

## EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

### LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA ELEMENTOS NORMATIVOS DE APLICACIÓN PUNITIVA

*Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra*

#### **TEMA I. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. Concepto. Fuente constitucional**

“Uno de los propósitos de la Asamblea Nacional Constituyente fue ampliar la llamada “democracia participativa” con el fin de fortalecer la democracia participativa. Inspirada en dicho criterio consignó en el preámbulo de la Constitución Política de 1991 que el pueblo de Colombia es el que decreta y promulga y que uno de los fines de esta es el de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia y otros derechos humanos, *“dentro de un marco jurídico, democrático y participativo”*.”

“De igual manera, el artículo 10. de la Carta estatuye que Colombia es una República democrática y participativa, entre otras características y el artículo 20. señala como uno de los fines esenciales del Estado, el de *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”*

“Para concretar el principio citado, el artículo 40. de la Constitución dispone que *“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”* y contempla varios derechos derivados de este derecho principal, entre los que se destaca el de *“Tomar parte en las elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática”*. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Dr. Cesar Hoyos Salazar, Julio 24 de 1997, Consulta 1008)

**COMENTARIOS**

*La organización democrática exige tutela sobre la verdad, libertad y pureza del derecho al sufragio como expresión de la voluntad libérrima del ciudadano respecto de la organización y vida misma del Estado. La especificación del orden tutelar es ampliada por el Código de 2000 a todas las formas de participación democrática (Art. 103 C.N.) dentro de los cuales encontramos el voto, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.*

*En nuestro Ordenamiento los referidos mecanismos son ejercicio de la soberanía popular, el derecho al sufragio no es una función pública radicada exclusivamente en el Estado, ni un derecho o garantía del individuo en sentido absoluto; de acuerdo con el artículo 258 C.N., "el voto es un derecho y un deber ciudadano"; ambivalencia que determina en gran medida la comprensión y alcance de los objetos jurídicos tutelados en el Título XIV de la parte especial del Código vigente, cuyo estudio abordamos.*

*Se determina la participación ciudadana, con objeto y contenido políticos, como un derecho a intervenir en la conformación, ejercicio y control del poder, en desarrollo del cual el ciudadano "toma parte" en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otros mecanismos de participación (Art. 40. No. 2 C.N.); de acuerdo a este criterio como ningún derecho es absoluto coexiste con el deber de todo ciudadano de intervenir en la vida política y comunitaria del país.*

## **TEMA II. PARTICIPACIÓN A NIVEL TERRITORIAL Y MUNICIPAL. Normatividad aplicable.**

“Luego el artículo 103, en su primer inciso, consagró las diversas formas de participación democrática, así: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía : el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato”

“A nivel territorial, en materia de consultas populares, el artículo 105 de la Carta dispone concretamente: “Previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que este determine, los gobernantes y alcaldes según el caso, podrán realizar consultas

populares para decidir sobre asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio”

“La ley orgánica de ordenamiento territorial a que se refieren los artículos 151 y 288 de la Constitución Política aun no ha sido expedida. Por esta razón es preciso acudir en el presente caso a la Ley 134 de 1994, a la cual se le dio el trámite y tiene la jerarquía de ley estatutaria, conforme a la exigencia del literal d) del artículo 152 de la Constitución sobre el carácter de leyes estatutarias que deben tener las que regulen “instituciones y mecanismos de participación ciudadana”.

“La ley 136 de 1994, sobre organización y funcionamiento de los municipios, remite en materia de participación a la Ley 134 de 1994, cuando en el artículo 20. dispone:

“El régimen municipal estará definido por lo dispuesto en la Constitución Política, por lo establecido en la ley y por las siguientes disposiciones:

.....

“b) En relación con las instituciones y mecanismos de participación ciudadana a nivel municipal, por lo dispuesto en la respectiva ley estatutaria, de acuerdo con lo previsto en los artículos 103 y 152 de la Constitución Política”

“La ley de 134 de 1994 reglamenta los mecanismos de participación democrática establecidos en el artículo 103 de la Carta, con excepción del voto, el cual continúa siendo regulado por el Código Electoral y las leyes complementarias. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejo ponente: Dr. Cesar Hoyos Salazar, Julio 24 de 1997, Consulta 1008)

### **TEMA III. CONSULTA POPULAR. CONCEPTO. REGLAMENTACIÓN LEGAL. OBLIGATORIEDAD DE LA DECISIÓN POPULAR.**

En cuanto concierne a la consulta popular, el artículo 80. de la Ley 134 de 1994 la define en los siguientes términos: “La Consulta Popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de transcendencia nacional, departamental, municipal, distrital

es sometido por el Presidente de la República , el gobernador o el alcalde, según sea el caso, a consideración del pueblo es obligatoria para que este se pronuncie formalmente al respecto”.

“Para darle toda la importancia y la eficacia que le corresponde, el inciso segundo del citado artículo 8o. establece: “En todos los casos la decisión del pueblo es obligatoria”.

“Ahora bien, en relación con las consultas populares a nivel departamental o municipal, se deben tener en cuenta los siguientes requisitos establecidos por la Ley 134 de 1994.

“a) Las preguntas formuladas al pueblo deberán estar redactadas en forma clara, de tal manera que se puedan contestar con un “Si” o un “No”, y no podrán consistir en proyectos de articulado (art. 52).

“b) El gobernador o el alcalde deberá, solicitar a la asamblea o al consejo, respectivamente, un concepto sobre la convivencia de la consulta de carácter departamental o municipal “En los mismos términos y con los mismos requisitos de la consulta nacional” (art. 53 inciso segundo), lo cual significa que debe enviar con la solicitud una justificación de la consulta y un informe sobre la fecha de su realización y que la asamblea o el consejo deben emitir el concepto en un plazo de veinte (20) días, prorrogable, por decisión de la mayoría de sus miembros, por diez (10) días más, Si el concepto es desfavorable, no se puede convocar la consulta.

“c) Adicionalmente se debe obtener el concepto de constitucionalidad sobre el texto de la consulta, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo. Este dispone, para su pronunciamiento, de quince (15) días contados a partir de la remisión del texto que le hizo el gobernador o el alcalde (art. 53 inciso segundo).

“d) La votación de la consulta popular se debe realizar dentro de los dos meses siguientes al concepto de la asamblea o el consejo o al vencimiento del plazo fijado (art. 54).

“e) La decisión del pueblo es obligatoria, cuando la pregunta que le ha sido sometida “ ha tenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos siempre y cuando haya participado no menos de la

tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral” (art. 55).

“f) Si la decisión es afirmativa, la asamblea o el consejo deberán, dictar la ordenanza o el acuerdo correspondiente, dentro del mismo periodo de sesiones y a más tardar en el periodo siguiente. Si no lo hicieren, el gobernador o el alcalde expedirán el decreto que tendrá fuerza de ordenanza o de acuerdo. (art. 56).” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Dr. Cesar Hoyos Salazar, Julio 24 de 1997, Consulta 1008)

## COMENTARIOS

*Institución participativa por la cual se formula al pueblo una pregunta general sobre un asunto de importancia nacional, departamental, municipal, distrital o local por parte del Presidente, gobernador o alcalde según el caso con el fin de que se surta su pronunciamiento formal. La decisión popular adoptada es siempre obligatoria. El asunto objeto de consulta ha de revestir un especial interés en el respectivo nivel político.*

*El ejercicio de la consulta popular presenta como objetivos primordiales:*

*a) Permitir que todos ciudadanos intervengan, mediante la expresión de su opinión, en asuntos de especial interés comunitario, en una fase previa a la adopción de la decisión por parte de la correspondiente autoridad.*

*b) De otra parte proporciona al gobernante la legitimidad de la decisión en temas controvertidos o controversiales; la expresión popular le otorga fuerza política al acto.*

*De acuerdo al nivel territorial en el que se desarrolla la consulta ella puede ser nacional, departamental o municipal.*

*De acuerdo con esta clasificación encontramos la siguiente caracterización de este mecanismo participativo.*

*a) Consulta Popular Nacional*

*Debe ser convocada por el Presidente de la República mediante decreto que debe llevar la firma de todos sus ministros y requiere concepto favorable del Senado de la República; para lo anterior el ejecutivo debe enviar el texto de la consulta, la exposición de motivos y justificaciones de la misma y la fecha programada para su realización. El Senado se debe pronunciar en el término de veinte días contados desde la recepción de dichos documentos; la consulta popular nacional tan sólo posee este control político, pero frente a ella no se surte control jurisdiccional de constitucionalidad o legalidad. El asunto que se someta a consulta debe ser de claro interés nacional.*

#### *b) Consulta Popular Territorial*

*En este ámbito presenta la siguiente caracterización.*

- Debe ser convocada por el gobernador o el alcalde según el caso.*
- El asunto sometido a consulta debe poseer interés trascendente de naturaleza colectiva, exclusivamente para el ámbito en el cual se va a aplicar el instrumento -departamental, municipal, distrital o local-.*
- La ley de organización territorial señala los requisitos complementarios que se deben llenar para que la realización de la consulta sea procedente.*
- La corporación administrativa respectiva –asambleas y concejos municipales o distritales- emitirá concepto de conveniencia y oportunidad sobre la realización de la consulta el cual en caso de ser negativo tiene carácter obligatorio.*
- En este ámbito se surte revisión de constitucionalidad por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de la jurisdicción en que se va a desarrollar la consulta, el cual tiene un plazo de quince días, desde la recepción de documentos, para pronunciarse al respecto.*

*Los requisitos establecidos en la ley pretenden que la consulta no sea un mecanismo de elusión de la responsabilidad política para la toma de decisiones sobre asuntos de importancia al trasladar al pueblo la decisión final sobre todo tipo de materias y en cualesquier oportunidad. Por tanto la procedencia y conveniencia de la consulta*

*no puede hacerse radicar en la dificultad o complejidad de la decisión; el factor de la trascendencia e interés colectivo es el fundamental, pues la consulta no puede erigir al pueblo simplemente en arbitro de los enfrentamientos que se presenten entre las diversas ramas del poder, sobre todo tipo de asuntos y materias.*

#### **TEMA IV. INSCRIPCIÓN DE CANDIDATOS. Requisitos formales y sustanciales**

“En relación con la inscripción irregular alegada por haber omitido el demandado, presentar bajo la gravedad de juramento manifestación escrita sobre su vecindad, cumplimiento de requisitos para ser elegido y no estar comprendido en el régimen legal de inhabilidades, la Sala debe presenciar que se trata de una informalidad corregible o sancionable en la vía administrativa y no por la jurisdiccional mediante el control objetivo del acto impugnado, puesto que, una cosa es el cumplimiento de los “requisitos” exigidos por el artículo 26 de la ley 78 de 1986, ultimo inciso, para la inscripción de candidatos al cargo de alcalde, y otra, las “cualidades” que éstos deberán reunir para poder ser elegidos y ejercerlo.

“En la primera hipótesis, si los presupuestos de la norma no se satisfacen, se afecta la validez del acto de inscripción y el hecho puede ser denunciado ante las autoridades electorales a quienes está atribuida esa competencia, porque constituye causal de reclamación conforme al artículo 192, numeral 9 del D. 2241 de 1986. Y si no se reclama y se deja transcurrir el proceso electoral normalmente hasta su culminación con el acto de elección y su ejecutoria, es evidente, que no solo hubo aceptación tácita por la comunidad del lugar de que el acto de inscripción se ajustó a la legalidad, sino que además esta se presume, como ocurrió en este caso, sin que la presunción fuera desvirtuada en el proceso como acertadamente lo señala el A-quo al analizar los medios de prueba allegados al mismo e igualmente cuando agrega, que del formulario E-9 que obra a folio 22 del expediente, “ Se puede deducir sin duda alguna que la inscripción censurada.... se ajusto a las formalidades exigidas en la ley....”.

“En la segunda hipótesis, si el candidato no reúne las “cualidades” para ser elegido alcalde y poder desempeñar el cargo, el hecho afecta el acto de elección porque constituye causal de nulidad de acuerdo al artículo

223 numeral 5 del C.C.A., norma que entre otras cosas, no cita el actor y que según criterio de esta Corporación en varias oportunidades expresado: “ se refiere a las cualidades del candidato o sea circunstancias personales que lo habilitan para desempeñar el cargo, no a la validez del acto del tramite constitutivo de la inscripción”. Además ha observado la sala, que “no puede inclusive como parte de los requisitos ni de los elementos que los conforman a la inscripción de los candidatos, cuya validez se define en una oportunidad anterior” (Apartes tomados del fallo proferido el 19 de enero de 1993)”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía , Sentencia febrero 19 de 1993)

### COMENTARIOS

*Dentro del proceso electoral encontramos la etapa denominada “campaña electoral”. Esta etapa también se denomina de agitación electoral y significa desarrollo de la libre expresión del pensamiento político y como ya se advirtió permite la utilización de todas las formas de propaganda hablada o escrita lícitas.*

*Con el comienzo de la campaña o periodo de agitación política se fija el momento en el que el proceso electoral ingresa en forma más decidida e integral a la protección punitiva. La campaña electoral propiamente dicha se inicia con la proclamación publica de candidatos por parte de los diversos partidos y movimientos políticos y su posterior inscripción ante la respectiva autoridad electoral; se prolonga hasta el inicio de la llamada “veda electoral”, que culmina precisamente el día de las elecciones.*

*La campaña electoral tiende fundamentalmente al convencimiento del electorado y a la consecución de adeptos para el respectivo candidato, lista de candidatos o propuesta en vía de decisión popular; para tal efecto son válidos todos los medios lícitos de convencimiento y proselitismo, tales como la difusión de ideas por los medios de comunicación, al manifestación publica o concentración política, en la que los ciudadanos son convocados para escuchar los planteamientos y programas de los diferentes candidatos, también son validos los agasajos, banquetes, afiches, vallas, pancartas etc. todo en orden a la obtención del favor por parte del electorado.*

*Los medios de proselitismo y convencimiento del electorado que se encuentran directamente penalizados son: el uso de las armas, la amenaza o intimidación (art. 387 C.P.) que se oriente a obtener apoyo o votación por determinado candidato, lista de candidatos o voto en blanco. La maniobra engañosa de proselitismo parece estar por sí misma descriminalizada en referencia directa a los tipos penales de constreñimiento al sufragante (art. 387 C.P.) y fraude al sufragante (art. 388 C.P.), pues en ellos no se considera la finalidad a título de complemento subjetivo, sino la efectiva obtención del voto por los referidos medios.*

*El delito de corrupción al sufragante (art. 390 C.P.) si puede tener ocurrencia en la fase de la campaña electoral, pues en él se incriminan la promesa, el pago o la entrega de dinero y correspondiente aceptación, con la simple finalidad de que se consigne el voto en favor de determinado candidato, partido, corriente política, voto en blanco o abstención, sin que tal resultado sea necesario para la consolidación típica.*

*No ocurre lo mismo en relación con la corrupción del sufragante en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato (art. 390 inciso 20. C.P.) porque en ella se exige la efectiva realización del acto de votación, con todas las dificultades probatorias que entraña el sigilo del voto y las claras prescripciones constitucionales que lo protegen; si el voto es secreto será casi imposible verificar plenamente que él se emitió en el sentido determinado por el acto corruptor, sin que se exija, a nuestro modo de ver en forma inconstitucional, su levantamiento por parte del sufragante, que se erigiría en la prueba única, adquiriendo características de confesión; cualquier otro medio de prueba en este sentido, implica la vulneración manifiesta del sufragio en cuanto secreto. Este punto tendremos ocasión de reiterarlo al abordar el estudio dogmático de tipos penales que ofrecen esta deficiencia. de orden maternal (Arts. 388 y 390 inc. 2º. C.P.).*

*El delito del ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula (art. 395 C.P.), también puede ser realizado en la fase de campaña electoral y su génesis siempre estará en ella; en él se incriminan los actos de hacer desaparecer, poseer o retener la cédula o cualquier otro documento necesario para sufragar, las acciones consideradas*

*materialmente son en extremo restrictivas, pues no comprenden la solicitud y el requerimiento indebidos, muy frecuentes en la etapa de agitación política, búsqueda de votos y adeptos.*

*Ahora bien, también llegan a la etapa de la campaña electoral los diferentes actos de inscripción, tanto de candidatos como de electores –esta se inicia en la etapa preparatoria- y en referencia a la inscripción de referendo, consulta popular o revocatoria del mandato. La inscripción fraudulenta de cédulas (art. 389 C.P.) tutela el procedimiento de habilitación territorial del sufragante, para toda votación, pero tiene especial incidencia en aquellas que exigen la residencia en un determinado municipio o distrito por parte del ciudadano elector (Art. 316 C.N.); tal como lo hemos dejado estudiado a propósito de la llamada etapa preparatoria o previa.*

*El tipo de denegación de inscripción (art. 396 C.P.), protege el derecho a la inscripción electoral, de candidatos o listas de candidatos, para elecciones populares, o cuando se trata de referendo, consulta popular o revocatoria del mandato. Así mismo las acciones de impedir u obstaculizar tal acto. La inscripción de candidatos o de los restantes mecanismos de participación, en cuya regulación se exige tal acto, no puede ser negada por los servidores públicos competentes, sin justificación jurídicamente atendible, ni puede ser obstaculizada o impedida por servidor público o particular, frente a ambas situaciones se implementa el control punitivo en la etapa de la campaña electoral.*

*La inscripción de candidatos puede presentar tres modalidades, aplicables a las diferentes elecciones populares: inscripción por partido o movimiento político con personería jurídica, inscripción por asociaciones de todo orden o grupos de ciudadanos y, finalmente, por circunscripción nacional especial para Senado de la República y Cámara de Representantes de acuerdo con la Ley 649 de 2001.*

*El acto de inscripción de candidatos tiene como requisitos generales la acreditación de la calidad de ciudadano, adicionalmente la legitimación pasiva de la función electoral, así como los requisitos especiales que el Ordenamiento exige para el desempeño de determinados cargos de elección (Art. 91 C.E.). Paralelamente el acto*

*posee unos requisitos especiales que se orientan a garantizar la seriedad democrática de la respectiva candidatura.*

*Así, en primer término encontramos el aval de partido o movimiento político reconocido; así, el artículo 9º de la Ley 130 de 1994, en desarrollo del artículo 108 C.N. establece que los partidos y movimientos políticos que posean personería jurídica reconocida, pueden postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin que tengan que acreditar requisito adicional alguno –entendemos con independencia de los requisitos generales que legitiman al elegible según el caso-; evento en el cual, por este aspecto, bastará el aval del respectivo representante legal.*

*En segundo lugar para candidatos no avalados la ley electoral determina la constitución de una caución que garantice la seriedad de la candidatura otorgada mediante póliza de compañía de seguros, garantía bancaria o depósito en efectivo a favor del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la cuantía que fije el Consejo Nacional Electoral. Adicionalmente los candidatos independientes deben acompañar a la inscripción una determinada cantidad de firmas de ciudadanos que respaldan la respectiva postulación. En ningún caso se exigirán mas de cincuenta mil firmas par permitir la inscripción de un candidato (Art. 9º inc. 3 de la Ley 130 de 1994)*

*En el acto de inscripción debe acompañarse la constancia de aceptación del respectivo candidato, al tiempo que se debe dejar constancia del partido por el cual se inscribe (Arts 92 y 93 C.E.).*

*En referencia a las circunscripciones nacionales especiales encontramos que para la comunidades indígenas –Senado y Cámara de Representantes- además de los requisitos generales se debe anexar el certificado expedido por una comunidad indígena y refrendado por el Ministerio del Interior, en el cual debe constar que el candidato ha ejercido un cargo de autoridad tradicional en la comunidad o ha ejercido liderazgo en organización indígena. Los candidatos de comunidades negras deben anexar el aval expedido por una organización de negritudes inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio de Interior en la que conste que el candidato es miembro de la respectiva comunidad.*

*Los funcionarios competentes para la inscripción de candidaturas son: para Presidente y Vicepresidente de la República, el Registrador Nacional del Estado Civil; para Senado, Cámara de Representantes y Asamblea Departamental, los Delegados del Registrador Nacional; para Concejo y Alcalde distrital, los Registradores Distritales; para concejos municipales, alcaldías municipales y Juntas Administradoras Locales los Registradores municipales; para Ediles del Distrito Capital los Registradores Auxiliares.*

*Adicionalmente pueden verificarse nuevas inscripciones de candidatos o modificación de las mismas, atendiendo a específicas condiciones y requisitos legales (Arts.92, 94, 95, 96 y 190 C.E.), por ser estos actos de inscripción electoral poseen plena protección punitiva por vía del artículo 396 C.P. para eventos de denegación, dilación o entorpecimiento injustificado.*

*Los candidatos para elecciones de jueces de paz han de inscribirse ante el personero municipal, por organizaciones comunitarias con personería jurídica o grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral según lo haya determinado el concejo municipal (Art. 11 inc. 3º Ley 497 de 1999)*

## **TEMA V. REFERENDO. MECANISMO DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA**

“El referendo como mecanismo de participación democrática. La Asamblea Nacional Constituyente introdujo como uno de los mecanismos de participación, el del referendo y le dio alcances para reformar la misma Carta, cuando estableció en el artículo 374 que la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o “por el pueblo mediante referendo” Éste consiste básicamente en una manifestación directa de la voluntad popular sobre el texto normativo.

### **PROCEDIMIENTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL.**

“La reforma de la Constitución Política solo puede hacerse por los procedimientos que ella misma consigna. Esto lo confirma su artículo 379 que prevé la posibilidad de declarar inconstitucionales los actos

legislativos, la convocatoria a referendo, o el acto de convocación de la asamblea constituyente, solo cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta.

“El procedimiento de reforma constitucional por el Congreso está regulado en el artículo 375 de la Constitución. La iniciativa de la reforma esta asignada en dicho artículo al gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados del país y los ciudadanos en un numero equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente. Como el artículo 155 ibídem atribuye la iniciativa de proyectos de reforma constitucional al treinta (30%) de los concejales o diputados del país, dicha discrepancia fue resuelta por la corte dando prelación a este último artículo, al reconocer que los actos legislativos o reformatorios de la Constitución Política “están sometidos a requisitos indudablemente mas rigurosos y exigentes para su adopción que los requeridos por el ordenamiento constitucional para las leyes” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-180 de abril 1 de 1994. Gaceta de la Corte Constitucional, t.40. primera parte, abril de 1994 pagina 515.). Asi mismo, el artículo 237 numeral 4 otorga iniciativa al Consejo de Estado para preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución; la iniciativa se concretará en un proyecto de acto legislativo.

“La reforma constitucional a través de una asamblea constituyente está regulada en el artículo 376 de la carta Política, de conformidad con lo cual el Congreso podra disponer mediante ley que el pueblo, en votación popular decida si la convoca con la competencia, el periodo la composición que la misma ley determine.

## REFERENDO CONSTITUCIONAL

“Por ultimo, la reforma constitucional puede hacerse por medio de referendo, en la forma prevista en el artículo 378.

“El referendo fue definido, en sentido general, por el artículo 30. de la Ley 134 de 1994 en los siguientes términos:

“Referendo -Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no un norma ya vigente”.

Parágrafo- El referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local”.

“La Corte Constitucional en la sentencia de revisión (CORTE CONSTITUCIONAL. Ibídem, paginas 451 a 571), declaró axequible este artículo “entendiendo por *norma jurídica*, o acto legislativo, ley, ordenanza acuerdo o resolución local”.

## CLASES DE REFERENDO

“La constitución estableció varias formas de referendo, que se pueden clasificar en los dos grupos siguientes:

“1) *El referendo derogatorio*, el cual es definido así por el artículo 40. de la Ley 134 de 1994 : “Un referendo derogatorio es el sometimiento de un acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local en alguna de las partes, o en su integridad, a consideración del pueblo para que éste decida si lo deroga o no”.

“Esta clase de referendo tiene dos modalidades:

“a) *El referendo derogatorio de una reforma constitucional aprobada* por el Congreso de la República, la cual se debe referir a uno de estos tres temas: los derechos fundamentales y sus garantías, los procedimientos de participación popular, o el Congreso.

“Este referendo está contemplado en el artículo 377 de la Constitución y requiere que sea solicitado por el cinco por ciento de los ciudadanos que componen el censo electoral, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del respectivo acto legislativo. También exige la participación mínima de una cuarta parte del censo electoral y se considera derogada la reforma con el voto negativo de la mayoría de los sufragantes.

“b) *El referendo derogatorio de una ley*, que se encuentra consagrado en el artículo 170 de la Constitución y que se inicia mediante la solicitud a la organización electoral, de un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, de la convocación de un referendo para derogar una ley, que estiman lesiva de sus intereses

o inconveniente para el país y que no puede ser una ley aprobatoria de un tratado internacional, o la ley de presupuesto o una ley fiscal o tributaria.

“Se requiere que participe en el referendo al menos la cuarta parte de los ciudadanos del censo electoral y la ley se considera derogada si así lo decide la mitad más uno de los votantes.

“Resulta oportuno indicar que las normas cuando aluden al mecanismo del referendo, exigen determinados porcentajes del censo electoral para que la participación popular sea significativa y así, la decisión tenga fuerza vinculante.

“Como se aprecia en el artículo 40. de la Ley 134, esta extendió el referendo derogatorio, además de la ley, a una ordenanza, un acuerdo o una resolución local.

“Para los efectos de esta clase de referendos, la misma ley, en su artículo 35, establece: “son leyes las expedidas por el Congreso y los decretos que expide el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias que éste le haya conferido; son ordenanzas las expedidas por las Asambleas departamentales y los decretos que dicte el gobernador con fuerza de ordenanza; son acuerdos los que expedidos por los consejos municipales y los decretos que dicten los alcaldes con fuerza de acuerdo; y son resoluciones las expedidas por las Juntas Administrativas Locales y las resoluciones que dicte el alcalde local, todos de conformidad con las facultades extraordinarias dictadas para tal evento”.

“2) *El referendo aprobatorio*, definido por el artículo 50. de la ley estatutaria en la siguiente forma: “Un referendo aprobatorio es el sometimiento de un proyecto de acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de acuerdo (sic) o de una resolución local, de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que éste decida si lo aprueba o lo rechaza, total o parcialmente”.

“La expresión *adoptado*, empleada en la frase “ un proyecto de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente”, corresponde según el diccionario de la Real

Academia de la Lengua Española a una de las acepciones del verbo adoptar : “Tratándose de resoluciones o acuerdos, tomarlos con previo examen o deliberación” Por lo tanto, el proyecto se tendrá por no adoptado cuando previa deliberación sobre el mismo se ha negado conforme a lo establecido en la Constitución, la ley o el reglamento de la corporación respectiva.

“Además el referendo aprobatorio requiere que el proyecto normativo sea de *iniciativa popular*.

“La Corte Constitucional en la sentencia de revisión de la Ley 134 de 1994, encontró que la extensión legal del referendo aprobatorio a un proyecto de ley, de ordenanza, de acuerdo o de resolución local era válida, cuando expresó:

“Este instrumento tiene pleno asidero constitucional en cuanto se deriva del principio de soberanía popular y de la cláusula general de la Constitución que permite al legislador regular formas de participación distintas a las desarrolladas en la misma Carta Política. Este mecanismo busca, por tanto, darle eficacia a la iniciativa popular, pues, de lo contrario, se podría convertir en un esfuerzo improductivo e inclusive frustrante, lo cual desestimularía la presentación e iniciativas populares”.

#### REFERENDO Y PLEBISCITO. DIFERENCIA

“Y concluyo la Corte, con la distinción entre referendo y plebiscito:

“ En los términos anteriores, verifica la Corte que el proyecto recoge la doctrina universal que distingue el referendo del plebiscito en cuanto en aquél el pronunciamiento se le pide al pueblo en relación con un texto normativo ya elaborado que bien puede ser un proyecto de norma jurídica o una norma jurídica ya en vigor, mientras que en éste versa sobre una decisión que no se ha plasmado normativamente en un texto positivo o escrito”.

#### REFERENDO APROBATORIO. MODALIDADES

“El referendo aprobatorio presenta las siguientes modalidades:

“a) El referendo aprobatorio para convertir una región administrativa y de planeación en entidad territorial, conforme al artículo 307 de la Carta y la Ley orgánica de ordenamiento territorial que habrá de expedirse. En este caso participaran en el referendo los ciudadanos de los departamentos interesados.

“b) El referendo aprobatorio de un proyecto de reforma constitucional, contemplado por el artículo 378 de la Constitución y a la cual el artículo 33 de la Ley 134 de 1994, denomina referendo constitucional.”

### CONSULTA AL PUEBLO DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL

“La consulta se relaciona concretamente con esta modalidad de referendo constitucional, razón por la cual se analiza a continuación.

“Sin embargo, resulta oportuno señalar que hay otro mecanismo previsto en la Constitución, en el artículo 376, que algunos asimilan a un referendo y que consiste en que el pueblo mediante votación popular decida si convoca o no una asamblea constituyente, pero en este caso no se debe hablar técnicamente de referendo, ya que no se refiere a la materia propia de éste cual es la aprobación o derogación de normas jurídicas directamente por el pueblo. Lo correcto en este evento es hablar de consulta al pueblo, como lo hizo la Ley 134 de 1994 en los artículos 58 a 63.” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Dr. Cesar Hoyos Salazar, Agosto 6 de 1998, Consulta 1131)

### COMENTARIOS

*Los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 134 de 1994 determinan el concepto de Referendo como mecanismo de participación democrática. Convocatoria al pueblo con el objeto de que apruebe o rechace un proyecto de contenido normativo o derogue o ratifique una norma vigente. Este mecanismo puede ser ejercitado en las órbitas nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local.*

*Del anterior concepto emergen las dos especies de referendo: referendo derogatorio y aprobatorio. En virtud del primero se somete al pueblo un acto legislativo, una ley, una ordenanza, un acuerdo o*

*una resolución local -total o parcialmente- para que decida si la deroga o no.*

*Por su parte el referendo aprobatorio se surte con las mismas características pero en referencia a un proyecto de acto legislativo, de ley, de ordenanza, de acuerdo o de resolución local, de iniciativa popular que no ha sido acogida por la respectiva Corporación Pública. La manifestación del pueblo versará entonces sobre su rechazo o aprobación total o parcial.*

*La anterior clasificación básica trae como consecuencia la división del referendo según el ámbito territorial en donde se verifique. Así existirá referendo nacional cuando se someta a aprobación o derogación del pueblo una ley, un decreto-ley o un proyecto de ley. Se tratará de un referendo regional si las normas sometidas proceden de las autoridades regionales o se trate de proyectos de normas regionales siempre que se haya verificado la integración de la región como ente territorial según el artículo 286 C.N.*

*Si se trata de aprobar o derogar ordenanzas, decretos con fuerza de ordenanzas y proyectos de ordenanzas estaremos frente a un referendo departamental. Será distrital o municipal si su objeto son acuerdos distritales, decretos distritales con fuerza de acuerdo y proyectos de acuerdo distrital o municipal y, finalmente, será local si las normas o los proyectos son resoluciones locales de la junta administradora, resoluciones del alcalde local y proyectos de resolución local.*

*La Ley 134 de 1994 al establecer un procedimiento especial para el referendo cuyo objeto sean un proyecto de reforma constitucional, hace que este mecanismo de participación se pueda clasificar en Referendo constitucional y Referendo legal o normativo. En referencia al primero ha conceptuado el Consejo de Estado: “El referendo como mecanismo de participación democrática. La Asamblea Nacional Constituyente introdujo como uno de los mecanismos de participación, el del referendo y le dió alcances para reformar la misma Carta, cuando estableció en el artículo 374 que la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una asamblea constituyente o “por el pueblo mediante referendo.” Éste consiste básicamente en una manifestación directa de la voluntad*

*popular sobre el texto normativo. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Dr. Cesar Hoyos Salazar, Agosto 6 de 1998, Consulta 1131)*

*El referendo constitucional solo puede tener iniciativa en el Gobierno Nacional o en un grupo de ciudadanos no inferior al 5% del Censo electoral, en desarrollo de la iniciativa el referendo debe ser convocado por el Congreso por medio ley que requiere la mayoría de los miembros de cada cámara. El temario del referendo constitucional debe quedar integrado a la ley de convocatoria, así como el articulado de proyecto de reforma constitucional.*

*Adicionalmente a las materia reseñadas para el referendo aprobatorio y derogatorio, deben ser objeto de referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso si se refieren a los derechos fundamentales, a los derechos sociales, económicos y culturales, a los derechos colectivos y del ambiente y a la protección y aplicación de tales garantías (Capítulo I, Título II C.N.) siempre que así lo solicite dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo el 5% de los ciudadanos que integran el censo electoral.*

*También pueden ser objeto de referendo para aprobación los proyectos de iniciativa popular no aprobados por la respectiva corporación pública. Así mismo las materias excluidas de la iniciativa popular no pueden ser objeto de referendo aprobatorio.*

*El referendo derogatorio no se llevará a cabo si antes de la fecha señalada para el mismo la corporación pública procede a la derogatoria de la normatividad correspondiente.*

*Solicitud y convocatoria.*

*a) Inscripción de solicitud de referendo y promotores*

*Al contrario de lo que sucede en el caso de la iniciativa popular legislativa y normativa, los procesos de inscripción del referendo y de sus promotores se erigen en elementos normativos del tipo penal consagrado por el artículo 396 C.P. inciso 2º.*

*Pueden ser promotores de un referendo, las personas naturales, las organizaciones cívicas, sindicales, gremiales, indígenas o comunales y, finalmente, los partidos o movimientos políticos.*

*Para ser promotor la persona natural debe ser ciudadano en ejercicio y contar con el respaldo de cinco mil ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral; las personas jurídicas reseñadas deben poseer cobertura en el nivel nacional, regional, departamental, distrital o municipal según se trate y de acuerdo con sus Estatutos, además de tener personería jurídica reconocida. Los partidos o movimientos políticos deben también acreditar su personería jurídica.*

*Para el caso de referendos promovidos por entes colectivos, la solicitud de referendo debe ser aprobada en reunión, asamblea, congreso o convención según los Estatutos de la respectiva entidad, por la mayoría de asistentes que tengan derecho al voto; en esta reunión debe también elegirse a los promotores, personas naturales. Es de anotar que en el caso de personas jurídicas para la inscripción de referendo es también necesario contar con el apoyo de por lo menos cinco mil de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral.*

*Los promotores, para el caso de las personas jurídicas, deben constituirse en comité integrado por nueve ciudadanos que elegirá un vocero o presidente, los cuales deben inscribirse ante la Registraduría del Estado Civil de la correspondiente circunscripción electoral, requisito que debe cumplirse antes de la presentación de la solicitud de referendo.*

*La denegación, dilación u obstaculización injustificada de este acto de inscripción se encuentra incriminada penalmente por vía del inciso 2º del artículo 396 C.P., al tratarse de referendo encontramos que no hay inscripción de candidato o lista de candidatos –para el presente caso se trata de promotores, vocero y solicitud de referendo–, por lo que la interpretación de la norma debe realizarse en orden a su dinámica y aplicación, con lo que hemos de entender que en referencia a este mecanismo de participación se tipifica la denegación de cualquier acto de inscripción, ante las autoridades electorales,*

*prescrito por el Ordenamiento; vale decir tanto la inscripción de promotores como la inscripción de la solicitud de referendo.*

*Antes de proceder a la inscripción final de referendo, se debe surtir la elaboración del formulario como requisito de aquella; este formulario es elaborado por la Registraduría del Estado Civil, de acuerdo con las instrucciones del Consejo Nacional Electoral y debe ser entregado gratuitamente a quienes lo soliciten; la denegación, retardo u obstaculización aun en la entrega de este formulario debe quedar incriminada por vía del artículo 396 C.P. pues estimamos que este tipo penal comprende todo el proceso de inscripción y no únicamente el acto final.*

*El diligenciamiento de este formulario es requisito para la inscripción de la solicitud de referendo y debe contener la advertencia de que cualquier fraude en el proceso de recolección de firmas posee sanción penal. Así mismo el texto de la solicitud no puede contener alusiones personales o comerciales.*

#### *Procedimiento administrativo y recolección de apoyos*

*Los actos subsiguientes que debe realizar el Registrador del Estado Civil no ingresan a la cobertura penal y quedan de estricto control administrativo disciplinario, tal actividad se puede sintetizar así: como consecuencia de la inscripción de solicitud de referendo el Registrador debe asignarle un número consecutivo de identificación con indicación de la fecha de inscripción; registrarlo, informar de la inscripción a la Corporación competente para el trámite del respectivo acto, así, estará informada de las solicitudes de derogatoria o aprobación y, finalmente la Registraduría debe informar a la ciudadanía por medio de comunicación escrita sobre las solicitudes de referendo que se encuentran en trámite.*

*La responsabilidad en el proceso de recolección de apoyos para el referendo se bifurca; de tal suerte que las acciones de elaboración y entrega de los correspondientes formularios por parte de la Registraduría –dentro de los 15 días siguientes a la inscripción- como el despliegue de toda la actividad administrativa a que está obligada, caen en el control administrativo, pero la propia labor de recolección, que deben desarrollar los promotores, su veracidad, transparencia,*

*ausencia de cualquier fraude, coacción o presión, ingresan a la represión penal por vías como el constreñimiento al sufragante (Art. 387 C.P.), que precisamente incorpora al tipo subjetivo la finalidad de “obtener apoyo”.*

*Los promotores tienen seis meses, desde la fecha de recepción de formularios, para recolectar las firmas de los ciudadanos que apoyen la solicitud de referendo. El formulario de apoyo debe contener el número de la solicitud de referendo, la información incorporada al formulario de solicitud y un resumen del contenido de la propuesta, invitando a los eventuales firmantes a leerla antes de proceder a suscribir el apoyo.*

*El formulario de recolección de apoyos también debe contener como anexo el texto completo de la solicitud y las razones de conveniencia que los promotores aducen. Los actos de inducción a error, maniobra engañosa u ocultamiento fraudulento de información no ingresan a la cobertura penal específica del Título XIV, tendrá que examinarse la tipicidad de tales comportamientos frente a otras figuras generales atentatorias de intereses jurídicos diversos, pues el delito de fraude al sufragante (Art. 388 C.P.) no incrimina la acción en referencia a la obtención de apoyo, sino única y exclusivamente en relación directa con el acto de votación.*

#### *El acto de apoyo o respaldo*

*El acto de firmar el apoyo y la acción realizada por lo promotores – obtener el apoyo-, no son materialización del derecho al sufragio según la naturaleza constitucional de éste, no obstante significan un delicadísimo momento en el ejercicio de mecanismos de participación como el referendo, tutelados en el presente Título no sólo dentro de su correlación con el voto o sufragio, sino en fases anteriores a la propia celebración del referendo como certamen democrático; no obstante, reiteramos, la obtención de apoyo como complemento subjetivo del tipo solo fue incriminada de manera especial en referencia a las acciones de constreñimiento (Art. 387 C.P.), sin que aparezca en las formas delictuales de fraude y corrupción (Arts. 388 y 390 C.P.)*

*El apoyo se debe suscribir de puño y letra por parte del ciudadano con indicación de la fecha en que firma, nombre completo, número del*

*documento de identidad, lugar y dirección de residencia y firma, permitiéndose la firma a ruego para quienes no sepan escribir.*

*Las firmas repetidas –apoyo múltiple- sólo generan la declaración de invalidez por parte de la autoridad de Registro, teniéndose como válida aquella que tenga la fecha más reciente; pero en orden punitivo sólo se reprime por vía del artículo 391 C.P. el acto de votar más de una vez. La no incriminación del apoyo plural está plenamente justificada dada la entidad de este acto, pero sobre todo por el desconocimiento o inadvertencia en que puede incurrir el ciudadano al otorgar su firma, dentro de la aceptación conceptual media en el estado de desarrollo de nuestro sistema democrático.*

*El apoyo también puede ser recolectado por correo, hipótesis en las que la obtención del mismo mediante la amenaza o violencia consideradas por el artículo 387 C.P. está plenamente incriminada. La persona interesada en brindar su apoyo debe consignar toda la información requerida en formulario y firmar el documento. La forma de envío debe ser certificada y no causa costo para el ciudadano.*

*Si los apoyos no son suscritos en documento que observe todos los requisitos enunciados por el artículo 16 de la Ley 134 de 1994, o si los datos –salvo la firma- no son legibles o identificables, o si los datos o la firma son incompletos, falsos o erróneos, si se presentan dos firmas o suscripciones de apoyo de la misma mano, firmas mecánicas no manuscritas, si la persona no está inscrita en el censo electoral correspondiente o si no reside en la entidad territorial, la Registraduría debe anularlos.*

*A este punto es de aclarar que la incriminación penal de la obtención de apoyo mediante violencia debe comprender tanto el apoyo válido como el nulo. La falsedad material en documento público (Art. 287 C.P.) puede proporcionar adecuación típica a algunas de las anteriores irregularidades; este tipo, fusionado por el Estatuto de 2000, comprende cualquiera de las formas tradicionalmente consideradas para la falsedad material: alteración, fabricación, destrucción, contrahechura, reseñándose doctrinalmente a título meramente ejemplificativo, algunas hipótesis de comisión por creación de documento público falso, supresión de palabras, párrafos*

*o apartados de un documento público, alteración de guarismos, cifras o resultados consignados en documento público, llenar espacios en blanco si el agente no está autorizado para ello, adicionar párrafos o palabras en el texto del documento.*

### *Desistimiento, verificación de apoyos e inscripción del referendo*

*En relación con el referendo también se permite la figura del desistimiento realizado por los promotores, en decisión tomada por la mitad mas uno de los miembros del Comité, antes del vencimiento del plazo señalado para la recolección de apoyos; ha de tener motivación de conveniencia u oportunidad y presentarse personalmente ante el Registrador; a la misma se deben anexar los apoyos recogidos hasta la fecha del desistimiento.*

*El desistimiento posibilita a los promotores de una solicitud de referendo dar por terminado su propósito inicial y con ello el trámite de la iniciativa, figura perfectamente razonable pues las circunstancias iniciales que lo han motivado cambian, los fundamentos de oportunidad o conveniencia pueden haber desaparecido o verse modificadas de manera sustancial o, sencillamente, las cargas materiales, jurídicas y económicas que lleva consigo todo su trámite no pueden ser asumidas por el grupo.*

*La Registraduría con competencia en el respectivo nivel territorial, dentro del mes siguiente, ha de efectuar el conteo de los apoyos recogidos hasta el momento de la presentación del desistimiento y debe hacer público el resultado, señalando un término de quince para que el ciudadano, concejal o diputado que lo desee integre un nuevo Comité de promotores. Si se integra un nuevo comité éste dispone de lo que reste del plazo fijado al anterior, para surtir plenamente la fase de consecución de apoyos a fin de inscribir la solicitud de referendo Este plazo se inicia desde la inscripción del nuevo Comité ante el correspondiente Registrador y, consecuentemente, desde la fecha en que el vocero designado reciba los formularios de recolección de apoyos. En esta inscripción se indicará el nombre de los nuevos promotores y el número de apoyos recogidos hasta ese momento.*

*Como ya lo advertimos, la denegación o entorpecimiento de la inscripción del nuevo Comité de promotores es perfectamente incriminable de acuerdo con el artículo 396 inc. 2º C.P.*

*Con la entrega de los formularios de recolección de apoyos debidamente diligenciados Registrador del Estado Civil se debe proceder a la inscripción de la solicitud de referendo.*

*La solicitud de referendo debe ser definitivamente archivada si antes de que venza el plazo inicial de seis meses o su prórroga, si es del caso, los promotores no han completado el volumen de apoyos exigido.*

*Las autoridades electorales han de ser especialmente diligentes en la verificación de la regularidad y licitud de todo el procedimiento de recaudo y verificación de apoyos, así como respecto del contenido de los mismos; al efecto el Registrador Nacional del Estado Civil debe prescribir los procedimientos para las referidas verificaciones pudiendo adoptar técnicas de muestreo de comprobada eficacia técnica, mediando su aprobación por parte del Consejo Nacional Electoral.*

*El Registrador del Estado Civil correspondiente debe expedir certificado sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos, en el que aparecerán: número total de respaldos obtenidos, número de respaldos válidos, número de respaldos nulos y, finalmente el cabal cumplimiento de todos los requisitos constitucionales y legales que debe reunir cada uno de los apoyos a la solicitud de referendo. Para la expedición de certificación el Registrador cuenta con un mes que se contará desde la entrega de formularios por los promotores.*

*La transparencia y libertad en la suscripción o emisión del apoyo en referendo ha encontrado protección penal específica aunque parcial, en el tipo penal de constreñimiento al sufragante (Art. 387 C.P.), el cual incrimina el uso de las armas o la intimidación, con el fin de obtener en este mecanismo participativo “apoyo de un determinado sentido”; como tendremos ocasión de estudiarlo con mayor detenimiento en el análisis del tipo objetivo, la expresión “apoyo” es un elemento normativo, que hace referencia directa al ordenamiento extrapenal regulador de las instituciones participativas, que no puede*

*referirse sino a la fase de obtención del respaldo ciudadano, formal y expreso, mínimo para la convocatoria del certamen refrendatario; la expresión no puede hacer relación al apoyo moral así sea exteriorizado públicamente. De igual manera en la votación refrendataria el ciudadano no se manifiesta mediante acto que el ordenamiento denomine “apoyo”, sino mediante el voto en sentido estricto.*

*Infortunadamente la maniobra engañosa que efectivamente obtiene la suscripción del apoyo, no está comprendida en el delito de fraude al sufragante, el cual únicamente incrimina la obtención del voto refrendatario por los mencionados medios.*

*Nuevas solicitudes de referendo y nuevos términos para la recolección de apoyos*

*Luego de la inscripción del referendo, la Registraduría competente debe fijar el plazo de un mes para que los ciudadanos procedan a la inscripción de nuevas solicitudes de referendo sobre la misma materia; este evento se presentará únicamente en los casos en que los proyectos de la iniciativa popular hayan sido considerados y no aprobados por la Corporación Pública competente; estas solicitudes pueden ser antagónicas o complementarias de la primera, pero deben versar sobre la misma materia. Surtidas las nuevas inscripciones empieza a transcurrir un término de seis meses para que se verifique la recolección de firmas.*

*En referencia al trámite plural de solicitudes de referendo encontramos que ningún ciudadano puede otorgar su apoyo a varias, si ellas versan sobre la misma materia; el apoyo múltiple o ilegal no ha ingresado a la esfera punitiva, en la cual por lo pronto sólo se incrimina el voto múltiple en cuanto ejercicio efectivo del derecho al sufragio, que presente dichas características de ilicitud (Art. 391 C.P.); aquella acción quedará reservada a las consecuencias jurídicas que puede imponer la autoridad electoral y de reunir los restantes supuestos típicos se podrá examinar frente a los delitos de falsedad material o personal (Arts. 287 y 296 C.P.).*

*Características de la iniciativa popular susceptible de ser sometida a referendo*

*De las varias iniciativas sólo puede someterse referendo aquella que verse sobre una materia específica, la cual debe haber sido presentada en oportunidad ante el Registrador competente, encontrarse respaldada por el mayor número de apoyos válidos en relación con las restantes, el número de apoyos válidos recogidos debe ser del 10% o más del correspondiente censo electoral. Los promotores de la iniciativa seleccionada en virtud del anterior procedimiento harán campaña por el "SI".*

*El trámite, verificación y decisión sobre la autenticidad de los apoyos posee control jurisdiccional contencioso administrativo; así la Registraduría debe conservar y custodiar los formularios por un término de veinte días desde la expedición del certificado de cumplimiento de requisitos, durante este término los promotores pueden interponer las acciones contenciosas pertinentes, si por el procedimiento de anulación de firmas no se completó el número de apoyos requerido, caso en el cual la Registraduría debe conservar los formularios mientras se produce la definición judicial sobre el asunto. Una vez se han surtido los anteriores trámites no pueden ser admitidas nuevas solicitudes de referendo sobre la misma materia, hasta que no concluya en todas sus partes el proceso inicial.*

#### *Revisión de constitucionalidad y convocatoria*

*El mencionado número mínimo de apoyos válidos es necesario para que pueda surtir el trámite de revisión de constitucionalidad previa y posterior convocatoria. Si nos encontramos frente a una iniciativa popular que ha contado con un respaldo superior al diez por ciento del respectivo censo electoral, los promotores pueden solicitar la convocatoria a referendo sin tener que someterse al término de seis meses, para la recolección de apoyos, siempre que no haya otras solicitudes sobre la misma materia.*

*En los ámbitos departamental, municipal o distrital corresponde a los Tribunales de lo contencioso administrativo revisar la constitucionalidad o legalidad de los proyectos de ordenanza, acuerdo o resolución local cuyo referendo ha sido solicitado y se ha cumplido con los requisitos de la fase inicial. Con lo anterior se evita*

*que se someta a decisión del pueblo la aprobación de un proyecto de regulación que tenga vicios de ilegalidad o inconstitucionalidad.*

*Acreditados los requisitos constitucionales y legales el Presidente de la República, el gobernador y el alcalde municipal, distrital o local, según la clase de referendo frente al cual nos encontremos, lo convocará mediante decreto, en el término de ocho días contados a partir de la recepción de documentos; esta autoridad. adoptará todas las medidas necesarias para su realización.*

*Los documentos que se han de aportar para que proceda la convocatoria son: El certificado de la Registraduría en el que conste el cumplimiento del número de apoyos requerido y los demás requisitos de ley explicados y el fallo de constitucionalidad de la solicitud de referendo.*

#### *Organización de la votación en referendo*

*El referendo debe efectuarse en un término no mayor de seis meses desde la presentación de la solicitud. No es posible la acumulación de la votación de más de tres referendos para la misma fecha. La anterior prescripción se justifica en la medida en que, de una parte procura optimizar la utilización de la infraestructura electoral y, de otra, evita que la acumulación de un número demasiado amplio de iniciativas, confundan o dificulten la labor del sufragante.*

*Las votaciones de los referendos nacional, departamental, municipal o local, no pueden verificarse simultáneamente con otro acto de naturaleza electoral o votación pública. La anterior prescripción imprime relieve democrático a esta forma participativa y evita el desvío del interés y la importancia que deben otorgar los ciudadanos a su ejercicio: se trata de la manifestación popular imperativa sobre la aprobación o derogación de un cuerpo normativo -ley, ordenanza, acuerdo o resolución local-.*

*La campaña se ha de adelantar frente a dos posibilidades por el "Sí" o por el "No". El periodo de agitación, convencimiento o persuasión se contrae a la actividad de los promotores en orden a la defensa y triunfo del "Sí". Podrán realizar acciones de persuasión por el "Sí" o por el "No", los promotores de las iniciativas, sobre la misma materia,*

*que no hayan obtenido el mayor número de respaldos pero han contado por lo menos con el apoyo del diez por ciento del censo electoral, siempre en directa referencia a la iniciativa sometida a referendo; todas estas personas gozan de facilidades para el acceso a los medios de comunicación. La etapa de agitación suele ser escenario propicio para la realización de los tipos penales de constreñimiento y corrupción al sufragante (Arts. 387 inc. 2º y 390 inc. 2º C.P.).*

*En relación con el referendo no hay en la práctica periodo de veda o prohibición de la agitación electoral pues la campaña finaliza a las 12 de la noche del día anterior a la fecha en que ha de llevarse a cabo la votación. El periodo de veda se contrae al mínimo lo cual no permite la adecuada reflexión del ciudadano sobre el sentido de su decisión, la cual puede verse influida por los mecanismos de promoción y convencimiento que utilicen las diferentes campañas.*

*El Presidente de la República por medio de decreto legislativo y aduciendo motivos de orden público, puede suspender la realización de la votación de un referendo habiendo decretado cualquiera de los estados de excepción.*

*De igual forma la votación puede ser suspendida cuando se establezca la posibilidad de que la misma puede afectar el orden público o cuando se adviertan condiciones o circunstancias de intimidación para los sufragantes. Los actos por medio de los cuales se suspende la votación de un referendo tiene como requisito la firma de todos los Ministros y sobre ellos debe ejercerse control jurisdiccional por parte de la Corte Constitucional, que determinará de manera definitiva su adecuación al Ordenamiento superior.*

*De igual manera la suspensión del referendo posee control político, en la medida que el Presidente de la República ha de enviar al Congreso el respectivo decreto, dentro de los tres días siguientes a su expedición, con un informe que fundamente o explique las razones que se tuvieron en cuenta para tomar la decisión.*

*Votación y adopción de la decisión en referendo*

*El diseño final del tarjetón para referendo debe ser realizado por el Registrador competente, pero el él deben constar por lo menos:*

- *Pregunta cerrada sobre si el ciudadano ratifica o deroga la norma que se le somete a consideración*
- *Tres casillas, una para el “SI”, otra para el “NO” y la última reservada para el voto en blanco.*
- *Texto integral del articulado que se somete a referendo.*

*El tarjetón en referendo puede tener dos opciones en cuanto a su diseño y presentación; en primer término que permita al sufragante el voto a favor, en contra o en blanco respecto del contenido de todo el proyecto o, en segundo lugar, las mismas opciones para cada uno de los artículos del proyecto, alternativas que sin duda entorpecerán o imposibilitarán el adecuado ejercicio, y con ello el del derecho al sufragio, en cuanto se incorpore un número elevado de artículos, al ser claras las dificultades que se presentan para su votación global y mucho más si se exige la definición expresa sobre cada uno de ellos.*

*La votación pública del referendo encuentra plena protección penal por vía del artículo 386 C.P. en cuanto a su perturbación, obstaculización o impedimento absoluto por medio de maniobra engañosa (inc. 1º Idem) o violencia ya que es uno de los mecanismos participativos enunciados por el artículo 103 C.N. que involucra el ejercicio del sufragio consolidado en un certamen público o popular, vale decir, que en é puede intervenir todo el pueblo o participar todo el llamado cuerpo electoral.*

*De igual forma el uso de las armas o de la amenaza o intimidación con el fin de obtener en referendo votación en determinado sentido – por el “Sí”, por el “No” o voto en blanco-, se encuentra cabalmente incriminada por el artículo 387 inciso 2º C.P. El uso de artificio o el engaño que efectivamente obtenga votación refrendataria en alguno de los referidos sentidos, se encuentra comprendida en el artículo 388 inciso 2º C.P.*

*La protección integral del voto refredatario se extiende además a los tipos penales de corrupción al sufragante (Art. 390 inc. 2º C.P.) –*

*obtención efectiva del voto en determinado sentido mediante promesa, pago, entrega de dinero o dádiva-, al igual que su aceptación con idéntico resultado –tipo bilateral-, incriminada por el inciso 3º Idem. Finalmente en la votación del referendo encuentran aplicación y eventual aplicación los tipos de voto fraudulento (Art. 391 C.P.) y favorecimiento del mismo (Art. 392 Id.), al incriminar el voto múltiple y el voto ilegal, lo mismo que su permisión dolosa por parte de servidor público.*

#### *Votación mínima para decidir en referendo*

*Para que la decisión posea fuerza obligatoria es necesario que el referendo sea aprobado por la mitad más uno de los votantes y en el certamen debe haber participado con el voto por lo menos la cuarta parte de los ciudadanos que integran el respectivo censo electoral.*

*Finalmente el acto adoptado en referendo es considerado en sentidos orgánico, funcional y material ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según sea la corporación competente para aprobarlo -Congreso de la República, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, Distritales o Juntas Administradoras Locales-.*

*El escrutinio refrendatario, su pureza y adecuado desarrollo es protegido por vía del artículo 386 C.P. en cuanto al engaño o violencia que lo perturbe o impida; al tiempo que el artículo 394 Id. protege la pureza y transparencia de los resultados de la votación en referendo, incriminando su alteración o la introducción indebida de documentos o tarjetones que no alcance a configurar alguna de las restantes infracciones atentatorias del derecho al sufragio.*

*Forma parte de este mecanismo de participación el acto de promulgación, el cual deberá ser realizado por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde por medio de su correspondiente sanción y publicación.*

*La respectiva normatividad -actos legislativos, leyes, ordenanzas, acuerdos y resoluciones locales entran en vigencia a partir de su publicación salvo que en su texto –sometido y aprobado en referendo- se señale fecha diferente.*

### *Efectos derogatorios del referendo*

*El referendo aprobado por el pueblo también tiene como consecuencia la derogatoria de las normas que le sean contrarias y que hayan sido aprobadas por la respectiva Corporación Pública.*

*Las materias o temas de normas derogadas o aprobadas en ejercicio del referendo no pueden ser objeto de nueva decisión dentro de los dos años siguientes, salvo que tal decisión se tome por la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación Pública competente; límite temporal para la decisión adoptada. De igual forma tratándose de referendos nacionales no es procedente la solicitud de referendo sobre el mismo asunto hasta pasados dos años de adoptada la primera decisión. Esta prescripción evita el desgaste de esta figura participativa pues evita la convocatoria reiterada y sucesiva al pueblo para que se pronuncie sobre el mismo tema.*

### **TEMA VI. ELECCIÓN DE AUTORIDADES LOCALES. TRASTEEO ELECTORAL.**

“Cuando en la elección de autoridades locales participen ciudadanos residentes en otros municipios, el voto cumplido en estas condiciones es nulo. Para poder declarar la nulidad que resulta de la infracción del artículo 316 Superior, se requiere demostrar a) que los inscritos no residen en el respectivo municipio, que es el lugar indicado bajo la gravedad de juramento al momento de la inscripción; b) que efectivamente votaron y c) que los votos así depositados cambian el resultado electoral.”

#### **TRASTEEO ELECTORAL. HIPÓTESIS. FUENTE CONSTITUCIONAL.**

“El demandante solicita la nulidad de la elección de concejales del municipio de Albania (Guajira), para el periodo 2001-2003, contenido en el formulario E-26AG de noviembre 3 de 2000 en la circunscripción electoral de Albania, votaron personas cuya inscripción de sus cédulas en dicho municipio habían sido invalidada por el Consejo Nacional Electoral, como violación directa del artículo 316 de la C.N.y del 223-2 del C.C.A, porque los votos así depositados en los falsos o apócrifos y, por consiguiente, las actas de escrutinio de los jurados de votación y de los actos que declaran la elección también lo son.

“El primero de los artículos cuya violación invoca el demandante, es del siguiente tenor literal:

“Artículo 116 de la CN.: En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.”.

“De conformidad con el precepto Constitucional citado, cuando en la elección de autoridades locales participen ciudadanos residentes en otros municipios, se viola flagrantemente la norma superior y por consiguiente, el voto cumplido estas condiciones es nulo.”

#### RESIDENCIA ELECTORAL. INSCRIPCIÓN

“El artículo 40. de la Ley 163 de 1994, define la residencia electoral, para efectos de los dispuesto en el artículo 316 de la C.N., así:

“...aquella donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral.

“Se entiende que, con la inscripción, el votante declara bajo gravedad de juramento, residir en el respectivo municipio.”

“Para poder declarar la nulidad que resulta de la infracción el artículo 316 Superior, se requiere demostrar : a) que los inscritos no residen en el respectivo municipio, que es el lugar indicado bajo gravedad de juramento al momento de la inscripción; b) que efectivamente votaron y c) que los votos así depositados cambian el resultado electora.

“a) Que los inscritos no residían en el municipio de Albania (Guajira).Este aspecto se encuentra plenamente demostrado en el expediente, toda vez que el Consejo Nacional Electoral con fundamento en lo establecido en el artículo 40. de la Ley 163 de 1994, reglamentado por la Resolución No. 0424 de 2000, adelantó la actuación administrativa que culminó con la expedición de las Resoluciones números 972 de septiembre 27, 1218 de octubre 18, 1372 de octubre 25, 1432 y 1433 de octubre 27, todas correspondientes al año 2000, por medio de las cuales dejó sin efectos la inscripción de 59

de las cédulas relacionadas por el demandante en el numeral 2 de los hechos de la demanda.

“b) Se debe demostrar dentro del proceso, que esas personas cuyas cédulas fueron excluidas de los registros de votantes, efectivamente sufragaron.

“Al respecto se advierte que según consta en los respectivos Registros de Votantes (formularios E-11), los ciudadanos que votaron sin estar habilitados para ello, por haber sido excluidos de las listas de inscritos mediante Resolución del Consejo Nacional Electoral, son los siguientes:

....

“c) Ahora bien, para que estos votos depositados contraviniendo la prohibición constitucional den lugar a la declaratoria de nulidad de la elección es necesario que su número sea de tal proporción que cambie el resultado obtenido en los escrutinios. En este caso la diferencia de votos registrada entre el señor (A) elegido concejal del municipio de Albania Guajira en el ultimo renglón con 183 votos y el señor (B) quien le siguen en orden de votación con 168 y no resultó elegido, es de 15 votos y como el numero de personas que votaron sin estar habilitadas para ello fue de 58, esta cifra sobrepasa ampliamente la diferencia de votos entre el último renglón de la lista de concejales elegidos y el que le sigue en orden de votación, lo cual implica el resultado electoral si puede ser multado con el número de votos anulable.

“Asi las cosas, concluye la Sala que se encuentra debidamente probado en el expediente que en los comicios realizados en el municipio de Albania (Guajira) el 29 de octubre de 2000 para la elección de Consejo Municipal en las mesas 001, 002, 003 y 004 de Cuestecita, y 008 de Albania, 001 de Huare Huaren y 002 de Los Remedios votaron 58 personas cuya inscripción de cédula había sido excluida del respectivo Censo Electoral del municipio de Albania (Guajira) porque no residían en ese municipio y que los votos irregularmente depositados inciden en el resultado electora y que pueden determinar que el resultado cambie, por lo cual se configura la causal de nulidad invocada y hay lugar a declararla. Ser revocará, en consecuencia, la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarará nulo el acto declaratorio de elección de miembros del consejo municipal de Albania (Guajira),

contenido en el Acta Parcial de Escrutinio E-26 de noviembre 3 de 2000 y se ordenará la realización de un nuevo escrutinio con la exclusión de las mesas donde se comprobó que votaron las personas que no estaban habilitadas para hacerlo.

“La Sala no comparte la alegación de la apoderada de los demandados en el sentido de que como no existe constancia de la notificación personal e las resoluciones por medio de las cuales el C.N.E. dejó sin efecto la inscripción de cédulas, estos actos no tienen validez ni eficacia porque, tal como lo expreso esta Sala, dichos actos administrativos son de aplicación inmediata. Se transcribe a continuación, el aparte pertinente de la sentencia de diciembre 10 de 1998, Expediente No.2121 que dice:

“Este acto administrativo, como lo ha venido reiterando la Sala por su naturaleza, es una decisión de policía administrativa de aplicación inmediata, en los términos del artículo 10. del C.C.A. cuyo fin es “evitar o remediar una perturbación del orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas o cosas” y como resulta de lo establecido en el artículo 40. de la Ley 163 de 1994, donde se señala que sin perjuicio a las sanciones penales, cuando mediante el procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no residen en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción. Lo anterior es aplicable, aun cuando contra esa decisión procediera, por la vía gubernativa, un recurso de reposición”.

“Aparece certificación expedida por el señor Registrador Municipal en términos de que el día 29 de octubre a las 6.am entrego a los delegados municipales de los corregimientos de Huare Huaren, los Remedios, Cuestecitas el listado de las personas que no podían sufragar en el municipio porque el C.N.E. habia dejado sin efecto la inscripción de sus cédulas, y que la misma fue entregada a todos los jurados de la cabecera municipal. quienes dispusieron oportunamente de la información y los medios necesarios para impedir que se produjera la votación ilegal.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá, Sentencia noviembre 2 de 2001)

**TRASTEIO ELECTORAL. CONSECUENCIAS ADMINISTRATIVAS**

“El segundo cargo plantado por el demandante que consiste en que el acto que declaró la elección de los demandados incurrió en la causal del artículo 223-2 del C.C.A., también prospera, toda vez que al haberse demostrado dentro del proceso que en las elecciones celebradas el 29 de abril de 2000 para elegir concejales de Albania (Guajira), sufragaron personas que no eran residentes en ese municipio y declararon contra la verdad que si lo eran, para inscribir la cédula en el respectivo censo electoral, configura la falsedad del registro y consecuentemente de los escrutinios al originar unos resultados electorales fundados en documentos falsos que vician de nulidad los escrutinios y el acto que declaró la elección”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá, Sentencia noviembre 2 de 2001)

## COMENTARIOS

En la primera etapa del proceso electoral denominada etapa preparatoria ubicamos la confección del censo electoral –registro general de ciudadanos- y la inscripción del elector, fase que se puede extender hasta bien avanzada la campaña; el registro establece el número de ciudadanos aptos para votar y la inscripción es una manifestación de voluntad del elector que desea sufragar en el sitio más cercano a su residencia; en ambos casos se surte su incorporación al listado o censo electoral, el cual es tramitado, confeccionado, organizado y actualizado por la autoridad electoral. La ciudadanía es requisito previo para el registro y la inscripción como elector y se debe surtir en el sitio de residencia de la persona.

El censo electoral es un listado permanente de todos los ciudadanos inscritos o registrados, que tienen derecho a votar; se debe encontrar actualizado y listo para ser utilizado en certamen democrático, en cada distrito o municipio. El censo electoral asegura la regularidad y corrección de las listas de electores y sin duda previene diversas formas de fraude electoral; adicionalmente la continuidad del censo evita múltiples problemas que se presentarían si su confección o actualización se deja para fechas próximas a la elección. La modernización y centralización del listado electoral evita que un ciudadano aparezca habilitado para votar en varios lugares.

El censo electoral se ve modificado en primer término por las nuevas cédulas de ciudadanía expedidas (Arts. 66 y 76 C.E.), las cédulas de personas fallecidas reportadas (Art. 69 C.E.), los nuevos residentes en el exterior, las personas incorporadas y desvinculadas de la Fuerza Pública (Arts. 219 C.N y 86 C.E.), quienes por vía judicial padecen la suspensión del ejercicio de sus derechos políticos (Art. 70 C.E.), la inscripción de ciudadanos para efectos electorales -acto que como ya lo advertimos determina el lugar donde el ciudadano desea sufragar- (Art. 80 C.E.) y, finalmente, por el listado de ciudadanos que han obtenido la rehabilitación para el ejercicio de sus derechos políticos (Art. 71 C.E.).

### La inscripción de ciudadanos

La inscripción exige la presencia del ciudadano, la exhibición de su cédula de ciudadanía, la impresión de su índice derecho y la indicación de la dirección de su residencia. De esta forma pueden inscribirse quienes no se encuentren registrados en el censo electoral, quienes deseen modificar el lugar de votación y quienes se encuentren privados de la libertad (Art. 57 Ley 65 de 1993), bajo medida cautelar de aseguramiento, vale decir, que no estén condenados a pena de prisión que de acuerdo con el artículo 52 inc. 3º C.P. conlleva la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. “Entonces, son nulas, en lo que corresponden, las inscripciones de quienes afirman contra la verdad residir en un determinado municipio y lo son en consecuencia los registros formados con base en esas inscripciones nulas, y también las actas de escrutinio.

La incriminación de la acción de fraude en inscripción de cédulas (Art. 389 C.P.) parte del principio normativo según el cual este acto se ha de realizar en el lugar de residencia del ciudadano pero hace referencia directa a la posibilidad que el mismo altere los resultados de una votación popular en violación del artículo 316 C.N.

La acriminación (Art. 389 C.P.) debe tener cobertura para la inscripción con cambio de circunscripción electoral, en las elecciones a Cámara de representantes, asambleas departamentales y gobernaciones, así como en el ejercicio de mecanismos participativos en los referidos ámbitos, siempre que el acto tenga la potencialidad y

específica finalidad de alterar el resultado de las referidas votaciones.

A los propósitos anteriores el artículo 183 de la Ley 136 de 1994 define que para los efectos del artículo 316 C.N. se entiende por residencia el lugar donde una persona habita o de manera regular está de asiento, ejerce su profesión u oficio o posee alguno de sus negocios o empleo. Al mismo tiempo el artículo 4º de la Ley 163 de 1994 establece que para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 C.N. “la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral;” las dos normas no son contradictorias.

El ciudadano puede inscribirse varias veces y en diferentes lugares, cualquier persona puede realizar en periodos cortos de tiempo sendos cambios de residencia, pero la última inscripción deja sin vigencia las anteriores. De acuerdo con el artículo 4º de la ley 163 de 1994 con el acto de inscripción de su cédula el ciudadano declara bajo la gravedad del juramento que reside en el respectivo municipio o distrito; la anterior prescripción soluciona la incriminación del acto de quien se inscribe en las condiciones reseñadas por el artículo 389 C.P., pues como se observa dicho tipo penal sólo tipifica la acción de quien obtiene la inscripción irregular de terceras personas habilitadas para votar con la finalidad reseñada por la norma; la acción del ciudadano que efectivamente se inscribe ingresa a la cobertura penal general por vía del delito de falso testimonio (Art. 441 C.P.) pues falta a la verdad, en acto administrativo, bajo la gravedad del juramento (Ver, PABÓN PARRA, Pedro Alfonso, Delitos contra la Administración de Justicia, Grupo Editorial Leyer, Bogotá, 1998, ps. 215 y ss.)

De otra parte, el servidor público que realiza la inscripción sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 78 C.E. ingresa a la esfera penal por los derroteros del prevaricato por acción si el acto reúne las exigencias típicas del artículo 413 C.P. o por vía del tipo subsidiario de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (Art. 416 C.P.).

## **TEMA VII. ELECCIONES. Consejos municipales. Causas de nulidad administrativa**

“En los procesos electorales no solo procede la declaración de nulidad de los actos de elección de carácter popular por las causales establecidas en los artículos 223, 227 y 228 del Código Contencioso

Administrativo, sino igualmente por los motivos señalados en el artículo 84 ibídem, entre estos la violación de la norma superior. Y en otros casos unos de esos hechos podrían configurar la causal de nulidad consagrada en el artículo 223, numeral 3, del Código Contencioso Administrativo. No todas las irregularidades que se produzcan en la etapa de escrutinios o al momento de la declaratoria de elección configura causal de nulidad del acto de elección.”

## PROCESO DE ELECCIÓN MUNICIPAL. IRREGULARIDADES

“En este proceso, en lo fundamental, se pretende la declaración de nulidad del acto que declaró la elección de los concejales Municipales de Plato (Magdalena) para el periodo 1998 de 1997 de los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

“Como causa para impedir la nulidad se aduce una serie de derechos irregulares, que, según el demandante ocurrieron en la etapa de las votaciones, así como en la previa y aún en la posterior.

“El Tribunal denegó las pretensiones con los argumentos principales de que no todas las irregularidades que se produzcan en la etapa de escrutinios o al momento de la declaratoria de elección configura causal de nulidad del acto de elección, pues las causales de reclamación que contempla el artículo 42 de la ley 96 de 1985 desaparecieron y, por tanto, los hechos aducidos no tienen la virtualidad jurídica para ser tenidos como causales de nulidad.

“Al respecto la Sala advierte que, en realidad, los hechos plantados por el actos no constituyen las causales de reclamación contempladas en el Código Electoral -artículos 122 y 192- Esos hechos, en caso de encontrarse probados, podrían llegar a construir causal de nulidad de la elección por violación de normas superiores, pues se debe tener en cuenta que esta Sala definió que en los procesos electorales no solo procede la declaración de nulidad de los actos de elección de carácter popular por las causales establecidas en los artículos 223, 227 y 228 del C.C.A., sino igualmente por los motivos señalados en el artículo 84 ibídem, entre estas la violación de norma superior (sentencias del 10. de Junio de 1999, expedientes número 2238; Consejero Ponente el mismo de éste). Y en otros casos unos de esos hechos podrían

configurar la causal de nulidad consagrada en el artículo 223, numeral 3, del C.C.A.

“Pero ocurre que ninguno de los numerosos hechos irregulares propuestos por el demandante se encuentra demostrados y, por tanto, ésta es la razón fundamental para negar las pretensiones de la demanda.

“El demandante pretende derivar consecuencias jurídicas para la declaración de nulidad de la elección de Concejales de Plato de la Resolución número 932 de 1997 del Consejo Nacional Electoral que dejó sin efectos la totalidad de inscripción de cédulas realizadas entre el 3 de julio y el 3 de Agosto de 1997 para las elecciones del 26 de octubre de ese año, pues plantea que a continuación de esa decisión se omitieron unos tramites - expedición de Resolución fijando, nuevamente el numero de mesas y ciudadanos que podían votar en cada una de ellas- que facilitaron la posibilidad de que votaran personas cuya inscripción de la cédula se había anulado.

“Ese cargo no prospera, pues, de un lado ninguna norma legal o reglamentaria exige que con posterioridad a la expedición de la Resolución del Consejo Nacional Electoral que deja sin efectos la inscripción de cédulas, se expida una Resolución señalando nuevamente el numero de mesas y ciudadanos que puedan votar en ellas, y, de otro, no se probó el hecho de que, efectivamente, personas cuya inscripción de cédula hubiese sido anulada hubieran depositado su voto para la elección de Concejales Municipales de Plato, dado que no se adelantó ninguna labor probatoria sobre el particular.

“De otra parte, no es cierto la afirmación del demandante en el sentido de que la Registraduría no expidió Resolución señalando los lugares de la cabecera municipal en donde funcionarían los jurados de votación, pues por el contrario, mediante la Resolución número 03 de 1997 la Registraduría Municipal del Estado Civil designó los jurados de votación, con inclusión de la mesa respectiva y del lugar en donde se instalaban dichas mesas.

“Tampoco se encuentra demostrado que no se hubieran fijado las listas de sufragantes en lugar público inmediato a las respectivas mesas, conforme lo exige el artículo 87 del Código Electoral, y, mucho menos,

que por ese hecho, los ciudadanos dispuestos a votar hubieran sido engañados por los jurados de votación.

“No se demostró el hecho de que la Registraduría hubiera nombrado como jurados de votación, en proporción del 90%, a ciudadanos propuestos por el directorio político del Grupo (A) y tampoco que estos hubieran favorecido a los simpatizantes de este grupo, como para deducir una posible violación del artículo 102 del Código Electoral que establece la posibilidad que las directivas políticas suministren listas de candidatos a jurados de votación o del artículo 10. ibidem que consagra el principio de imparcialidad de los funcionarios en las votaciones y escrutinios.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Dario Quiñones Pinilla, Sentencia Diciembre 14 de 2000)

#### ELECCIONES. TARJETON

De conformidad con el artículo 258 de la Carta Política los ciudadanos votaran con tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad. Y no se demostró que en las elecciones populares efectuadas en Plato el 26 de Octubre de 1997 se hubiera desconocido esta disposición constitucional.”

#### PERTURBACIÓN ELECTORAL

“Tampoco se demostró que a los testigos electorales del Grupo Político (B) se les hubiera impedido por la Policía Nacional el ingreso a las zonas de votación y que, por tanto, o pudieran presenciar la instalación de las mesas y la realización de los escrutinios.

“Ninguna prueba se acompañó ni se pidió para demostrar el parentesco entre el Alcalde del Municipio y los candidatos a la Asamblea y el Consejo.

Tampoco se indicó en la demanda una posible causal de inhabilidad. Y no obra ninguna prueba de la participación del Alcalde, separado del proceso de votaciones, en el mismo, ni de presiones ejercidas por este a los electores.

“El demandante dice que las votaciones se incoaron a las diez y treinta minutos de la mañana y se cerraron antes de las cuatro de la tarde. Sin

embargo, no existe prueba suficiente de ese hecho. En efecto, por el contrario, los declarantes, quienes actuaron, respectivamente, como coordinador de la candidatura, testigo electoral y candidato al Consejo, manifestaron ante el Tribunal que en los corregimientos de San Antonio del Río, Cerro Grande y San José las votaciones se iniciaron a las ocho (8) a.m. Es cierto que el señor (X) en una de sus respuestas de la declaración que igualmente rindió en el Tribunal expresó lo siguiente: “Como capitán estuve fuera de la zona de votación a las ocho menos cuarto de la mañana donde hubo dos largas colas, en ese lapso de las ocho menos cuarto de la mañana a las diez que vinieron a abrir las votaciones . Esto fue en el Consejo Mixto Gabriel Escobar Ballestas donde funciono el único puesto de votación de la Cabecera de Plato” (el subrayado es de la sala). Pero de esa solo afirmación no se puede concluir que, efectivamente, las votaciones se hubieran iniciado después de las ocho de la mañana, pues en relación con ese punto, en realidad, hace una referencia tangencial, sin indicación de razones de su dicho. Y esa versión no tiene ninguna corroboración con otra prueba.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Dario Quiñones Pinilla, Sentencia Diciembre 14 de 2000)

#### ELECCIONES. HORARIO

“De acuerdo con el artículo 111 del Código Electora las votaciones principiarán a las ocho (8) de la mañana y se cerrarán a las cuatro (4) de la tarde Pero el desconocimiento de esa norma en una elecciones determinadas y la incidencia de aquél en los resultados de las votaciones se deben demostrar para considerar la posibilidad de la nulidad del acto que declara la respectiva elección.”

#### VOTO SECRETO

“El artículo 258 de la Carta Política preceptúa que los ciudadanos votarán secretamente en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación. Y el artículo 125 del Código Electoral, adicionado por el artículo 20. de la Ley 62 de 1988, dispone que en el mismo sitio donde funcione el jurado de votación , la Registraduría y la Alcaldía Municipal instalarán un cubiculo dentro del cual cada elector escogerá libremente y en secreto la tarjeta electoral. Dicho cubiculo estará cubierto por una cortina o protegido por un biombo o cancel de tal

manera que el ciudadano quede aislado de los demás electores y miembros del jurado en el momento de decidir su voto por cualquiera de los candidatos a la Presidencia de la República. Sin embargo, el demandante, aunque lo firma, no demostró que los cubículos instalados para las votaciones de la elección de Plato no reunieran las características indicadas en esas normas para garantizar de esa manera que los electores depositaran su voto secreto y libremente.”

#### ARCA TRICLAVE. PERTURBACIÓN ELECTORAL

“No se demostró que los pliegos electorales se hubieran introducido en el arca triclave extemporáneamente ni tampoco que se hubiera abierto antes del escrutinio, pues no existe ninguna prueba sobre el particular.

“Ahora, los demás hechos que fueron planteados en la demanda y que pudieran afectar el proceso de las votaciones en cuatro a la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos, así como el principio de la imparcialidad, no se demostraron. No se comprobó que la Policía Nacional hubiese impedido el acceso a los ciudadanos a las zonas de votación, las facilidades otorgadas a unos electores para votar e contraste con las dificultades impuestas a otros, ni que miembros de la Policía Nacional y jurado de votación sugirieran a los ciudadanos que emitieran su voto por determinados candidatos.

“De manera que, como ya se anotó, las pretensiones de la demanda se debe negar en razón a que los hechos planteados como sustento de las mismas no tienen demostración procesal. En realidad fueron muy pocas las pruebas aportadas y a pesar de que se solicitó un gran número de testimonios, los declarantes, con las excepciones ya señalada, no concurrieron al Tribunal a pesar de las citaciones que se hicieron. Y las pruebas que obran en el expediente no demuestran ninguno de los hechos.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla, Sentencia Diciembre 14 de 2000)

#### COMENTARIOS

*El sufragio se ejerce en las votaciones públicas pero desde un punto de vista material su desarrollo comprende otros actos previos, como la inscripción electoral del ciudadano en orden a la configuración de*

*las listas electorales o censo electoral, en cuanto condición para su ejercicio y cumplimiento.*

*La votación pública, también denominada genéricamente elección popular, se erige en objeto material de los tipos penales nominados “perturbación de certamen democrático” (Art. 386 C.P.) , “alteración de resultados electorales” (Art. 394 Idem), en referencia a las acciones de perturbarla, impedirle o alterar sus resultados, así mismo hace parte del complemento subjetivo del tipo de fraude en inscripción de cédulas descrito en el artículo 389 Id. No obstante, el contenido material finalista de las acciones determinadas en los restantes tipos penales que involucran el voto, se debe radicar en su eventual ejercicio “en votación pública”; así el voto cuya finalidad se pretende en el delito de constreñimiento (Art 387 C.P.), el voto que efectivamente se obtiene por el medio reseñado en el artículo 388 Id., el voto fin en la corrupción de sufragante (Art. 390 Id.), el voto plural o ilegítimo emitido o favorecido según los artículos 391 y 392, en la práctica todos ellos se han de verificar –actual o eventualmente- en una elección popular. Así, el mencionado ámbito material de realización, que involucra los aspectos temporal y espacial, en nuestro Ordenamiento se puede clasificar de la siguiente manera.*

*a) Elecciones presidenciales*

*Las destinadas a elegir Presidente y Vicepresidente de la República en los Estados con sistema presidencial como Colombia; por la importancia que adquiere en esta forma de gobierno la figura presidencial, estas elecciones son de suma trascendencia e interés.*

*b) Elecciones para cuerpos colegiados*

*Por medio de las cuales se integra el Congreso y otras corporaciones colegiadas: asambleas departamentales, concejos municipales y juntas administradoras locales.*

*c) Elecciones para proveer cargos unipersonales*

*Elección de mandatarios departamentales, municipales o distritales y otros cargos personales cuya provisión debe ser realizada por el pueblo por medio de votación.*

*d) Elecciones refrendatarias o plebiscitarias o de consulta popular*

*Por medio de las cuales se realizan varios mecanismos de participación democrática: el referendo, el plebiscito y la consulta, en virtud de los cuales el pueblo es convocado para decidir sobre un determinado asunto o conjunto normativo.*

*e) Elecciones de iniciativa popular*

*En ellas el pueblo se pronuncia sobre proyectos normativos, temas o cuestiones propuestas por el mismo, en ellas se concreta la llamada democracia directa. Dentro de estas votaciones encontramos aquellas que desarrollan mecanismos directos de participación democrática como el referendo por iniciativa popular, la consulta popular y la revocatoria del mandato*

*f) Otros certámenes de elección*

*El referido artículo 260 de la Carta establece la elección popular de otras autoridades o funcionarios señalados en norma superior, dentro de los cuales encontramos la elección de representantes ciudadanos en las Juntas de las empresas que presten servicios públicos dentro de la respectiva entidad territorial (Art. 106 C.N.).*

*De acuerdo con el artículo 227 in fine Idem. la ley puede establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano (Art. 227 in fine C.N.) y para la elección de los Jueces de Paz (Art. 247 C.N.)*

*De otra parte, son mecanismos directos de participación democrática el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (Arts. 40, 103 a 106 C.N.).*

*g) Certámenes democráticos de elección según su ámbito territorial y periodicidad*

*- Nivel nacional*

*Para Presidente y Vicepresidente de la República que se realizan cada cuatro años.*

*El artículo 190 C.N. dispone que el Presidente de la República será elegido por los ciudadanos, para periodos de cuatro años, por los ciudadanos que depositen en la fecha fijada al efecto la mitad más uno de los respectivos votos, si ninguno de los candidatos obtiene tal volumen de votación, los dos candidatos que hayan obtenido el mayor número irán a la segunda vuelta que se realizará tres semanas después.*

*El Vicepresidente de la República debe integrar la misma fórmula en la que se encuentre el nombre del candidato a la Presidencia, y será elegido conjuntamente con este. Si se presenta segunda vuelta, la fórmula debe ser la misma inscrita para la primera votación.*

*Para miembros del Congreso, cada cuatro años.*

*El artículo 171 C.N. señala que los senadores son elegidos en circunscripción nacional, en número de cien. Las comunidades indígenas tienen derecho a elegir dos senadores por cuociente electoral. Los ciudadanos colombianos residentes en el exterior votarán para las elecciones presidenciales y de Senado. El artículo 132 Id. indica que representantes y senadores desempeñan las funciones representativas para las cuales han sido elegidos durante un periodo de cuatro años, contado desde el veinte de julio siguiente a su elección.*

*En referencia a los Representantes a la Cámara ellos son elegidos en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales de conformidad con el artículo 176 C.N.*

*- Niveles departamental, distrital, municipal y local*

*Para autoridades departamentales y municipales: Gobernadores, diputados, alcaldes y concejales, cada 3 años.*

*El artículo 286 C.N. son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas; los departamentos tienen como cabezas administrativas, los gobernadores y las asambleas departamentales; estas son corporaciones de dicha naturaleza que de acuerdo con el artículo 299 C.N. no pueden poseer menos de once miembros ni más de treinta y uno –diputados ha elegir en votación popular.*

*La organización de los municipios se compone de una corporación también de naturaleza administrativa elegida en votación popular para periodos de tres años –concejo municipal-, que no puede estar integrada por menos de siete miembros ni más de veinte, en relación a su población. Los alcaldes municipales son elegidos también para un periodo de tres años en votación popular. (Art. 312 C.N.)*

*El Distrito Capital de Bogotá, es capital del país y sede del gobierno central, está dirigido por su Alcalde mayor y un Concejo Distrital; políticamente se divide en localidades especiales (Art. 322 C.N.), cada una de ellas posee una Junta Administradora Local también elegida popularmente para periodos de tres años, que se integrará por lo menos por siete ediles. La elección de alcalde mayor, concejo distrital y ediles se debe realizar el mismo día. (Arts. 262, 293, 323 inciso 30. C.N.).*

*Según el artículo 326 de la Carta los municipios circunvecinos al Distrito Capital, pueden incorporarse a él si así lo determinan los ciudadanos que residan en ellos por medio de votación pública, que sólo puede tener lugar si el concejo distrital manifiesta su acuerdo con dicha vinculación.*

*Por iniciativa del alcalde, personero municipal, de la mayoría de los miembros del concejo municipal o de grupos de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral, municipal o distrital, por medio de acuerdo del concejo se convocará a elecciones de jueces de paz y de reconsideración (Art. 11 Ley 497 de 1999). Estos administradores de justicia en equidad han de ser elegidos en votación popular por los ciudadanos de las comunidades ubicadas en la respectiva circunscripción electoral, para periodos de cinco años reelegibles en forma inmediata (Art. 13 Idem)*

**TEMA VIII. ELECCIONES. Causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación . Registro falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.**

**CENSO ELECTORAL. FALSEDAD IDEOLÓGICA**

“Dijo el demandante que desde el momento en que la Registraduría Nacional del Estado Civil envió el censo electoral desactualizado correspondiente a la circunscripción electoral a la Registraduría de ese municipio, se tipificó una falsedad ideológica, que es causal de nulidad, según lo dispuesto en el artículo 223, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, ya que por causas desconocidas se contravino lo ordenado en la Resolución 843 de 15 de octubre de 1997 proferida por el Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se estableció que los ciudadanos allí mencionados no podían votar el día 26 de octubre de 1997, no obstante lo cual fueron autorizados para votar por el Registrador del municipio, hecho de que por sí constituye un fraude electoral y que hace nulas las elecciones.

El artículo 223, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo dice:

“ARTICULO 223. Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

(...).

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

(...).”

**RESIDENCIA ELECTORAL**

“El Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de la facultad de que trata el artículo 40. de la Ley 163 de 1994, puede declarar sin efecto la inscripción para las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales, cuando compruebe que el inscrito no reside en el

respectivo municipio, para evitar que vote. Pero si así no ocurre, no por lo mismo puede entenderse autorizado para votar quien no resida en el municipio de que se trate, por la expresa prohibición señalada en el artículo 316 de la Constitución.”

#### REGISTROS ELECTORALES FALSOS O APÓCRIFOS.

“Según el referido artículo 223, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, son nulas las actas de escrutinio y los registros correspondientes cuando sean falsos o apócrifos los elementos que hubieran servido para su formación.

“La falsedad de las actas y registro o de los elementos que hubieran servido para su formación resulta de la alteración u ocultación de la verdad, como cuando se supone la intervención de personas que no han intervenido, o se atribuye a las que han intervenido declaraciones que no han hecho, o se hace constar que cosa contraria o diferente de la que corresponde a la verdad, o se alteran las fechas, o se finge firma o rúbrica, y también cuando se altera materialmente su contenido, todo lo cual hace nulas las actas de escrutinio.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Mario Alario Méndez, sentencia Enero 27 de 2000)

#### PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA AL ACTO DE ELECCIÓN

“Pero siendo que lo legalmente protegido es la elección misma, que es el objeto de la acción electoral, además de lo que solo así se daría eficacia al voto válidamente emitido y éste es criterio de interpretación de las disposiciones electorales, según lo establecido en el artículo 10., numeral 3, del Código Electoral, ha de entenderse que la falsedad que hace nulas las actas de escrutinio solo haría nula la elección y el acto que la declare cuando la cantidad de votos inválidos sea tanta que pueda determinar un resultado distinto, y no cuando en modo alguna pueda tener influencia en ese resultado y sea por lo mismo inocua para ese efecto, asunto que corresponde examinar en cada caso.”

#### RESIDENCIA ELECTORAL TRASTEJO DE VOTOS

“Entonces, son nulas, en lo que corresponden, las inscripciones de quienes afirman contra la verdad residir en un determinado municipio

y lo son en consecuencia los registros formados con base en esas inscripciones nulas, y también las actas de escrutinio.

“Asimismo, son nulos los registros electorales que incluyan personas que no se encuentren ya inscritas por haber sido excluidas de esos registros por decisión del Consejo Nacional Electoral, pues siendo así no corresponden esos registros a la verdad. y son nulas en consecuencia las actas de escrutinio respectivas.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Mario Alario Méndez, sentencia Enero 27 de 2000)

### REGISTROS APÓCRIFOS. PRUEBA

“Con las precisiones hechas se estudiará el cargo planteado.

“Para demostrar lo hechos que adujo solicitó el demandante se solicitara al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o al Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía Seccional practicara peritación para el efecto de verificar si los ciudadanos cuyas inscripciones quedaron sin efecto por haberlo decidido así el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución 843 de 15 de octubre de 1997 votaron y aparecen registrados en las listas y registros de votantes.

“Si bien dicha prueba fue decretada por el Tribunal mediante auto de 11 de junio de 1998 y enviado para ello el oficio 1.232 de 30 de los mismos al Cuerpo Técnico de Investigaciones, no obra en el expediente el dictamen correspondiente.

“No obstante la falta de esa prueba, es posible verificar si ocurrieron las irregularidades alegadas, mediante la confrontación de la Resolución 843 de 15 de octubre de 1997, por la cual se dejó sin efecto la inscripción de numerosas personas que no residían en el municipio, con las listas y registro de votantes (formularios E-11) que obran en el expediente.

...

“Según lo anterior, la mayoría de las personas cuya inscripción quedó sin efecto por decisión del Consejo Nacional Electoral no votaron y otras ni siquiera aparecen incluidas en el censo electoral. Pero de las

personas relacionadas, no hay duda que siete de ellas votaron sin poder hacerlo.

“Y habida cuenta que según las actas y registro de votantes (formularios E-11) en total votaron en esas mesas 1.280 ciudadanos, ello no incide en el resultado de la elección tanto de Alcalde como de Concejales del municipio”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Dr. Mario Alario Méndez, sentencia Enero 27 de 2000)

## COMENTARIOS

*Los registros electorales se encuentran enunciados en la ley electoral, ordenamiento al que la norma remite para la valoración de la tipicidad de la conducta, se pueden citar en vía de ejemplo: listas de inscritos, listas de votantes, actas de escrutinio de mesa, actas de escrutinio de las delegaciones electorales, actas de las comisiones escrutadoras auxiliares y actas de escrutinio municipal, departamental o nacional*

*De manera específica el Código Electoral señala los siguientes documentos o registros electorales.*

*- El acta del escrutinio de los jurados de votación, que se ha de extender en dos ejemplares, uno con destino al arca triclave y otro para los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil (Art. 142 C.E.)*

*- Sobre contenido de los tarjetones y demás documentos –que por vía reglamentaria determina la Organización Electoral- que hayan servido para la votación; paquete especial contenido de los tarjetones anulados, que ha de introducirse en el mismo sobre, en este se escribirá una nota certificada de su contenido, firmada por el presidente y vicepresidente del jurado (Art. 143 C.E.)*

*- Las reclamaciones escritas realizadas por los testigos electorales que los jurados de votación debe adjuntar a los documentos electorales y sobre las cuales se resuelve en los escrutinio municipales, distritales o zonales (Art. 122 C.E.)*

- A título genérico el artículo 144 Idem habla de actas y documentos que sirvieron para la votación.

- Los claveros en el ámbito municipal, distrital y auxiliar (Art. 148 C.E.) manejan “los sobres o paquetes que contienen los pliegos de mesa de votación” (Art. 152 inc. 2º C.E.) y producen un registro firmado con el día y hora de introducción en el arca de cada uno de los pliegos de mesa y un acta general de introducción (Arts 152 inc. 1º y 161 in fine C.E.).

- Las actas parciales y generales de los escrutinios distritales, municipales y zonales (Arts. 169 , 170 y 172 inc. 4º C.E.)

- Genéricamente el artículo 173 C.E. habla de “los documentos que la comisión auxiliar haya tenido a su disposición para el escrutinio, lo mismo que los producidos por ella”.

- De igual manera el artículo 174 C.E., en referencia a los escrutinios municipales y distritales, considera “las actas de esos escrutinios y demás documentos electorales”, entendiéndose que éstos son los que ha tenido a su disposición la respectiva comisión escrutadora y aquellos que haya producido.

- Lo claveros departamentales producen los registros y actas de introducción de los documentos electorales y manejan las actas de escrutinio y demás documentos generados por la comisiones escrutadoras municipales o distritales (Art. 182 C.E.).

- Para el escrutinio general tenemos que pueden ser objeto material de la infracción “todos los documentos que se relacionen con las apelaciones concedidas en dicho escrutinio, los cuales han de ser entregados ante el Consejo Nacional Electoral por uno de los delegados del Registrador Nacional (Art. 185 C.E.).

Salvo la anterior prescripción los documentos que se hayan tenido presentes para el escrutinio general, los originales de los registros en esta instancia y las actas en ellos producidas, no pueden ser objeto material, ya que sobre ellos no pesa obligación ni término de entrega para algún servidor público: tales registros se archivan y custodian en la Delegación Departamental, bajo la responsabilidad solidaria de

*los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil.*

*- Los claveros del Consejo Nacional Electoral manejan los documentos que se relacionen con las apelaciones concedidas en el escrutinio general y los pliegos de votación provenientes del exterior, así como producen las correspondientes actas y registros de introducción (Art. 190 C.E.).*

*Sellos de urna y de arca triclave*

*En el primer caso se trata de rótulos especiales de origen estatal que sellan o lacran las urnas al comienzo de las votaciones y a la conclusión de los escrutinios y que garantizan su inviolabilidad. En relación con el arca triclave se tratará de rótulo oficial que garantiza la inviolabilidad del arca en la que se depositan las urnas selladas de una circunscripción electoral. La arcas triclaves debe ir marcadas exteriormente con el nombre del municipio al cual corresponden. Si el volumen de los documentos electorales lo hace indispensable, se pueden acondicionar como arcas triclaves locales u oficinas (Art. 146 C.E.). Como criterio general en las arcas triclave se depositan los documentos electorales que deben ser objeto de escrutinio (Art. 147 C.E.)*

*Una vez introducidos en el arca la totalidad de los documentos que deban ser guardados en ella, lo claveros deben proceder a cerrarla y sellarla, firmando el acto de la diligencia en la que ha de constar la hora de su comienzo y terminación, el estado del arca, lo mismo que los certificados que se les soliciten sobre los resultado (Art. 152 incisos 2 y 3, 153 Id.). En esta última norma se establece que los claveros distritales, municipales y zonales, con base en las actas de escrutinio del Registrador del Estado Civil, hacen el cómputo de votos, mesa por mesa, y anotan el resultado de las votaciones nacionales y departamentales, en orden a su comunicación, de acuerdo a los dispuesto en el artículo 155 Id.*

*Pues bien, hemos realizado la anterior reseña, en atención a la mención expresa en el tipo penal de los sellos de urna y de arca triclave; no obstante en la legislación electoral vigente no hemos encontrado hipótesis en la que algún servidor público deba entregar tales sellos, en un plazo determinado, a otro funcionario que tenga la*

*competencia de recibirlos. Los claveros tienen obligación de entrega – colocar a disposición de la comisión escrutadora respectiva- los documentos electorales -la cual sin duda es mancomunada- que se han guardado en la respectiva urna, pero, reiteramos, no se hace mención a sellos de ninguna especie; lo mismo podemos decir de los jurados de votación y en relación a los sellos de urna. Por lo anterior hemos concluido que los “sellos de urna o de arca triclave” no pueden ser objeto material de la presente infracción, en cuanto sobre ellos no puede surtirse la acción descrita por la norma.*

*La mención de estos objetos parece ser una inadvertencia legislativa, fruto de irreflexión en el proceso recodificador de 2000, pues se observa que el artículo 254 C.P. de 1980 consagraba la falsedad material de documentos electorales bajo la antitécnica denominación de “fraude electoral”, en dicho tipo penal se incriminaba la falsificación, inutilización, sustracción, destrucción, ocultamiento o sustitución de registro electoral, sellos de urna o de arca triclave. El siguiente artículo –255 C.P. de 1980- tipificaba la mora en la entrega de documentos electorales, estableciendo como objeto material del mismo “los documentos a que se refiere el artículo anterior”, al hablar de documentos la remisión se refería a los registros sobre los que pesase obligación de entrega, más no a los sellos, pues comprendemos que estos no son documentos electorales sino dispositivos de seguridad de los mismos. Así las cosas, el legislador de 2000 decidió suprimir el “fraude electoral” y trasladar los objetos materiales en él reseñados al nuevo artículo 393, sin advertir que sobre los sellos no puede recaer la acción incriminada.*

## **TEMA IX. CONSULTA POPULAR. DEPARTAMENTOS Y MUNICIPIOS**

“Los gobernadores y alcaldes, según el caso podrán realizar consultas populares para decidir asuntos que son de competencia de la respectiva Corporación Pública, la cual esta obligada a tramitarlos. En los asuntos de competencia de las corporaciones públicas, entre ellas las asambleas departamentales, sometidos a consulta popular, existirá decisión al respecto, limitando la Corporación su competencia a tramitarlo obligatoriamente, si el resultado ha sido positivo. No pude en ese caso, de manera discrecional, presentarse por parte de la

Asamblea una decisión distinta de la tomada por medio de la consulta, pues de ser así, el mecanismo quedaría vaciado de sentido. Referencia a al creación de municipios.”

## MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA. CONCEPTO Y FUENTES CONSTITUCIONALES

“La democracia participativa. Para establecer el alcance de la normatividad legal reguladora de la consulta popular y sus alcances, frente a la competencia constitucional de otros órganos del Estado, es necesario tener presente que la Constitución Política de 1991 tiene como rasgo esencial el haber introducido el concepto de democracia participativa uno de los elementos del Estado Social de Derecho. En efecto, desde el Preámbulo de la Constitución, que ha sido considerado como un consagratorio de la concepción filosófico política que inspira el texto constitucional, se invoca un “marco jurídico” democrático y participativo” como garantía de un orden político económico y social justo, tendiente a asegurar la unidad nacional y los fines del Estado. En el mismo orden de ideas, dentro de los principios fundamentales, el Estado Social de Derecho colombiano se organiza, de acuerdo con las expresiones del artículo 10. de la Constitución Política como “república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista...”, en donde la soberanía conforme al artículo 30. ibídem, “...reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público “ y que además , “la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la constitución establece”.

“Para que esos principios fundamentales del ordenamiento jurídico no se permanezcan en el campo de la retórica constitucional, el Título Cuarto de la Constitución intitulado “De la participación democrática y los partidos políticos”, en su capítulo primero desarrolla “las formas de participación democrática” enunciando el artículo 103 que “Son mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato”, los cuales serán reglamentados por la ley.”

## CONSULTA POPULAR DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL

“La competencia de las asambleas departamentales. Y el artículo 105, ibídem, prescribe que “Previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que señale el estatuto general de la organización territorial y en los casos que determine, los gobernadores y alcaldes, según el caso podrán realizar consultas populares para decidir asuntos que son de competencia de la respectiva Corporación pública, la cual está obligada a tramitarlos”.

“Indica con claridad el artículo 105 Constitucional que en los asuntos de competencia de las corporaciones públicas, entre ellas las asambleas departamentales, sometidos a consulta popular, existirá decisión al respecto, limitando la Corporación su competencia a tramitarlo obligatoriamente, si el resultado ha sido positivo. No puede en ese caso de manera discrecional, presentarse por parte de la Asamblea una decisión distinta de la tomada por medio de la consulta, pues, de ser así, el mecanismo quedaría vaciado de sentido.

“No comparte la Sala, entonces, el motivo de inconformidad manifestado por el recurrente en relación con el numeral 6o. del artículo 300 de la Constitución Política, en cuanto este le asigna a las asambleas departamentales la competencia de “Con sujeción a los requisitos que señale la ley, crear y suprimir municipios, segregar y agregar términos municipales, y organizar provincias”, en cuanto esa sería una competencia exclusiva de dichos órganos, pues esa norma debe ser interpretada en concordancia con el artículo 105 Constitucional, cuyo texto permite que se decidan por consulta popular asuntos de competencia del respectivo departamento o municipio. No es posible, hoy interpretar el numeral 6o. del artículo 300 Constitucional en forma aislada, con el criterio tradicional de la democracia representativa pues es necesario examinar esa competencia dentro del contexto de la Constitución, que le asigna una proyección particular a las formas de participación democrática, entre las cuales se encuentra la consulta popular que a nivel de competencia sobre asuntos departamentales tiene valor de instrumento decisorio.

“No resulta, entonces, que la competencia para la creación de municipios corresponde exclusivamente a los órganos de representación indirecta como son las asambleas departamentales, pues la constitución introdujo, como se ha dicho, otros instrumentos de decisión popular. A través de ese medio se puede decidir no

solamente en la materia que se comenta sino también en otros asuntos que pertenezcan al nivel departamental.”

#### MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA. REGULACIÓN LEGAL.

“Relación entre las Leyes 134 y 136 de 1994, De otra parte, las normas constitucionales sobre consulta popular y demás formas de participación democrática, han sido reguladas por la Ley 134 de 1994 que, de acuerdo con el artículo 152 Constitucional, tiene el carácter de ley estatutaria, la cual fue revisada previamente por la Corte Constitucional y declarada su exequibilidad, según los términos de la sentencia C-180 de abril 14 de 1994, Magistrado ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 4, primera parte, 1994. En esta providencia fueron declarados exequibles los artículos 10. cuyo texto dice que esa ley regula, entre otros, la consulta popular del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local, y 56 sobre los efectos de al consulta en los términos de que se dio cuenta en la primera parte de estas consideraciones.”

#### CONSULTA POPULAR. DECISIONES

“Sobre las decisiones tomadas a través de consulta popular, el artículo 56 prevé la obligación del órgano correspondiente de adoptar las medidas para hacer efectiva la decisión, mediante ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, dentro de unos términos, vencidos los cuales la competencia se traslada al Presidente de la República, el gobernador, el alcalde o el funcionario respectivo, en orden adoptar, mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza acuerdo o resolución local, la decisión que se haya tomado mediante el predicho mecanismo. Es esa una competencia subsidiaria de la autoridad ejecutiva que opera a manera de sanción, frente a la inercia de las corporaciones en relación con las decisiones adoptadas a través de la consulta.

“Esa norma debe ser entendida en concordancia con el párrafo del artículo 80. de la Ley 136 de 1994, “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios”, cuyo texto impone al Gobernador la obligación de presentar el proyecto cuando por medio de consulta popular así lo

decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.”

#### CONSULTA POPULAR. DECISIONES

“La Sala no encuentra incompatibilidad entre los dos textos citados sino, por el contrario, considera que son complementarios, pues la ley 134 es aplicable en el orden departamental por disposición expresa de su artículo 10. De donde se puede inferir que el proyecto que esta obligado a presentar el Gobernador sobre un asunto decidido en consulta popular será sometido a consideración de la respectiva Asamblea, en los términos del artículo 56 de dicha ley, que regula los efectos de la consulta. No se trata en ese caso del ejercicio de una competencia plena de la Asamblea, pues está limitada a “adoptar las medidas” para hacer efectiva la decisión; ni la obligación del Gobernador puede reducirse a presentar en ese caso un proyecto de ordenanza, como si nada hubiera pasado a nivel de intervención del pueblo en la toma de una decisión.”

#### MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN. REGULACIÓN LEGAL.

“Respecto del otro punto, planteado en el alegato de conclusión por primera vez, lo que sería suficiente para no considerarlo, el problema relacionado con la especialidad de las normas, frente a las Leyes 134 y 136, en cuanto considera que la segunda prima sobre la primera, el problema resulta mas aparente que real, pues si bien es cierto que esta ultima se ocupa de regula la organización y funcionamiento de los municipios, dentro del cuadro de esa materia, aquélla regula, por disposición expresa, los efectos de la consulta popular a nivel departamental, cuando se ha tomado, a través de ese mecanismo, una decisión en ese orden territorial.

“Lo mismo que puede decirse en relación con la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior, consideración que resulta obvia, pues el grado de especialidad de la norma reguladora de la consulta popular, especialmente en materia de sus efectos, está regulado por la Ley 134 y no por la Ley 136.

“Las consideraciones anteriores conducen a la Sala, en acuerdo con el concepto de Agente del Ministerio Publico, a confirmar la decisión

recurrida, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola , sentencia marzo 17 de 2000, expediente 5279)

## COMENTARIOS

*En referencia a la redacción y materias objeto de Consulta tenemos lo siguiente.*

*Las consultas al pueblo debe ser redactadas en forma clara y mediante lenguaje sencillo con preguntas de carácter asertivo, es decir que puedan ser contestadas con un "Sí" o un "No".*

*No pueden ser objeto de consulta popular textos de proyectos normativos presentados por artículos, pues para ello existen las diversas modalidades de referendo, que ya hemos estudiado.*

*A título general sólo pueden ser materias objeto de consulta las decisiones sobre temas, asuntos o cuestiones de claro interés en el nivel territorial en que se va a desarrollar, contenido de naturaleza un tanto subjetiva en cuya valoración han de implementarse los controles político y jurisdiccional que hemos enunciado.*

*No es procedente la consulta popular sobre las siguientes materias:*

*a) Modificación a la Constitución Política, pues este mecanismo no se encuentra considerado por la Carta para tal efecto de acuerdo con su artículo 374, dentro de los cuales se encuentra únicamente el referendo constitucional que hemos reseñado.*

*b) La convocatoria a asamblea constituyente, salvo que se trate de aplicación del artículo 376 C.N., el cual establece que mediante ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra cámara, se puede disponer que sea el pueblo, en votación popular, el que decida si convoca a una constituyente, con la competencia, periodo y composición que la misma ley determine.*

*Así observamos que mecanismos de participación como la consulta popular deben poseer restricción temática objetiva y taxativa, para*

*evitar abusos en su utilización al someter al pueblo actos y decisiones propios de la competencia ordinaria de las autoridades y resorte exclusivo de la representación, directa o indirecta, a ellas otorgada.*

*El procedimiento de convocatoria, por ser acto de autoridad, únicamente posee los referidos controles político y jurisdiccional, pero a título especial no ingresa a la esfera punitiva; no obstante en su trámite y en la expedición de los correspondientes actos jurídicos los servidores públicos pueden incurrir en conductas típicas atentatorias de la Administración Pública tales como el prevaricato por acción (Art. 413 C.P.), si por ejemplo el acto de convocatoria se surte sobre materia expresamente prohibida por la Constitución o la ley según el caso, siempre que se consolide la manifiesta violación dolosa de tales preceptos.*

## **TEMA X. REFERENDOS. REFERENDO CONSTITUCIONAL.**

Iniciativa del Gobierno para someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley.

### **PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA. SOBERANÍA POPULAR**

“3. El fortalecimiento y profundización de la participación ciudadana a través de los mecanismos de participación. Interpretación de la iniciativa privativa gubernamental para someter una reforma constitucional a referendo en armonía en el ordenamiento superior. Constitucionalidad de la disposición acusada.

“A partir de la expedición de la nueva Carta Política de 1991, se operó un giro radical dentro del sistema constitucional del Estado colombiano, con el fortalecimiento de la democracia participativa y el señalamiento de nuevos mecanismos de participación, La imperiosa necesidad de la intervención ciudadana en la toma directa de las decisiones que a todos añaden y afectan, así como el control permanente sobre su ejecución y cumplimiento determinó una extensión e incremento de los espacios de participación de la comunidad, así como de procedimientos que garanticen efectivamente su realización. Lo anterior impuso un rediseño de la participación del ciudadano, tradicionalmente restringida al proceso electoral, para incluir esferas relacionadas con la vía personal, familiar, económica y

social de los individuos en cuanto identificados como verdaderos sujetos sociales.

“El retorno de la soberanía al pueblo colombiano como depositario del poder supremo, definió en su voluntad la existencia, organización y el destino de las instituciones políticas del Estado. De tal manera que, la intervención ciudadana se entiende aplicada hacia la conformación, ejercicio y control del poder político, como un derecho político de estirpe constitucional (C.P., art. 40) esencial para el desarrollo de la organización política y social y a la vez inherente al desarrollo humano.”

#### PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA. DERECHO Y DEBER

“En este orden de ideas, la participación ciudadana en la vida política, cívica y comunitaria debe observarse como un deber tanto de la persona como del ciudadano (C.P., art. 95); de esta manera, el principio de participación democrática más allá de comportamiento social y políticamente deseado para la toma de decisiones colectivas, ha llegado a identificarse constitucionalmente, como principio fundante y esencial de Estado social de derecho colombiano (C.P., Preámbulo y arts 1 y 2).

“Ahora bien la injerencia del pueblo en el proceso de toma de decisiones acordes con sus necesidades vitales se hace aún mas efectiva, a través de la instituciones y mecanismos propios de las democracias de participación o semi-directas incorporados en la nueva Constitución. Como consecuencia del reconocimiento de los derechos políticos reconocidos a los ciudadanos, éstos cuentan con la posibilidad de tomar parte en elecciones. plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática, así como a tener iniciativa legislativa en las corporaciones publicas. El desarrollo legal alcanzado por dichos mecanismos participación ciudadana (Ley 134 de 1994 “por el cual dictan normas sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana”), objeto ya de pronunciamiento constitucional (sentencia C-180 de 1994) garantizan efectivamente esa efectividad.”

#### PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA. OBJETIVOS

“De esta manera se afianza el camino para que los ciudadanos ejerciten el derecho y atiendan el deber ciudadano de participar en el plano político, lo que para esta corporación (ídem) presenta los siguientes objetivos:

“a) Realizar el ideal del estado democrático de derecho, de permitir el acceso de todo ciudadano a los procesos de toma de decisiones políticas; b) permitir el ejercicio de un control político, moral y jurídico de los electores por parte de los elegidos, sin intermediarios, con lo que se sanciona eficazmente la corrupción administrativa y el uso del poder en interés particular; c) hace posible la construcción de un sistema político abierto y libre, donde el ciudadano tenga canales efectivos de expresión, que no excedan los límites de lo razonable y, d) pretender por la solución de conflictos entre los órganos del poder público, acudiendo a la instancia política del electorado”.

“En consecuencia, se puede decir que las ciudadanas y los ciudadanos colombianos cuentan con el bien preciado de una democracia participativa y que irradia múltiples ámbitos de la vida nacional, en lo que atañe, entre otros asuntos, al poder público y social, a la organización electoral, al ejercicio de la función administrativa, a la prestación de los servicios públicos, a la administración de la justicia, a la definición de las materias económicas, presupuestales y de la planeación, así como al ejercicio del control fiscal. (Consultar al sentencia C-089 de 1994).

#### **PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN EL ÁMBITO LEGISLATIVO. INICIATIVA LEGISLATIVA.**

“Dentro de ese marco normativo, amerita especial mención la incidencia que la participación ciudadana presenta en el ámbito del ejercicio del poder público legislativo. Esta se refleja mediante la posibilidad de los ciudadanos de presentar proyectos de ley ante el Congreso de la República (C.P., arts. 154 y 155), a través de lo que comúnmente se denomina la iniciativa popular; de ahí que, la Corte (sentencia C-385 de 1997) haya señalado que así se “permite la intervención creadora de los ciudadanos en la vida de la sociedad mediante la predeterminación de las normas jurídicas, la definición de los intereses jurídicos que deben ser tutelados, la adopción de las reglas de conducta que se consideran necesarias para un mejor vivir

social”, dando origen al acto mas importante del proceso de formación de la ley, del cual se deriva el respectivo tramite legislativo y, por consiguiente, a una eficaz forma de participación en la actuación del poder político.

“Hay que destacar que igual iniciativa de proposición legislativa se le reconoce en la Constitución a otros actores políticos, entre los cuales figura el gobierno nacional, como ocurre con respecto de los casos señalados en el artículo 154 superior y con respaldo de la atribución allí consignada.

“Es mas, el constituyente de 1991 avanza en los alcances de dicha iniciativa y los proyectó al plano de las reformas constitucionales cuyo origen sea externo al congreso de la República, pues señaló que los ciudadanos pueden presentar directamente proyectos de reforma constitucional ante el Congreso de la República, mediante propuestas de actos legislativos o proyectos para ser sometidos a referendo, como en idéntica forma se autorizó para el gobierno (C.P., arts 155, 376 y 378).

“Destáquese, entonces, de lo antes mencionado que el gobierno es titular de iniciativa para presentar proyectos de ley al Congreso de la República y que frente a ciertas materias el trámite legislativo debe tener origen en una propuesta inicial y privativa del gobierno.

“Precisamente, en el artículo 142 de la Ley 5 de 1992, cuya demanda ocupa la atención de la Corte, presenta la relación de las materias que por mandato constitucional deben tener iniciativa privativa del gobierno para su discusión y trámite en el Congreso de la República. El numeral 18 de esa disposición, entre los casos que allí se prevén, se refiere a la iniciativa del gobierno para someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley.

“Preocupa, entonces, a los actores que dicha regulación vulnere el ordenamiento superior pues desconoce que la iniciativa para proponer un proyecto de reforma constitucional que deberá someterse a referendo, también tiene origen en el pueblo, dado el poder constituyente con el cual éste actúa.

“La Corte estima que una interpretación meramente exegética del texto legal acusado daría lugar, efectivamente, a considerarlo contrario a los mandatos constitucionales, como así lo hacen los accionantes, específicamente, respecto al artículo 378 que asigna tal iniciativa tanto en cabeza del gobierno como de los ciudadanos.

“Sin embargo, en aras de la primacía del principio de la preservación del derecho que guía la labor de control constitucional abstracto, la norma deber ser interpretada sistemáticamente con otras también pertenecientes a la Ley 5 de 1992, para que así guarde armonía con la Carta Política.

“En efecto, cabe resaltar que dicha ley es de naturaleza orgánica, toda vez que dispone sobre las normas atinentes al ejercicio de la actividad legislativa y al reglamento del Congreso. De la lectura integral de la misma, se deduce que el legislador desarrollo en cinco títulos las materias correspondientes al Congreso en pleno ( I ) , las disposiciones comunes al Senado de República y a la Cámara de Representantes ( II ), las disposiciones especiales a la Cámara de Representantes y del Senado de la República (III Y IV) y las relativas a los servicios administrativos, técnicos y de seguridad de las cámaras legislativas(V).

“El aludido Título II, en su capítulo sexto, agrupa las normas que rigen el proceso legislativo ordinario. En la sección primera de este, se preceptua sobre la iniciativa legislativa vista desde una perspectiva general, es decir todos para presentar proyectos de ley para su trámite y discusión ante el Congreso; de ahí que, hayan sido objeto de regulación especial tanto la iniciativa como la privativa del gobierno. El artículo 142 de la Ley 5 de 1992 regula precisamente sobre este último aspecto, señalando las materias que para la expedición o reforma legislativa deben tener origen gubernamental en forma privativa, entre las cuales se menciona la del numeral 18 censurado en el presente juicio, respecto de los proyectos de la ley de referendo sobre un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley.

“Por otra parte, la Corte observa a que en el capítulo séptimo, del mismo título II, el legislador otorgo una regulación específica e independiente a otro aspecto del trámite legislativo que denomino proceso legislativo constituyente, dentro del cual recibieron particular

atención los asuntos de reforma constitucional que deben ser sometidos a referendo ; allí encuentran cabida los proyectos de reforma constitucional con iniciativa del gobierno o “de un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva “ (artículo 229 numeral 20.).

“Así las cosas, es claro que en la disposición atacada el legislador no desconoció arbitrariamente el derecho político de participación referido a la iniciativa de la cual son titulares los ciudadanos para promover proyectos de reforma constitucional mediante ley con el fin de que sean sometidos a un referendo. Lo que sucedió es que el legislador, en el proceso de adopción de un esquema legislativo ordenado para la presentación de los distintos temas que tiene que ver con el trámite legislativo, separó por materias las normas referidas al proceso ordinario de las exclusivas del proceso constituyente primario, sin reparar en la posible confusión a la cual se podría llegar con una interpretación, como se ha dicho, exegética de la norma.

“De manera que, la Sala estima que la no inclusión de la iniciativa popular en la disposición acusada se deriva más bien de un defecto en la técnica legislativa utilizada por el legislador al expedir la Ley 5 de 1992 que de un propósito vulnerador de la Carta Política. Por ello, la “Corte declara su exequibilidad bajo el entendido de que la iniciativa del gobierno para presentar proyectos de reforma constitucional al Congreso de la República y que el mismo incorpore a la ley, de manera que son sometidos a la votación del pueblo mediante referendo constitucional, prevista en forma privativa para el gobierno en la norma acusada, no excluye la iniciativa popular que para ese mismo procedimiento la Carta ha establecido en favor de los ciudadanos, con sujeción al requisito señalado en el artículo 229 de la misma Ley 5 de 1992, según lo ya precisado.

“Para finalizar, no sobra advertir que la normatividad en estudio se refiere al ejercicio de la actividad legislativa, es decir a las reglas que rigen el trámite del proyecto de la ley una vez presentado al Congreso por quien tenga la respectiva iniciativa y en modo alguno alude a la función constituyente radicada en el pueblo. Esta declaración viene al caso, toda vez que con la expedición de la Ley Estatutaria 134 de 1994 “ por la cual se dictan las normas sobre mecanismos de participación ciudadana” se regularon sustancial y correctamente los procedimientos

y requisitos necesarios para el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana, dentro de los cuales el referendo constitucional obtuvo su desarrollo en el Título IV, Capítulo I, ya estudiado por esta Corte en la sentencia C 180 de 1994”. (Corte Constitucional, Sentencia: Mayo 31 de 2000 ( C-643), Magistrado ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, Expediente D-2701)

## COMENTARIOS

*La iniciativa popular legislativa y normativa es la única institución participativa de la enunciadas por el artículo 103 inciso 1º C.N. que no obtiene en el Estatuto penal una protección especial y directa, no obstante poseer un procedimiento, que como pasamos a estudiarlo, presenta etapas o fases que pueden comprometer, amenazar o lesionar –en forma grave- bienes jurídicos específicos tales como la transparencia y autenticidad de la obtención y suscripción del apoyo ciudadano.*

*Este aspecto ha sido incriminado de manera expresa en referencia a la fase de promoción en las figuras de referendo por iniciativa popular y revocatoria del mandato, tratándose de iniciativa popular normativa infortunadamente debe seguir los causes de las incriminaciones generales protectoras de bienes jurídicos diversos como la Administración Pública.*

*Si bien es cierto que por si misma la iniciativa popular no involucra en sentido estricto el ejercicio del derecho al sufragio, también se ha de aceptar que quienes proporcionan su apoyo han de ser ciudadanos incorporados al censo electoral –electores- y quien vigila, controla, autoriza y certifica el procedimiento de recolección de apoyos es la autoridad electoral del ámbito en que se está desarrollando la iniciativa, razones suficientes para reafirmar el compromiso directo que tiene el bien jurídico protegido y se extraña la inclusión de este valioso mecanismo participativo en algunos de los tipos penales especiales que integran el Título XIV; concretamente, en el denominado constreñimiento al sufragante (Art. 387 C.P.), la amenaza o intimidación al ciudadano con el fin de obtener apoyo en el trámite de una iniciativa popular, posee cabal fundamento incriminatorio, pero, reiteramos, este mecanismo no es mencionado en el inciso 2º de la norma. De igual manera el fraude al ciudadano,*

*en el momento de suscribir el respaldo a una iniciativa popular es efectivamente lesivo de bienes jurídicos integradores del presente Título, pero no fue tipificado en el artículo 388 C.P.*

*También es absolutamente necesaria la tipificación especial de la alteración o perturbación del conteo y determinación de los resultados finales, en cuanto al número total de apoyos obtenidos para una iniciativa popular, la falsificación de los respectivos formularios y la suplantación de ciudadanos en el acto de suscripción del apoyo, así como la diferenciación punitiva para el caso en que tales acciones sean desarrolladas por servidor público. Por las anteriores razones consideramos necesario presentar inicialmente el estudio de este mecanismo participativo, análisis que reafirma la necesidad de la incorporación de un tutela especial para el mismo.*

*Este mecanismo de participación tiene estricta naturaleza normativa y se surte ante las corporaciones públicas de elección popular. Se trata de un derecho grupal con características políticas, en orden a la presentación de proyectos de actos legislativos y leyes ante el Congreso, proyectos de ordenanzas ante las Asambleas Departamentales, proyectos de Acuerdos ante los Concejos Municipales o distritales y de Resoluciones ante las Juntas Administradoras Locales; también puede referirse a otras Resoluciones de Corporaciones Públicas de las Entidades Territoriales.*

*Según la corporación pública que deba tramitar la propuesta, la iniciativa ciudadana se denomina legislativa si se presenta y debe ser tramitada por el Congreso en ejercicio de la función legislativa del Poder. En esta sede se surten entonces los proyectos de acto legislativo y los proyectos de ley.*

*Se denomina iniciativa normativa si la normatividad propuesta por los ciudadanos se presenta y se debe tramitar ante las Corporaciones Públicas del orden territorial, por lo tanto se tratara de proyectos de ordenanza departamental, acuerdo municipal o distrital, o resolución local según la corporación competente sea Asamblea Departamental, Consejo Municipal o Distrital o las Juntas Administrativas Locales. La respectiva corporación tiene el deber de debatir y darle trámite al proyecto presentado pudiendo modificarlo, aprobarlo o negarlo*

### *Materias que pueden ser objeto de iniciativa*

*La iniciativa popular puede tener por objeto todos los asuntos que sean competencia normativa de la respectiva Corporación, quedan por tanto excluidos los actos de competencia del ejecutivo Presidente de la República, gobernadores, alcaldes municipales o distritales o de otros organismos administrativos y de control que pueden tener competencia normativa general a nivel reglamentario, pero no pueden ser objeto de iniciativa popular. .*

### *Materias excluidas*

*Expresamente las materias excluidas de iniciativa popular están enunciadas en el artículo 170 inciso 3º. C.N. que a su vez establece la prohibición conjunta para el referendo aprobatorio las cuales son: materias de reglamentación exclusiva (Arts. 154, 300, 313, 315, 322 y 336 C.N.), materias presupuestal fiscal o tributaria, relaciones internacionales, amnistías e indultos, orden público.*

### *Sujetos activos de la iniciativa*

*Tienen iniciativa popular las personas naturales, ciudadanos en ejercicio, que tengan el respaldo del 5% de los ciudadanos inscritos en el censo electoral, mínimo de respaldo necesario para la presentación oficial del proyecto de iniciativa popular. Igualmente, las organizaciones cívicas, sindicales, gremiales, indígenas o comunales que cumplan los dos anteriores requisitos, tengan ámbito de actuación en el nivel correspondiente y personería jurídica reconocida. El grupo de promotores integran el llamado “Comité de Promotores”, el cual debe elegir un vocero que lo predecirá y lo representara.*

*Obsérvese que por este aspecto que aquí ya esta comprometido el voto electivo pero frente a él no pueden tener aplicación ni verificación los tipos penales como la perturbación de certamen democrático (Art. 386 C.P.), como lo estudiaremos en su oportunidad. Lo mismo cabe predicar de la votación para la elección del Comité de promotores del proyecto, nueve en total que debe ser realizada en asamblea general.*

*Los miembros del Comité de promotores deben inscribirse ante la Registraduría del Estado Civil de la correspondiente circunscripción electoral aspecto por el cual no puede tener aplicación el tipo penal de denegación de inscripción (Art. 396 inc. 2º. C.P.). La inscripción de los promotores de una iniciativa popular tiene por finalidad su plena identificación y ubicación para los ulteriores tramites del proyecto, pero estos no poseen la calidad de candidatos, por lo que no están incluidos en el referido tipo penal; la denegación de este acto deberá examinarse a través del abuso de autoridad (Art.416 C.P.) y su obstaculización o impedimento pueden encontrar tipicidad objetiva en la perturbación de actos oficiales (Art. 430 C.P.), tipos protectores de la administración pública en sentido genérico.*

*La iniciativa legislativa puede también ser ejercida por los concejales y diputados, caso en el cual se surte la conformación del Comité de Promotores y elección de su vocero con los efectos típico-punitivos reseñados para la iniciativa estrictamente popular.*

*De igual forma y con el mismo alcance de protección punitiva un numero plural de diputados o concejales puede ejercer este mecanismo participativo, respecto de proyectos de acto legislativo o de ley con la condición de que concurren al grupo de promotores por lo menos el 30% y el 20% de los miembros de la Corporación, receptivamente (Arts. 155 y 375 C.N.).*

## **TEMA XI. CEDULA DE CIUDADANÍA. NATURALEZA JURÍDICA**

“Representa en nuestra organización jurídica, un instrumento de vastos alcances en el orden social, en la medida en que se considera idónea para identificar cabalmente a las personas, acreditar la ciudadanía y viabilizar el ejercicio de los derechos civiles y políticos . La Facultad para cobrar por la renovación de la cédula de ciudadanía resulta manifiestamente contraria a la Constitución, debido a que dicha medida se produce por causas ajenas a la voluntad de su titular, porque obedece a la imposición unilateral de la autoridad.”

### **CÉDULA DE CIUDADANÍA. NATURALEZA**

“1. Planteamiento del problema. Según lo expuesto en la demanda, la intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil y el concepto de la Procuraduría, corresponde a la Corte determinar si la exigencia del pago de las renovaciones de la cédula de ciudadanía, comporta la violación de las normas invocadas por el actor, bajo el supuesto de que puede limitar el ejercicio de los derechos civiles y políticos del ciudadano, en la medida en que este está real y formalmente vinculado al uso de dicho documento. Igualmente, con la referida exigencia se desconoce el principio de igualdad.

“2. La solución al problema planteado

“2.1. La constitución y la ley han asignado a la cédula de ciudadanía, tres funciones particulares diferentes pero unidas por una finalidad común, el cual es identificar a las personas, permitir el ejercicio de sus derechos civiles y asegurar la participación de los ciudadanos en la actividad política que propicia y estimula la democracia.

“Jurídicamente hablando, la identificación constituye la forma como se establece la individualidad de las personas con arreglo a las previsiones normativas. La ley le otorga a la cédula el alcance de prueba de la identificación personal, de donde se refiere que sólo con ella se acredita la personalidad de su titular en todos los actos jurídicos o situaciones donde se le exija la prueba de tal calidad. En estas condiciones, este documento se ha convertido en el medio idóneo e irremplazable para lograr el aludido propósito.

“De otra parte, la cédula juega papel importante en el proceso de acreditación de la ciudadanía, que se ejerce por los nacionales a partir de los 18 años y que, en los términos del artículo 99 de la Constitución, es la “...condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”.

## CIUDADANÍA. PRESUPUESTO JURÍDICO

“La ciudadanía es pues el presupuesto esencial para el ejercicio de los derechos políticos y estos, a su vez, se traducen en la facultad de los nacionales para elegir y ser elegidos, tomar parte en las elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos,

revocatoria de mandatos, construir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, promover acciones de inconstitucionalidad en defensa de la integridad y supremacía de la Constitución y, en fin, desempeñar cargos públicos, etc. CC.P. arts 40, 99, 103, 107, 241).

“Pero , además de los señalado, la cédula de ciudadanía constituye también un medio idóneo para acreditar la “mayoría de edad”, o sea, el estado en que se alcanza la capacidad civil total, circunstancia en que se asume por el legislador que la persona ha logrado la plenitud física y mental que lo habilita para ejercitar validamente sus derechos y asumir o contraer obligaciones civiles.

“En resumen, la cédula de ciudadanía representa en nuestra organización jurídica, un instrumento de vastos alcances en el orden social, en la medida en la que se considera idónea para identificar cabalmente a las personas, acreditar la ciudadanía y viabilizar el ejercicio de los derechos civiles y políticos.”

#### CEDULA DE CIUDADANÍA. DOCUMENTO.

“2.2. No cabe duda que la cédula de ciudadanía constituye un documento al que se atribuyen alcances y virtualidades de diferente orden que trascienden, según la Constitución y la Ley, la vida personal de los individuos para incluir de modo especial en el propio acontecer de la organización y funcionamiento de la sociedad.

“La norma acusada toma en cuenta el documento referido dentro de su connotación de instrumento necesario para el ejercicio del derecho político del sufragio.”

#### CEDULA DE CIUDADANÍA Y VOTO

“Al margen de cualquier otra consideración debe tenerse en cuenta que el voto constituye una de las manifestaciones mas importantes de la libertad de expresión en materia política, al tiempo que se le considera como un “deber cívico” inspirado en el principio de solidaridad. En ese sentido se advierte que el sufragio es un deber ciudadano que forma parte de aquel deber mas amplio de contribuir a la organización, regulación y control democrático del Estado (C.P. art. 95-5). Pero de

igual manera, es un derecho, que le permite participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, en virtud de lo cual puede elegir y se elegido, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática (C.P. art.40).

“De manera general se puede indicar que la solidaridad es un principio fundamental que recoge la Constitución en diferentes disposiciones (arts. 1. y 95, entre otros) y condiciona a su vigencia el ejercicio de algunos derechos o la asunción de ciertas responsabilidades. Se dice por eso que un principio esencial al punto que, junto con el respeto a la dignidad humana y el trabajo de las personas, constituye el supuesto necesario del estado Social de Derecho, igualmente en dicho principio se asienta el deber de los habitantes de cumplir la Constitución y las leyes, así como la de asumir, como sujetos del cuerpo social, el compromiso de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.”

#### VOTO. DERECHO Y DEBER

“Un derecho que como el voto es simultáneamente un deber, y viceversa, requiere de la decidida y directa protección del Estado, si se tiene en cuenta que solo este puede comprometerse con éxito en la empresa nada fácil de proteger la fragilidad y vivencia de la democracia y los valores que ella representa dentro de nuestro modelo de organización política, si se tiene en consideración que aquel constituye la expresión más significativa y acabada del ejercicio democrático, hasta el punto de que sin su meditación resultan imanes los mecanismos de participación política reconocidos por la Constitución.

“En este sentido ha señalado la Corte (Sentencia C-337/97, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz):

“El derecho al voto, como quedo expuesto, es el principal mecanismo de participación ciudadana. Desde este punto de vista, las normas constitucionales que facultan a los ciudadanos para ejercer el sufragio, obligan correctivamente a las autoridades electorales a hacer posible el ejercicio de tal derecho, que halla su opuesto en el no-derecho de los demás particulares -, a impedirles que lo hagan con entera libertad”.

“2.3. Resulta necesario insistir en que al Estado, en mayor grado, es quien esta en condiciones de proteger, auspiciar y fomentar el derecho al sufragio , no solo por cuanto a este le corresponde, como fin esencial, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, sino también porque el ejercicio y efectividad del sufragio, dada su especial naturaleza politico-juridica de derecho-deber (C.P. art. 258), corresponde a una responsabilidad ajena a la democracia, que es un supuesto esencial del Estado Social de Derecho. Por consiguiente corresponde al Congreso, de una parte, señalar las reglas que lo desarrollan y definen sus limites y alcances en la vida democrática y, de otra, a las autoridades electorales implementar los medios y organizar las estrategias que permitan su efectivo ejercicio, y evitar las posibles desviaciones de la voluntad de los electores. (C.P. arts. 120, 150-23, 152-c y 266).”

#### CEDULA. REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

“2.4. Pero es necesario advertir que la actividad material que cumple la Registraduría del Estado Civil, que se traduce en el manejo del proceso de identificación, la dirección y la organización de las elecciones, constituye indudablemente un servicio publico cuya regulación normativa esta deferida a la Ley (C.P. art. L4, 40, 95, 131, 258 y 266). Sin embargo dicha actividad material, dirigida a los anotados propósitos, aun cuando se tiene incidencia no puede confundirse con la habilitación que otorga la cédula para el ejercicio de los derechos políticos y, además, como medio eficaz para el reconocimiento de la personalidad humana y, desde luego, de la calidad de ciudadano.”

#### FUNCIÓN ELECTORAL.

“Desde una perspectiva funcional estima la Corte que, se según la constitución que nos rige, la actividad electoral no corresponde técnicamente al ejercicio de la función administrativa asignada a la Rama Ejecutiva del poder publico como ocurría en el pasado.

“Hoy en día, la “Organización Electoral”, integrada por el Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil y los demás organismos que establezca la ley, es autónoma e independiente; tiene definida su propia naturaleza jurídica, ajena y

distinta, por lo mismo a la de la rama ejecutiva del poder publico (C.P. arts 113, 120 y 258 a 266).

“Con arreglo a las consideraciones precedentes es preciso señalar que la cedulaación, des de la perspectiva juridico material, constituye un servicio publico que se cumple mediante la emision y entrega de la cedula de ciudadanía como instrumento de identificación y expresion del registro civil, pero presenta al tiempo un derecho esencial del ciudadano cuando lo habilita para ejercer sus derechos políticos.”

#### CÉDULA. PAGO DE TASAS

“2.5. Corresponde ahora analizar las acusaciones formuladas por el actor contra la mencionada disposicion y, en tal virtud, se expone a los siguientes razonamientos.

“El análisis concreto de los cargos lleva a definir si el Estado puede establecer el pago de tasas para la recuperacion total o parcial de los costos por la presentacion de los servicios públicos y, concretamente para la reposicion de los gastos que implica la renovacion de la cedula de ciudadanía.

“-Desde luego que mediante la ley puede imponerse dicho tributo con amparo con el principio de solidaridad y en la llamada soberania tributaria de que goza el Estado, en virtud de los cuales tiene la atribucion de establecer cargas tributarias para asegurar “...El financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad” (art. 10. , 95, 338 C.P.).

“Sin embargo, si bien es necesario reconocer que en gran parte las rentas del Estado provienen de la imposicion de tributos, ello no implica que todos los servicios estatales, asi supongan un costo para aquél, deban ser retribuidos por la via de la imposicion de una tasa.

“-El estado no puede convertir en regla general la recuperacion de los costos de todos los servicios que presta mediante el mecanismo de la tasa, hasta el extremo de buscar a toda costa la recuperacion de los gastos en que incurran para atenderlos, aun de aquellos que corresponden a funciones esenciales que buscan asegurar el ejercicio

de los derechos políticos. Lo contrario equivaldría al absurdo de que una persona tuviera que pagar por el derecho a ser ciudadano.

“No ofrece duda alguna que la Nación y las entidades territoriales, gozan d la potestad para establecer, a través de sus órganos de representación popular tasas a cargo de los usuarios para prestación de servicios públicos, y específicamente los domiciliarios e inclusive para subsidiar a los usuarios de estos últimos, (art. 338 y 368). En consecuencia es posible no exigir el pago del costo por los servicios públicos que el Estado presta a los usuarios de un servicio publico, que desde luego les confiere un provecho económico directo, con mucha mas razón resulta jurídica y racionalmente aceptable que se exima a los ciudadanos del pago por el servicio de cedulaación, pues, como se ha dicho este constituye una función esencial del Estado dirigida a proteger la democracia, mediante la implementación d los medios adecuados para que el ciudadano ejercite sus derechos políticos.

“-La tasa se entiende como “una modalidad intermedia de ingreso publico colocado entre el precio y el impuesto. El mecanismo que estructura el precio es el de valor de cambio o como equivalencia total d la contrapartida, y el sistema que estructura el impuesto es la declaración como contrapartida indirecta, colectiva y sin equivalencia, en tanto que el mecanismo propio de la tasa es el cambio imperfecto por defecto o contrapartida de parcial equivalencia. Y mientras que el beneficio logrado mediante el precio es radicalmente oneroso, y el beneficio individual obtenido en la prestación de los servicios financiados con el impuesto es gratuito, en la tasa el beneficiario es aprte, oneroso y en parte gratuito” (Ramírez Cardona Alejandro, Hacienda Pública, edición 1998 , pag 213).

“Asi, pues la tasa no puede entenderse entonces como medida destinada a lograr la recuperación forzosa de todo gasto publico en que incurre el Estado, porque ello es asi solo cuando la erogación cumplida entrañe una compartida directa y personal limitada normalmente al costo contable, es decir, a una contraprestación de parcial equivalencia, por un servicio prestado. El servicio debe reportar la satisfacción de una necesidad colectiva generalmente asumida como publica, porque la tasa constituye una contrapartida del ciudadano y no se genera , como podría pensarse, únicamente por el hecho de que el Estado hubiere incurrido en un gasto.”

## VOTO Y MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN.

“2.6. Como lo considera el Agente del Ministerio Público, el ejercicio de la democracia participativa supone el voto como mecanismo para su realización efectiva.

“La protección y fomento de este ejercicio democrático, que es tarea esencial e insustituible del Estado, no puede ser objeto, bajo cualquier pretexto, de condicionamientos onerosos que lo puedan restringir o desestimular, como pueden ocurrir con el traslado de la carga económica que representa la renovación de la cédula de ciudadanía de las personas. Una imposición de esta naturaleza puede erigirse en un motivo en un motivo de desestímulo al sufragio y trocar el papel del Estado de promotor o facilitador del sufragio en desestimulador del mismo.

“Concordante con las ideas expuestas la Corte Constitucional (Sentencia C-337/97, MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz) ha expresado:

“En lo se refiere a la conformación, ejercicio y control del poder político, la Constitución otorga al ciudadano la facultad de elegir a sus representantes para ejercer de esa manera su soberanía de manera indirecta; pero además prevé otros mecanismos de participación directa, como los plebiscitos, referendos, consultas populares y revocación del mandato. En todos estos casos la voluntad de los ciudadanos se manifiesta a través del voto”.

“Si el sufragio es medio esencial para la participación del ciudadano en el ejercicio del poder político, es deber del Estado “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (art. 2 C.P.), e implementar los “mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de ese derecho a los ciudadanos” (art. 258 C.P.).

“2.7. En conclusión, según las consideraciones precedentes la Corte estima que la expresión “renovaciones” en cuanto ella supone que al ciudadano se le deba cobrar un costo por la sustitución de la cédula es violatoria de la Constitución. En tal virtud, será declarada inexecutable.

“No se estudia el cargo relativo a la violación del principio de igualdad porque la Corte considera que para adoptar la decisión de fondo son suficientes los razonamientos ya expuestos”. (Corte Constitucional, sentencia julio 14 de 1999 (C. 511), Magistrado ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell, expediente D-2363)

## COMENTARIOS

*Por medio del sufragio, el ciudadano ejerce el derecho a participar en la determinación de la orientación política del Estado, eligiendo a quienes han de desempeñar los cargos públicos de representación directa que han de ser provistos por medio de este mecanismo de acuerdo con el Ordenamiento y expresando su decisión personal sobre las cuestiones que se les sometan a su consideración, sea por parte de la autoridad o por convocatoria de los propios coasociados.*

*Es un derecho-deber que tiene todo ciudadano, por el hecho de serlo, para participar en los procesos electorales. “Para la práctica de estos mecanismos es esencial el voto o sufragio, el cual es definido como el derecho que tiene todo ciudadano para elegir y ser elegido, con el objeto de participar en la toma de decisiones y de formar parte del poder para esa toma de decisiones. Sencillamente, para escoger la persona o personas que lo representen en determinado puesto o corporación, presupuesto ya desarrollado pero que se hace necesario refrescar en razón de la renovación de las instituciones electorales en nuestro país.” (SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Derecho electoral colombiano, Edit. Legis, Bogotá, 2000, p. 95)*

### *El sufragio como derecho*

*El sufragio es ejercicio de un derecho, concepción que parte de la doctrina de la soberanía popular, por lo que se trataría de una mera facultad en virtud de la cual ningún coasociado estaría obligado a ejercerlo. Se define el sufragio como “derecho publico subjetivo”; la eficacia del ejercicio de este derecho la encontraríamos condicionada por el agregado de las manifestaciones de voluntad de los demás componentes del cuerpo electoral. (Cfr. OLANO, Carlos Alberto y OLANO, Hernán Alejandro, Derecho Constitucional e Introducciones Política, 3ª, Ediciones, Librería del Profesional, Bogotá, 2000, p.522).*

*En cuanto derecho del elector, el sufragio proviene de la llamada capacidad electoral, la cual se define como “el poder concedido por la ley a los ciudadanos y desde luego garantizado por ella, de inscribirse en un Colegio electoral con el fin de participar en la función del sufragio...” (Id., p. 522); si se le concibe de manera absoluta como un derecho subjetivo debemos concluir que la capacidad electoral se torna en la autorización o habilitación estatal para su ejercicio.*

### *El sufragio como función*

*El sufragio es una función; criterio que parte del principio de la soberanía nacional, de tal suerte que su ejercicio puede estar sometido a las condiciones que determine la ley, aun pudiendo llegar hacerse obligatorio. “Refiriéndose a la constituyente francesa (de 1791), CARRÉ DE MALBERG, citado por LINARES QUINTANA, sostuvo que “dado el principio de la soberanía nacional, cualquier poder que se ejerza en el seno de una nación no puede ser sino el poder nacional mismo. Por consiguiente, cuando el ciudadano ejerce el poder nacional, este poder, en sus manos, debe considerarse como una dependencia o una emanación del poder mismo de la nación. Así el elector aparece como un funcionario nacional, como una agente de ejercicio del poder nacional. La nación es dueña de determinar en su Constitución las condiciones bajo las cuales concede a sus miembros el poder de elegir por su cuerpo y en su nombre.” (Cit por PÉREZ, Luis Carlos, Derecho penal, t. IV, Editorial Temis, Bogotá, 1990, p. 221)*

*“Dentro de la democracia hay dos teorías para explicar la naturaleza del voto: una, que le considera como un derecho de todos los ciudadanos, descarta el voto obligatorio y proclama el denominado voto facultativo; la otra, que considera el voto como función, que no puede dejarse de cumplir por parte del ciudadano sin faltar a sus deberes como súbdito del Estado, es partidaria del llamado voto obligatorio.” (VIVES ECHEVERRÍA, Ignacio, Tratado de derecho electoral colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1984, p. 11, cit en SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, ob. cit., p. 90)*

*El constituyente de 1886 negó al sufragio la calidad de derecho perteneciente a todos y cada uno de los coasociados. El profesor Luis Carlos PÉREZ, al respecto manifiesta. “Tal fue la posición de JOSÉ*

*MARÍA SAMPER. Afirmando la irresponsabilidad de los elegidos, quitó al sufragio su naturaleza de derecho. Es, dijo, “una función pública y colectiva, establecida y ejercida para el beneficio del Estado, no un derecho”, como si el Estado fuera la razón de la vida humana y no un instrumento al servicio de ella.” (PÉREZ, Luis Carlos, ob. cit., t. IV, p. 219)*

### *Concepción mixta*

*La concepción mixta sostiene que se trata de un derecho cuyo contenido es el ejercicio de una función pública. Este derecho tiene unas formas de ejercicio colectivo, es decir que en sentido estricto no se actualiza como derecho individual, pues todos los ciudadanos formarían parte del llamado “cuerpo electoral” que actúa como unidad fruto de la agregación de individualidades.*

*La aceptación de una u otra concepción coadyuva en la determinación del objeto tutelar fundamental de los llamados delitos contra los mecanismos de participación democrática y por ende la radicación de la titularidad del referido interés.*

*El citado profesor PÉREZ más adelante defiende la adopción de esta teoría mixta a la luz del Ordenamiento constitucional anterior a 1991, con argumentos de lege data: “La naturaleza mixta del sufragio como derecho y como función, es decir como tarea pública y como facultad de exigir, fue reconocida en los arts. 1º y 6º del plebiscito del 1º de diciembre de 1957. El primero no dice que la mujeres tengan la misma función del sufragio que compete a los hombres, sino “los mismos derechos políticos que los varones”. Y la otra norma prescribe: “A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho del sufragio.” (PÉREZ, Luis Carlos, ob. cit., t. IV, p. 222)*

### *Trascendencia de las diversas concepciones en el ámbito tutelar*

*Si el sufragio se considera simplemente como un derecho, puede ser o no ejercido a voluntad del ciudadano; así tendríamos que el presente Título protegería de manera univalente la libre autodeterminación, el libre desarrollo de tal facultad y el sujeto pasivo en estas infracciones*

*sería la persona titular del atributo, con lo cual se trataría de un bien jurídico de naturaleza individual, con todas sus implicaciones entre las cuales encontramos la disponibilidad del derecho y su reducción a la órbita privada.*

*Así expresó tal consideración el maestro PÉREZ: “El ciudadano no cumple, pues, en riguroso sentido, una mera función cuando vota en las elecciones, sino que hace uso de un derecho, y este derecho lo puede ejercer o no, sin que sea obligado para lo uno o lo otro. (...) Si fuera lo contrario, el fraude o la violencia delictivos no afectarían sino a los organismos del poder, que son los titulares de las funciones, cuando en realidad el perjuicio se vierte principalmente contra el pueblo, en cuanto impide conocer su voluntad, o en cuanto la perturba. También afecta a la persona del elector, en cuanto burla o coarta su facultad de intervenir en los asuntos públicos.” (PÉREZ, Luis Carlos, ob. cit., t. IV, p. 222) Doctrina plenamente admisible a la luz de las prescripciones constitucionales vigentes, ante las cuales únicamente se debe aclarar la invalidez dogmática de la determinación del sujeto pasivo en “el pueblo”, la cual es inviable dada su carencia de personificación jurídica, lo que hace imposible que en él se pueda radicar la titularidad de derecho alguno; quien salvaguarda sus intereses –en representación– será el Estado, en quien como ya lo advertimos se radica dicha subjetividad pasiva.*

*La adopción del sufragio como derecho absoluto debe concentrar el objeto de protección en la libertad de su ejercicio o su renuncia, vale decir, la libertad para sufragar o no hacerlo, correlativamente el derecho al sufragio implica el derecho a la abstención, el derecho a no participar de las decisiones políticas por medio del voto.*

*Adicionalmente, esta concepción prohíbe la implementación de cualquier medio o mecanismo que lo hiciera obligatorio, pues con ello dejaría de ser un derecho para convertirse en una función-deber, en tal caso la libertad del ciudadano no podría ser el objeto prevalente de protección pues la misma no existiría o por lo menos tendría una presencia restringida y por ende secundaria.*

*Si el sufragio es considerado tan solo como un deber, el objeto de protección sería supraindividual o colectivo y las tipificaciones comportamentales deben considerar estrictamente la salvaguarda de*

*todos los instrumentos legales que el Estado implementa para garantizar su adecuado cumplimiento y observancia; la titularidad del bien jurídico debería radicarse de todas formas en el Estado.*

*Trascendencia y concreción tutelar en el sistema institucional colombiano*

*La adopción constitucional de la teoría mixta la encontramos en el artículo 258 C.N. que prescribe: el voto es un derecho y un deber ciudadano. A su vez el artículo 95 No. 5 C.N. establece como uno de los deberes del ciudadano participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.*

*Así mismo la teoría mixta sobre la naturaleza del sufragio -de contenido innegablemente ecléctico incorporado en el precitado artículo 258 de la Carta, también hace parte integrante del principio de la soberanía popular adoptado por el artículo 30. y de la enunciación de los mecanismos de participación democrática enunciados por el artículo 103.*

*En nuestra doctrina se acepta que la determinación del artículo 258 C.N. es ambigua y desde un punto de vista material sin duda paradójica o contradictoria.*

*Al aceptarse la concepción mixta en virtud de la cual el sufragio es un derecho cuyo contenido es el ejercicio de una función pública, la cual parece ser la mas aceptada por la doctrina contemporánea y ha sido claramente entronizada en nuestra Constitución Política, hemos de concluir que el objeto de protección penal es también de naturaleza mixta, con alcances tanto individuales como colectivos y cuya titularidad se radica en el Estado y en el ciudadano en forma alternativa, simultánea o sucesivamente.*

*El alcance del sufragio como derecho y como deber tiene enorme trascendencia en la determinación del bien jurídico protegido; en el ámbito penal y del política criminológica es bien diferente presionar o coaccionar el ejercicio de un derecho que el cumplimiento de una obligación; en especial cuando se trata de desarrollar la protección penal del voto libre -aquel exento de cualquier forma de presión- y el voto universal.*

### *Ulteriores problemas en la determinación tutelar*

*De esta forma por expresa consagración superior la bipolaridad del bien jurídico debe ser aceptada, lo cual a su vez genera problemas adicionales en orden a la determinación de este interés. Como ya lo advertimos, si se trata exclusivamente de un derecho, la abstención electoral debería obtener tutela jurídica, que podría ingresar a la esfera punitiva; el libre ejercicio de este derecho conllevaría la abstención, de tal suerte que habrían de ser tipificados los géneros comportamentales que compelieran, exigieran, constriñeran u obligaran a sufragar, así se respetase la pureza del acto, vale decir, que el sufragante efectivamente votara por la opción democrática que libremente hubiera escogido, sin ningún tipo de presión, salvo la que le impuso la realización del acto.*

*Pero como se admite simultáneamente que se trata de una función con trascendencia colectiva y un deber de todo ciudadano por el hecho de ser miembro de la colectividad e integrante del “cuerpo electoral”, se surte una restricción del bien jurídico en cuanto el no ejercicio del derecho y la correlativa inobservancia del deber -no votar, sencillamente, ni siquiera en blanco-, obtienen una restringida protección jurídico-penal. Lo anterior se fundamenta en el raciocinio elemental según el cual el Estado no podría patrocinar, mediante la implementación de controles jurídicos la inobservancia de una función pública así emane del ejercicio de un derecho.*

*En el diseño de los tipos penales que tutelen este sui generis objeto jurídico, se debe observar una toma de posición política-legislativa, en referencia a la importancia que el ordenamiento otorga a cada uno de los extremos de esta relación derecho-deber; así, en algunas descripciones se surte la presencia de los dos sentidos en que ha sido comprendido el sufragio, es el caso de la perturbación de certamen democrático (Art. 386 C.P.); en otros se da preponderancia al derecho, por ejemplo en los delitos de fraude y constreñimiento al sufragante (Arts.387 y 388 C.P.) y, finalmente, en otras especies delictuales se proporciona relieve específico a la tutela de la función pública como en el caso del voto fraudulento (Art.391 C.P.). Pero obsérvese que la asunción de la teoría mixta hace que tan solo en el tipo penal consagrado en el artículo 390 C.P. -corrupción de*

*sufragante- se tutele de manera expresa la abstención electoral; resaltamos lo anterior pues en el análisis de figuras como el constreñimiento al sufragante (Art. 388 C.P.) y fraude al sufragante (Art. 388 C.P.) estudiamos la posibilidad de que tal actitud del ciudadano obtenga protección penal adicional.*

*Adviértase a este punto, por lo pronto, que la referencia expresa a la abstención realizada en el inciso 1º del artículo 390 C.P. se refiere al acto corruptor, por lo que la acción fin: “abstenerse de hacerlo”, no necesariamente comporta, desde un punto de vista dogmático, su inclusión tutelar dentro de las posibilidades de ejercicio adecuado del derecho, bien podía comprenderse, y argumentarse en tal sentido, que se trata de una hipótesis efectual de abuso del derecho, propuesta como finalidad del acto corruptor; no obstante el anterior planteamiento el examen dogmático de la posibilidad del ingreso de la abstención electoral a la determinación del bien jurídico, de acuerdo con los razonamiento que emergen del análisis integral sobre la comprensión constitucional del sufragio. En este sentido ha de plantearse la cuestión, que nosotros resolvemos afirmativamente, de si la abstención es una de las manifestaciones del “libre ejercicio del derecho al sufragio”, incorporado como elemento normativo de la acción en el tipo descrito por el artículo 387 C.P.*

*Otras consideraciones efectuales sobre la concepción bipolar del sufragio en el ámbito punitivo*

*Consecuencia clara de la aceptación de la teoría mixta en nuestro Ordenamiento radica en que nunca y por ningún motivo será posible penalizar la inobservancia de la función; aun más, parecen incompatibles con el canon constitucional la prescripción de sanciones meramente administrativas de tal comportamiento, por lo que las regulaciones sobre incentivos al votante, en ámbitos que no revistan especial trascendencia parece ser lo mas aconsejable, pues si los premios o estímulos son de gran trascendencia -rebaja o exoneración de impuestos, acceso expedito o privilegiado a determinados servicios públicos, por ejemplo- se entronizaría, en la practica, el voto obligatorio, desdibujando su componente de derecho.*

*En nuestro país se han producido algunas reacciones institucionales contra la abstención, fue así como se expidió la Ley 403 de 1997, reglamentada en virtud del Decreto 2559 de 1997; en la primera inicialmente se define el voto como un medio de participación en la vida política, cívica y comunitaria, su ejercicio se le estima como una actitud positiva de apoyo a la institucionalidad democrática, por lo que, concluye la norma, será reconocida, facilitada o estimulada por la autoridad.*

*El decreto reglamentario operativiza algunos beneficios para el elector, y establece el llamado “Certificado Electoral”, el cual se entrega al votante para hacer constar que ha cumplido con el deber de sufragar en las correspondientes elecciones. Como ya lo mencionamos advertimos el régimen de estímulos por el sufragio puede ser una actitud institucional válida, siempre que como consecuencia de ellos el ciudadano abstencionista no se vea sometido a un tratamiento desigual, vale decir que el no votar, de ninguna manera puede traerle perjuicios, sanciones directas o indirectas, explícitas o implícitas. Por fortuna el voto obligatorio no es el derrotero seguido por nuestro Constituyente.*

*En el estudio de los bienes jurídicos objeto de tutela en el Título XIV y desde la óptica jurídico-punitiva hemos de concluir que la abstención absoluta -no sufragar- y el voto en blanco son por igual actitudes pasivas de naturaleza política que en algún grado implican la participación y la manifestación de opiniones y decisiones con la mismas características, las cuales no pueden producir como efecto o reacción la consagración del voto obligatorio, sino una profunda revisión del sistema democrático en los ámbitos institucional y material que determine las causas por las cuales no se obtiene la activa participación de la totalidad de los coasociados con capacidad electoral.*

*De esta forma, desde el ángulo punitivo la abstención es una manera -pasiva, omisiva- de ejercer el derecho al sufragio y una peculiar forma de comprender dicho deber público; por lo que los actos de coacción, corrupción y fraude que se orienten a obtener la efectiva abstención o el voto en blanco tienen idéntico fundamento incriminativo que las realizadas para obtener el voto por determinado candidato, lista de candidatos, partido o movimiento*

*político; en el análisis dogmático correspondiente examinaremos la posibilidad de incluir la coacción en orden a la abstención a la luz de los tipos penales vigentes. Anticipamos que de todas formas, son lesivos del bien jurídico específico -sufragio universal- en sus características de libre y facultativo los siguientes comportamientos.*

*- La coacción o presión para votar, vale decir sin que la misma se oriente a obtener el voto en un determinado sentido.*

*- La coacción o presión para votar en un determinado sentido.*

*- La coacción o presión para votar en blanco*

*- La coacción o presión para no votar es decir abstenerse en forma absoluta de realizar el acto*

*Obviamente aceptamos el principio democrático según el cual este sistema político, para que pueda operar se debe orientar al consenso activo y no al asenso o disenso pasivo pues ello haría inoperante la democracia (Cfr. SÁCHICA, Luis Carlos, Nuevo constitucionalismo colombiano, Editorial Temis, Bogotá, 1992, p.245), pero cuando ingresamos a la determinación de un bien jurídico tutelado por las normas penales, las consideraciones deben ser tan concretas que no permiten elucubraciones sobre la conveniencia política o la diagramación abstracta del sistema democrático, por lo cual la libertad del sufragante debe ser protegida en igual medida y con idéntica intensidad que la del no sufragante, a ambos no se les puede presionar en orden a la realización o no del acto.*

*Los anteriores planteamientos traen como necesarias consecuencias:*

*- Imposibilidad absoluta de la penalización de la abstención electoral, lo cual no ha sucedido ni aun en regímenes de corte despótico o seudodespótico (Cfr. OLANO, Carlos Alberto y OLANO, Hernán Alejandro, ob.cit. p. 529)*

*- Imposibilidad absoluta de sanción administrativa directa o indirecta para la abstención.*

- *Régimen moderado de estímulos para el cumplimiento de la función electoral.*

- *Protección jurídica absoluta a la libertad del ciudadano con capacidad electoral, tutela que debe alcanzar por diversos aspectos la órbita punitiva.*

## **TEMA XII. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA. Regulación. Certificación de la Registraduría. Requisitos**

“Certificación sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en cada una de las etapas de la realización de los mecanismos de participación ciudadana, desde la inscripción de las solicitudes de referendo hasta la presentación de la iniciativa legislativa. Suscripción de apoyos en iniciativas legislativas y normativas o en solicitudes de referendo: el ciudadano deberá escribir en el formulario, de su puño y letra, la fecha en que firma, su nombre, el número de su documento de identificación, lugar y dirección de su residencia, todo esto en forma completa y legible.”

### **PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA. REGULACIÓN.**

“Corresponde a la sala examinar la legalidad de los apartes antes transcritos del Decreto 895 de 2000, proferido por el Presidente de la República en virtud de las atribuciones que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

“Mediante el Decreto parcialmente demandado se reglamenta la parte operativa de la Ley 134 de 1994 “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación”, en esta Ley se establecen las pautas o directrices por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles y se regulan las formas de participación ciudadana, la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; el referendo derogatorio; el referendo aprobatorio; la revocatoria del mandato, el plebiscito; la consulta popular y el cabildo abierto.

“Como quiera que el primer cargo que se plantea en la demanda es el desconocimiento de lo estipulado en la ley reglamentada, pues en el literal c) del artículo 20. del Decreto demandado se atribuye al

Registrador Nacional del Estado Civil la facultad de certificar sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en cada una de las etapas de la realización de los mecanismos de participación ciudadana, desde la inscripción de las solicitudes de referendo hasta la presentación de la iniciativa legislativa, mientras que el artículo 27 de la norma reglamentada atribuye dicha capacidad de certificación a la Organización Electoral, encuentra la Sala que el artículo 24 de la Ley 134 de 1994 establece:

“Certificación de la Registraduría . En el término de un mes, contado a partir de la fecha de la entrega de los formularios por los promotores y hechas las verificaciones de la ley, el respectivo Registrador del Estado Civil certificará el número total de respaldos consignados, el número de respaldos válidos y nulos y, finalmente, si se ha cumplido o no con los requisitos constitucionales y legales exigidos para el apoyo de la iniciativa legislativa y normativa de la solicitud de referendo”.

“Por otra parte, cuando el artículo 27 de la Ley reglamentada establece que: “ La organización electoral certificará , para todos los efectos legales, el cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana” no desconoce la facultad de certificación que corresponde al Registrador del Estado Civil contenida en el ya transcrito artículo 24 , que determina que dicha certificación comprende, no solamente lo relacionado con el número total de respaldos consignados, de respaldos validos y de respaldos nulos, sino el ámbito amplio sobre el cumplimiento de requisitos exigidos en las normas constitucionales y legales para la realización de los mecanismos de participación ciudadana; es decir, que cuando el artículo 27 señala que para todos los efectos legales se debe certificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana , ya la norma legal había precisado en el artículo 24 a cuál funcionario, dentro de la Organización Electoral, corresponde tal función.

“Además, debe tenerse en cuenta que es al Registrador de la circunscripción electoral correspondiente a quien corresponde anular los respaldos suscritos en documentos que no cumplan los requisitos del artículo 16 o que incurran en alguna de las causales de nulidad que allí se consagran, atribución que se encuentra en íntima relación con la que se comenta.

“Por ello, como la ley otorga al Registrador del estado Civil amplia facultad de certificación sobre el ajuste a la legalidad de todo el proceso de la participación ciudadana, facultad contenida en el literal c) del acto administrativo objeto de examen se acomoda a la norma reglamentada.

“En efecto, como el Decreto parcialmente demando, al definir la noción de certificación, atribuye al Registrador del Estado Civil , la expedición del acto mediante el cual declara que se ha cumplido los requisitos exigidos en cada una de las etapas de realización de los mecanismos de participación, desde la inscripción de las iniciativas solicitudes de referendo hasta la presentación de la iniciativa legislativa y normativa ante la corporación correspondiente o de la solicitud de referendo ante el Registrador del Estado Civil correspondiente, encuentra la Sala que no aparece exceso del ejercicio de la facultad de reglamentar las leyes que corresponde al Presidente de la República.

“De otro lado, como la Organización Electoral comprende a los Registradores del Estado Civil, mal se haría en entender que la facultad de certificar sobre los aspectos definidos en la Ley 134 de 1994 corresponda a la Organización, en su conjunto, hecho que haría inoperante el ejercicio de la atribución, dada la complejidad de la Organización Electoral ; por otra parte, dado que el Registrador posee la infraestructura necesaria para, previos los exámenes técnicos a que haya lugar, decidir sobre la validez o nulidad de los respaldos consignados y que, además, el Registrador Nacional Electoral , por ende, le es inherente la facultad de certificar.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia junio 21 de 2001, Consejera ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, expediente 6378)

## COMENTARIOS

*La organización electoral ingresa como objeto de estudio en relación con los mecanismos de participación democrática por varios aspectos: El voto en elección popular es el mecanismo de participación política paradigmático, en segundo lugar porque la ley estatutaria que reglamentó su ejercicio -Ley 134 de 1994- dispuso la*

*intervención de la organización electoral en orden a la eficacia de los referidos mecanismos, en atención a la necesidad de que la expresión de la voluntad popular se realice mediante el voto, o por lo menos en directa relación con el censo electoral o número de votantes en una determinada elección.*

*En sentido genérico la función electoral es la manifestación del pueblo como conjunto integrado por todos los ciudadanos electores. Por el mismo aspecto la regulación y desarrollo de esta función es quizá la más importante actividad estatal pues el órgano electoral debe colocarse en un plano superior de los restantes, ya que de él emanan y por él se sostienen todos. (Cfr. OLANO, Carlos Alberto y OLANO, Hernán Alejandro, ob.cit., p. 521) “Desde otra perspectiva, sería falso -dice Burdeau- asimilar por entero el cuerpo electoral a la Nación porque esta desborda en todo caso aquel órgano del Estado; pero no se puede desconocer que es el ente colectivo por excelencia para dirimir conflictos entre otras ramas del poder y definir rumbos en los horizontes políticos de un país, cada vez que electoralmente sea convocado con el “expresado fin”. (Id., p. 521)*

*Al analizar el concepto estricto de función electoral el maestro PÉREZ acepta que para el derecho constitucional contemporáneo la función pública es el “poder en movimiento” que supone un proceso por el cual se actualiza e crea un orden jurídico; así es comprendida como el aspecto dinámico del derecho. Y afirma: “Mediante la función electoral actúan los órganos de la administración pública (utilizando al parecer esta expresión en sentido genérico), se movilizan, no para su beneficio sino para que cada cual pueda ejercer su derecho al sufragio. Afirmar esta función es igualmente afirmar la facultad de los ciudadanos para intervenir, más aún, para definir los derroteros de la vida pública mediante el voto, es decir reconocer su derecho.” PÉREZ, Luis Carlos, ob. cit. t. IV., p. 220)*

*El concepto de función electoral congloba, en primer término, el sistema electoral adoptado, en cuanto conjunto de postulados cuya implementación desemboca en el acceso a los cargos de elección popular o en la decisión popular democrática y, en segundo lugar, los procedimientos –estricto sentido- en desarrollo de los cuales los ciudadanos deciden políticamente; por este aspecto, ella ingresa al derecho penal de manera integral: tutela al voto en cuanto derecho-*

*función, protección a la transparencia, rectitud y legitimidad en todo su desarrollo, concretada en la salvaguarda de concretos objetos jurídicos como la votación pública y su escrutinio, el acto de inscripción electoral, los procedimientos de inscripción de candidatos y de entrega de documentos electorales, así como la transparencia y autenticidad de los resultados, se erigen en últimas determinaciones tutelares de esta función, en sus dos órbitas de comprensión material: ejercicio ciudadano de trascendental contenido democrático y organización estatal que lo limita, regula, orienta y canaliza.*

*El estudio de la función electoral en cuanto bien objeto de protección penal se ha de realizar en los dos planos mencionados, vale decir, en referencia al sistema electoral adoptado, en cuanto algunos de sus elementos encuentran tipificación explícita o implícita, y en relación con la propia organización electoral o soporte técnico de cualquier acto de elección.*

### **TEMA XIII. RESIDENCIA ELECTORAL**

“Sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio. La residencia será aquella en donde se encuentre registrado el volante en el censo electoral. Y se entiende que, con la inscripción el volante declara, bajo la gravedad de juramento, su residencia en el respectivo municipio. Si en la elección de autoridades locales participan ciudadanos residentes en otros municipios, se produce la violación del artículo 316 de la Carta Política y ello puede conducir a la declaración de nulidad de la elección que se hubiere hecho con la participación de esos ciudadanos. Requisitos para que proceda la declaración de nulidad electoral, para que la inscripción de ciudadanos no residentes en el municipio tenga incidencia en el resultado de la elección de autoridades locales, se requiere que la cantidad de votos de aquellos sea superior a la diferencia de votos que el resultado de la elección arroje entre el candidato elegido y aquel que obtuvo el segundo lugar en votación.”

#### **TRASTEEO ELECTORAL. CONTROL ADMINISTRATIVO.**

“En este proceso se pretende la declaración de nulidad de acto mediante el cual se declaro la elección del señor (x) como Alcalde del

Municipio para el periodo comprendido entre el 1º de junio de 1999 y el 21 de mayo de 2002.

“Como causa pretendí se aduce que unos ciudadanos, en numero de noventa, residentes en otros municipios, se inscribieron y votaron en la elección de Alcalde de ese municipio efectuada el 2 de mayo de 1999, configurándose, entonces, la violación del artículo 316 de la Constitución Política y la causal de nulidad consagrada en él artículo 223, numeral 2º, del Código Contencioso Administrativo.

“El apoderado del Alcalde demandado propuso la excepción que denominó de “Inexistencia del acto administrativo demandado” con el argumento de que con la demanda no se adjunto el acto administrativo mediante el cual se declaro la elección de Alcalde, sino un acto preparatorio o de tramite que hizo el recuento aritmético de los resultados finales de cada uno de los candidatos.

“Para la sala es valido el planteamiento que hizo el Tributanal para declarar la no prosperidad de la excepción, pues se estableció que el acta parcial de escrutinio de los votos para alcalde elaborada por la Comisión Escrutadora Municipal el 4 de mayo de 1999, acompañada por el demandante, fue el único acto que a propósito de la elección se expidió por la organización electoral y aunque aquella no contiene manifestación expresa de la declaración de elección, se debe tener en cuenta que, con fundamento en los resultados expresados en esa Acta Parcial que le otorgaron una mayoría de votos al candidato (x), dicha comisión le expidió la credencial a éste como Alcalde del Municipio. Es decir que si bien es cierto, la Comisión Escrutadora no declaro expresamente la elección como ha debido hacerlo, en realidad, lo hizo en forma implícita al efectuar el escrutinio de los votos y expedir la credencial al candidato que obtuvo el mayor número de aquellos.

“Él artículo 316 de La Carta Política preceptiva que en las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales, solo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.

“Él articula 4º de la Ley 163 de 1994 establece que para efectos de lo dispuesto en dicha norma constitucional, la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral. Y se entiende que, la inscripción el votante declara, bajo la gravedad de

juramento, su residencia en el respectivo municipio. Así mismo prevé ese mismo artículo 4º, sin perjuicio de las sanciones penales, el Consejo Nacional Electoral puede declarar sin efecto la inscripción en el evento de que, mediante procedimiento breve y sumario, compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio.

“Esta sala ha considerado que si en la elección de autoridades locales participan ciudadanos residentes en otros municipios, se produce la violación del artículo 316 de la Carta Política y ello puede conducir a la declaración de nulidad de la elección que se hubiere hecho con la participación de esos ciudadanos. Pero esa declaración de nulidad sola es posible si se reúnen los siguientes requisitos: a.- La demostración de que los inscritos, a pesar de la manifestación que, según el artículo 4º de la Ley 163 de 1994, se entiende que bajo la gravedad del juramento hacen al momento de inscribirse, en realidad, no residen en el municipio donde se inscribieron para las elecciones; b.- La demostración de que los inscritos efectivamente votaron en las elecciones; c.- La incidencia de los votos de estos ciudadanos en el resultado electoral (sentencia del 28 de enero de 1999, Expediente 2125; Consejero poniente. Dr. Mario Alario Mèndez.)

“De manera que en este caso, independientemente de la demostración de los dos primeros requisitos antes señalados,- que los inscritos no residían en el municipio y que efectivamente votaron,- lo evidente es que los votos de los ciudadanos mencionados por el demandante como inscritos para votar en la elección de Alcalde, no tienen incidencia en el resultado final de la elección, pues, según la relación de la demanda, son (90) los ciudadanos inscritos que no podían votar por la circunstancia anotada, y la diferencia de votos entre el candidato elegido y el segundo en votación, fue de 191. Es decir que el candidato (a) obtuvo una mayoría que no estuvo representada exclusivamente en los votos de los ciudadanos, que, según el demandante, no residen en el municipio, sino igualmente en el de ciudadanos que sí residían allí y, por tanto, tenían el derecho a elegir alcalde.”

#### INSCRIPCIÓN DE CIUDADANOS NO RESIDENTES EN EL RESPECTIVO MUNICIPIO.

“Para que la inscripción de ciudadanos no residentes en el municipio tenga incidencia en el resultado de la elección de autoridades locales,

se requiere que la cantidad de votos de aquellos sea superior a la diferencia de votos que el resultado de la elección arroje entre el candidato elegido y aquel que obtuvo el segundo lugar en votación. Cuando él numera de ciudadanos que sin ser residentes en el respectivo municipio, votaron en la elección de una autoridad local es inferior a la diferencia de votos antes indicada, lo evidente es que, a pesar de irregularidad en que aquellos incurrieron esta no es suficiente para alterar la voluntad de los ciudadanos que si residían en el municipio y, por consiguiente, no se debe declarar la nulidad de la elección así efectuada.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia mayo 11 de 2000, Consejero ponente Dr. Dario Quiñones Pinilla, expediente 2378)

### COMENTARIOS

*Los elementos normativos, contenidos en el delito de fraude en inscripción de cédulas (Art. 389 C.P.), referentes al lugar de nacimiento y residencia del elector, hacen que el legislador penal se arroge la regulación sobre la capacidad electoral; es de entender que estas facultades no son de su resorte y que pueden ser modificados o reglamentados de diversa manera, hubiera bastado simplemente la expresión “en sitio diferente a aquel en el que tenga derecho a sufragar de acuerdo con la normatividad electoral vigente”.*

*A los efectos del presente tipo el artículo 183 de la Ley 136 de 1994 define que para los efectos del artículo 316 C.N. se entiende por residencia el lugar donde una persona habita o de manera regular está de asiento, ejerce su profesión u oficio o posee alguno de sus negocios o empleo. Simultáneamente el artículo 4º de la Ley 163 de 1994 establece que para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 C.N. “la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral. Se entiende que, con la inscripción, el votante declara, bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio. Sin perjuicio de las sanciones penales, cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción. Se exceptúa al departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en el cual se seguirán aplicando las disposiciones del decreto número 2762 de*

*1991. Parágrafo transitorio. Para los efectos del inciso final de este artículo, los residentes y nativos del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina podrán votar en todas las elecciones de 1994 con la sola presentación de la cédula de ciudadanía.” En orden al examen de este elemento normativo del tipo, consideramos que las normas son complementarias y por ende no contradictorias; así la primera define la residencia electoral por su aspecto material –plenamente aplicable para efectos punitivos-, mientras la segunda establece una presunción en referencia al registro actual de votante en el censo electoral, con el objeto de determinar su eventual modificación mediante el acto de inscripción en municipio diferente.*

*La inscripción es una manifestación de voluntad del elector que desea sufragar en el sitio más cercano a su residencia; en ambos casos se surte su incorporación al listado o censo electoral, el cual es tramitado, confeccionado, organizado y actualizado por la autoridad electoral. La ciudadanía es requisito previo para el registro y la inscripción como elector y se debe surtir en el sitio de residencia de la persona. La inscripción fraudulenta de cédulas tutela el procedimiento de habilitación territorial del sufragante, para toda votación, pero tiene especial incidencia, en referencia a los objetos de protección en las votaciones locales, municipales o distritales, que exigen la residencia en un determinado municipio o distrito por parte del ciudadano elector (Art. 316 C.N.).*

#### **TEMA XIV. PARTICIPACIÓN CIUDADANA. FUENTES CONSTITUCIONALES**

“ La Corte Constitucional ya definió su jurisprudencia en relación con el tema de las instituciones y mecanismos de participación ciudadana, al analizar a profundidad este principio y al advertir que el fortalecimiento y la profundización de la democracia participativa fue el designio inequívoco de la Asamblea Nacional Constituyente , traducido en las disposiciones de la Carta Política que ahora rigen el destino de Colombia y de las que se infiere el mandato de afianzarla y extenderla, tanto en el escenario electoral como en los demás procesos públicos y sociales en los que se adopten decisiones y concentren poderes que interesen a la comunidad, por la influencia que puedan tener en la vida social y personal de todos los asociados.”

## PARTICIPACIÓN CIUDADANA. OBJETIVOS

“En este mismo sentido se advirtió que esta Corporación que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución no es independiente de un progresivo y constante esfuerzo de construcción histórica que compromete a los colombianos –en mayor grado, desde luego, a las instituciones públicas y a los sujetos privados que detentan posiciones de poder social o político- y de cuyo resultado se derivan la mayor o menor legitimidad de las instituciones, no menos que la vigencia material de la Carta y la consecuencia y consolidación de la paz pública. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-089 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). Además, de igual modo la corte constitucional ha indicado que la Carta Política desde su preámbulo ha proclamado como propósitos esenciales del acuerdo constitucional que rige la nación colombiana, los siguientes: “Asegurar a sus integrantes, la igualdad, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político y social justo...”.

“En este sentido para esta corporación es claro, y así lo ha indicado en su jurisprudencia que los artículos 1º. y 2º de la carta relevan la importancia dada a la participación en el nuevo esquema de organización política en cuanto introducen otro elemento fundamental. En efecto, lejos de concebirla como un práctica deseable dentro del comportamiento político de los colombianos la participación ciudadana se erige en principio fundante del Estado y en fin esencial de su actividad, lo cual implica para las autoridades el deber de facilitarla y promoverla en las distintas esferas de la vida y el compromiso de fomentar la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones que conciernan al destino colectivo; por ello, para despejar cualquier duda al respecto, es preciso transcribir su texto literal en los siguientes términos.

“Artículo 1º. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

“Artículo 2º. Son fines esenciales del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados de la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. (Corte Constitucional, Sentencia C-103, marzo 7 de 1996, Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz, expediente O.P.-008)

### COMENTARIOS

*Se determina la participación ciudadana, con objeto y contenido políticos, como un derecho a intervenir en la conformación, ejercicio y control del poder, en desarrollo del cual el ciudadano “toma parte” en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otros mecanismos de participación (Art. 40. No. 2 C.N.); de acuerdo a este criterio como ningún derecho es absoluto coexiste con el deber de todo ciudadano de intervenir en la vida política y comunitaria del país.*

*En cuanto derecho fundamental la participación se define como la facultad de toda persona que posea la calidad jurídica de ciudadano, de intervenir en las actividades públicas; el derecho se identifica tanto en la participación activa, es decir, en cuanto vinculado con la estructura del Estado, como en la pasiva caso en el cual actúa como simple receptor de la misma. Genéricamente se contrae entonces el derecho de participación o dos esferas determinadas: participación en el manejo de los asuntos públicos y derecho de petición.*

*El derecho de participación en la función pública lo posee toda persona que sea sujeto de derechos políticos, en virtud de lo cual forma parte del Estado y por ende goza de todos los atributos inherentes a dicha calidad. (Cfr. NARANJO MESA, Vladimiro, Teoría Constitucional e instituciones políticas, 8ª ed., Temis, Bogotá, 2000, p 527).*

*Se cita la consagración de este derecho fundamental en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país*

*directamente o por de sus representantes libremente escogidos. Toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su País. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público. Esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.”*

*Igualmente el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, adoptado en la legislación interna por la Ley 74 de 1968, expresa: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones señaladas en el artículo 2º, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.” Así mismo el artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica incorporado mediante la Ley 16 de 1972 reitera integralmente la anterior consagración.*

*De esta forma la comprensión demoliberal del poder entiende que el manejo del Estado o de asuntos públicos no puede ser actividad monopólica radicada en sectores restringidos o cerrados de la comunidad, tales como los integrantes de un determinado partido o grupo político, quienes profesen un específico credo o religión, quienes pertenezcan a una determinada raza, clase social, estirpe, linaje, etc.*

*Esta comprensión (Cfr. NARANJO MESA, Vladimiro, ob.cit p 527), extiende el derecho de participación a la facultad de elegir y ser elegido, al ejercicio en concreto de los llamados derechos políticos. En el mismo sentido Los mecanismos de participación tienen como finalidad ampliar el marco de acción de la democracia participativa.*

*El artículo 40 C.N. dispone: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

*“1. Elegir y ser elegido*

*“2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otra formas de participación democrática.*

*“3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*

*“4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establece la Constitución y la ley.*

*“5. Tener iniciativa en las corporaciones publicas.*

*“6. Interponer acciones publicas en defensa de la Constitución y de la ley.*

*“7. Acceder el desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentara esta excepción y determinara los casos a los cuales ha de aplicarse.*

*“Las autoridades garantizaran la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración publica.”*

*Se entiende en este amplio sentido, incorporado al derecho de participación, el derecho de petición como mecanismo idóneo para la eficacia y ejercicio real de las restantes facultades, consagrado en el artículo 23 de la Carta: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a la autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”. “Así, el derecho de petición puede tener por objeto poner en conocimiento de la autoridad algún hecho que afecte el interés general, o exponer algún asunto o inquietud de carácter particular.” (NARANJO MESA, Vladimiro, ob.cit., p 529), aquí se incluyen la petición-queja, la petición reclamo y la petición demanda.*