



Radicado: 11001-03-28-000-2022-00292-00
Demandante: Jhon Jairo Barberi Forero
Demandado: Alveiro Malaver Echeverría
secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del
Congresista del senado de la República

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO
MAGISTRADA: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrado Ponente: Rocío Araújo Oñate
Referencia: Nulidad Electoral
Radicación: 11001-03-28-000-2022-00292-00
Demandante: Jhon Jairo Barberi Forero
Demandado: Acto electoral del señor Alveiro Malaver Echeverría, como secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República.

Tema: 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 129 de la Ley 1437 de 2011¹, y con el acostumbrado respeto por las decisiones proferidas por la Sección Quinta, manifiesto los motivos por los que aclaro mi voto, respecto de la sentencia del 13 de julio de 2023, dejando constancia de las razones que me llevaron a precisar mi voto².

I. ANTECEDENTES

1. El 5 de septiembre de 2022, el señor Jhon Jairo Barbieri Forero formuló demanda, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, contra el acto electoral, por medio del cual la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República en sesión ordinaria realizada el 27 de julio

¹ "Artículo 129. Firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto. Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo. Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente. Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho".

² En el presente asunto, se acoge la tesis que mayoritariamente aprobó la Sala en sentencia del 19 de enero de 2022, en donde se decidió negar la solicitud de nulidad contra el acto electoral del señor Saúl Cruz Bonilla como Subsecretario General del Senado de la República dentro del expediente 11001-03-28-000-2022-00171-00 con ponencia del Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, respecto de la cual salvé mi voto. La sentencia del 2 de febrero de 2023, que negó las pretensiones de nulidad del acto electoral del señor Raúl Ávila Hernández como Subsecretario General de la Cámara de Representantes, período 2022-2024 proferida en el proceso 11001-03-28-000-2022-00173-00 en el cual fui ponente y aclararé mi voto acogiendo la tesis mayoritaria. La sentencia del 16 de marzo de 2023 que negó las pretensiones de nulidad del acto electoral del señor Gregorio Eljach Pacheco como Secretario General del Senado de la República período 2022-2024 proferida en el proceso 11001-03-28-0002022-00172-00 con ponencia del Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil y en la que aclaré mi voto.



de 2022 eligió al señor Alveiro Malaver Echeverría como su secretario, para el periodo constitucional 2022-2026.

2. Como causal de anulación, el accionante esgrimió entre otras, el desconocimiento del párrafo único³ del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, sobre la base de una cuerda argumentativa, sintetizada, en los siguientes términos:

- El artículo 126⁴ constitucional prescribe que la elección de los servidores del Estado atribuida a las corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria reglada por la ley, en la que se observen los principios de mérito, transparencia, participación ciudadana, así como la equidad de género.
- En desarrollo del artículo 126 superior, el 27 de junio de 2018, el legislador expidió la Ley 1904, por conducto de la cual reglamentó la convocatoria pública para la elección del contralor general de la República, a cargo del Congreso.
- Dentro de las pautas erigidas por la Ley 1904 de 2018, se destaca la realización de exámenes de conocimientos y entrevistas a los aspirantes, como notas características de la fase de reclutamiento para proveer el empleo de contralor general.
- Aunque la Ley 1904 de 2018 se ocupó, preferentemente, de la convocatoria pública para elegir contralor, el párrafo único del artículo 12 de ese cuerpo normativo plasmó:

“Mientras el Congreso de la 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.”

- De esta manera, en el artículo 12 *ejusdem*, se estableció un mandato supletorio de acuerdo con el cual, ante la ausencia de leyes especiales que regulen las convocatorias que anteceden las demás elecciones de servidores por parte de corporaciones públicas, las autoridades electorales aplicarán por analogía las prescripciones normativas de la Ley 1904 de 2018.
- En consecuencia, el empleo de secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República –por tratarse de una elección asignada a una corporación pública– debió estar precedida de una convocatoria que respetara, por analogía, las etapas erigidas en la Ley 1904

³ “Mientras el Congreso de la 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.”

⁴ “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 mérito para su selección.”



de 2018 y, especialmente, las fases de prueba de conocimientos a los candidatos y entrevista.

- En el caso de la elección del accionado, el Senado llevó a cabo una convocatoria que no tuvo en cuenta las previsiones de la Ley 1904 de 2018, lo que imponía la declaratoria de nulidad del acto electoral acusado.

3. Con providencia del 13 de julio de 2023 –objeto de esta aclaración–, acogiendo la tesis mayoritaria de los integrantes de la Sala, fijada en las sentencias del 19 de enero, 2 de febrero y 16 de marzo de 2023 -mencionadas al inicio de éste escrito- se negaron las súplicas de la demanda, al considerar que la Ley 1904 de 2018 – contrario a lo prohijado por el accionante– no era una disposición que debiera ser atendida en el trámite de designación del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República. Ello, a la luz de 2 consideraciones principales, así:

- La elección del secretario es un asunto que dispone de naturaleza orgánica – por estar inscrito en la Ley 5⁵ de 1992, reglamento del Congreso–, y al que no le pueden ser aplicadas las normas contenidas en leyes ordinarias, tal y como lo es la Ley 1904 de 2018.
- La Ley 5 de 1992, establece en su artículo 136 un procedimiento especial para la elección de los secretarios, tanto del secretario general, como de los secretarios de las comisiones constitucionales o legales del Senado de la República. Existiendo disposición particular, las previsiones de la Ley 1904 de 2018 no rigen la materia, por cuanto solo se aplican en los eventos de ausencias normativas, que no es lo que sucede en el asunto de autos.

4. Bajo este panorama, manifesté aclaración de voto con el propósito de respetar la decisión adoptada por la mayoría de la Sala y exponer los motivos con los que fundamentaría la decisión, desde mi punto de vista, comoquiera que, un estudio detallado del cargo de anulación propuesto habría llevado a admitir que, a la manera como lo señalaba el accionante, la Ley 1904 de 2018 regía el procedimiento de designación del secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del congresista del Senado de la República y, su inaplicación en el caso concreto, implicaba la declaratoria de nulidad del acto electoral del señor Alveiro Malaver Echeverría.

5. Así, expreso a continuación las razones de mi posición al interior de la Sala Electoral de la Sección Quinta, como sigue:

II. MOTIVOS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO

6. Dejo en primer lugar constancia de las razones que me llevaron, en las oportunidades pasadas, a salvar y a aclarar el voto:

⁵ "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes".



2.1. La Ley 5 de 1992 no contiene un procedimiento de convocatoria especial para la elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República.

7. Como quedó sentado, la decisión del 13 de julio de 2023 –génesis de esta aclaración de voto– se utilizó, como premisa para negar las súplicas de la demanda, la existencia en la Ley 5 de 1992 de un procedimiento especial para la designación del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República que, a la luz de la postura predominante al interior de la Sala, hacía inaplicable los mandatos que, sobre convocatoria pública, se compilaban en la Ley 1904 de 2018.

8. En ese sentido, la providencia, trajo a colación la literalidad del artículo 136 del Reglamento del Congreso⁶, el cual prescribe:

“Procedimiento en caso de elección. 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 depositar 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 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.*
- 7. Entregado el resultado, la Presidencia preguntará a la respectiva Corporación si declara constitucional y legalmente elegido, para el cargo o dignidad de que se trate y en el período correspondiente, al candidato que ha obtenido la mayoría de votos.*

⁶ Ley 5 de 1992.



8. *Declarado electo el candidato será invitado por el presidente para tomarle el juramento de rigor, si se hallare en las cercanías del recinto legislativo, o se dispondrá su posesión para una sesión posterior.*”

9. En consonancia, la sentencia precisó que, identificándose en la Ley 5 de 1992 un trámite eleccionario para la escogencia del secretario demandado, la aplicación de la Ley 1904 de 2018 resultaba imposible de cara a la existencia de este procedimiento singular.

10. Aproximándome un poco más al argumento planteado por la decisión del 13 de julio de 2023, existen 2 tipos de ideas que llevan a la conclusión que el artículo 136 de la Ley 5 de 1992 no consagra, en su estructura gramatical, las reglas de una convocatoria para la elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República.

11. En efecto, como lo ha estimado de forma pacífica la jurisprudencia⁷ de la Sección Quinta del Consejo de Estado, el acto de convocatoria se distingue por su naturaleza instrumental, pues, mediante su difusión, se persigue “*garantizar la diversidad de perfiles a juicio del órgano que tiene a cargo [la elección o] el nombramiento*”⁸; pudiéndose en su contexto poner en marcha diversas pruebas, cuyo resultado, sin embargo, no obliga a la autoridad nominadora⁹.

12. En otros términos, la convocatoria pública regula las fases de reclutamiento de los aspirantes al cargo, como mecanismo que materializa los derechos políticos de la ciudadanía, concretados en la prerrogativa de “*...participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.*”¹⁰

13. En ese orden, contrastados los mandatos del artículo 136 de la Ley 5 de 1992 con las nociones de convocatoria, se tiene que, lejos de normar las fases previas a la elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República –rasgos distintivos de la convocatoria–, el reglamento interno del Congreso establece una serie de pautas que caracterizan la manera cómo será adelantada la reunión eleccionaria, erigiendo, entre otros, parámetros para expresar el voto, el escrutinio de sufragios, la declaratoria de elección y posterior posesión del designado.

14. De esta manera, el artículo 136 de la Ley 5 de 1992 contempla el “paso a paso” que orienta las votaciones en el seno del Congreso y, en particular, en el Senado, mas no los cánones de la convocatoria pública que antecede la

⁷ Ver, entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2020-00079-00. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra. Sentencia del 1 de julio de 2021.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2019-00086-00. M.P. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 10 de septiembre de 2020.

⁹ Contrario a lo que sucede en el concurso de méritos.

¹⁰ Artículo 40 constitucional.



designación de servidores estatales por parte de las corporaciones públicas, a la sazón, la de los secretarios de las comisiones constitucionales o legales del Senado, como acontece en esta oportunidad.

15. Así, como se ha visto, la convocatoria pública cuenta, en la actualidad, con fundamentos constitucionales –artículo 126 superior–, que ordenan que los procedimientos de reclutamiento para la provisión de cargos en cabeza de las corporaciones públicas respondan a principios como el mérito, la participación ciudadana y la equidad de género, que no son referentes axiológicos tenidos en cuenta por el trámite regulado en el artículo 136 de la Ley 5 de 1992, relacionado tan solo con el día electoral.

2.2. La elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República no es una materia que disponga de reserva legal orgánica

16. Para defender la tesis según la cual, la Ley 1904 de 2018 – de naturaleza ordinaria– no es aplicable a la elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República, la providencia, suscrita por la mayoría de miembros de la Sala, estimó que la designación de este funcionario estaba cobijada por la reserva de ley orgánica, erigida en el artículo 151¹¹ constitucional.

17. No obstante, y sin perjuicio de reconocer la importancia de las labores asignadas al secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República, 2 argumentos me llevaron a disentir las razones del fallo del 13 de julio de 2023, a saber: uno normativo y uno jurisprudencial.

18. En lo que corresponde al razonamiento normativo, expongo que, aunque la Ley 5 de 1992 es un cuerpo normativo de carácter orgánico –lo que lo dota de una cierta supremacía dentro de las normas que componen el ordenamiento–, lo cierto es que no todas las temáticas relacionadas allí adquieren, por ese simple hecho, aquel estatus¹².

19. La elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República es una de aquellas temáticas que ejemplifican la tesis que prohíjo en esta aclaración de voto, toda vez que, si bien es tratada por la Ley 5 de 1992¹³, su esencia no corresponde a un asunto orgánico, sino ordinario, que

¹¹ “El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.”

¹² Se hace referencia al carácter orgánico.

¹³ Artículo 49.



puede, por consiguiente, ser regulado y regentado por leyes ordinarias, como lo es la Ley 1904 de 2018.

20. Pero, ¿por qué se sostiene ello? Todo parte del análisis del artículo 384 de la propia Ley 5 de 1992, en la que se enlistan los principios que regulan los servicios administrativos y técnicos de cada una de las cámaras legislativas.

21. Al respecto, la norma mencionada prevé, en lo pertinente:

“Los servicios administrativos y técnicos del Senado de la República y de la Cámara de Representantes que por medio de esta Ley se establecen, se fundamentan en los siguientes principios: (...) 2. Por el origen de su nombramiento, los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público se clasifican de la siguiente manera: a) De elección. Secretarios Generales, Subsecretarios Generales, Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales y los Coordinadores de las Comisiones legales de ambas Cámaras y el Director General del Senado de la República”.

22. Se colige de lo reproducido que el secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República es un funcionario de elección, que hace parte de los servicios administrativos y técnicos de esa Corporación.

23. De otra parte, el artículo 150 de la Constitución Política de 1991 –prescripción que regula los asuntos que pueden ser tratados por el Congreso a través de leyes ordinarias– consagra en su ordinal 20:

*“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 20. **Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras.**”* (Negrilla fuera de texto)

24. Así, la creación de los servicios administrativos y técnicos deberá desarrollarse por el conducto de la aprobación de leyes ordinarias, como instrumento natural para la regulación de todos los aspectos que se vinculan con ellos, incluida su designación por medio de herramientas democráticas.

25. En ese orden, y acudiendo a un estudio sistemático de la materia –que agolpa tanto las normas de la Ley 5 de 1992 como las disposiciones de la Carta Política– se tiene que la elección del secretario demandado –en cuanto a sus procedimientos– es una temática de esencia ordinaria que, contrario a lo determinado en el fallo del 13 de julio de 2023, puede ser reglamentada por un cuerpo normativo del mismo nivel, a saber, la Ley 1904 de 2018.

26. De otro lado, en lo que corresponde al argumento jurisprudencial, traigo a colación las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en sentencia C-830¹⁴ de 2001, que ratifican el análisis hecho previamente. En ella, el alto Tribunal Constitucional expresó:

¹⁴ M.P. Jaime Araújo Rentería.



“La Constitución del 91 le confiere al Congreso, como rama del poder autónoma e independiente, la capacidad soberana de administrar sus propios asuntos, al atribuirle en el artículo 150-20 facultad para “Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras”, lo cual, obviamente, debe hacerse por medio de ley, como expresamente allí se ordena. Disposición que guarda concordancia con el artículo 135 del mismo ordenamiento, que señala las facultades de cada Cámara, entre ellas, elegir sus mesas directivas, elegir su secretario general, proveer los empleos creados por la ley para el cumplimiento de sus funciones, organizar su policía interior, entre otras.” (Negrilla fuera de texto)

27. Así, la Corte vincula la designación del secretario general o de los secretarios de las comisiones constitucionales o legales a las leyes ordinarias contempladas en el artículo 150.20 de la Carta Política, que es, igualmente, la naturaleza de la Ley 1904 de 2018.

28. De estas dos fuentes, se deriva que la elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República, a pesar de estar inscrita en el contenido de la Ley 5 de 1992, no puede ser comprendida como un aspecto de naturaleza orgánica –que se encuentre exento de la aplicación de las disposiciones de la Ley 1904 de 2018, de origen ordinario–, al tratarse de un asunto que, de conformidad con el artículo 150.20 de la Constitución, puede ser reglamentado, a través de ese tipo de leyes –leyes ordinarias–.

2.3. La Ley 5 de 1992 prescribe que los aspectos no regulados en ella podrán ser suplidos con la aplicación de leyes que regulen temas semejantes

29. Por último, debo expresar que existe una consideración adicional para haber aplicado la Ley 1904 de 2018 al caso del señor Alveiro Malaver Echeverría, secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República; a saber, las propias fuentes interpretativas contempladas en el artículo 3 de la Ley 5 de 1992.

30. En relación con ello, la norma en cita advierte:

*“Fuentes de interpretación. Cuando en el presente Reglamento no se encuentre disposición aplicable, **se acudirá a las normas que regulen casos, materias o procedimientos semejantes** y, en su defecto, la jurisprudencia y la doctrina constitucional.” (Negrilla fuera de texto)*

31. Así, el Reglamento del Congreso preceptúa que, en ausencia de normatividad especial que regule una materia, las cámaras legislativas que lo componen acudirán a normas que reglamentan *“casos, materias o procedimientos semejantes.”*

32. Descendiendo al caso que ocupó la labor jurisdiccional de la Sala en el fallo del 13 de julio de 2023, que, de cara a la inexistencia de prescripciones jurídicas que normaran el proceso de convocatoria pública para la designación del secretario



de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República en el texto de la Ley 5 de 1992, era deber del Senado –como autoridad nominadora– hacer uso de las disposiciones de la Ley 1904 de 2018; estatuto que, como quedó demostrado dentro del trámite, no fue aplicado para la elección del demandado.

2.4. Conclusiones

33. Debido a la necesidad de respaldar el principio de las mayorías y de las decisiones adoptadas por la Sala Electoral del Consejo de Estado, en donde se decantó la no aplicabilidad de la Ley 1904 de 2018 en la presente designación es que aclaro mi voto para acoger dicho criterio, por cuanto no tiene sentido seguir sorteando conjuez para solucionar una problemática que ya fue resuelta y que por el momento no va a cambiar con respecto de los sucesivos casos que se presenten.

34. Para evitar las discusiones que caracterizaron este tipo de procesos, el Congreso debería legislar en la materia, instituyendo parámetros claros y específicos que, además de respetar los principios establecidos en el artículo 126 constitucional, observen las particularidades del funcionamiento mismo de ese órgano, adecuando el procedimiento de convocatoria a sus propias necesidades.

En los anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada