeron que dicho documento no fuera representativo de lo acontecido en la sesión plenaria del 1º de junio de 2017 o que el mismo hubiese sido editado respecto de las acciones adelantadas por cada uno de éstos, de tal manera que aceptaron la concordancia de su contenido con lo acaecido en la sesión citada.

En relación con la eficacia probatoria del video, en su momento desconocido, se tiene que es procedente valorarlo a instancias del proceso de nulidad electoral, por cuanto se cumplen en el caso concreto los presupuestos , señalados en el artículo 272 del Código General, esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que del medio de convicción se puede predicar que se conoce el autor, hecho que se encuentra más que acreditado, en tanto el mismo corresponde a un documento oficial, cuyo autor es el Congreso de la República y tuvo su origen en una de sus cámaras oficiales. Por ende, será apreciado conjuntamente con el acervo probatorio legal y oportunamente allegado al expediente, para tomar la decisión que corresponda respecto de la legalidad del acto acusado.

Para finalizar, el último inciso del artículo 274 del Código General del Proceso establece que si la solicitud de desconocimiento del elemento de prueba es decidido de manera desfavorable a quien lo propuso, se le aplicarán las sanciones previstas a en estos casos a la tacha, salvo cuando tratándose de

⁴⁶ Ver folio 400 del cuaderno No. 3 del expediente.

documentos emanados de terceros, la parte que la propone no lo haga de mala fe.

En este punto es importante resaltar, que no es procedente la imposición de sanción alguna a la parte solicitante, dado que al momento de sustentar el desconocimiento del documento, no tenía certeza sobre el autor del mismo y tan solo con las pruebas decretadas y practicadas de oficio decretada se conoció su autor, razón suficiente para demostrar que concurren los requisitos legales para la exoneración de la sanción de que trata el inciso final del artículo 274 ídem⁴⁷.

3.2 Tacha de los testimonios

En el trascurso de la audiencia de pruebas, en la que se recepcionó el testimonio del Senador Fernando Nicolás Araújo Rumie, el apoderado judicial de la parte demandante tachó el testimonio con fundamento en la regla establecida en el artículo 211 del Código General del Proceso, por considerar que se encuentra afectada su imparcialidad en relación con el *interés* que le asiste, por el hecho de pertenecer al Partido Político “Centro Democrático”, agrupación de la cual hacen parte los demandantes.

A renglón seguido, el apoderado judicial de la Senadora Paloma Susana Valencia, en el trámite de la misma audiencia, tachó el testimonio del ex Senador Musa Besaile Fayad, por pertenecer éste al Partido de la “U”, colectividad que hizo campaña en favor de la demandada.

3.2.1 Régimen jurídico de la tacha de los testimonios

Conforme con lo expuesto, corresponde a la Sala determinar la procedencia de la tacha de los testimonios, siguiendo las reglas que trae el artículo 211 del Código General del Proceso, el cual preceptúa:

“Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

De la norma transcrita se tiene que, para la procedencia de la tacha de un testigo por parcialidad, la parte que lo solicite debe fundamentar su petición, detallando las razones que afectan su credibilidad.

En este caso, en concreto se tiene que los apoderados judiciales adujeron similares razones para tachar los testimonios rendidos por los Senadores Araújo

⁴⁷ La sanción solo procede cuando esté acreditada la mala fe de quien desconoce el documento y, en su caso, de su apoderado.

Rumie y Besaile Fayad, esto es, la pertenencia de uno y otro a colectividades políticas, que según su criterio, apoyaron o se encuentran en desacuerdo con la elección de la demandada.

El argumento insular presentado por los apoderados judiciales de las parte demandante y demandada contra los testigos Araújo Rumie y Besaile Fayad, referido a su pertenencia a una colectividad política determinada, **no tiene la entidad suficiente para generar sospecha sobre la veracidad o imparcialidad de sus declaraciones** rendidas por éstos, acerca de lo acontecido en la sesión plenaria del 1° de junio de 2017, que le impida a esta Sección valorarlo en conjunto con los demás elementos probatorios.

En efecto, la Sala considera que la credibilidad e imparcialidad de las declaraciones no se ve inexorablemente afectada por la pertenencia a uno u otro partido político, toda vez que, en el caso en concreto, la elección enjuiciada no correspondía a una de aquellas que debía ser adoptada por bancadas y, por ende, cada uno de los electores podía ejercer su derecho al voto por el candidato de su predilección.

Cabe destacar que quienes tacharon los testigos no argumentaron ni acreditaron la presencia de un sentimiento o interés en relación con las partes o los apoderados que pudiera incidir en la declaración que rindieron en esta instancia judicial y que dependiera en forma exclusiva de su pertenencia a un partido político, por lo que la tacha no está llamada a prosperar.

No obstante lo anterior, esta Sala al momento de hacer la valoración probatoria, determinará conforme con las reglas de la sana crítica y de manera conjunta con los demás medios probatorios obrantes en el expediente, el valor de los testimonios rendidos bajo un análisis riguroso de ellos al momento de decidir cada cargo propuesto.

3.3 Intervención del Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el caso en concreto

En el escrito de alegatos de conclusión del 3 de mayo de 2018⁴⁸, el apoderado judicial de los señores Álvaro Hernán Prada y María Fernanda Cabal, señaló que se encuentra en desacuerdo con la participación activa en la audiencia inicial y de pruebas del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que dicho cuerpo colegiado no fue demandado.

Al respecto es importante señalar que en auto del 28 de septiembre de 2017⁴⁹ la Sala se pronunció frente a la vinculación hecha a la Corte Suprema de Justicia a través de su Presidente, como autoridad que intervino en la adopción del acto demandado, dado que fue dicho órgano judicial el que produjo la terna de la cual salió electa la ahora demandada.

⁴⁸ Folios 532 a 544 del cuaderno No. 3 del expediente.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 28 de septiembre de 2017, M.P: Rocio Araújo Oñate, Radicado No. 11001-03-28-000-2017-00024-00.

En aquella oportunidad se estableció y ahora se reitera que el numeral 2º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, contiene un mandato claro respecto de las autoridades a las cuales se debe notificar el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral, así: “... *personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales*”. (Negritas propias).

Dicho precepto normativo tiene como finalidad permitir, como se venía haciendo vía jurisprudencial⁵⁰ desde antes de la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que la autoridad pública que produjo el acto demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, *pueda si lo considera necesario intervenir en el proceso*⁵¹.

Por lo tanto, es obligación del juez electoral notificar el auto admisorio de la demanda de nulidad electoral a la autoridad que expidió el acto acusado y según las características en cada caso también debe extender tal notificación a las demás autoridades que intervinieron en la adopción de este para que si a bien lo tienen intervengan en el proceso.

Con fundamento en el tenor literal del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 se deriva que notificar a la autoridad que intervino en la adopción del acto acusado para que conociera de la existencia del medio de control sin que pudiera manifestar su oposición o adhesión a las pretensiones de la demanda a través de su participación en las distintas etapas del proceso resultaría ser baladí, si se llegase a aceptar dicha interpretación, ello aunado a que el numeral 2º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, carecería de efecto útil⁵².

De otro lado, en el ordenamiento jurídico no existe limitación alguna frente al derecho de comparecer al proceso cuando se trata de la autoridad que intervino en la adopción del acto acusado.

De admitir la consideración del apoderado de uno de los demandantes, se tendría que la norma citada sobra en el ordenamiento jurídico. Lo anterior porque para lograr la intervención de cualquier persona en el proceso de nulidad electoral resultaría suficiente lo normado en el numeral 5 del artículo 277 ídem, que señala que se debe informar a la comunidad de la existencia del proceso a través de la página web de la jurisdicción contenciosa para que si a bien lo tiene la autoridad que intervino en la adopción del acto cuestionado, intervenga en el proceso como tercero.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 1º de noviembre de 2012, M.P: Mauricio Torres Cuervo, Radicado No. 11001-03-28-000-2010-00086-00 y 11001-03-28-000-2010-00102-00.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 7 de mayo de 2015, C.P: Alberto Yepes Barreiro, radicado No. 11001-03-28-000-2014-00095-00, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 28 de septiembre de 2017, C.P: Rocío Araújo Oñate.

⁵² La Corte Constitucional en sentencia C- 569 del 8 de junio de 2004, M.P: Rodrigo Uprimny Yepes, señaló que el principio del efecto útil de las normas conlleva a que: “..., de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, [se debe preferir] aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias...”

La interpretación de uno de los abogados a todas luces resulta contraria al querer del legislador, dado que de manera expresa buscó que la autoridad que medió en la formación del acto atacado *interviniera* en el proceso, con miras a que al igual que los demás sujetos procesales, aporten los medios de convicción y argumentos en general para establecer la legalidad del acto electoral.

De conformidad con el artículo 228 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se la tenga como impugnador o coadyuvante y su intervención se limita a efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición de derecho en litigio⁵³. Nótese que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, diferencia, por ende, el papel que debe jugar la autoridad que expidió el acto o que intervino en la adopción de éste, con el rol de la persona que ha sido acreditada como coadyuvante o impugnante.

Así las cosas, se tiene que el ordenamiento no limita la actuación de la autoridad que expidió el acto ni la que intervino en su adopción.

De otro lado, la parte actora manifestó que la intervención del Presidente de la Corte Suprema como interrogador en la audiencia de pruebas, pudo entenderse como una situación de conflicto de intereses, dado que de manera posterior, puede investigar la conducta de los Senadores en el proceso de elección cuestionado, pudiéndose sentir los declarantes presionados a contestar favorable a la posición de éste.

Tal argumentación no tiene cabida en el presente medio de control, dado que como se explicó, la intervención del Presidente de la Corte Suprema de Justicia en este caso en concreto, se fundamentó en el deber que tiene el juez de vincularlo al proceso, por mandato expreso del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 y no, con ocasión del adelantamiento por parte de esa Corporación de una investigación penal.

En conclusión, teniendo en cuenta que en el caso en estudio, la obligación de vinculación de la Corte Suprema de Justicia como autoridad que intervino en la adopción del acto acusado, surge por imperio de la ley –artículo 277 de la Ley 1437 de 2011-, y que la misma no se limita a ser informado de la existencia de la demanda. Por ende, la participación activa dentro del presente medio de control se encuentra ajustada a los preceptos legales y a los objetivos del proceso de nulidad electoral, por cuanto se trata de un control objetivo frente a la legalidad del acto.

Por otra parte, si se tienen en cuenta las preguntas efectuadas por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia⁵⁴, en su condición de representante judicial de la

⁵³ Código General del Proceso, artículo 71 inciso 2.

⁵⁴ Se debe tener en cuenta que los interrogados fueron el periodista Lucas Pombo y el Senador Armando Benedetti, a quien se le preguntó sobre el tiempo que lleva ejerciendo como Senador, si su actuar se puede considerar como constitutivo de actos de presión y el procedimiento eleccionario al interior del Senado de la

autoridad que intervino en el acto acusado, se puede constatar que las mismas estuvieron dirigidas a la búsqueda de la verdad procesal.

Finalmente, oportuno resulta aclarar, que la intervención del Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el marco de la audiencia de pruebas, se limitó al objeto del litigio y, en todo caso, de encontrar las partes que alguna pregunta por éste realizado no era procedente, debió en ejercicio de una defensa activa de los intereses que persigue en el proceso, solicitar a la magistrada conductora excluir la pregunta en el transcurso de la audiencia de pruebas y no pretender en esta etapa procesal cuestionar la intervención de uno de los sujetos procesales.

4. Análisis del caso concreto

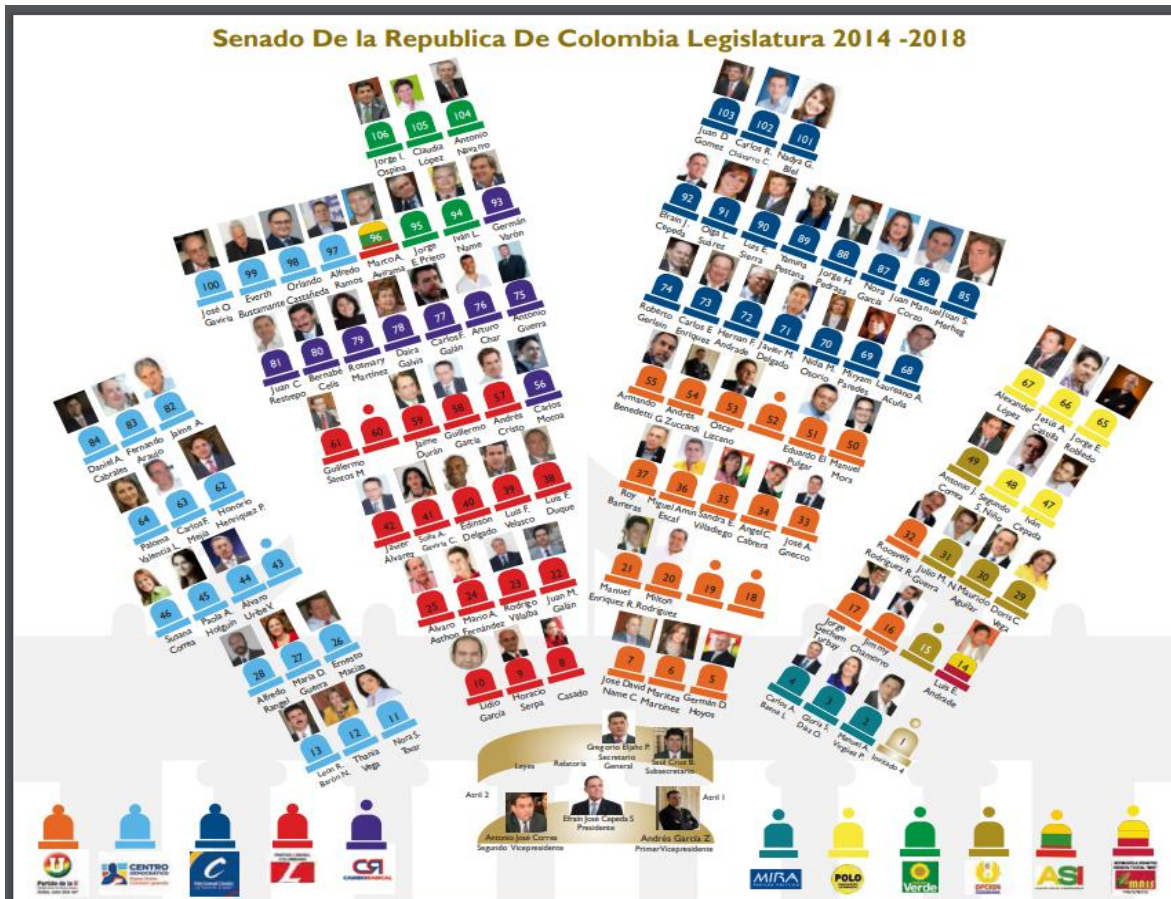
Frente al análisis del *sub-lite* se tiene que el mismo se hará con fundamento en el material probatorio obrante en el expediente.

En primer lugar resulta oportuno reiterar que el video, que obra a folio 15 del cuaderno No. 1 del expediente con radicado 2017-00029, fue exhibido en la audiencia de pruebas a los Senadores y Secretario General del Congreso, que testificaron, quienes dejaron expresa manifestación de haberse reconocido en el transcurso de la imagen a ellos exhibida.

De otra parte, con el fin de facilitar la comprensión del video, se agrega la imagen de la composición del Senado de la República, en la cual se puede observar la ubicación de cada Senador y la bancada a la que pertenece⁵⁵.

República, es decir las preguntas iban dirigidas no a enjuiciar la conducta de los Senadores, sino orientadas a determinar si en el transcurso del procedimiento eleccionario acaecieron los vicios alegados por las partes.

⁵⁵ La información fue extraída de la página oficial de la Secretaría General del Senado de la República el 26 de junio de 2018 en el link file:///D:/Users/mcadavidv/Desktop/Senadores_2014-2018-%206.pdf



- Las curules marcadas con el color naranja y que corresponden a los números 18 y 19 pertenecían a los Senadores Elías Vidal y Musa Besaile, respectivamente, quienes actualmente no ejercen como Senadores de la República.

A continuación se resolverán los cargos de las demandas acumuladas, en el siguiente orden:

4.1 Violación de los artículos 6, 40, 113, 173.6, 209 y 258 de la Constitución Política, artículo 123.3 y literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992 para formular el cargo de infracción de norma superior

4.1.1 Secreto del voto. Literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992

Este cargo se refiere concretamente al desconocimiento del derecho a que el voto sea secreto conforme con la regla establecida en el literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, que rige el proceso electoral en el Congreso de la República.

Para sustentar este cargo de nulidad, los accionantes manifestaron que la elección cuestionada no se realizó de conformidad con el régimen de bancadas, por el contrario, se fundamentó en lo normado en el artículo 131 de la Ley 5 de 1992⁵⁶, esto es, mediante voto secreto por tratarse de una elección de las que señala el numeral 1º ídem.

⁵⁶ Artículo 131. Votación Secreta. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1431 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: No permite identificar la forma como vota el Congresista. Las rectificaciones solo serán procedentes cuando el número de votos recogidos no sean igual al de los votantes. Esta votación solo se presentará en los siguientes eventos:

En razón de ello, propusieron los siguientes sub-cargos: i) el Senador Armando Benedetti marcó su tarjeta electoral delante de algunos de sus colegas (Musa Besaile Fayad y Elías Vidal), con lo que se materializó la contravención a la norma señalada y, ii) el Senador Benedetti Villaneda intentó persuadir al señor José David Name de votar por la demandada quien en últimas le muestra al Senador Roy Barreras su voto.

De cara a lo narrado, manifestaron que se desconoció en el presente procedimiento electoral, que, los electores deben realizar la votación de manera secreta, tal como lo impone el Reglamento del Senado de la República.

Previo a analizar el cargo de violación de norma superior por desconocimiento del secreto al voto, se impone determinar si en este caso opera la votación por bancada y, por ende, se trata de una votación nominal y pública o si, por el contrario, se debe garantizar la intimidad del sufragio.

4.1.1.1 Elección de mandatarios por parte del Senado de la República

Es necesario establecer si tratándose de la atribución del Senado de la República de ejercer su facultad a de elegir a los magistrados de la Corte Constitucional⁵⁷, se debe seguir la regla establecida en el artículo 123.3⁵⁸ y el literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992⁵⁹, esto es que sea personal, intransferible, indelegable y secreta.

El literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992 fue demandado a través de la acción pública de inconstitucionalidad, al considerar el actor que el mismo contrariaba el principio de voto nominal y público consagrado en el artículo 133 de la Constitución Política para los congresistas, así como también lo correspondiente al régimen de bancadas que contempla el artículo 108.6 ídem, ello por cuanto: *“ [E]n primer lugar, porque impide el control de los electores sobre sus representantes en una materia transcendental para la vida social e institucional del Estado como lo es la elección de funcionarios, en desconocimiento de los principios de publicidad y transparencia propios de la democracia participativa y; en segundo término, porque el carácter secreto de las votaciones en los actos electorales de las corporaciones públicas, se traduce en una barrera injustificada para la actuación en bancadas, pues les impide a los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, identificar*

a) Cuando se deba hacer elección;

⁵⁷ Artículo 173.6 de la Constitución Política.

⁵⁸ Artículo 123. Reglas. En las votaciones cada Congresista debe tener en cuenta que:

/.../

3. El voto es personal, intransferible e indelegable.

/.../.

⁵⁹ Artículo 131. Votación Secreta. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1431 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: No permite identificar la forma como vota el Congresista. Las rectificaciones solo serán procedentes cuando el número de votos recogidos no sean igual al de los votantes.

Esta votación solo se presentará en los siguientes eventos:

a) Cuando se deba hacer elección;

si sus miembros cumplieron o no con las directrices, decisiones y determinaciones adoptadas por dichas organizaciones políticas.”⁶⁰

El problema jurídico planteado fue resuelto por la Corte Constitucional de la siguiente manera⁶¹: “..., encuentra la Corte que la disposición demandada no desconoce los preceptos constitucionales invocados por el demandante, por las siguientes razones: /.../

..., el hecho de que se haya escogido la votación secreta en tratándose del ejercicio de la función electoral, no constituye una opción desprovista de sentido, pues más allá de ser una expresión del margen de configuración normativa que el constituyente delegó en el legislador, encuentra sustento en la necesidad de preservar la independencia del elector (en este caso de los congresistas), frente a cualquier tipo de injerencia o coacción de poderes públicos o privados, a fin de garantizar un proceso electoral verdaderamente libre.” (Negritillas propias).

Siendo así las cosas, se deduce que en ejercicio de la potestad electoral de los congresistas, el voto puede ser o no secreto por expresa disposición legal⁶²,

⁶⁰ Aparte de la sentencia de la Corte Constitucional C-1017 de 28 de noviembre de 2012, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia de C-1017 de 28 de noviembre de 2012, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la sentencia se señaló: “..., de forma tradicional, los cuerpos colegiados de representación popular cuentan con distintas modalidades de votación para la adopción de sus decisiones. Cada sistema de votación responde a consideraciones de distinto tipo (ver supra 6.7), en algunas ocasiones sobresalen argumentos de celeridad como ocurre con el voto ordinario; en otras se da prioridad al control político y ciudadano y a la realización de la disciplina del voto como expresión del régimen de bancadas, tal y como acontece con el voto nominal y público; y en otras oportunidades –por ejemplo– se busca la obtención de fines de seguridad o de orden público (v.gr. en la votación de amnistías o indultos), como ha ocurrido con el voto secreto. Todas estas modalidades permiten el correcto funcionamiento de una corporación pública y presentan fortalezas y debilidades.

Si bien el Constituyente en el año 2009 privilegió el voto nominal y público, y ello –como se ha afirmado por la jurisprudencia constitucional– guarda consonancia con la opción del sistema de bancadas, no excluyó otras modalidades de voto, sino que, por el contrario, permitió su realización con carácter exceptivo, dejando al margen de configuración normativa del legislador el señalamiento de las hipótesis en las que esas otras modalidades resultarían procedentes. Expresamente, el artículo 133 Superior dispone que: “El voto de [los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa] será nominal y público, excepto en las casos que determine la ley”.

De este modo, el Constituyente dejó en cabeza del legislador la ponderación de las razones que habilitan el uso de alguna de las modalidades de votación sobre las otras. Sin que, en el ejercicio de esta atribución, el Congreso puede actuar de forma absolutamente discrecional, pues toda regulación que expida sobre la materia debe inscribirse en el ámbito de una aplicación sistemática de la Constitución, y con la finalidad de realizar un objetivo de carácter superior.

⁶² La Corte Constitucional, en la sentencia C-1017 de 28 de noviembre de 2012, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez, acepta que en ejercicio de la función electoral por parte del Congreso de la República, no es igual en todos los casos, ni siempre responde a los mismos objetivos constitucionales. “... [dado que] se encuentran al menos tres modalidades de elección a cargo del citado cuerpo de representación popular. En primer lugar, aquella en la cual el parlamento se limita a asegurar la composición de otros órganos del Estado, a partir de ternas que le son presentadas a su consideración por otros poderes públicos, como ocurre con la designación del Defensor del Pueblo (CP arts. 178.1 y 281), el Procurador General de la Nación (CP art. 276), el Contralor General de la República (CP art. 267), los magistrados de la Corte Constitucional (CP art. 239) y de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (CP art. 254.2). En esta modalidad de elección, no cabe duda que la consagración del voto secreto garantiza plenamente la preservación de la independencia y de la libertad del elector, como ya se dijo, sin coacciones externas que nublen su juicio y asegurando una valoración libre acerca de la idoneidad y aptitud de la persona para ejercer el cargo.

En segundo término, se presenta aquella otra modalidad en la que se participa de forma directa en la conformación del poder político, a través de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos. Cuando se presenta esta hipótesis, la opción del voto secreto pierde su razón de ser, ya que la finalidad de protección del elector frente a la injerencia de otros poderes públicos o privados no se vislumbra como necesaria. En efecto, en el presente caso, son las mismas organizaciones políticas y sus miembros, quienes directamente o a través de coaliciones postulan a sus candidatos, los dan a conocer y les brindan

conforme lo explicó la Corte Constitucional así: i) cuando el Congreso de la República ejercita su facultad electoral y por tanto asegura la composición de otros órganos del Estado a partir de ternas que le son presentadas a su consideración por otros poderes públicos, se garantiza plenamente el secreto al voto, ii) cuando participa de forma directa en la conformación del poder político, a través de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, en este caso la opción del voto secreto pierde su razón de ser toda vez que son las mismas organizaciones políticas y sus miembros, quienes directamente o a través de coaliciones postulan a sus candidatos y, iii) cuando los congresistas tienen la posibilidad de postular candidatos, no se presenta una sujeción normativa que imponga que dicha postulación se encuentra sometida al sistema de bancadas, incluso se permite la eventual disputa entre los miembros de un mismo partido o movimiento político, por lo que se parte de la base de un ejercicio de nominación individual y no necesariamente colectivo en donde se protege el secreto la voto.

En ese orden de ideas, cuando se trata de la elección de los Magistrados de la Corte Constitucional, los miembros del Senado de la República deben respetar la regla del voto personal, intransferible, indelegable y secreto, teniendo en cuenta que el sufragio secreto se erige como una garantía del elector que preserva su voluntad e individualidad de posibles presiones e interferencias que puedan

públicamente su apoyo, con el propósito de buscar la ampliación de espacios de poder, o de tener una mejor posición desde la cual puedan cumplir con sus objetivos programáticos. Obsérvese como, si existe la obligación de los partidos y movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos de realizar una postulación (que por su propia naturaleza es pública), y así se consagra en la Constitución y la ley, no tendría sentido que proceda la votación secreta, pues en el fondo se estaría reservando aquello que ya se ha hecho público y que se ha divulgado a través de los canales oficiales dispuestos para el efecto. En esta modalidad de elección se prioriza entonces la disciplina de voto como expresión del régimen de bancadas, con el fin de evitar el transfuguismo de los miembros de una colectividad que ha tomado partido con la presentación pública de un candidato y que, por ese mismo hecho, ha fijado con anterioridad el sentido de su votación. Como ejemplos se encuentran la elección de los integrantes de cada una de las comisiones constitucionales permanentes (CP art. 142) y de los magistrados que integran el Consejo Nacional Electoral (CP art. 264). En el caso de las comisiones constitucionales permanentes se permite que su votación se haga mediante el sistema del cuociente electoral, previa inscripción de listas, o por los acuerdos a los cuales lleguen los partidos y movimientos políticos representados en la respectiva Cámara. La elección de las comisiones refleja la composición partidista de cada corporación pública, de suerte que cada colectividad busca generar espacios para la realización de su ideario programático, a través de la participación activa de los parlamentarios según las competencias que por ley tiene cada comisión (Ley 3ª de 1992). En el caso del Consejo Nacional Electoral, el artículo 264 del Texto Superior dispone que éste se compone “de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro (4) años (...) previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos”, a su vez el artículo 265 le asigna funciones relativas a los escrutinios, la declaratoria de elección y la expedición de las correspondientes credenciales, así como otras tareas referentes a los partidos y movimientos políticos: publicidad, encuestas de opinión, derechos de la oposición y de las minorías, financiamiento de campañas electorales, personería jurídica, etc. Esta regulación denota la índole política del Consejo Nacional Electoral y el peso que tienen los partidos y movimientos políticos tanto en la elección de sus miembros, como en la definición de las funciones que se le han asignado, de modo que vendría a ser, como lo ha expuesto esta Corporación, “una especie de escenario de concertación de distintas tendencias políticas en torno a temas que el legislador le ha deferido a su regulación. /.../ Finalmente, existe una tercera modalidad de elección en la que los congresistas, si bien tienen la posibilidad de postular candidatos, no se presenta una sujeción normativa que imponga que dicha postulación se encuentra sometida al sistema de bancadas, incluso se permite la eventual disputa entre los miembros de un mismo partido o movimiento político, por lo que se parte de la base de un ejercicio de nominación individual y no necesariamente colectivo. Entre los casos en los que se presenta esta hipótesis se destacan la elección de las mesas directivas (CP art. 135.1) y del secretario general de cada cámara (CP art. 135.2) y de sus comisiones [153], y la designación del Vicepresidente de la República en caso de vacancia absoluta del cargo (CP art. 203 y 205). En esta modalidad de elección –más allá de los intereses colectivos de una organización política– la Corte encuentra que existe la necesidad de preservar el criterio individual del congresista, en lo referente al examen y valoración de la idoneidad y experticia de la persona que es postulada para un ejercer un cargo y que se somete a un proceso de elección, por lo que adquiere de nuevo

sesgar o direccionar su elección. Tal modalidad de voto ha sido tradicionalmente vista como un medio para proteger la libertad de quien escoge y guarda coherencia con la naturaleza personal del mismo⁶³.

Sin embargo, es importante señalar que sobre este particular asunto de las votaciones secretas, referidas a las surtidas al interior de las corporaciones públicas, elegidas popularmente, la discusión ha pasado por varios estadios en la jurisprudencia de esta Corporación.

Inicialmente, en el caso de la elección del Secretario de una Comisión Constitucional Permanente de una de las Cámaras del Congreso, esta Sección afirmó que la votación secreta era incompatible con la actuación en bancadas, porque solo la votación nominal y pública permitía a las organizaciones políticas verificar si sus miembros acataron la directriz impartida⁶⁴.

Después se matizó esa postura, para señalar que las normas sobre votación secreta de la Ley 5ª de 1992 no estaban tácitamente derogadas, sino que resultaban inaplicables cuando existiera una directriz de bancada y una justificación deontológica para votar públicamente que, en el caso de los magistrados del Consejo Nacional Electoral obedecía a la naturaleza política del órgano que integraban, criterio avalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1017 de 2012, ya citada⁶⁵.

En efecto, en dicha decisión el Tribunal Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 3, literal a) de la Ley 1431 de 2011, que modificó el 131, literal a) de la Ley 5ª de 1992 y del artículo 136, numeral 2º, también de la Ley 5ª de 1992, y **fijó la interpretación que debía darse** a esa normativa, al señalar que según la clase de elección, la votación debía ser pública para unos casos y secreta para otros, recogiendo de esa forma la interpretación que sobre el particular había efectuado esta Corporación ⁶⁶.

Ello conlleva a la necesaria conclusión que la Sección Quinta del Consejo de Estado, como la Corte Constitucional han determinado que la votación secreta constituye un principio cuando el Congreso de la República ejercita su función electoral, por cuanto reviste especial importancia constitucional la necesidad de preservar la independencia del elector frente a cualquier tipo de injerencia o coacción de los poderes públicos o privados a fin de garantizar el proceso electoral libre.

En el caso de la elección de los magistrados de la Corte Constitucional, como se señaló de manera precedente, los artículos 123.3 y 131 literal a) de la Ley 5 de

relevancia el voto secreto, con la finalidad de garantizar la independencia congresional, con unas elecciones libres y sin coacciones.”

⁶³ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 25 de junio de 2014, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicado No. 11001-03-28-000-2013-00024-00.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 25 de junio de 2014, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicado No. 11001-03-28-000-2013-00024-00.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Quinta, Sentencia del 6 de octubre de 2011, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

1992 prevén la regla del voto secreto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en esta clase de elección, el artículo 136 ídem establece:

“En las elecciones que se efectúen en las Corporaciones legislativas, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Postulados los candidatos, el Presidente designará una Comisión escrutadora.

*2. Abierta la votación cada uno de los Congresistas, **en votación secreta**, escribirá en una papeleta el nombre de uno de los candidatos al cargo por proveer, o la dejará en blanco.*

3. El Secretario llamará a lista, y cada Senador o Representante depositará en una urna su voto.

4. Recogidas todas las papeletas, si no está establecido un sistema electrónico o similar que permita cumplir la función, serán contadas por uno de los escrutadores a fin de verificar su correspondencia con el número de votantes. En caso contrario se repetirá la votación.

5. El Secretario leerá en voz alta y agrupará, según el nombre, uno a uno los votos, colocando las papeletas a la vista de los escrutadores, y anotará, separadamente, los nombres y votación de los postulados que la obtuvieron.

6. Agrupadas por candidatos las papeletas, la comisión escrutadora procederá a contarlos y entregará el resultado indicando el número de votos obtenido por cada uno de los candidatos, los votos en blanco, los votos nulos, y el total de votos. /.../”

Es forzoso entonces que tanto las normas sustantivas que rigen el proceso eleccionario en estudio, como las procedimentales, contemplaron la regla del voto secreto.

Sin embargo, el artículo 3° de la Ley 1431 de 2011 estableció –frente a la votación secreta– que la misma no permite identificar la forma como vota el congresista y ésta solo se presentará (para el caso que nos ocupa), cuando se deba hacer la elección.

Sobre este aspecto resulta de trascendental relevancia, el pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional frente al secreto del voto y la interpretación que hiciera de la mencionada regla cuando el elector es un congresista. Al respecto dijo: *“Por la forma como está redactado el literal a) del artículo 3 de la Ley 1431 de 2011, **se infiere que la votación secreta tampoco es un imperativo legal** en todos los casos, sino una posibilidad a la cual pueden acudir los Congresistas. **El voto secreto no es impuesto por legislador, el mismo es potestativo.** En efecto, la norma acusada señala que esta modalidad de votación “sólo se*

presentará” “cuando se deba hacer [una] elección”, lo que no excluye que, en dicho escenario, los parlamentarios decidan autónomamente dar a conocer el sentido de su voto⁶⁷”.

De la interpretación constitucional sobre la forma como se ejercita el derecho fundamental al secreto al voto por parte de los Congresistas, se colige que cada elector es titular del derecho de decidir como materializan el secreto de su voto, pudiendo incluso decidir autónomamente de informar el sentido de su voto.

En este escenario, serán responsables de preservar su autonomía de tal manera que el proceso electoral resulte ser libre y por ende desprovisto de coacciones, presiones o violencia psicológica que lo lleven a cambiar su decisión autónoma.

Ahora bien, en el caso en concreto se verificará si en el proceso eleccionario cuestionado se desconocieron las reglas que rigen las votaciones para la selección de Magistrados de la Corte Constitucional y, de ser así, si dicha irregularidad tiene la entidad suficiente para que este juez electoral proceda a decretar la nulidad del acto.

4.1.1.2 De las irregularidades señaladas por los demandantes en el procedimiento de elección llevado a cabo el 1º de junio de 2017 en lo referente al voto secreto

En este caso en concreto los accionantes adujeron que se presentaron las siguientes irregularidades que vician de nulidad el acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera, como Magistrada de la Corte Constitucional, así:

4.1.1.2.1 El Senador Armando Benedetti marcó su tarjeta electoral delante de algunos de sus colegas (Musa Besaile Fayad y Elías Vidal), con lo que se materializó la contravención a la norma señalada.

Sostuvieron los accionantes que en el minuto 44:10 del video, que obra a folio 15 del expediente se puede observar al Senador Benedetti Villanueva que mostró la opción por la que debían votar los Senadores Musa Besaile y Elías Vidal, pues les señaló dicha opción usando su tarjeta electoral.

Lo que se pudo observar de dicho video fue lo siguiente:

- A minuto 40:40 del video se observa al Senador Musa Besaile ingresar al recinto y ocupar su curul.
- A minuto 41:49 se ve a un funcionario del Senado entregar lo que posiblemente son las tarjetas electorales a los Senadores Besaile y Vidal.
- A minuto 42:35 se ve el ingreso del Senador Benedetti al recinto.
- A minuto 43:44 se ve cuando el funcionario del Congreso le hace entrega de lo que posiblemente es la tarjeta electoral al Senador Benedetti, quien

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1017 de 28 de noviembre de 2012, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

la toma con su mano izquierda y la pasa minuto a minuto en sus manos sin soltarla. A este instante, es importante resaltar que el ángulo de la cámara de seguridad CAM 357 –RECINTO SENADO que es de donde emana el video oficial de la sesión plenaria del 1° de junio de 2017, en el Senado de la República hace la toma de frente al Senador Armando Benedetti.

- A minuto 44:00 se ve al Senador Benedetti caminar por el recinto para llegar al lugar de asiento del Senador Musa Besaile y Elías Vidal, con quienes sostienen una conversación respecto de algo que les enseña en su celular. En este instante tiene en su mano el mismo documento que le fuera entregado por el funcionario del congreso, sin que se pueda determinar que la conversación sostenida sea referida a la forma en que éstos deben ejercer su derecho al voto.
- A minuto 45:39 se ve al Senador Musa Besaile marcar un papel y, a minuto 45:53 el Senador Armando Benedetti pide prestado un bolígrafo para hacer lo propio, marcación que se hace delante de los señores Musa y Elías Vidal.
- A minuto 46:12 se ve al Senador Armando Benedetti doblando el papel marcado.
- A minuto 46:56 se ve a un señor entregarle un documento al Senador Armando Benedetti que es de mayor tamaño al que ya tiene doblado en la mano.
- A minuto 47:11 se ve al Senador Armando Benedetti dar la espalda a la cámara para hablar con el Senador Ángel Custodio Cabrera.
- A minuto 47:17 se ve al Senador Armando Benedetti dejar en la curul del Senador Musa Besaile el documento de mayor tamaño.
- A minuto 47:22 se ve al Senador Armando Benedetti introduciendo un documento en la urna.

Por otra parte, de la declaración rendida por el Senador Armando Benedetti⁶⁸ se evidencia –en lo que respecta a este cargo– lo siguiente: “...**PREGUNTADO:** como se observa en el video en la parte inferior derecha y puntualmente en el minuto 45:52 marcó un tarjetón frente a los senadores Musa Besaile y Elías Vidal. **TESTIGO: No, yo ahí no estoy marcando nada, estoy haciendo un chiste. En la primera y tercera línea o fila hay una cantidad de gente entregando votos. PREGUNTADO: el senador Musa marcó el voto frente a usted. TESTIGO: No fue así. Ese tipo de marcas no se puede hacer, incluso el voto se puede anular. El senador Barrera le da otro papel a Musa...**”

Así mismo, frente a este supuesto fáctico, la vista fiscal en su concepto indicó⁶⁹: “...45.49 registra algo en el mismo, momento en que el senador Benedetti le pide el bolígrafo y **marca el tarjetón que ha tenido todo el tiempo en la mano...**”.

Corresponde a la Sala Electoral fijar la utilidad, pertinencia y procedencia del material probatorio, a través de criterios objetivos y razonables que impone la sana crítica.

⁶⁸ Folios 403 a 406 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente.

⁶⁹ Folio 581 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente.

De la apreciación de la prueba documental –video-, se tiene que la misma no es contundente dado que no se puede determinar a ciencia cierta si el documento en el cual el Senador Armando Benedetti hizo la marcación es la tarjeta electoral y mucho menos si es la depositada de manera posterior en la urna, ello por cuanto como se narró de manera antecedente, existen minutos del video en el que el Senador da la vuelta y la cámara filmadora no pudo registrar y por ende no se puede establecer en grado de certeza que el documento signado ante sus colegas fuera el mismo que introdujera en la urna.

Ahora bien, de tenerse como cierto el hecho que éste hubiera exhibido el voto a los senadores Besaile y Vidal, tal circunstancia no se enmarca como una irregularidad que vicie de nulidad el acto electoral, dado que de conformidad con el planteamiento efectuado en un acápite anterior, se tiene que el pronunciamiento de la Corte Constitucional frente al secreto del voto, tal derecho no excluye que, los parlamentarios decidan autónomamente dar a conocer el sentido del mismo⁷⁰.

Al respecto, se debe recordar que en el testimonio rendido por el senador Besaile, indicó: “... **PREGUNTADO: algún senador le exigió que le mostrara su voto, antes de ingresarlo en la urna. TESTIGO: No señora, nadie me puede exigir y menos eso. PREGUNTADO: algún senador le exigió que cambiara su voto. TESTIGO: Nunca dejaría que hicieran eso, de pronto que me sugiera, pero no exigir. PREGUNTADO: algún senador le exigió que mostrara la tarjeta respectiva. TESTIGO: Nunca. PREGUNTADO: Hubo alguna coacción en la votación para votar por Fajardo y de ser así, las condiciones del caso. TESTIGO: Nunca fue así...**”

Quiere decir lo anterior, que si en gracia de discusión el Senador Musa Besaile hubiera sido objeto de alguna sugerencia para que votara por la candidata Fajardo, por parte del Senador Benedetti, lo cierto es que su sufragio fue marcado y depositado libremente, circunstancia que reconoció en su testimonio, al aseverar que su actuar no fue consecuencia de presión alguna sino que se originó en la autonomía de su voluntad, situación que excluye la existencia de vicio alguno.

Conclusión: En virtud de no existir prueba que permita aseverar en grado de certeza que el Senador Armando Benedetti marcó la tarjeta electoral que correspondía a la elección de la Doctora Diana Fajardo, delante de los Senadores Musa Besaile y Elías Vidal, la Sala Electoral negará la procedencia del cargo de nulidad referido al desconocimiento del literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992.

4.1.1.2.2 Intento de persuasión al Senador José David Name para que votara por la demandada, quien en últimas le muestra al Senador Roy Barreras su voto

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-1017 de 28 de noviembre de 2012, M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

La parte demandante puso de presente que a minuto 44:10 del video, que obra a folio 15 del expediente, se puede observar al Senador Armando Benedetti discutiendo con José David Name, al parecer sobre el candidato que se elegirá en el proceso electoral de Magistrado de la Corte Constitucional.

Al respecto, se encuentra:

- A minuto 44:21 se observa al Senador Benedetti hablando con los señores Musa Besaile, Elías Vidal y José David Name.
- A minuto 44:28 se ve al Senador José David Name hacer gestos de negación con su cabeza y al Senador Benedetti abrir los brazos.
- A minuto 44:35 se identifica al Senador José David Name alejarse del lugar en donde se encontraba hablando con los Senadores Besaile, Vidal y Benedetti.
- A minutos 44:45 a 44:51 se puede ver al Senador José David Name caminar a su curul mientras que sigue la conversación y éste la culmina cuando se sienta en su puesto de trabajo y da la espalda al Senador Benedetti.
- A minuto 54:22 se divisa al Senador José David Name cuando camina hacia el Senador Roy Barreras.
- En el minuto 54:24 el Senador José David Name le entrega un documento al Senador Roy Barreras y después de ello lo guarda en su chaqueta.
- Hasta el minuto 55:06 los Senadores mencionados mantienen un diálogo.
- En el minuto 55:10 el Senador José David Name llega a su asiento.
- A minuto 59:30 se observa al Senador José David Name sacar de su chaquete un documento y al minuto 59:35 lo deposita en la urna.

En relación con la situación narrada en precedencia, las declaraciones recepcionadas en el proceso, dan cuenta de lo siguiente:

El Senador Fernando Nicolás Araújo⁷¹ señaló: “...*PREGUNTADO: Le consta alguna irregularidad de manera previa o después, en la elección que tuvo lugar el 1 de junio de 2017 en la que resultó electa Diana Constanza Fajardo Rivera y de ser así, a cual irregularidad se refiere y respecto de las condiciones de tiempo, modo y lugar. TESTIGO: La exigencia de Roy Barreras y Benedetti de que le mostraran en voto, antes de dejarlo en la urna. Eso es una irregularidad porque el voto es secreto...*”.

El Senador Roy Barreras⁷² en su testimonio adujo: “...*PREGUNTADO: ayudó usted al senador Mussa a marcar su voto para que votara por la señora Fajardo. TESTIGO: por supuesto que no, pero si alguien ha dicho que se ha marcado el voto de otro senador, supongo, no soy abogado, pero eso debería ser un delito y quien lo dijo sería una calumnia. Cada senador sabe escribir y decidir y no necesita que le marquen el voto. Que si se hizo proselitismo claro que sí, ya lo he dicho y es legítimo y consiste en la transmisión de una idea. En algunos casos*

⁷¹ Folios 410 a 412 del cuaderno No. 3 del expediente.

⁷² Folios 454 a 457 del cuaderno No. 3 del expediente.

convencí a algunos senadores o simplemente esa fue decisión cuando llegaron a la votación. Eso no se hace a escondidas, sino que es transparente y transmitido en directo o en diferido en la televisión. NO hubo en mi caso ni en ningún otro, que un senador haya constreñido o marcado, esa práctica no ocurrió y sería irrespetuosa además con cada senador... PREGUNTADO: ayudó o acompañó al senador Name para que votara. TESTIGO: Ni en el caso de Name ni en ninguno otro y tampoco acompañé porque no lo necesitan. A propósito del senador Name tenemos muy pocas afinidades y por supuesto casi siempre votamos diferente, salvo cuando hay votación de bancada. De manera que tampoco conozco su voto y tomó su decisión de manera libre..."

El Senador José David Name⁷³ expresó: "...PREGUNTADO: recibió usted ayuda del Senador Roy Barreras para realizar su voto. TESTIGO: no señora consejera, yo estoy muy grandecito y entre las personas que le acabo de comentar, tengo diferencias ideológicas con los senadores Benedetti y Roy Barreras. Pero ningún senador necesita ayuda de nadie para eso... PREGUNTADO: es usual tener discusión sobre distintos temas con los senadores Benedetti y Roy Barreras. **El día de la elección discutió el sentido de su voto.** TESTIGO: **si los discutí.** PREGUNTADO: con cuál de ellos se dio la discusión y la razón de ello. TESTIGO: **cuando hablamos de discusión no es como de dos ciudadanos comunes en la calle, nosotros tenemos charlas ideológicas, sentidos de votaciones, porque somos una bancada y al interior, discutimos cómo vamos a votar y públicamente decimos lo que cada quien cree que le conviene más al país. Entonces lo que hicimos fue expresar nuestros conceptos.** A mí me extraña mucho que los senadores denunciantes me traigan a mi aquí y **voy a hacer público mi voto que fue secreto en esa audiencia. YO no voté por la doctora Diana, yo voté por el doctor Motta...**PREGUNTADO: hizo público su voto antes de ser depositado en la urna correspondiente. TESTIGO: no lo hice público... PREGUNTADO: Le exhibió su voto al Senador Roy Barreras. TESTIGO: no lo exhibí. El apoderado solicita proyectar el video en el minuto 54. Luego de ello, se PREGUNTO: Diga cómo es cierto sí o no que usted se acerca al senador Roy Barreras y le enseña un papel. La consejera le concede el uso de la palabra al abogado Medellín quien objeta la pregunta en el sentido de que es asertiva que es para la declaración de parte y solicitó que se reformule la pregunta. La consejera ordena reformular la pregunta en cuanto es un testigo de hecho. PREGUNTADO: nos indique si se acercó al Senador Roy Barreras para mostrarle un documento que estaba en su traje. TESTIGO: sí. PREGUNTADO: puede informarnos de qué documento se trate. TESTIGO: cualquier otro documento, pero no tiene nada que ver con el de mostrar el voto a otro congresista..."

Teniendo en cuenta que el presente subcargo se compone de dos argumentos, se impone concluir frente a cada uno de ellos, de conformidad con la valoración de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, que:

1. En cuanto a la presunta persuasión por parte del Senador Benedetti sobre el Senador Name, éste acepta que se presentaron divergencias de criterio frente a la

⁷³ Folios 457 vuelto a 459 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente.

preferencia electoral de cada uno, pero que ello obedece a diferencias ideológicas más no a un interés particular por lograr de manera arbitraria el favorecimiento de algún candidato.

Entonces, de lo observado en el video y de lo extractado de los testimonios se puede concluir que el Senador Benedetti conversó con el Senador Name, pero de lo que se puede observar del video no se infiere que hubo persuasión, coacción o violencia sobre el Senador Name, pues si bien hubo un diálogo alrededor del sentido del voto, el Senador Name reconoce en su testimonio que hubo intercambio de los conceptos electorales pero que terminó votando por el candidato Motta.

De otro lado, en cuanto respecta a la posible violación del voto secreto y libre en lo que atañe a la aseveración que el Senador Barreras le había marcado el voto al Senador Name, éste reconoció que si bien le entregó un papel que guardó en su chaqueta el mismo no guardaba relación con el proceso electoral respectivo.

2. En cuanto al cargo referente a la exhibición de la tarjeta marcada que presuntamente hiciera el Senador José David Name al Senador Roy Barreras, se tiene que no se encuentra plenamente probada dado que no existe certeza que el documento exhibido al Senador Roy Barreras fuera el que posteriormente se introdujera en la urna, ello por cuanto desde la óptica en que se grabó el video, esto es, la distancia en que se captaron las imágenes, no se puede establecer, sin que medie duda alguna, que la tarjeta que contenía el voto fuera divulgada.

Aunado a lo anterior se tiene que los testimonios de los Senadores José David Name y Roy Barreras son contundentes en señalar, por un lado, que no se mostró el voto y por el otro que no conoció de manera anticipada la opción escogida.

Conclusión: Luego del estudio en conjunto de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, se tiene que no existe evidencia que el Senador Armando Benedetti presionara al Senador José David Name para que cambiara su opción de voto. Ello por cuanto si bien en el marco del debate electoral se pusieron de presente la postura referida a una u otra opción, ello no es óbice para aducir que tales disquisiciones sean constitutivas de irregularidades que vicien el consentimiento del legislador.

Así mismo, no existe prueba que permita colegir la existencia de irregularidad alguna respecto del actuar del Senador José David Name frente al Senador Roy Barreras, lo que conlleva a que se niegue el cargo referente al desconocimiento del literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992.

4.1.2 Voto personal, intransferible e indelegable, artículo 123.3 de la Ley 5 de 1992

Frente al desconocimiento del cargo a que hace referencia la infracción al artículo 123.3 de la Ley 5 de 1992 con el proceso eleccionario cuestionado, los accionantes manifestaron que: i) no se tuvo en cuenta que el voto de los

Senadores es personal, intransferible e indelegable dado que el Senador Armando Benedetti señaló en la tarjeta electoral la opción por la que debían votar los señores Sandra Villadiego y Ángel Custodio Cabrera, ii) el Senador Roy Barreras le entregó una tarjeta electoral al señor Manuel Mora y le indicó por quien debía votar y, iii) la injerencia del ejecutivo en el presente proceso electoral.

4.1.2.1. No se tuvo en cuenta que el voto de los Senadores es personal, intransferible e indelegable, dado que el Senador Armando Benedetti señaló en la tarjeta electoral la opción por la que debían votar los señores Sandra Villadiego y Ángel Custodio Cabrera.

A este respecto, la parte demandante adujo que a minuto 43:48 del CD que obra a folio 15 del expediente, se ve al Senador Armando Benedetti señalando en la tarjeta electoral la candidata “*predilecta*” a los Senadores Sandra Villadiego y Ángel Custodio Cabrera.

Analizada la prueba documental señalada, la cual, no tiene audio, se puede observar en detalle lo siguiente:

- A minuto 41:10 se observa a la Senadora Sandra Villadiego ocupando su curul, quien se ubicaba al lado derecho del Senador Ángel Custodio Cabrera, quien se encontraba sentado en su lugar de trabajo.
- A minuto 41:58 se ve al Senador José David Name acercarse a hablar con los Senadores Villadiego y Cabrera, el cual lleva consigo un documento⁷⁴. Se observa en el video que si bien tiene en su mano un documento, no se desprende que mientras conversa, esté mostrando su voto a sus compañeros.
- A minuto 42:19 se observa que un funcionario del senado le hace entrega de un documento al Senador Ángel Custodio Cabrera.
- A minuto 42:40 se sienta el Senador Armando Benedetti en la fila en donde se ubican los Senadores Sandra Villadiego y Ángel Custodio Cabrera. En ese instante no se percibe que éste portara algún documento en sus manos.
- A minuto 43:32 el Senador Armando Benedetti recibe un documento.
- A minuto 43:38 la Senadora Villadiego recibe de un funcionario del senado un documento.
- A minuto 43:45 se vislumbra al Senador Benedetti acercarse y ubicarse de pie entre los Senadores Sandra Villadiego y Ángel Custodio Cabrera. En esta parte del video se observa que el Senador Benedetti tiene en la mano un documento y encima de él un celular con el que comparte alguna información con el Senador Cabrera. No se observa que el documento del Senador Benedetti se encuentre marcado ni que éste haga algún señalamiento sobre el mismo dirigido al Senador Cabrera.
- A minuto 44:00 se divisa al Senador Benedetti caminar por el recinto alejándose de los puestos de trabajo de los Senadores Villadiego y Cabrera para acercarse a los Senadores Musa Besaile Fayad y Elías Vidal.

⁷⁴ El cual fue entregada en minutos precedentes al Senador por parte de los miembros de la corporación.

Ahora bien, al ser interrogado el Senador Armando Benedetti⁷⁵, sobre el posible señalamiento que hiciera a sus copartidarios Sandra Villadiego y Ángel Custodio Cabrera respecto de la forma en que debían ejercer su derecho al voto, este contestó: *“El apoderado solicita la reproducción del minuto 43:30. Luego de reproducido manifestó: PREGUNTADO: Usted señaló a Sandra Villadiego y Ángel Custodio Cabrera por quién se debía votar. TESTIGO: claro que no. Me gustaría que se tomara nota en cuanto a la cantidad de personas que se observan en la reproducción.”*

En cuanto a la misma pregunta el Senador Ángel Custodio Cabrera⁷⁶ contestó: *“...PREGUNTADO: advirtió que algún senador de la república le mostrara su tarjeta electoral antes de ingresarla a la urna. TESTIGO: siempre hay auxiliares y otras personas que le entregan los votos, pero uno decide y sobre el partido de la U que no toma decisiones de bancada y cada quien toma su decisión personal. PREGUNTADO: exhibió su voto luego de haberlo marcado antes de ingresarlo a la urna. TESTIGO: para nada. Yo tomé mi decisión de forma libre y por tanto no tenía que exhibirlo a nadie... PREGUNTADO: Cuando se estaba surtiendo la elección, si lo recuerda, miembros de su bancada el senador Roy Barreras y Benedetti se acercaron para manifestarle su intención de voto. TESTIGO: no recuerdo, además nosotros hablamos permanente en el congreso, pero no recuerdo en este instante.”*

Para finalizar, la Senadora Sandra Helena Villadiego⁷⁷ ante la cuestión objeto de debate contestó: *“...PREGUNTADA: se sintió forzada, violentada o coaccionada para depositar su voto. TESTIGO: para nada. En ningún momento o que me estuvieran dirigiendo el voto, eso no. PREGUNTADA: alguien le indicó por quién debía votar. TESTIGO: en ningún momento... PREGUNTADA: puede informar si algún senador de la república tenía algún empeño en tratar de convencer a sus colegas en votar por un candidato en particular. TESTIGO: no, para nada... La agente del Ministerio Público manifiesta PREGUNTADA: Recuerda si algún senador se le acercó para intercambiar opiniones relacionadas con los candidatos. TESTIGO: eso es normal que se haga, lo hacemos en todas las elecciones, pero que alguno se haya acercado a hablar de uno, no. PREGUNTADA: los senadores Barreras o Benedetti se acercaron para afectar su voto. TESTIGO: no...”*

Conclusión: Analizado el acervo probatorio en su conjunto, se puede determinar que del video legal y oportunamente allegado al proceso, se tiene que no es posible arribar a la conclusión a la que llegaron los demandantes en lo que respecta a que el Senador Armando Benedetti les hubiera señalado a sus copartidarios Cabrera y Villadiego, la opción por la que debían ejercer su derecho al voto, dado que si bien no se puede determinar con certeza la conversación sostenida entre éstos por falta de audio, también es cierto que de la imagen que se extrae del video no se puede colegir que hubo señalamiento alguno de cómo votar en la tarjeta electoral por parte de éste, dado que no se puede establecer a

⁷⁵ Folios 403 a 406 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente.

⁷⁶ Folios 460 vuelto a 461 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente.

⁷⁷ Folios 463 vuelto a 464 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente.

ciencia cierta que el papel que tiene en la mano sea el voto, además no se observa que el mismo fuera marcado delante de los mencionados legisladores así como tampoco que frente a ella se hiciera alguna señal que permita inferir tal acción, situación que fuera confirmada por los tres Senadores en los testimonios rendidos. En razón de lo anterior, se negará la procedencia del presente cargo por desconocimiento del artículo 123.3 de la Ley 5 de 1992.

4.1.2.2 El Senador Roy Barreras le entrega una tarjeta electoral al Senador Manuel Mora y le indica por quien votar. (Los demandantes en el medio de control 2017-00024 aseveraron que éste marcó la tarjeta a otros Senadores)

Indicó la parte actora que a minuto 1:04:10 del video “*fraude en la elección de la magistrada Diana Fajardo*” se ve al Senador Manuel Mora ingresar con premura al recinto de las votaciones en donde el Senador Roy Barreras le hace entrega de la tarjeta electoral y le indica por quien debe ejercer su derecho al voto.

- A minuto 1:04:05 se ve al Senador Roy Barreras abrirle camino al Senador Manuel Mora.
- A minuto 1:04:11 se ve cuando un Senador le hace entrega al Senador Roy Barreras de un papel.
- A minuto 1:04:16 se ve al Senador Roy Barreras entregar el papel recibido al Senador Mora, así como también le facilitó un esfero.
- A minuto 1:04:20 se ve al Senador Manuel Mora marcar el papel.
- A minuto 1:04:28 se ve al Senador Manuel Mora depositar el documento en la urna.

De los testimonios practicados para esclarecer este punto se tiene:

El Senador Fernando Nicolás Araújo⁷⁸ señaló: “...*PREGUNTADO: Le exigieron saber por qué había marcado la tarjeta respectiva. TESTIGO: Yo vi que los senadores Barrera y Benedetti sí estaban pendientes de que les mostraran el tarjetón antes de que lo depositara, pero en mi caso nadie me lo pidió. Barrera y Benedetti se la pasaban caminando todo el tiempo, los senadores Name y Mora, ambos le mostraron el voto, eso me consta porque yo lo vi... PREGUNTADO: ha sido enfático en indicar que los senadores Name y Mora mostraron el voto, por lo que pidió la reproducción de un video, que obra a folio 384 del expediente, en el minuto 1 hora 04 minutos y hace relación a lo que el testigo ha manifestado de cómo el señor Roy Barreras llega al señor Mora como lo manifiesta. TESTIGO: en el video se nota cuando el senador Barreras le entrega el senador a Mora y le entrega el tarjetón y el lapicero y mira, como marca y cuando lo hace, lo felicita y luego va a depositar el voto en la urna. Solicita la reproducción del minuto 54...*”.

El Senador Roy Barreras⁷⁹ adujo: “...*PREGUNTADO: Usted ayudó o acompañó a Manuel Mora para que votara, de ser así informe las condiciones. TESTIGO: ni lo ayudé ni acompañé para que votara. Un senador no necesita ayuda ni compañía*

⁷⁸ Folios 410 a 412 del cuaderno No. 3 del expediente.

⁷⁹ Folios 454 a 457 del cuaderno No. 3 del expediente.

para votar. Si recuerdo que llegó tarde y presuroso a la sesión y si dice a la mesa directiva que era importante que pudiera votar y lo apuré para que alcanzara a votar. Pero su voto ni siquiera lo conozco y fue él quien marcó su voto de forma libre e individual... PREGUNTADO: conoció el sentido del voto del senador Mora. TESTIGO: No..."

El Senador Manuel Guillermo Mora frente a este aspecto respondió: "...
PREGUNTADO: Se sintió usted coaccionado para votar por la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera en el proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, en el cual resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional, de ser así, informe quien la ejerció y en general sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar del caso? TESTIGO: para nada, de ninguna manera recibí ninguna presión. PREGUNTADO: exhibió usted su voto. TESTIGO: para nada, no lo hice, el voto es secreto y uno es el que lleva el voto a la urna... PREGUNTADO: recuerda haber recibido alguna llamada de algún senador para que acudiera al recinto. TESTIGO: para nada. En esta elección como en la de otros magistrados. PREGUNTADO: recuerda ese 1 de junio, si al momento de marcar su voto, se encontraba usted en su curul o en un lugar distinto. TESTIGO: por lo general en la curul. Siempre estoy ahí. PREGUNTADO: recuerda cuando iba a marcar su voto, si había algún senador al lado suyo. TESTIGO: no recuerdo pero por lo general uno lleva el voto cerrado y lo incorpora en la urna... PREGUNTADO: exhibió usted la tarjeta marcada antes de depositarlo. TESTIGO: para nada, yo soy el que lo marco, sin presión de nadie."

De los testimonios rendidos, así como de la prueba documental, se puede deducir, sin duda alguna, que el Senador Roy Barreras en ningún momento marcó la tarjeta electoral del parlamentario Mora. Por el contrario, lo que se puede concluir, fue que éste de su propia mano hizo la marcación por el candidato de su preferencia de manera libre y espontánea, razón suficiente para negar el cargo deprecado por infracción del artículo 123.3 de la Ley 5 de 1992 y mantener incólume el voto así depositado.

4.1.2.3 Injerencia del ejecutivo en el presente proceso electoral.

Manifestaron los accionantes que el presente proceso se vio influenciado por los intereses que tenía el Gobierno Nacional en que ganara la entonces candidata Diana Fajardo Rivera, con miras a mantener los acuerdos de paz suscritos en el Teatro Colón cuando tuviera que estudiar la constitucionalidad de las normas que en el marco de éste se debían producir, por lo cual se afirmó que se trataba de "Yo te elijo, tú proteges la paz".

Resulta oportuno señalar, que en la gaceta en la que reposa lo sucedido el día de la elección cuestionada, se puede extraer que el Presidente del Senado de la República, doctor Mauricio Lizcano llama la atención y solicita se retire del recinto toda persona ajena a los electores, esto es, personal administrativo y miembros del gobierno. También es cierto que de ese solo hecho no se puede inferir presión alguna por parte del ejecutivo, sobre los miembros del Senado dado que en la mencionada acta no se aclara que personas distintas del personal del

Congreso que allí laboran estén ahí para verificar el cumplimiento de alguna orden impartida por el Presidente de la República.

Se tiene que el Senador Araújo Rumie⁸⁰, en la audiencia de pruebas señaló que la intervención del Senador Benedetti en medios de comunicación como las redes sociales eran constitutivos de presiones, dado que éste es lo que denominó un alfil del Gobierno Nacional y, al aseverar que las FARC se levantaría de la mesa de negociación si no ganaba la ahora demandada, fue leída por muchos congresistas como una advertencia del ejecutivo.

Frente a lo anterior, la Senadora Claudia Nayibe López⁸¹, adujo en su testimonio: *“...Es molesto para el debate público y es que el senador Benedetti es de la bancada del gobierno y eso se puede interpretar como una presión del gobierno a través de un tercero, pero de nuevo, estamos en el discurso político y la libertad de expresión. Frente a esa expresión, muchos controvertimos esa expresión tan grave. De manera que ahí hay una controversia, frente a afirmación que se pueden considerar exageradas y que por tanto debe desestimarse. Pero esto no creo que pueda constituir un acto de coacción al elector. En primer lugar porque el senador Benedetti es como cualquier otro, si bien es inconveniente y molesto, pero no creo que constituya un acto de constreñimiento del elector,... El doctor Motta que fue el segundo en elección, fue una excelente presentación. En lo que yo he visto en el senado, cuando el gobierno de verdad se mete en la elección, no hay una elección reñida. Esta por el contrario fue muy reñida,...en mi opinión sería mucho mejor, no puedo afirmar que en esta o en otra elección, deje saber su voto. Aunque lo hacen algunas veces, no es prueba de injerencia de nadie, ni del gobierno ni de nadie. Es conocido las bancadas que apoyan al gobierno. Con posterioridad a la elección, recuerdo declaraciones de los medios de comunicación, al ministro del interior tal vez, rechazando las declaraciones de Benedetti.”* (Negrillas propias).

Otro de los testimonios rendidos que hacen referencia al cargo estudiado, es el del Senador José David Name⁸², en el que señala lo siguiente: *“YO no voté por la doctora Diana, yo voté por el doctor Motta... TESTIGO: sí, lo que quiero decir es que vuelvo a reafirmar dos cosas, nosotros públicamente, digo público, porque se hace al interior de las bancadas. Al interior del partido nunca hubo un guía ni una llamada por el partido ni del gobierno. Nosotros directamente tomamos una decisión y esa decisión se dio inclusive en el momento de la votación. Varios congresistas votaron por la doctora Diana y varios por el doctor Motta y la discusión y las observaciones con Benedetti y Roy Barreras era por la conveniencia de uno y otro candidato. Pero no creo que exista un congresista que pueda presionar a otro para elegir a un magistrado de la corte Constitucional.”* (Negrillas propias).

De la lectura de la prueba testimonial, del Senador Araújo Rumie, se puede inferir que lo que manifestó en la audiencia fue su percepción personal en lo que

⁸⁰ Folios 410 a 412 del cuaderno No. 3 del expediente.

⁸¹ Folios 430 vuelto a 433 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente.

⁸² Folios 457 vuelto a 459 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente.

respecta a las afirmaciones hechas por el Senador Armando Benedetti, en los medios de comunicación, en cuanto a que éstos fueron mensajes del gobierno para que se eligiera a la ahora demandada, al considerarlo un alfil del ejecutivo aunado al hecho de pertenecer al Partido de la U que es el mismo del Presidente de la República. Sin embargo, del testimonio rendido por el Senador José David Name se tiene que éste aun siendo miembro del Partido de la U, el cual según los demandantes es adepto al Gobierno Nacional, manifestó que con el ejecutivo no hubo reunión para decidir el candidata de la colectividad política, así como tampoco la bancada dio directrices en uno u otro sentido, muestra de ello fue que votó por el candidato de su preferencia, el cual no resultó ser la ahora demandada.

En lo que respecta al testimonio rendido por la Senadora Claudia López, se tiene que el mismo conduce a concluir, que cada miembro del congreso pudo interpretar de distintas formas las manifestaciones del Senador Armando Benedetti, sin embargo las mismas, no se pueden tener como una prueba que fueran un mensaje del ejecutivo, más bien en su sentir, fueron desafortunadas para el debate electoral.

De los testimonios presentados por los Senadores, así como del cuerpo de la gaceta No. 764 de 2017 que contiene lo sucedido en la sesión plenaria del Senado de la República el día de la elección, se puede extraer que otro de los puntos del orden del día era el estudio del proyecto de ley No. 223 de 2017 Senado, 243 de 2017 Cámara, por la cual se efectúan unas modificaciones al presupuesto general de la nación para la vigencia Fiscal de 2017, temario que claramente importaba al Gobierno Nacional y justificaba la presencia de personal del ejecutivo en el recinto del Senado de la República.

Teniendo en cuenta que los Senadores citados manifestaron que votaron libremente y ante la falta de material probatorio que demuestre lo contrario, es decir que existió presión, violencia o influencia por parte del ejecutivo en el presente proceso, se desestimará el presente cargo.

4.1.3 Análisis general de las pruebas testimoniales

Finalmente, vale la pena no sobra resaltar que del análisis en conjunto de los testimonios recaudados durante el proceso, la Sala no puede llegar a conclusión diferente al de la ausencia de causal de nulidad por infracción de las normas superiores en que debe fundarse, por cuenta de las irregularidades denunciadas por los accionantes.

Al respecto se puede ver:

SENADOR	SENTIDO DE LA DECLARACIÓN	VALORACIÓN
<p>Armando Alberto Benedetti Villaneda</p>	<p><i>“PREGUNTADO: Evidenció usted alguna irregularidad de manera previa o al momento de la votación en el proceso que tuvo lugar el 1 de junio de 2017. TESTIGO: No señora magistrada, no vi ninguna irregularidad o anomalía distinta a esos debates.”... PREGUNTADO: Evidenció alguna irregularidad en la tarjeta que le fue suministrada a usted y si es así, describa en qué consistió. TESTIGO: No recuerdo ninguna irregularidad.”... PREGUNTADO: Mostró usted a otros senadores por quién iba a votar, antes de ingresar su voto en la urna. TESTIGO: No señora, no hice eso. Y si lo hubiera hecho, le insisto, la votación era muy pareja, lo que significa que había presiones. Pero yo no tenía compromiso ni obligación para mostrar el voto. PREGUNTADO: algún senador le exigió que le mostrara su voto, antes de ingresarlo en la urna. PREGUNTADO: No señora, nadie me puede exigir y menos eso. PREGUNTADO: algún senador le exigió que cambiara su voto. TESTIGO: Nunca dejaría que hicieran eso, de pronto que me sugiera, pero no exigir. PREGUNTADO: algún senador le exigió que mostrara la tarjeta respectiva. TESTIGO: Nunca. PREGUNTADO: Hubo alguna coacción en la votación para votar por Fajardo y de ser así, las condiciones del caso. TESTIGO: Nunca fue así.</i></p>	<p>Con este testimonio se advierte que el Senador no fue objeto de coacción o violencia que fuera capaz de poner en riesgo la libertad para sufragar. Tampoco declaró que hubiera mostrado su voto.</p>
	<p><i>PREGUNTADO: Le consta alguna irregularidad de manera previa o después, en la elección que tuvo lugar el 1 de junio de 2017 en el que resultó electa Diana Constanza Fajardo Rivera y de ser así, a cual irregularidad se refiere y respecto de las condiciones de tiempo, modo y lugar. TESTIGO: La exigencia de Roy Barreras y Benedetti de que le mostraran en voto, antes de dejarlo en la urna. Eso es una irregularidad porque el voto es secreto. PREGUNTADO: Que quiere decir, con que exigieron el voto a otros colegas, por parte de Roy Barreras y Benedetti. TESTIGO: Porque en senador Namen y Manuel Guillermo</i></p>	<p>El testigo presume que los Senadores Barreras y Benedetti exigieron a los Senadores Name y Mora mostrar su voto, pero no señala categóricamente cómo y porqué fue así. Ello se deduce cuando afirmó que “...también debieron hacer eso”, sin que este aserto se convierta en una declaración de la que se pueda deducir la razón de tal exigencia. Por el contrario, aseveró que no alcanzó a ver lo que hacían los⁴⁷</p>

	<i>magistrada”</i>	
Honorio Miguel Henríquez Pinedo	<p><i>PREGUNTADO: ¿Evidenció alguna irregularidad de manera previa o al momento de la votación en el proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, de ser así, informe de qué tipo de irregularidad se trata y sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar del caso?</i></p> <p><i>TESTIGO: no podría hablar de alguna irregularidad, porque mi función se definió como escrutador y así fue cumplida.” ...”PREGUNTADO: observó o no si algún senador, le exigió a usted u otros senadores que cambiara por quien había marcado la tarjeta respectiva, antes de ingresar el voto en la urna en el proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, de ser así, informe de quienes se trata y las demás condiciones de tiempo, modo y lugar del caso?</i></p> <p><i>TESTIGO: no me consta nada de eso. PREGUNTADO: se ha dicho en el proceso que el senador Benedetti que señaló en los medios que si no se votaba por la señora Diana Fajardo prácticamente se acabaría con el proceso de paz. Se sintió usted coaccionado por esas declaraciones. TESTIGO: es extraño por cuanto lo hizo por medio de comunicación masivo e influye de alguna manera la decisión que podrían tener las personas. Yo particularmente no me sentí coaccionado”</i></p>	<p>El Senador Henríquez advierte que no se sintió coaccionado por las declaraciones del Senador Benedetti.</p>
Horacio Serpa Uribe	<p><i>PREGUNTADO: ¿Evidenció alguna irregularidad de manera previa o al momento de la votación en el proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, de ser así, informe de qué tipo de irregularidad se trata y sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar del caso?</i></p> <p><i>TESTIGO: no, ninguna irregularidad. No recuerdo ninguna irregularidad en el proceso.</i></p>	<p>El Senador Serpa no advirtió irregularidad alguna en el proceso electoral de Magistrada de la Corte Constitucional.</p>
Roy Leonardo Barreras Montealegre	<p><i>PREGUNTADO: informe al despacho sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en la que usted y sus compañeros ejercieron el derecho al voto el 1º de junio de 2017 en la que resultó electa como magistrada de la Corte Constitucional la doctora Diana Constanza Fajardo Rivera. TESTIGO: como dije, transcurrió de manera tranquila, cada senador tomó su</i></p>	<p>El Senador Barreras advirtió que el proceso electoral de Magistrada de la Corte Constitucional transcurrió en forma</p>

Por su parte no sobra señalar, que el testimonio de Juan Gregorio Eljach Pacheco, en su calidad de Secretario General del Senado, presente durante la jornada de elección, manifestó lo siguiente:

<p>Juan Gregorio Eljach Pacheco</p>	<p><i>PREGUNTADO: Usted advirtió o evidenció alguna irregularidad que de manera previa o al momento de la elección del 1 de junio de 2017, informe la irregularidad si advirtió algo y las circunstancias de tiempo, modo y lugar. TESTIGO: En término de irregularidad, no me viene a la memoria que haya evidenciado algo, pero de ser así, lo hubiera hecho a la mesa, eso en cuanto a aspectos contra la ley. PREGUNTADO: Vio o le contaron que hubo intercambio de tarjetas electorales entre senadores utilizadas para votar en esa elección. TESTIGO: No he visto un caso concreto, pero es muy frecuente allá, a veces, hay más de tres candidatos, cuando me eligieron éramos 116 candidatos y en algunas ocasiones dejan en libertad de votar como les parece y eso es lo que genera desorden. PREGUNTADO: Evidenció si algún senador de la república recibiera algún trato de coacción para que se votara por Diana Fajardo. TESTIGO: No señora, que haya visto no, pero ahí todos somos iguales y es muy difícil ejercer constreñimiento. No lo tengo en mi memoria y difícilmente a alguien que le pase eso, no diga nada.</i></p>	<p>El Secretario general del Senado manifestó que todos los Senadores son iguales y es muy difícil el ejercicio de constreñimiento frente a éstos.</p>
--------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Así las cosas, revisadas las declaraciones recaudas durante el trámite, denota que de manera general, exceptuando el sentido del testimonio del Senador Fernando Nicolás Araujo Rumie, cuyo análisis puntual fue surtido previamente, no fue advertido por parte de los Senadores presentes y participantes en la jornada de elección, irregularidad alguna, coacción o cualquier otro hecho que pueda soportar las acusaciones propuestas dentro del presente trámite, lo que permite determinar la inexistencia de vicios de nulidad que afecten el presente proceso electoral.

4.1.2.4 Conclusión general

Del estudio del presente cargo la Sala Electoral puede concluir sin ambages que no existió la pretendida infracción de la norma superior, esto es, de los artículos 123 y 131 de la Ley 5 de 1992 y demás preceptos normativos invocados, al encontrar que no se logró demostrar que hubiera vulneración al principio del voto secreto; por otro lado, tampoco se acreditó que el ejercicio del sufragio en el presente caso dejara de ser personal, intransferible e indelegable por coacción en la selección de quien habría de ser elegida. En razón de ello, se negará la procedencia de la nulidad deprecada para este caso en concreto.

4.2 Violencia psicológica

Indicaron los accionantes que se materializó en el presente proceso de elección la causal de nulidad del acto electoral contemplada en el artículo 275.1 de la Ley 1437 de 2011, por los señalamientos hechos por el Senador Armando Benedetti en redes sociales, en los que manifestó que de no elegirse a la ahora demandada, los miembros de las FARC se levantarían de la mesa de negociación.

Al respecto, previo al estudio del cargo, se impone determinar el contenido normativo del artículo 275.1 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de establecer si se dan las condiciones allí establecidas para el estudio del presente cargo. La norma en cuestión señala:

“Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

*1. Se haya ejercido **cualquier tipo de violencia** sobre los nominadores, **los electores** o las autoridades electorales...”.*

En lo que se refiere a esta causal, jurisprudencialmente se ha establecido que cualquier forma de violencia sobre el elector *que anule su libertad para ejercer el derecho al voto* afecta la legalidad y legitimidad del poder político⁸³. De la misma manera determinó, que tratándose de la violencia psicológica, esta se presenta en múltiples maneras, como por ejemplo el constreñimiento, la coacción o el otorgamiento de dádivas al elector⁸⁴.

Igualmente, se ha dicho que la violencia psicológica corresponde a aquellos actos que puedan ocasionar un daño emocional, que disminuyan la autoestima, que perturben el libre desarrollo de la personalidad, que puedan producir descrédito, deshonra o menosprecio del valor personal o de la dignidad⁸⁵.

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 21 de enero de 2016, C.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicado No. 11001-03-28-000-2014-00030-00.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 19 de enero de 2006, C.P: Dario Quiñónez Pinilla, Radicado No. 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875), Consejo de Estado,

Por otra parte, la violencia psicológica puede ser entendida como todo tipo de agresión realizada sin que medie en el actuar del opresor actos de agresión física, por lo cual, la acción violenta lo que produce es un daño psicológico o emocional en los sujetos agredidos. Puede estar constituida por expresiones que descalifican y humillan al agredido, buscando desvalorizarlo.

Es así como, la violencia moral o psicológica se enmarca dentro de todo acto de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener un resultado, que no implican el despliegue de fuerza física, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agresor, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados⁸⁶.

Esta clase de violencia se origina en formas ocultas de poder, en las injusticias sociales, en el desconocimiento de los derechos de las personas, por el aislamiento, por el miedo a denunciar⁸⁷, lo que hace que dicha conducta sea de difícil prueba para quien la alega, ello por cuanto se compone de un alto porcentaje de subjetividad que requiere, tratándose de la nulidad electoral, que no solo altere la autonomía de la voluntad de quien la padece sino que tenga tal incidencia que tenga la entidad de modificar el resultado.

Por esta razón, el Estado tiene una responsabilidad constitucional y legal de prevenir y erradicar cualquier forma de violencia psicológica y de discriminación, aspecto que se relaciona con la garantía del libre ejercicio de los derechos fundamentales.

Esta Sala Electoral, cuando se trata de la causal de nulidad establecida en la norma trascrita, señaló los elementos constitutivos de la misma, los cuales deben ser probados por la parte actora de manera concurrente al momento de alegarla para que el juez electoral pueda hacer su estudio de fondo. Tales elementos son:

*“... Así pues, la **ocurrencia del hecho violento** (aspecto objetivo) con la **afectación de la voluntad de quien es violentado** (aspecto subjetivo) y/o la **vulneración de la existencia física de los elementos electorales** (aspecto físico o material), en concurrencia con la **modificación del resultado**”*

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 11 de octubre de 2002, C.P: Darío Quiñónez Pinilla, Radicado No. 11001-03-28-000-2002-0006-01(2888).

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, sala de casación Penal, sentencia del 25 de enero de 2017, M.P: Eyder Patiño Cabrera, Radicado No. 41948, número de providencia SP666-2017.

⁸⁷ A manera de ejemplo en la sentencia 4 de marzo de 2005, con radicado No. 27001-23-31-000-2003-00759-01, C.P: Darío Quiñónez, en donde el demandado fue el Gobernador del Chocó, se conocieron hechos de violencia protagonizados por las FARC en el municipio de Bojayá, con los cuales no solo se obstruyó el acceso de buena parte de la población a sus sitios de votación, sino que también se sustrajo el material electoral. Empero, a pesar de tales acontecimientos, no se declaró la nulidad de la elección demandada, por cuanto no se acreditó la incidencia de los votos frustrados respecto del resultado definitivo. En otro caso, esto es, en el proceso con radicado No. 68001-23-15-000-2004-00002-02, C.P: Darío Quiñónez, la Sección estudió la legalidad del acto de elección del entonces alcalde de Rionegro (Antioquia) y de concejales del ente territorial. En aquella oportunidad, se cuestionaron hechos de violencia contra los electores, perpetrados por las entonces llamadas “Autodefensas Unidas de Colombia”, pero esta vez no para impedirles ejercer su derecho al sufragio o para hacerlo nugatorio en términos materiales, sino, precisamente, para todo lo contrario, esto es, para presionarlos a votar por una determinada opción política.

*electoral (aspecto consecuencial) son los presupuestos que deben acreditarse cuando se pretenda anular el acto de elección con base en hechos de violencia”.*⁸⁸

A la luz de la jurisprudencia vigente de esta Sala Electoral, se impone hacer el estudio detallado del presente caso, y, de encontrarse objetivamente la concurrencia de estos elementos constitutivos de la causal, se procederá a analizar la incidencia del vicio en el resultado. De lo contrario, se despachará negativamente, así:

i) Hecho violento. Presuntamente las declaraciones del Senador Armando Benedetti en las redes sociales, sobre las implicaciones de no votar por la demandada.

ii) Afectación de la voluntad. En el escrito de la demanda, los accionantes no concretaron sobre quienes recayeron los actos de violencia psicológica, requisito sine qua non para su estudio, dado que esta causal de nulidad electoral, no puede ser analizada de manera abstracta. Sin embargo, en la audiencia de pruebas, se les cuestionó a los Senadores que prestaron testimonio sobre la existencia de la presente irregularidad, quienes manifestaron que no se sintieron presionados.

De manera excepcional el Senador Araújo Rumie, manifestó que las declaraciones del Senador Benedetti alteraron su ánimo; sin embargo, dicha afectación no le impidió votar por su candidato de preferencia, el cual no era la ahora magistrada Diana Constanza Fajardo Rivera.

Se impone en este caso determinar, que la parte actora no probó que con las manifestaciones del Senador Benedetti Villaneda se afectara la voluntad de los Senadores electores que conllevara a la alteración del resultado final, elemento necesario para la procedencia del estudio de la presente causal de nulidad.

Resulta importante mencionar, que quien soporta su demanda en la causal de violencia psicológica, debe probar que la presión ejercida es de tal envergadura que hizo que la voluntad del elector fuera mermada, al punto de cambiar su opción de voto por la pretendida por el opresor, situación que para el caso en concreto no quedó demostrada como se dedujo del análisis de las pruebas legalmente allegadas al expediente.

Lo expresado por los 11 Senadores que fueron cuestionados en la audiencia de pruebas, en la que manifestaron que las expresiones del Senador Benedetti no alteraron su ánimo, por tratarse de una persona que se encuentra en igualdad de condiciones al resto de los electores, lo cual hace que no sea posible predicar de éste una posición dominante o preponderante que le permita ejercer un mandato que limite el libre albedrío de los demás legisladores.

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Rad. 2012-00011-01 sentencia de 26 de febrero de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Aunado a lo anterior, manifestaron que las afirmaciones del Senador Armando Benedetti resultaban inocuas, por tanto para la fecha en que se produjo la declaración, el acuerdo final de paz con las FARC ya se había suscrito y se encontraba en fase de implementación, resultando inane cualquier presión que se pretendiera hacer con tal argumentación.

Entonces, al no cumplirse con los elementos estructuradores de la violencia, como lo es la afectación de la voluntad de los electores, se desestimará la procedencia del presente cargo por inexistencia del mismo.

4.3 Violencia sobre las cosas por destrucción del material electoral –tarjetas electorales-

Se señaló como cargo de una de las demandas acumuladas⁸⁹ que el Senador Musa Besaile destruyó su tarjeta electoral a causa de la influencia del Senador Armando Benedetti.

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 275.2 señala que es causal de nulidad electoral, el hecho que se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.

Con el fin de hacer el estudio del presente cargo de nulidad, se analizará el video que obra a folio 15 del expediente para corroborar la existencia del hecho y de presentarse, verificar su incidencia en el acto enjuiciado.

- A minuto 40:40 del video se observa al Senador Musa Besaile ingresar al recinto y ocupar su curul.
- A minuto 41:47 le es entregado un documento a los Senadores Musa Besaile y Elías Vidal, por parte de un funcionario del senado.
- A minuto 44:00 se ve al Senador Benedetti caminar por el recinto para llegar al lugar de asiento del Senador Musa Besaile y Elías Vidal, con quienes tiene una conversación respecto de algo que les enseña en su celular. En este instante tiene en su mano un papel, sin que se pueda determinar que la conversación sostenida sea referida a la forma en que éstos deben ejercer su derecho al voto.
- A minuto 45:39 se observa al Senador Musa Besaile marcar un papel y, a minuto 45:53 el Senador Armando Benedetti pide prestado un bolígrafo para hacer lo propio.
- A minuto 46:21 se vislumbra al Senador Musa Besaile escribir algo un documento.
- A minuto 46:23 se identifica al Senador Musa Besaile romper el documento sobre el cual había escrito previamente sin que se aprecie que sea como consecuencia de presión alguna.

⁸⁹ Al respecto ver folio 35 del cuaderno No. 1 del expediente con radicado 2017-00029-00.

- A minuto 46:35 al Senador Musa Besaile le es entregado un papel por parte del Senador Roy Barreras, sobre el cual escribe a minuto 46:48.
- A minuto 47:28 el Senador Musa Besaile deposita su voto en la urna.

En el testimonio rendido por el Senador Musa Besaile⁹⁰, se tiene que éste señaló: *“...PREGUNTADO: ¿Algún senador, le exigió a usted u otros senadores que cambiara por quien había marcado la tarjeta respectiva, antes de ingresar el voto en la urna en el proceso de elección que tuvo lugar el 1º de junio de 2017, de ser si usted premarcó alguna tarjeta y alguien le exigiría que marcara otro voto. TESTIGO: no señora, eso nunca existió... PREGUNTADO: durante la sesión del 1 de junio de 2017 Senador Benedetti le dijo por quién votar. TESTIGO: no necesariamente. Veo al Senador Benedetti veo que estamos hablando, no necesariamente me está indicando por quien votar o por quien no votar. PREGUNTADO: el Senador Benedetti marcó su tarjetón. TESTIGO: no señor. PREGUNTADO: usted marcó su voto a la vista del Senador Benedetti. TESTIGO: no necesariamente, el voto es secreto. PREGUNTADO: después de marcar el tarjetón lo destruye y pide otro para votar nuevamente. TESTIGO: del minuto 45 a 47 no sucede nada de eso. PREGUNTADO: corrigió usted su voto para marcar el candidato que dijo el senador Benedetti. TESTIGO: no señor. PREGUNTADO: conforme con el video que le fue exhibido, el Senador Roy Barreras le suministro un nuevo tarjetón. TESTIGO: de lo observado en ese tiempo, el Senador Roy Barreras no se me acercó...”*

Sea lo primero señalar, que en este caso en concreto no existe prueba que el documento que rompiera el Senador Musa Besaile fuera la tarjeta electoral marcada; sin embargo, se debe resaltar que el acto de un elector de romper la tarjeta electoral por sí solo no se erige como un vicio de nulidad que debe afectar el acto definitivo de elección, ello por cuanto tal acción se puede presentar en el evento en que éste se equivoque en la marcación de la misma, por cambio de parecer, por haber hecho una marcación errónea que pudiera invalidar su voto, entre otros supuestos que no pueden ser tenidas como “destrucción” en estricto sentido.

La jurisprudencia de la Sala Electoral, se ha referido a la destrucción como la actividad positiva de dañar el material electoral con el fin de impedir que los votantes se manifiesten o, habiéndose manifestado, que no se pueda concretar su voluntad a través del escrutinio⁹¹.

En este caso, se puede observar que no se encuentra claro que el objeto destruido fuera una tarjeta electoral de conformidad con el video oficial, ello sumado al hecho que la declaración rendida por el Senador Musa Besaile es contundente en concluir que no se llevó a cabo dicha conducta. En todo caso y aun cuando se hubiera probado su destrucción, no puede ser adjudicado a ningún

⁹⁰ Folios 433 vuelto a 436 y 459 vuelto a 461 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente.

⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 11 de octubre de 2002, C.P: Darío Quiñónez Pinilla, radicado No. 11001-03-28-000-2002-0006-01(2888), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 3 de abril de 2003, C.P: Álvaro González Murcia, radicado No. 11001-03-28-000-2002-0016-01(2906), Consejo de Estado, Sala de lo

acto violento proveniente de la presión de un tercero sobre el elector, toda vez que de lo que se puede colegir del video, es que el Senador Musa sin más intervinientes, es el que decide romper el material.

En razón de lo expuesto, se impone negar la procedencia del presente cargo y por ende negar la prosperidad de la causal de nulidad deprecada por la parte actora.

5. Voto secreto como garantía del elector

El voto es secreto se erige como una garantía en la medida en que se garantiza al elector que el sentido de su decisión no será conocido por las demás personas, situación que le permite ejercer su derecho sin temer represalias o consecuencias adversas, con lo cual podrá ejercer su derecho de manera completamente libre.

En el caso en concreto se tiene que la existencia del voto secreto es un deber impuesto por mandato expreso del literal a) del artículo 131 de la Ley 5 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1431 de 2011, decisión del legislador en uso de su libertad de configuración normativa, cuya finalidad no puede ser otra distinta que los electores puedan ejercer en completa libertad su derecho al sufragio, lejos de presiones.

Tal mandato conlleva consigo dos aspectos: i) desde la óptica del elector: al ser un derecho, se constituye en un elemento de libre disposición, en tanto obedecerá a su libre albedrío si da a conocer el sentido de su voto y, ii) desde la óptica institucional: implica que al erigirse el secreto del voto el Estado desarrollar los mecanismos necesarios para impedir que las demás personas conozcan la orientación del sufragio de tal manera que se proteja la libertad del elector. Ello implica un sistema de protección al elector dentro de la reglamentación del procedimiento electoral que blinde la libre expresión de la voluntad del elector.

Quiere decir lo anterior, que corresponde a las instituciones encargadas de ejercer la función electoral, ya sea de manera permanente o transitoria, garantizar el secreto al voto en el marco de sus procedimientos electorales cuando la ley así lo exija, dado que dicha garantía se constituye en un derecho fundamental del elector, el cual no puede ser desconocido so pretexto de no tratarse de una elección de voto popular, dado que la misma al ser instituida por expreso mandato de la ley, se torna de imperioso cumplimiento.

De otro lado, la Sección Quinta del Consejo de Estado, resalta la importancia del principio del voto secreto en los procesos electorales el cual se encuentra establecido en los tratados y herramientas internacionales suscritos por la República de Colombia y en virtud de lo previsto en el artículo 93 Superior⁹², éstos

Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 9 de noviembre de 2000, C.P: Darío Quiñónez Pinilla, radicado No. 2424.

⁹² Artículo 93 de la Constitución Política. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

hacen parte del orden interno, por ser este elemento núcleo central del derecho de elegir previsto en el artículo 40 de la Carta.

La convencionalidad⁹³ es una manifestación de la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “*control difuso de convencionalidad*” e implica *el deber de todo juez nacional* de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁹⁴

Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁹⁵.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo atinente al procedimiento electoral como eje central de la democracia en Castañeda Gutman, señaló:

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

⁹³ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER CARIAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando (Autores). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, 1 ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. Págs. 175-181

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1° de febrero de 2016, C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicado No. 41001-23-31-000-2005-01497-01(48842). “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

“En el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos. Los derechos políticos y también otros previstos en la Convención como el derecho a la protección judicial, son derechos que ‘no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención [...]’⁹⁶

La doctrina Interamericana prevé como exigencia de toda elección que las entidades competentes, en este caso el Congreso de la República regule de manera detallada los mecanismos a través de los cuales se garantice la expresión libre del voto. Para ello, debe garantizarse como mínimo la posibilidad de mantener en el anonimato al emisor del mismo, cuando la ley así lo prevea.

Para este caso en concreto, se tiene que dicha previsión no ha sido considerada en nuestro ordenamiento interno cuando se trata de las elecciones que se adelantan en el Senado de la República, dado que el artículo 136 de la Ley 5 de 1992⁹⁷, señaló que los congresistas, en votación secreta, *escribirán* en una papeleta el nombre de uno de los candidatos al cargo por proveer, o la dejará en blanco.

Al tener el elector que escribir el nombre del candidato predilecto de su puño y letra, se pone en riesgo el secreto del voto, dado que la frecuencia o habitualidad de los procesos de votación en el Congreso de la República, permiten la posibilidad que entre sus integrantes se pueda develar la autoría de cada voto. No se debe olvidar que es función de la comisión escrutadora verificar cada voto y al ser la misma integrada por parlamentarios que usualmente escriben proposiciones

⁹⁶ Caso Castañeda Gutman cit., párr. 159 con cita a la Opinión Consultiva OC7/86 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) del 29 de agosto de 1986, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párrafo 27.

⁹⁷ “En las elecciones que se efectúen en las Corporaciones legislativas, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Postulados los candidatos, el Presidente designará una Comisión escrutadora.
2. Abierta la votación cada uno de los Congresistas, en votación secreta, escribirá en una papeleta el nombre de uno de los candidatos al cargo por proveer, o la dejará en blanco.
3. El Secretario llamará a lista, y cada Senador o Representante depositará en una urna su voto.
4. Recogidas todas las papeletas, si no está establecido un sistema electrónico o similar que permita cumplir la función, serán contadas por uno de los escrutadores a fin de verificar su correspondencia con el número de votantes. En caso contrario se repetirá la votación.
5. El Secretario leerá en voz alta y agrupará, según el nombre, uno a uno los votos, colocando las papeletas a la vista de los escrutadores, y anotará, separadamente, los nombres y votación de los postulados que la obtuvieron.
6. Agrupadas por candidatos las papeletas, la comisión escrutadora procederá a contarlos y entregará el resultado indicando el número de votos obtenido por cada uno de los candidatos, los votos en blanco, los votos nulos, y el total de votos. /.../”

de puño y letra, podría facilitar la labor de identificación del elector, hecho que puede contrariar lo pactado en la Convención Interamericana en lo que atañe al secreto al voto, como expresión del sufragio universal⁹⁸.

Se advierte, por demás, que tanto los Senadores que rindieron testimonio como el Secretario General del Congreso, que manifestaron que no existe un procedimiento estandarizado de elección, por ende, unas veces se hace a través de papeleta y otras cada elector determina su voluntad por el medio que considere conveniente, esto es, a mano alzada, por un documento pre-elaborado entregado por cada campaña o cualquier otra forma de marcación.

Así mismo, manifestaron los Senadores que rindieron testimonio y el Secretario General del Senado que la comisión escrutadora sólo hace un llamado en orden de lista y, se introduce por cada legislador la tarjeta diligenciada en forma manuscrita en la urna, sin que se genere un procedimiento que garantice por parte de la institucionalidad que el voto se mantenga secreto, dado que los escrutadores cada uno de ellos podrían saber la intención de voto de los electores con el solo hecho de ver el color de la tarjeta, la escrituralidad hecha a mano o su diseño.

Si bien el Secretario General del Senado adujo que para las elecciones subsiguientes a la ahora estudiada, se implementó una tarjeta electoral uniforme⁹⁹, también es cierto que quienes fungieron como comisión escrutadora y testificaron en el presente proceso¹⁰⁰, señalaron que esa medida no era obligatoria y que si existía un voto depositado en un formato diferente se tenía como válido.

Cabe examinar que en el marco de las elecciones que hace el Congreso de la República, en donde se debe garantizar el secreto al voto, no existe un procedimiento uniforme y organizado del mismo, que permita el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 23 de la Convención.

De lo anterior, se deduce la necesidad que tiene el Congreso de la República de garantizar el voto secreto en los procesos de elección a su cargo, cuando así lo determine la ley y sea el deseo del elector hacer uso de dicha característica, atendiendo el carácter constitucional y convencional de dicho derecho.

6. Conclusión

De conformidad con los cargos propuestos en la demanda, se tiene que no existe mérito para declarar la nulidad del acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera como Magistrada de la Corte Constitucional, conforme los cargos planteados en las demandas acumuladas.

⁹⁸ Artículo 23.1.b de la Convención Americana de Derechos.

⁹⁹ Folios 407 vuelto a 409 vuelto del cuaderno No. 3 del expediente. En este punto oportuno resulta indicar, que el Secretario del Congreso adujo: *“Antes faltaba rigor y disciplina en el momento en que se hacen las votaciones, al punto que fue la mesa presidida por Mauricio Lizcano que le puso orden a ese tema, indicando que se hace por tarjetón, pero esto fue posterior al evento de elección de la magistrada Fajardo. Eso se realizó en la resolución 239 y de ahí en adelante, las cosas funcionan bien en términos de disciplina, que fue en julio del año pasado...”* Tomado de la audiencia de pruebas.

¹⁰⁰ Ver testimonio rendido por la Senadora Claudia López.

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

FALLA

PRIMERO. – NEGAR las pretensiones de la demanda dirigidas a obtener la nulidad del acto de elección de Diana Constanza Fajardo Rivera como Magistrada de la Corte Constitucional, llevada a cabo en la Sesión Plenaria del Senado de la República el 1º de junio de 2017 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

VIOLENCIA PSICOLOGICA – En este caso no se ejerce acto de elección como un derecho sino como un deber / ELECCIÓN MAGISTRADA CORTE CONSTITUCIONAL – Deber de votar como cumplimiento de una función pública por parte de los senadores

De entrada advierto que comparto la decisión tomada en el presente caso. Estoy de acuerdo con negar las pretensiones de la demanda pero considero pertinente aclarar mi voto en lo referente a la violencia psicológica en el caso concreto. (...) Para realizar el análisis, sobre la violencia psicológica, en primer lugar es necesario tener en cuenta que los electores, no son los ciudadanos, sino que se trata de funcionarios, específicamente Senadores de la República, que hacen parte del órgano legislativo del Estado Colombiano, elegidos por votación popular y que la elección que se cuestiona, se enmarca dentro de sus deberes y funciones constitucionales, por lo tanto, la valoración de la posible violencia psicológica no puede ser ajena a estos factores sustanciales. (...) Es decir que, en este caso, el acto de elección no se ejerce como un derecho, sino como un deber (a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con el voto popular, que es un derecho subjetivo del votante), que se tiene que surtir como “obligatorio”, al tenor de lo previsto por el artículo 124 de la Ley 5º de 1992 so pena de incurrir por este servidor público en un manifiesto incumplimiento de sus funciones. Es que de lo que se trata no es de ejercitar un derecho subjetivo, sino de cumplir con una función pública, en cuyo ejercicio se debe acatar con rigor el ordenamiento jurídico, sin que sea dable oponer el derecho personalísimo del Senador al ejercicio reglado de su función.

VIOLENCIA PSICOLOGICA – Solamente ciertas irregularidades logran incidir de manera sustancial en la validez del acto administrativo

Lo anterior debilita o bloquea las posibilidades de tomar decisiones y acciones conscientes para el logro de lo que desea o piensa. Se ve afectado o limitado su accionar volitivo, aunque no toda modificación en los efectos psicológicos conlleva o implica *per se* la vulneración de la siquis de la voluntad, en este caso, teniendo en cuenta que se trata de funcionarios del más alto nivel del poder público. (...) Y ello es así, porque solamente ciertas irregularidades del procedimiento logran incidir de manera sustancial en la validez del acto definitivo, frente al cual el control jurisdiccional resulta procedente. Tal vicio, constituye una alteración genérica de la legalidad del acto administrativo que implica irregularidades sustanciales en el procedimiento de expedición del acto, es decir, se configura cuando el acto se expide incumpliendo las ritualidades y trámites del caso que resulten trascendentes en la decisión final. La anormalidad sustantiva de la actuación supone la alteración del resultado final del procedimiento, que en materia electoral trastoca y distorsiona gravemente el nombramiento o la elección.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciocho (2018)

De entrada advierto que comparto la decisión tomada en el presente caso. Estoy de acuerdo con negar las pretensiones de la demanda pero considero pertinente aclarar mi voto en lo referente a la violencia psicológica en el caso concreto.

Los demandantes invocan como causales de anulación de la elección de Diana Constanza Fajardo Rivera, Magistrada de la Corte Constitucional las siguientes:

1. Infracción de las normas en que debería fundarse (artículo 137 del CPACA) por violación de los artículos 23.c de la Convención Americana, 25.b del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos 6, 40, 113, 126, 209, 228, 230 y 258 de la Constitución Política en concordancia con los artículos 123.3 y 131.1 de la Ley 5ta de 1992 al no tenerse en cuenta que el voto de los Senadores es personal, intransferible e indelegable puesto que la elección no se realizó de conformidad con el régimen de bancadas sino por voto secreto, lo cual se evidenció por la presión que ejercieron algunos Congresistas, (se dice que algunos hasta marcaron las tarjetas electorales) y el Gobierno Nacional sobre algunos Senadores y se vulneró la separación de poderes y que los funcionarios solo puede hacer lo que les está permitido por la ley
2. Violencia psicológica contra los electores (artículo 275.1 del CPACA) y destrucción de material electoral (artículo 275.2 del CPACA)

Sobre el cargo de violencia psicológica contra los electores, los actores argumentan que esta se materializó con el mensaje transmitido el 30 de mayo de 2017 por el Senador Armando Benedetti, miembro de la dirección nacional del partido de la U y copresidente del mismo, que decía : *“(...) si no se elige a la Doctora Diana Fajardo las FARC se va a tener que parar de la mesa porque el Estado le incumplió, y lo que va a suceder es que todos se van a tener que parar de la mesa porque el Gobierno también incumplió”*

Para realizar el análisis, sobre la violencia psicológica, en primer lugar es necesario tener en cuenta que los electores, no son los ciudadanos, sino que se trata de funcionarios, específicamente Senadores de la República, que hacen parte del órgano legislativo del Estado Colombiano, elegidos por votación popular y que la elección que se cuestiona, se enmarca dentro de sus deberes y funciones constitucionales, por lo tanto, la valoración de la posible violencia psicológica no puede ser ajena a estos factores sustanciales.

Es decir que, en este caso, el acto de elección no se ejerce como un derecho, sino como **un deber** (a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con el voto popular, que es un derecho subjetivo del votante), que se tiene que surtir como “obligatorio”, al tenor de lo previsto por el artículo 124 de la Ley 5ª de 1992¹⁰¹ so pena de incurrir por este servidor público en un manifiesto incumplimiento de sus funciones. Es que de lo que se trata no es de ejercitar un derecho subjetivo, sino de cumplir con una **función pública**, en cuyo ejercicio se debe acatar con rigor el ordenamiento jurídico, sin que sea dable oponer el derecho personalísimo del Senador al ejercicio reglado de su función.

Así mismo, se debe partir del esclarecimiento de los términos para el caso concreto, en tratándose de, como ya se dijo, funcionarios pertenecientes a la Rama Legislativa del poder público, representantes del pueblo y los partidos políticos, que son elegidos por votación popular y de conformidad con las reglas establecidas en la Constitución Política de listas de los partidos políticos o grupos significativos de ciudadanos, que pasan el umbral requerido del 3% de la votación total a dicha Corporación y consiguen un escaño de acuerdo al orden que ocupen en la lista o a su votación (artículos 132 y ss. y 263 de la C.P.).

¹⁰¹ **ARTÍCULO 124. EXCUSA PARA VOTAR.** El Congresista sólo podrá excusarse de votar, con autorización del Presidente, cuando al verificarse una votación no haya estado presente en la primera decisión, o cuando en la discusión manifiesta tener conflicto de intereses con el asunto que se debate.

En principio, la violencia psicológica o la coacción “*es directa y objetiva, ello porque constituye un mecanismo de presión sobre un determinado individuo [y la coerción por su parte] es indirecta y subjetiva, y procura generar una sensación de riesgo en el sujeto*”¹⁰² .

De esta manera, se puede establecer la *violencia psicológica* como una tipología concreta de violencia que puede, fácticamente generar consecuencias negativas sobre la psiquis¹⁰³ de un individuo, en este caso de un Senador de la República, por lo que la violencia psicológica, así como cualquier otro tipo de violencia, surge de una acción deliberada e intencional de un agente –persona, grupo, autoridad, etc- contra otro.

Así las cosas, en toda **violencia psicológica** se afecta la **facultad volitiva** de la persona debido a que cualquier acto en ese sentido, impacta negativamente en diferentes grados la psiquis del sujeto o de los involucrados, afectando su dignidad, autoestima, seguridad o equilibrio emocional, lo que puede generar en la persona un desbalance mental, emocional, stress o temor.

Lo anterior debilita o bloquea las posibilidades de tomar decisiones y acciones conscientes para el logro de lo que desea o piensa. Se ve afectado o limitado su accionar volitivo, aunque no toda **modificación en los efectos psicológicos** conlleva o implica *per se* la vulneración de la psiquis de la voluntad, en este caso, teniendo en cuenta que se trata de funcionarios del más alto nivel del poder público.

Es así como, no se puede perder de vista la calidad de los funcionarios a quienes se les endilga fueron coaccionados o presionados, para determinar si las circunstancias narradas pudieron o no tener injerencia en su voluntad, o afectaron de alguna manera negativamente en la psiquis de los sujetos en mención.

De otro lado, la violación a la reserva del voto cuando no se trate del régimen de bancadas¹⁰⁴, consagrada constitucional y legalmente o la violencia conlleva la anulación del acto o decisión cuando el número de votos fuera determinante de la elección, pues de lo contrario la nulidad del voto resulta inocua¹⁰⁵. Son entonces dos condiciones para lograr el efecto anulatorio del acto cuestionado por la violación al sigilo electoral: i) la exigencia legal o constitucional del voto secreto o violencia y ii) el desconocimiento de esta regla debe tener la entidad suficiente para alterar el resultado electoral¹⁰⁶.

Y ello es así, porque solamente ciertas irregularidades del procedimiento logran incidir de manera sustancial en la validez del acto definitivo, frente al cual el control jurisdiccional resulta procedente. Tal vicio, constituye una alteración genérica de la legalidad del acto administrativo que implica irregularidades sustanciales en el procedimiento de expedición del acto, es decir, se configura cuando el acto se expide incumpliendo las ritualidades y trámites del caso que resulten trascendentes en la decisión final. La anormalidad sustantiva de la actuación supone la alteración del resultado final del procedimiento, que en materia electoral trastoca y distorsiona gravemente el nombramiento o la elección.

¹⁰² Matteucci, M.A. La coacción y la coerción. Actualidad Empresarial N° 244, 15-30.

¹⁰³ Conjunto de procesos conscientes e inconscientes propios de la mente humana, en oposición a los que son puramente orgánicos.

¹⁰⁴ Sobre el régimen de bancadas y el voto secreto ver entre otras, Sentencias Sección Quinta de octubre 6 de 2011 y junio 5 de 2012, M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁰⁵ Sentencia Sección Quinta del Consejo de Estado de mayo 6 de 2005.

¹⁰⁶ Sentencia Sección Quinta de marzo 23 de 2007, M.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla.

En estos términos aclaro mi voto,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

**VIOLENCIA PSICOLÓGICA – No existe un concepto inequívoco de violencia /
VIOLENCIA PSICOLÓGICA – Reviste una especial dificultad para acreditar
en el proceso**

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito explicar los motivos por los cuales aclaré mi voto en la sentencia del 12 de julio de 2018 a través de la cual la Sala negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral formulada contra la elección de la señora Diana Fajardo Rivera como Magistrada de la Corte Constitucional. (...) Lo primero que debe precisarse es que no existe un concepto unívoco de violencia, así pues mientras la Organización Mundial de la Salud, sostiene que “La violencia es el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte” existen otras posturas que establecen que violencia es todo acto que produce daño. (...) Es de anotar que la mayoría de las posiciones que estudian esta conducta, la relacionan con otras clases de violencia como la violencia de género, violencia intrafamiliar o laboral, pues son estos escenarios en donde mayoritariamente la “violencia psicológica” se tipifica. (...) En efecto, salvo que las afirmaciones que pretenden modificar el actuar del electorado vengan acompañadas de otras conductas como amenazas, coacciones físicas o incluso con la configuración de algún delito, difícilmente las meras afirmaciones entorno al procedimiento electoral tienen la potencialidad de afectar la voluntad del electorado. (...) En efecto, al ser la violencia psicológica una actitud verbal hacia un sujeto cuya finalidad es atemorizarlo, reviste especial dificultad acreditar en el proceso: i) que los electores modificaron su conducta por la coacción externa ejercida y ii) que las “amenazas” surtieron el mismo efecto para todos los que la recibieron al punto que pueda asegurarse que aquellos se vieron compelidos a cambiar su intención de voto.

**VIOLENCIA PSICOLÓGICA – No es posible sostener que se genera este tipo
de violencia en cuerpos colegiados / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA -
Improcedentes**

Si esto es así cabría preguntarse ¿debe invertirse la carga de la prueba en esos casos, de forma que el correspondiente a la parte demandada demostrar que no existió violencia? ¿Cómo se acredita la afectación volitiva de una persona? ¿Basta con que el elector asegure que no se sintió coaccionado para descartar el cargo; o por el contrario, es suficiente sostener que sí hubo violencia psicológica para encontrarlo acreditado? (...) Por supuesto, se insiste, esto no pretende desconocer que existen ciertas conductas externas que pueden afectar la voluntad del electorado, por ejemplo amenazas físicas probables y conductas similares. Sin embargo, a mi juicio, estas conductas no constituyen “violencia psicológica”, en los términos antes expuestos, sino que componen violencia física

que se analiza bajo distintos derroteros; v. gr. amenazas de grupos terroristas al electorado o a los electores del cuerpo colegiado. (...) En efecto, salvo que la “violencia psicológica” venga acompañada de otras conductas que incluso podrían constituir delito, es bastante improbable que meras afirmaciones sobre el electorado o su función tengan la potencialidad de modificar la voluntad del mismo, ya que debe partirse de la base de que las corporaciones públicas son lo suficientemente autónomas como tomar decisiones sin verse afectadas o amedrentadas por afirmaciones entorno a la designación. (...) Si esto es así, considero que no es posible sostener, al menos no de forma categórica, que tratándose sobre los cuerpos colegiados que despliegan función electoral pueda ejercerse violencia psicológica, menos aun cuando, como en el caso concreto, quien ejerce la presunta presión hace parte del órgano elector. (...) De la mano con lo anterior, debo evidenciar mi inconformidad con el manejo que de los medios de convicción se dio en el caso concreto no solo porque considero que las pruebas testimoniales decretadas eran impertinentes, improcedentes y superfluas, pues no cabe duda que tales declaraciones no eran idóneas para desvirtuar o acreditar las censuras de la demanda, sino porque además su análisis en la sentencia objeto de aclaración no fue ni metodológico, ni ordenado (...) En efecto, y tal y como exige el artículo 187 del CPACA, en la sentencia se deben valorar críticamente las pruebas, aspecto que considero que no se hizo con suficiencia en lo que se refiere a las declaraciones enlistadas en el referido cuadro, habida cuenta que la valoración de los medios de convicción estará necesariamente atada al cargo específico de la demanda, su contestación y a la fijación del litigio, de forma que no es posible realizar una valoración general y abstracta, como se hizo en el caso.

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO YEPES BARREIRO

Proceso de Nulidad Electoral – Aclaración de voto

Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito explicar los motivos por los cuales aclaré mi voto en la sentencia del 12 de julio de 2018 a través de la cual la Sala negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral formulada contra la elección de la señora Diana Fajardo Rivera como Magistrada de la Corte Constitucional.

Aunque comparto plenamente la parte resolutive de la aludida providencia considero oportuno realizar algunas consideraciones respecto a: i) la violencia psicológica como causal de nulidad en las elecciones a cargo de cuerpos colegiados y ii) el manejo de las pruebas que la ponente dio en el caso concreto.

1. Violencia psicológica como causal de nulidad electoral.

Lo primero que debe precisarse es que no existe un concepto unívoco de violencia, así pues mientras la Organización Mundial de la Salud, sostiene que *“La violencia es el uso intencional de la fuerza física, amenazas contra uno mismo, otra persona, un grupo o una comunidad que tiene como consecuencia o es muy probable que tenga como consecuencia un traumatismo, daños*

*psicológicos, problemas de desarrollo o la muerte*¹⁰⁷ existen otras posturas que establecen que violencia es todo acto que produce daño.

De hecho, no existe -al menos no desde la academia- un acuerdo razonable sobre cuándo emplear el término «violencia» y cuándo el de «agresión» para describir conductas interpersonales que generan daño¹⁰⁸.

Ahora bien, desde hace algunos años se ha utilizado el término “*violencia psicológica*” para describir aquellas situaciones que sin recurrir a la fuerza física generan daño en la psiquis o emociones de la persona o incluso en su comportamiento. En efecto, a través de este concepto, se alude a la coacción, usualmente de tipo verbal, que se ejerce sobre un sujeto que genera impacto negativo en su salud mental.

Dicho impacto se origina, generalmente, por la relación de dependencia o jerarquía que existe entre el sujeto agresor y el que sufre la violencia, es decir, se materializa especialmente si existen nexos de poder económico, afectivo, laboral, etc. entre los sujetos que intervienen en esta conducta, pues de otra manera no habría potencialidad para ejercer la coacción que derive en un daño o en un cambio de conducta.

En este sentido, la violencia psicológica se define como:

*“un conjunto heterogéneo de actitudes y comportamientos, en todos los cuales se produce una forma de agresión psicológica, pero a diferencia del maltrato físico, es sutil y más difícil de percibir, detectar, valorar y demostrar. Se desvaloriza, se ignora y se atemoriza a una persona a través de actitudes o palabras. La violencia psíquica se sustenta a fin de conseguir el control, minando la autoestima de la víctima, produciendo un proceso de desvalorización y sufrimiento. La violencia psicológica actúa desde la necesidad y la demostración del poder por parte del agresor. Se busca la dominación y sumisión mediante presiones emocionales y agresivas. Este tipo de violencia “invisible” puede causar en la víctima trastornos psicológicos, desestructuración psíquica, agravar enfermedades físicas o, incluso, provocar el suicidio.”*¹⁰⁹

Es de anotar que la mayoría de las posiciones que estudian esta conducta, la relacionan con otras clases de violencia como la violencia de género, violencia intrafamiliar o laboral, pues son estos escenarios en donde mayoritariamente la “*violencia psicológica*” se tipifica.

Según la perspectiva académica para afirmar que alguien es víctima de violencia psicológica deben concurrir los siguientes elementos: i) la existencia del maltrato;

¹⁰⁷ <http://www.who.int/topics/violence/es/> consultado el 25 de julio de 2018.

¹⁰⁸ Naki Markez Alonso, Alberto Fernández Liria y Pau Pérez-Sales, *Violencia y Salud Mental, Salud Mental y Violencias Institucional, Estructural, Social y Colectiva, Asociación Española de Neuropsiquiatría. Ed. Estudios. Madrid. 2009. Pág. 19.*

ii) las consecuencias psicológicas del mismos, es decir, las secuelas y iii) el nexo causal entre uno y otro¹¹⁰.

Ahora bien, para saber si esta se materializó no se estudia el comportamiento o intención del agresor, sino las secuelas que puedan ocasionarse en quien sufre la violencia¹¹¹, las cuales pueden ser de tipo afectivo, cognitivo o conductual. Es decir, lo que cobra relevancia es el efectivo daño que la violencia haya surtido.

Conforme a estos elementos meramente ilustrativos y por supuesto sin pretender ahondar en el asunto, corresponde establecer si en las elecciones puede materializarse la causal de violencia psicológica.

Aunque la jurisprudencia ha aceptado que toda clase de violencia encaja en la causal prevista en el numeral 1º del artículo 275 del CPACA, según mi criterio, lo cierto es que dadas las características propias de la “*violencia psicológica*” no es posible predicar que aquella se configura en las elecciones por voto popular, ni tampoco en las que están a cargo de cuerpos colegiados.

Esta postura la sustento en el hecho no solo de que esta clase de violencia tiene varios obstáculos desde el punto de vista probatorio, sino porque, además, en estos casos es evidente la ausencia absoluta del elemento axiológico que caracteriza de esa clase de coacción, esto es, la relación de subordinación o jerarquía entre quien ejerce la violencia y quien la recibe.

En efecto, salvo que las afirmaciones que pretenden modificar el actuar del electorado vengan acompañadas de otras conductas como amenazas, coacciones físicas o incluso con la configuración de algún delito, difícilmente las meras afirmaciones entorno al procedimiento electoral tienen la potencialidad de afectar la voluntad del electorado.

Por supuesto, lo anterior no es ajeno a las elecciones a cargo de cuerpos colegiados, pues en esa clase de designaciones debe señalarse que dadas las características propias de lo que se entiende por violencia psicológica es prácticamente imposible demostrar que en el cuerpo elector se presentó una presión externa que alteró la libertad de escogencia.

En efecto, al ser la violencia psicológica una **actitud verbal** hacia un sujeto cuya finalidad es atemorizarlo, reviste especial dificultad acreditar en el proceso: i) que los electores modificaron su conducta por la coacción externa ejercida y ii) que las “amenazas” surtieron el mismo efecto para todos los que la recibieron al punto que pueda asegurarse que aquellos se vieron compelidos a cambiar su intención de voto.

¹⁰⁹ Asensi Pérez, Laura Fátima, *La Prueba Pericial Psicológica en Asuntos de Violencia de Género*, Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 21, año enero-junio 2008, págs. 15-29 . disponible en https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num21/21proper.pdf

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

Si esto es así cabría preguntarse ¿debe invertirse la carga de la prueba en esos casos, de forma que el correspondiente a la parte demandada demostrar que no existió violencia? ¿Cómo se acredita la afectación volitiva de una persona? ¿Basta con que el elector asegure que no se sintió coaccionado para descartar el cargo; o por el contrario, es suficiente sostener que sí hubo violencia psicológica para encontrarlo acreditado?

Todos estos cuestionamientos evidencian que no existe claridad respecto al manejo que debe dársele a la violencia psicológica, y por consiguiente, que no existe certeza respecto a que aquella deba entenderse como una causal capaz de anular un acto electoral.

Por supuesto, se insiste, esto no pretende desconocer que existen ciertas conductas externas que pueden afectar la voluntad del electorado, por ejemplo amenazas físicas probables y conductas similares. Sin embargo, a mi juicio, estas conductas no constituyen “violencia psicológica”, en los términos antes expuestos, sino que componen violencia física que se analiza bajo distintos derroteros; v. gr. amenazas de grupos terroristas al electorado o a los electores del cuerpo colegiado.

Frente al segundo aspecto, debe resaltarse que dada la investidura de la que gozan los cuerpos colegiados es bastante improbable que una fuerza externa modifique la voluntad del elector, pues esa misma investidura le otorga cierta independencia y autonomía en la toma de decisiones.

Si esto es así, no se puede establecer, al menos no con la certeza que exige una situación capaz de anular un acto electoral, cuando las declaraciones exógenas que usualmente, rodean los procedimientos eleccionarios a cargo de corporaciones públicas tienen la fuerza para minar el querer del órgano elector.

En efecto, se reitera, salvo que la “violencia psicológica” venga acompañada de otras conductas que incluso podrían constituir delito, es bastante improbable que meras afirmaciones sobre el electorado o su función tengan la potencialidad de modificar la voluntad del mismo, ya que debe partirse de la base de que las corporaciones públicas son lo suficientemente autónomas como tomar decisiones sin verse afectadas o amedrentadas por afirmaciones entorno a la designación.

Si esto es así, considero que no es posible sostener, al menos no de forma categórica, que tratándose sobre los cuerpos colegiados que despliegan función electoral pueda ejercerse violencia psicológica, menos aun cuando, como en el caso concreto, quien ejerce la presunta presión hace parte del órgano elector.

En este orden de ideas, a mi juicio, en el asunto sometido a consideración de la Sección la referida censura debió negarse no por falta de pruebas, como en efecto se hizo, sino porque no es posible sostener que en los cuerpos colegiados pueda ejercerse “*violencia psicológica*” como causal de anulación electoral.

2. Sobre el manejo de pruebas

De la mano con lo anterior, debo evidenciar mi inconformidad con el manejo que de los medios de convicción se dio en el caso concreto no solo porque considero que **las pruebas testimoniales decretadas eran impertinentes, improcedentes y superfluas**, pues no cabe duda que tales declaraciones no eran idóneas para desvirtuar o acreditar las censuras de la demanda, sino porque además su análisis en la sentencia objeto de aclaración no fue ni metodológico, ni ordenado.

En efecto, en el fallo objeto de aclaración se decidió resolver aspectos como el desconocimiento del documento y la tacha de testimonios en una cuestión previa, la cual no es en realidad tal, sino una plena valoración probatoria que debió realizarse al examinar las pruebas en cada cargo propuesto.

Aunque lo anterior parecería ser un aspecto sin importancia, lo cierto es que es la certeza sobre la autenticidad de los documentos y la imparcialidad de los testigos son los que le permiten a la autoridad judicial realizar una adecuada valoración probatoria, y por consiguiente, examinar tales elementos en el momento oportuno es lo que garantizará el análisis crítico de las pruebas que debe caracterizar la sentencia electoral.

Lo propio sucede con el acápite *“denominado análisis general de las pruebas testimoniales”*, ya que considero que la crítica y valoración de esos medios de convicción debió ser mucho más completa y acorde a los cargos de la demanda y no simplemente a limitarse a realizar un cuadro -folios 57 a 64 de la sentencia objeto de aclaración- para examinar, someramente, las afirmaciones hechas por los testigos en la audiencia de pruebas.

En efecto, y tal y como exige el artículo 187 del CPACA, en la sentencia se deben valorar críticamente las pruebas, aspecto que considero que no se hizo con suficiencia en lo que se refiere a las declaraciones enlistadas en el referido cuadro, habida cuenta que la valoración de los medios de convicción estará necesariamente atada al cargo específico de la demanda, su contestación y a la fijación del litigio, de forma que no es posible realizar una valoración general y abstracta, como se hizo en el caso.

En este contexto, estimo que las declaraciones objeto de estudio jamás debieron decretarse y menos examinarse de la forma como se expresa en la sentencia objeto de aclaración, esto no corresponde con la técnica jurídica propia de la autoridad judicial.

En los anteriores términos dejo precisadas las razones que me llevaron aclarar mi voto en la providencia de la referencia.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado



SC5780-6-1



GP059-6-1

