



Demandante: JHON JAIRO BARBERI FORERO
Demandado: ALVEIRO MALAVER ECHEVERRÍA
Secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del
Congresista del Senado de la República
Radicado: 11001-03-28-000-2022-00292-00

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrado LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 11001-03-28-000-2022-00292-00
Demandante: JHON JAIRO BARBERI FORERO
Demandado: ALVEIRO MALAVER ECHEVERRÍA COMO SECRETARIO DE LA COMISIÓN DE ÉTICA Y ESTATUTO DEL CONGRESISTA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA PARA EL PERÍODO CONSTITUCIONAL 2022–2026

ACLARACIÓN DE VOTO

Previo a exponer las razones en las cuales se funda mi aclaración, me permito manifestar que, si bien no compartí la decisión adoptada por esta Sección en la sentencia del 19 de enero de 2023 en relación con el alcance y aplicación del párrafo único del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 en la elección de servidores públicos; de conformidad con lo establecido en el artículo 230 de la Constitución Política me asiste el deber, como juez, de acoger y aplicar los criterios de derecho contenidos en dicha providencia, motivo por el cual a pesar de no estar de acuerdo, la aplique en el fallo del 13 de junio de 2023, por lo que, me permito explicar a manera de aclaración de voto, las razones por las que en esa oportunidad, me aparté de la decisión mayoritaria, en los siguientes términos:

En el caso que nos ocupa, para resolver uno de los cargos propuestos por la parte actora, se aplicó la posición mayoritaria sentada en la sentencia de 19 de enero de 2023, en un asunto de los mismos contornos que el presente, concerniente a la elección del subsecretario general del Senado de la República¹. En tal sentido, se consideró que el acto acusado no infringió el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, que ordena al Congreso de la República aplicar las etapas de la convocatoria pública allí regulada para la elección del contralor general, mientras legisla sobre *“las demás elecciones atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política”*.

Al respecto, quedó dicho que la aplicación por analogía que planteaba el demandante no era procedente para la elección del subsecretario general de la Cámara. En línea con esta premisa, se advirtió que la Ley 5ª de 1992 establece los requisitos para ocupar ese cargo (artículo 49) y el procedimiento para llevar a cabo la elección (artículo 136), lo que significa que la designación cuestionada cuenta con una normatividad propia, que excluye la posibilidad de acudir a una legislación diferente, como se propone la demanda.

A lo anterior, se agregó que el asunto se enmarca en aquellos para los que el Congreso tiene facultades constitucionales de autoregulación de sus funciones desde el punto de

¹ Rad. 11001032800020220017100.



Demandante: JHON JAIRO BARBERI FORERO
Demandado: ALVEIRO MALAVER ECHEVERRÍA
Secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del
Congresista del Senado de la República
Radicado: 11001-03-28-000-2022-00292-00

vista administrativo y técnico mediante leyes orgánicas, con arreglo a los artículos 150, numeral 20, 151 y 135 de la Constitución Política, en consonancia con lo dicho por la Corte Constitucional en sentencias C-830 de 2001 y C-025 de 1993.

Frente a los argumentos indicados, estimo que resultaba necesario revisar en concreto cómo se desarrolló el procedimiento para la elección del demandado y ponderar si el provisto por la Ley 5ª de 1992 en realidad de verdad satisface los principios indicados en el artículo 126 de la Constitución Política, que se transcribe en lo pertinente a continuación:

“Artículo 126. (...) Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los **principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de méritos para su selección**” (énfasis adicional).

Este texto vigente desde la reforma del Acto Legislativo 2 de 2015 –“*de equilibrio de poderes y reajuste institucional*”– introdujo un cambio sustancial en la forma de ingreso a la función pública, especialmente referido a “*la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas*”.

La exposición de motivos de dicha enmienda constitucional deja ver que el acento se puso en los cargos de los órganos de control, como parte de un eje de “*Propuestas dirigidas a mejorar el sistema de controles*”. Por lo mismo, el objetivo fue “*Adoptar como regla general procedimientos objetivos, transparentes y públicos para la postulación y elección de candidatos a los órganos de control*”².

Ello explica que en la reforma del año 2015 al artículo 126 superior también quedara explícita esta regla de acceso a los cargos de contralor general de la República (artículo 267) y de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (artículo 257A).

Pese al énfasis en esas dignidades, no puede perderse de vista que esta regla de selección de funcionarios se extendió de forma general para “*la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas*” en el mencionado precepto constitucional.

Tampoco puede desconocerse que la Ley 1904 de 2018, “*Por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República*”, consecuente con el alcance más amplio que otorga la Carta a la provisión de cargos públicos por convocatoria, dispuso en el párrafo del artículo 12 lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. VIGENCIA Y DEROGACIONES. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 23 de la Ley 5 de 1992.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. <Parágrafo modificado por el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022. El nuevo texto es el siguiente:> **Mientras el Congreso de la**

² Gaceta del Congreso No. 458 de 2014.



Demandante: JHON JAIRO BARBERI FORERO
Demandado: ALVEIRO MALAVER ECHEVERRÍA
Secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del
Congresista del Senado de la República
Radicado: 11001-03-28-000-2022-00292-00

República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía. Para el caso de la elección de los secretarios de los concejos municipales de entidades territoriales de categorías 4a, 5a y 6a y con el fin de preservar sus finanzas territoriales, no se aplicará lo dispuesto en el presente párrafo transitorio” (se destaca).

Con base en este marco normativo, se tiene que la convocatoria pública es obligatoria en las siguientes condiciones:

- a) Para las elecciones de servidores públicos cuya competencia esté asignada a corporaciones públicas.
- b) Con garantía de los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito.
- c) Según las etapas del procedimiento previsto para la elección del contralor general de la República en la Ley 1904 de 2018, mientras el legislador regula lo pertinente para los demás casos.
- d) Con excepción de los cargos que se proveen por concurso establecido en la ley y los secretarios de los concejos de municipios de categorías 4^a, 5^a y 6^a.

Sobre este último aspecto, se destaca que el artículo 136 de la Ley 5^a de 1992, que soporta fundamentalmente el fallo objeto de estas glosas, se limita a establecer una cadena de actuaciones que deben surtirse para votar y escutar los votos de las elecciones que corresponden al Congreso. Más allá de eso, no prevé etapas, pruebas ni criterios de selección, en los términos de la convocatoria pública de la ley cuya aplicación por analogía se discute.

Por otra parte, en cuanto al argumento de que cualquier modificación al procedimiento de elección de los secretarios, subsecretarios y otros altos mandos del Senado debe realizarse por ley orgánica, se advierte que esta materia no equivale a la “*actividad legislativa*” de que trata el artículo 151 de la Constitución Política.

Además, no encuentra el suscrito que en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, referenciados en el fallo que motiva esta aclaración de voto, se haya interpretado categóricamente que lo relacionado con el ejercicio de la función electoral del Congreso y sus cámaras, tenga reserva de ley orgánica. Antes bien, lo que allí se observa es que dicha función puede estar contenida en el reglamento, pues no excede su ámbito (C-025 de 1993) y que el carácter orgánico le brinda mayor estabilidad (C-830 de 2001).

Finalmente, se recuerda que, según lo ha señalado la Corte Constitucional, las leyes orgánicas, y en particular el reglamento del Congreso promulgado con la Ley 5^a de 1992, pueden contener disposiciones de naturaleza ordinaria, como sería el caso de aquellas que se ocupan de la función electoral del legislador³.

³ Al respecto, ver, entre otras: Corte Constitucional, sentencias C-423 de 1995 y C-1175 de 2001.



Demandante: JHON JAIRO BARBERI FORERO
Demandado: ALVEIRO MALAVER ECHEVERRÍA
Secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del
Congresista del Senado de la República
Radicado: 11001-03-28-000-2022-00292-00

En conclusión, considero que en este caso ha debido verificarse si el procedimiento de la Ley 5ª de 1992 que se siguió para la elección del demandado se aviene a los principios indicados en el artículo 126 de la Constitución.

Así mismo, pudo servir de oportunidad para exhortar al Congreso de la República a expedir las leyes de que trata el parágrafo del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, en especial, la relacionada con la elección de los servidores públicos de su planta de personal que correspondan a la plenaria, sus cámaras y comisiones.

En estos términos dejo consignada mi aclaración de voto en el proceso electoral de la referencia.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.