

Bogotá D.C., 3 de diciembre de 2012

Honorable Magistrado
MAURICIO GONZALES CUERVO
Magistrado Ponente
Ciudad.

Ref.: Intervención Ciudadana en el Proceso PE - 038

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA 134 DE 2011 CÁMARA (ACUMULADO 113 DE 2011 CÁMARA) – 227 DE 2012 SENADO POR LA CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES EN MATERIA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA.

La abajo firmante me dirijo a usted en su calidad de ponente del proceso de la referencia, y en atención a la solicitud por su despacho enviada fechada el día 19 de Noviembre de 2012, a fin de presentar algunas consideraciones que espero sean tomadas en cuenta por la Corte en el análisis de la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria No. 227 de 2012 (Senado) 134 de 2011 (Cámara) acumulado con el 133 de 2011.

La presente intervención no tiene por objeto un análisis minucioso de la totalidad del proyecto de ley bajo revisión, ya que he preferido centrarme en unos aspectos sobre los cuales considero es necesario un análisis detallado por parte de la Corte. Como consecuencia de esta elección, en la intervención no se desarrollan argumentos sobre eventuales vicios de procedimiento, el Sistema Nacional de Participación Ciudadana o la financiación de la política pública de participación ciudadana.

Por el contrario, esta intervención versará sobre cinco aspectos centrales en lo que respecta a los mecanismos directos de participación ciudadana, pues consideramos que ellos giran entorno al núcleo esencial del derecho a la participación ciudadana: la reducción de las barreras para su efectivo cumplimiento en el debido respeto del balance entre democracia representativa y democracia participativa que subyace a la Constitución. En ese orden de ideas, los puntos que trataremos en la presente intervención son los siguientes: (I) El trato diferenciado injustificado entre “vocero” y “promotor”; (II) La recolección de apoyos y sus consecuencias; (III) El requisito adicional de trámite de los referendos derogatorios de leyes. (IV) La participación de los gobiernos en las campañas sobre los mecanismos directos de participación ciudadana;

(V) La “obligación” del vocero de un referendo en el trámite ante la corporación pública. y, (VI) La omisión legislativa sobre la rendición de cuentas de congresistas.

I. El trato diferenciado injustificado entre “vocero” y “promotor”.

El párrafo del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria introduce una importante distinción entre “promotor” y “vocero” de los mecanismos directos de participación ciudadana. Esta distinción, en principio sutil, tiene una gran trascendencia en términos del régimen jurídico de la responsabilidad de estos actores en el proceso de recolección de apoyos ciudadanos. Esto es así puesto que el citado párrafo sólo prevé la responsabilidad para los denominados “voceros” del comité promotor.

En efecto, según lo estipulado por el proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte, los “voceros” y los “promotores” se diferencian únicamente en dos aspectos. En primer lugar, los voceros ejercen sus funciones únicamente cuando quien promueve la realización de un mecanismo de participación ciudadana es una persona jurídica, sean organizaciones sociales o partidos y movimientos políticos. Mientras que, como estipula el inciso tercero del mismo artículo 5, “cuando el promotor sea un ciudadano, el mismo será el vocero de la iniciativa”.

La segunda diferencia entre “promotores” y “voceros” se encuentra justamente en el régimen de responsabilidad previsto para estos últimos. Esto es así puesto que, como ya se mencionó, el proyecto prevé que sólo los “voceros” son responsables “para todos los efectos legales (...) de las actividades administrativas, financieras, de campaña de la iniciativa popular legislativa o normativa”. Este trato diferenciado entre “voceros” y “promotores” no puede ser aceptado bajo las disposiciones constitucionales vigentes. Esto es así puesto que dicho trato no satisface los requisitos previstos en la jurisprudencia de la Corte para ser considerado como constitucional.

En primer lugar, el párrafo del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte excluye la responsabilidad de los voceros en lo que se refiere a referendos, consultas populares y revocatorias de mandato de origen popular. En efecto, según lo establecido por el párrafo, los voceros son responsables de las actividades financieras y administrativas únicamente en el marco de los mecanismos de iniciativa popular legislativa o normativa.

Esta previsión implicaría que, en casos como el referendo o la revocatoria del mandato, los “voceros” no son responsables de dichas actividades. Pues su responsabilidad sólo se restringe a la de la labor de vocería durante el trámite de los mismos.

En ese sentido, el desconocimiento de las normas sobre el financiamiento de la etapa de la recolección de apoyos ciudadanos como las que se descubrieron en el trámite del fallido referendo de reelección presidencial¹ no serían sancionadas y, lo que resulta aún peor, no afectarían la constitucionalidad del trámite de la iniciativa de mecanismo directo de participación ciudadana. Razón por la cual, la importante jurisprudencia de la Corte sobre el principio de transparencia en estos casos perdería sus efectos.

En ese orden de ideas, el dispositivo previsto en el párrafo del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria que se encuentra bajo revisión de la Corte, desprotege algunos de los mecanismos directos de participación ciudadana al excluirlos de la responsabilidad de los “voceros” y, en consecuencia, afecta los principios de igualdad y de transparencia, en los términos de la sentencia C-141/10.

Es por lo anterior, que estimamos que la Corte Constitucional está llamada a declarar la constitucionalidad condicionada de este párrafo en el sentido que la responsabilidad del vocero se extiende a todas las actividades administrativas, financieras y de campaña que se desarrollen en el marco de *todos* los mecanismos de participación ciudadana de origen popular.

Sin embargo, esta modulación debe ser complementada. En efecto, el párrafo del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria que se encuentra bajo revisión de la Corte no solamente desprotege algunos mecanismos directos de participación ciudadana al no prever para ellos un régimen de responsabilidad, sino que también introduce un trato diferenciado injustificado constitucionalmente al no establecer un régimen de responsabilidad alguna para los “promotores” de los mismos.

En efecto, el citado párrafo excluye de toda responsabilidad a los “promotores” que realizan su labor con independencia de las organizaciones políticas o sociales. Este trato diferenciado es, a todas luces, inconstitucional. Esto es así al tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte al respecto². En dicha jurisprudencia se encuentran los siguientes cinco criterios que justifican la introducción de tratos diferenciados por la ley:

- i. que las personas se encuentren efectivamente en una situación de hecho diferente;
- ii. que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad;

¹ Convocado por la ley 1354 de 2009 y declarado inexecutable por la Corte a través de la sentencia C-141/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

² Ver, entre otras, las Sentencias C-034/05, M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-1110/01, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-042/03, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-746/07, M.P., Jaime Araujo Rentería; T-755/99, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- iii. que dicha finalidad sea razonable a la luz de valores y principios constitucionales;
- iv. que el trato diferenciado guarde una racionalidad interna;
- v. que esa racionalidad sea proporcionada.

El trato diferenciado previsto por el párrafo del artículo 5 del proyecto de Ley Estatutaria bajo revisión no cumple con el primero de estos requisitos. En efecto, más allá de la sutil diferencia entre los posibles tipos de promotores - personas naturales, de un lado, y personas jurídicas, del otro – no se encuentra en el proyecto otra diferencia entre “voceros” y “promotores”. Prueba de ello es que durante el trámite que deben surtir ante las corporaciones públicas, el proyecto de ley no distingue entre “voceros” y “promotores” al momento de asignarles el derecho de participar en los debates, tal y como lo estipula el párrafo 2 del artículo 20.

Así, puesto que el mismo texto del proyecto sólo introduce la diferenciación entre “voceros” y “promotores” en lo que se refiere a la responsabilidad de los primeros, es correcto interpretar que la situación fáctica de ambos es la misma. Ante esta situación, la diferenciación en el trato no se encuentra justificada desde un punto de vista constitucional y desconoce por lo tanto el principio de igualdad.

Incluso en el evento que se considere que “promotores” y “voceros” se encuentren en situaciones de hecho diferentes que ameritan el trato diferenciado en lo que respecta a su responsabilidad, dicho trato sigue siendo atentatorio de la igualdad puesto que no se desprende de ninguna disposición del proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte, una finalidad razonable, coherente y mucho menos proporcionada de dicho trato diferenciado.

En lo que respecta a la finalidad, una lectura general del proyecto de ley estatutaria bajo revisión y sus antecedentes no evidencia de manera clara una justificación que sea aceptable desde el punto de vista constitucional. De hecho, otros artículos del proyecto son indicio que la intención del legislador, en lo que se refiere a la responsabilidad, era justamente continuar con el régimen previsto en la ley 134 de 1994 y la jurisprudencia que al respecto había establecido la Corte Constitucional sobre la materia.

Así, por ejemplo, el artículo 11 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte establece que “el promotor o comité promotor deberá entregar los estados contables de la campaña de recolección de apoyos de cualquier propuesta sobre mecanismo de participación ciudadana”. En este sentido, si el “promotor” es jurídicamente irresponsable de las actividades financieras de la campaña de recolección, la finalidad del trato diferenciado debería verse reflejada en esta disposición. No obstante, se debe constatar que la única finalidad de dicho trato diferenciado es favorecer a los

“promotores” de los mecanismos de participación ciudadana, al no hacerlos responsables de las acciones en las que han incurrido durante la fase de recolección de apoyos ciudadanos.

Sin embargo, la introducción de un régimen de responsabilidad más gravoso en cabeza de los “voceros” constituye un tratamiento injustificadamente favorable a favor de los promotores de los mecanismos directos de participación ciudadana. Esta disposición desconoce, entonces, el rol que las organizaciones políticas y las organizaciones sociales desempeñan en el marco de la democracia participativa, aspecto que ha sido reconocido por la Corte recientemente³.

En principio, dicha diferenciación podría ser alabada en la medida que pretende eliminar las trabas a la participación ciudadana y, en consecuencia, buscar incentivarla en los términos del artículo 40 de la Constitución. Sin embargo, incluso si se acepta el incentivo, se debe admitir que esta medida desincentiva un comportamiento similar de parte de las organizaciones sociales y políticas.

En ese sentido, si bien un régimen de responsabilidad tiende a proteger la integridad del proceso de los mecanismos directos de participación ciudadana, razón por la cual es legítimo desde un punto de vista constitucional, el hecho que desincentive a las organizaciones sociales y políticas de liderar este tipo de procesos al prever para ellos un régimen de responsabilidad más gravoso atenta contra la igualdad y, en consecuencia, es inadmisiblemente constitucionalmente.

Sin embargo, aún admitiendo que dicha finalidad – de favorecer a los promotores de mecanismos de participación ciudadana – resulta constitucionalmente admisible, ella no es razonable. Esto es así puesto que afecta, entre otros, los principios de transparencia⁴ y de igualdad.

Si bien se podría argumentar que el establecimiento de un régimen de responsabilidad diferente entre “promotor” y “vocero” busca centrar en una sola persona la responsabilidad del cumplimiento de las normas que regulan los mecanismos directos de participación ciudadana, dicha finalidad no encuentra razonabilidad en la medida que no se establezca de manera clara y precisa cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a los “promotores”. Dicho de otra forma, no es razonable que se disponga un

³ Ver, por ejemplo, la Sentencia C-1153/05, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴ Uno de los aspectos que se verían afectados por la irresponsabilidad de los promotores es el de la transparencia de los estados contables de las campañas de recolección de apoyos ciudadanos para la realización de mecanismos directos de participación ciudadana. En ese sentido, el principio de transparencia, entendido en los términos de las sentencias de la Corte C-141/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-490/11, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

régimen de responsabilidad en un caso, el del “vocero” y en el otro, el del “promotor”, no; máxime si no se encuentra una justificación a su diferenciación.

Finalmente, resulta desproporcionado que el párrafo del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria que se encuentra bajo revisión de la Corte limite la responsabilidad para todos los efectos legales al “vocero”. En efecto, dicha previsión no solamente libera de toda responsabilidad a los promotores particulares sino que también excluye de toda responsabilidad a los miembros del comité promotor de los mecanismos de participación ciudadana.

Por los mismos motivos expuestos en lo que se refiere al trato diferenciado entre “promotores” y “voceros”, dicha responsabilidad focalizada sólo en este último no puede ser considerada acorde con las disposiciones constitucionales vigentes.

Finalmente, sobre la diferencia en el trato entre voceros y promotores, una lectura completa del articulado del proyecto muestra que en él se evidencia un trato inconsistente sobre la utilización de los términos “promotor” y “vocero”. Esto es así, por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 21 puesto que sólo prevé que los “promotores” deberán ser convocados a las corporaciones públicas en el trámite que se surte en ellas a los referendos legislativos. Por esta razón, y ante la inconstitucionalidad de dicho trámite diferenciado, consideramos pertinente que la Corte module la constitucionalidad de las disposiciones que incurren en este trato inconsistente para incluir en ellas las referencias tanto al promotor, comité promotor y al vocero. Dichos artículos son los siguientes: 6, 8, 13, 15, 16, 19 y 20.

Por todo lo anterior, estimamos que la Corte debe emitir un fallo modulado sobre el párrafo del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión en el sentido que dicho artículo es constitucional en el entendido que el régimen de responsabilidad previsto se aplica tanto a voceros como a promotores de mecanismos directos de participación ciudadana, sean estos personas jurídicas o personas naturales – incluyendo a los miembros del comité promotor en los casos que así lo requieran - y que dicho régimen de responsabilidad se aplica en el marco de todos los mecanismos directos de participación ciudadana de origen popular.

II. La recolección de apoyos y sus consecuencias.

Uno de los aspectos fundamentales de los mecanismos directos de participación ciudadana se refiere al momento de la recolección de apoyos ciudadanos y, precisamente, a la cantidad de apoyos que se deben recolectar con miras a que la iniciativa ciudadana avance en el proceso. En este sentido, el proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte amerita dos observaciones:

La primera observación al respecto al respecto se refiere a una eventual duplicidad de la regulación en la materia de recolección de apoyos. En esta materia, con miras a reducir las barreras legales al efectivo ejercicio del derecho a la participación ciudadana, el legislador eliminó la necesidad de recolectar apoyos ciudadanos para su inscripción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil. Es por ello que el artículo 6 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte no contempla como requisito de la inscripción el respaldo de un número determinado de ciudadanos. Esta disposición, como bien es sabido, se encuentra en la legislación actualmente vigente en diferentes artículos de la ley 134 de 1994⁵.

Ahora bien, puesto que el artículo 113 del proyecto de Ley Estatutaria bajo revisión no prevé la derogación expresa de la ley 134 de 1994, se podría llegar a interpretar que, puesto que las regulaciones no se contradicen al respecto, no hay eliminación del requisito de recolección de apoyos ciudadanos y por ende, que la inscripción requiere ajustarse a los requisitos previstos en la Ley 134 de 1994.

Esto es así puesto que puede interpretarse que ya que el proyecto de ley estatutaria no contempla la materia y que, en este aspecto, la ley 134 de 1994 no se encuentra derogada - ni expresamente ni tácitamente, puesto se regulan dos momentos diferentes del proceso de recolección de apoyos ciudadanos – se debe entender que se requiere recolectar un determinado número de apoyos ciudadanos a fin de inscribir la iniciativa ante la organización electoral.

Esta interpretación contradiría el principio de efectividad de los derechos fundamentales que, como ha dicho la Corte, busca que “el juez constitucional en su función de salvaguarda de la Constitución, y por ende, en su labor de intérprete de los derechos constitucionales fundamentales, debe favorecer la efectividad de los mismos a través de un amparo material que maximice sus contenidos”⁶.

Es por ello que en aras del efecto útil de las normas jurídicas⁷ y con la intención de proteger el derecho en el sentido de reducir las barreras legales para su ejercicio

⁵ Así, por ejemplo, el artículo 10 prevé que para la inscripción de referendos de origen popular y las iniciativas legislativas y normativas se deben acompañar las firmas del cinco por mil de los ciudadanos inscritos en el censo electoral respectivo y el artículo 64, tal y como fue modificado por el artículo 1 de la ley 741 de 2002, prevé que a la solicitud de revocatoria del mandato se deben acompañar los apoyos de por lo menos el 40% del total de votos que obtuvo el elegido.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-365/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver en el mismo sentido las sentencias SU-256/99, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia T-538/94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-891/02 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁷ Ver. Corte Constitucional, Sentencias C-569/04, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y C-692/03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

efectivo sería conveniente que la Corte Constitucional estableciera claridad en la materia interpretando el artículo 9 del proyecto de ley estatutaria como exequible en el entendido que dicho proceso de recolección de apoyos ciudadanos no es requerido para la inscripción de la iniciativa.

Una segunda observación sobre la recolección de apoyos ciudadanos en los mecanismos directos de participación ciudadana se refiere al aumento en la cantidad requerida en el trámite de las iniciativas normativas, particularmente en las entidades territoriales. En este sentido, el literal c) del artículo 9 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte, prevé que se requiere recolectar y presentar el apoyo de un número de ciudadanos igual o superior al 10% del censo electoral. Mientras que el primer inciso del artículo 28 de la Ley 134 de 1994 prevé que el número de apoyos debe ser superior al 5% del censo electoral vigente.

En ese sentido, es evidente que el literal c) del artículo 9 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte hace más difícil el ejercicio del derecho a la participación ciudadana al aumentar los requisitos para que esta sea efectiva. Por esta razón consideramos que dicho literal deber ser declarado inconstitucional.

Ahora bien, se puede afirmar que en ejercicio de su clausula general de competencia, el legislador está capacitado para legislar sobre la materia en la forma que considere más apropiada, máxime si se tiene en cuenta que dicha materia no fue regulada por el constituyente. No obstante, en nuestro entender, al aumentar en un 5% la cantidad de apoyos ciudadanos que se deben recolectar con miras a hacer efectivo uno de los mecanismos de participación ciudadana, el legislador se desbordó los límites de su propia competencia.

En este aspecto consideramos necesario aclarar que nuestra intervención no pretende atacar la existencia del requisito de recolección de apoyos ciudadanos en las iniciativas normativas en el marco de las entidades territoriales. No. Nosotros consideramos que dicha barrera es legítima puesto que asegura que efectivamente una iniciativa de este tipo cuente con un apoyo ciudadano que la respalde.

En lo que consideramos que el legislador desbordó su competencia de regulación se refiere a su acción de aumentar dicha barrera. En nuestro sentir una vez el legislador ha establecido un requisito para el ejercicio de un derecho, no puede, a través de una ley posterior hacer más difícil el ejercicio de dicho derecho. En ese orden de ideas, en aras de hacer efectivos los derechos previstos por la Constitución, en este aspecto, todas las intervenciones del legislador sólo pueden estar encaminadas a reducir las barreras para el efectivo ejercicio de los derechos, eliminando o reduciendo los obstáculos previstos en la ley, por más legítimos que estos sean.

Es por ello que solicitamos a la Corte, declarar la inexecutable del inciso c) del artículo 9 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión.

III. El requisito adicional de trámite de los referendos derogatorios de leyes.

Uno de los mecanismos directos de participación ciudadana más reputados es el referendo. Esto es así, entre otras cosas, porque este mecanismo tiene varias representaciones. Así, por ejemplo, se tienen los referendos constitucionales y los referendos legales o normativos que, en los términos de la Constitución y la ley pueden potencialmente afectar de manera considerable el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, resulta importante que en la regulación de cada uno de los tipos de referendo se respeten las estipulaciones constitucionales al respecto. En ese sentido, el literal a) del artículo 20 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte introduce una regulación no prevista por la Constitución en lo que se refiere a los referendos que se refieren a la derogatoria de una ley.

Esto es así puesto que el artículo 170 de la norma constitucional establece simplemente como requisito para la realización de referendos derogatorios de una ley, la recolección de apoyos ciudadanos equivalentes al 10% del censo electoral. Esto quiere decir que el constituyente no previó, por razones lógicas, que este tipo de referendos se deban someter a un procedimiento legislativo.

Sin embargo, el literal a) del artículo 20 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión, al parecer, somete a dicho trámite a todo tipo de referendo, incluso los que pretenden derogar leyes.

Esto es así puesto que, si bien este tipo particular de referendo no se encuentra mencionado en el literal a) del artículo citado, dicho artículo pretende regular de manera exhaustiva el trámite en corporaciones públicas de cada uno de los mecanismos directos de participación ciudadana. Es más, el párrafo 2 del artículo citado prevé que el promotor de un referendo derogatorio de una ley debe ser convocado a las sesiones en las que se tramite la iniciativa ante la corporación pública respectiva.

Ahora bien, la Corte ha sostenido que el establecimiento de requisitos adicionales a los previstos en la Constitución no es en sí mismo un motivo para declarar la inexecutable de las normas, puesto que dichos requisitos se encuentran amparados en la cláusula general de competencia de la que dispone el legislador⁸. Sin embargo, en

⁸ Ver. Corte Constitucional, Sentencia C-237/12, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

el presente caso, dicho requisito adicional, constituye un obstáculo evidente a la participación ciudadana contemplada en los artículos 40 y 103 de la Constitución. En ese orden de ideas, el proyecto de ley estatutaria bajo revisión de la Corte no sólo incluye un requisito no previsto por el constituyente en el trámite de los referendos derogatorios de leyes, sino que dicho requisito desconoce la justificación constitucional a la inexistencia del mismo.

Esto es así puesto que si la ciudadanía desea iniciar un referendo derogatorio de una ley expedida por el Congreso, no tiene lógica que el constituyente, o en este caso el legislador, obligue a que dicha iniciativa sea tramitada ante la misma corporación. Lo anterior por cuanto la lógica lleva a concluir que si el Congreso emitió una ley, incluso en contra de la voluntad de un sector importante de la ciudadanía, no es muy probable que esté dispuesto a derogarla a iniciativa de la ciudadanía. En este escenario, se pondría en riesgo la efectividad del derecho a la participación ciudadana de manera clara e inconstitucional.

En ese sentido, es evidente que al respecto se requiere que la Corte Constitucional declare la exequibilidad del literal A del artículo 20 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión en el entendido de que no son incluidos bajo esta regulación los referendos derogatorios.

IV. La participación de los gobiernos en las campañas sobre los mecanismos directos de participación ciudadana.

El párrafo del artículo 34 del proyecto de ley bajo revisión establece que el gobierno, los partidos y movimientos políticos y las organizaciones sociales que deseen participar en la campaña sobre un mecanismo de participación ciudadana podrán hacerlo siempre que notifiquen de su intención al Consejo Nacional Electoral dentro del plazo previsto para ello. Dicha notificación les permitirá acceder a los medios de comunicación social del Estado y les somete a los límites de financiación previstos por el artículo 35 del mismo proyecto de ley.

Una lectura rápida de estas disposiciones no revela sus consecuencias constitucionales. Sin embargo, puesto que el artículo 34 no distingue los mecanismos directos de participación ciudadana sobre los que se aplica, es lógico concluir que esta disposición regula todos los mecanismos directos de participación ciudadana en los que se realiza una campaña y/o que culminan en una votación. Razón por la cual se excluiría únicamente a los Cabildos Abiertos.

Ahora bien, de acuerdo a lo previsto por el artículo 34 del proyecto de ley en Referendos (Constitucionales o legales), Consultas Populares, Revocatorias de

Mandato (de gobernadores o alcaldes distritales o municipales) y Convocatorias a Asambleas Constituyentes, los gobiernos podrían inscribirse ante la organización electoral para ser reconocidos como partícipes de la campaña.

Si bien, en todo desarrollo de los mecanismos de participación ciudadana se encuentra un fuerte ingrediente político, razón por la cual es legítimo que hasta cierto punto tanto el gobierno nacional como el gobierno local intervengan activamente en el proceso, lo mismo no se puede pregonar de la intervención del gobierno departamental, distrital o municipal en campaña en el marco de una revocatoria de mandato.

En este aspecto no podemos ser ingenuos. Es práctica común que, avocados a un proceso de revocatoria de mandato, los funcionarios se vuelquen a realizar una especie de campaña a fin de evitar que el proceso concluya con su destitución. Esta práctica contraría de manera clara las disposiciones constitucionales que solamente admiten la participación en política de un grupo reducido de personas (congresistas) o excepcionalmente para un par de funcionarios (reelección presidencial).

Las consecuencias de este párrafo se harán evidentes a través de un ejemplo. Por iniciativa ciudadana en un municipio se inicia un proceso de revocatoria de mandato. Al amparo de la generalidad prevista por el párrafo del artículo 34, el alcalde de dicho municipio estaría habilitado para notificarle a la organización electoral que su gobierno está dispuesto a participar en la campaña, evidentemente, en contra de la revocatoria. Esta situación, que provocaría que el gobierno municipal participe en política, contraría claramente las disposiciones constitucionales, penales y disciplinarias que prohíben en la actualidad esta práctica.

Esta situación, a todas luces contraria al espíritu de la revocatoria del mandato, se podrá producir en la medida que el artículo 34 no excluye expresamente de los mecanismos en los que el gobierno (nacional o local) puede convertirse en actor principal de la campaña a favor o en contra de la revocatoria de sus propios mandatos. En ese sentido, este artículo permitiría a los funcionarios públicos que se ven avocados a un proceso de revocatoria de mandato a intervenir en política. Así, se contrariaría de manera directa y flagrante el artículo 127 de la Constitución y las disposiciones disciplinarias y penales que de él se ha desarrollado.

Es por esta razón que consideramos que la Corte debe declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 34 bajo el entendido que éste no puede ser utilizado en detrimento de las disposiciones constitucionales, penales y disciplinarias que actualmente prohíben la intervención en política de los funcionarios públicos.

V. La “obligación” del vocero de un referendo en el trámite ante la corporación pública.

De manera muy puntual queremos llamar la atención de la Corte sobre el párrafo 1 del artículo 20 del proyecto de ley Estatutaria bajo revisión. Dicho párrafo, en nuestro concepto, incluye una disposición que atenta contra la esencia del rol del vocero.

En efecto, mientras que la primera frase de dicho párrafo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, prevé que “ninguna corporación pública podrá introducir modificaciones al proyecto de referendo de acto legislativo o de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local de iniciativa popular que sustituyan el sentido original de la iniciativa o alteren su esencia”, la segunda frase prevé, en nuestro concepto, una indebida obligación en cabeza del vocero y del promotor al estipular que “De presentarse cambios de forma, en cada uno de los respectivos debates, el vocero del comité promotor manifestará que los cambios introducidos no sustituyen el sentido original de la iniciativa”.

Consideramos que la segunda frase del párrafo 1 del artículo 20 del proyecto de ley estatutaria sólo puede ser aceptada desde un punto de vista constitucional de una manera condicionada.

Para nosotros es claro que de la redacción de la segunda frase del párrafo citado se deriva una obligación en cabeza del ciudadano que promueve el mecanismo de participación ciudadana. Dicha obligación lo compele a manifestar que los cambios introducidos NO alteran la esencia de la iniciativa.

En consecuencia consideramos que dicha obligación contraría la libertad de expresión y la intangibilidad de las iniciativas de origen popular. En efecto, dicha obligación contraría la libertad de expresión en la medida que se obliga a un ciudadano a manifestarse de una manera que no necesariamente está acorde con su sentir. Puesto que nos podríamos preguntar qué sucedería en caso de una modificación sustancial, ¿el promotor está obligado, en los términos del párrafo 1 del artículo 20, a certificar que una modificación sustancial no lo es? En segundo lugar, dicha obligación contraría la intangibilidad de las iniciativas de origen popular en la medida que si bien la primera frase del párrafo establece un principio general previsto en la jurisprudencia de la Corte, la segunda frase introduce una vía a través de la cual el Congreso puede eludir dicha intangibilidad al afirmar, con razón o sin ella, que el promotor está de acuerdo con las modificaciones introducidas al proyecto.

Por esas razones solicitamos a la Corte que declare la inexecutable de la frase “De presentarse cambios de forma, en cada uno de los respectivos debates, el vocero del

comité promotor manifestará que los cambios introducidos no sustituyen el sentido original de la iniciativa” del párrafo 1 del artículo 20 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión.

VI. La omisión legislativa sobre la rendición de cuentas de congresistas.

Queremos finalizar la presente intervención abordando un tema que tiene una estrecha relación con los mecanismos directos de participación ciudadana, en el sentido del artículo 103 de la Constitución: la rendición de cuentas de los congresistas.

Si bien el párrafo del artículo 48 del proyecto de ley estatutaria que se encuentra bajo revisión de la Corte establece que “la Unidad Coordinadora de Atención al Ciudadano del Congreso de la República dispondrá de la información de la gestión de los congresistas: de su asistencia a las sesiones de comisiones y plenarias, del sentido de sus votaciones y de sus iniciativas legislativas y de control político presentadas”, dicha previsión excluye la posibilidad de una verdadera rendición de cuentas de la parte de los Congresistas.

En efecto, en los términos del proyecto de ley estatutaria, la rendición de cuentas constituye un proceso que se fundamenta en el diálogo entre las autoridades públicas, la ciudadanía y la sociedad civil. En ese sentido, la previsión del párrafo del artículo 48 no responde a una verdadera rendición de cuentas de los Congresistas.

Dicha situación no sólo es contradictoria al espíritu de la rendición de cuentas prevista para el resto de entidades públicas sino que constituye una omisión legislativa de la parte del Congreso y, en consecuencia, hace menos efectiva la participación ciudadana en los términos del artículo 103 de la Constitución en la medida que la ciudadanía cuenta con menos información relevante al momento de determinar los candidatos al Congreso que desea apoyar con su voto.

El análisis de la omisión legislativa que se desprende de la exclusión de la rendición de cuentas de los congresistas requiere una breve recapitulación de la jurisprudencia constitucional sobre dicha noción. En diversos fallos de la Corte se ha establecido que, contrario a las omisiones legislativas absolutas, el juez constitucional es competente para pronunciarse sobre las omisiones legislativas relativas. En efecto, ante la ausencia absoluta de una regulación sobre la cual se pueda reputar una inconstitucionalidad, requisito esencial del control de constitucionalidad efectuado por la Corte, no existe un mecanismo a través del cual el juez constitucional colombiano pueda controlar las omisiones legislativas absolutas⁹.

⁹ Al respecto, ver. Corte Constitucional, Sentencia C-600/11, M.P. María Victoria Calle Correa

Sin embargo, la misma Corte se ha declarado competente para estudiar la constitucionalidad de lo que se conoce como las omisiones legislativas relativas, que se producen cuando el legislador no regula de manera integral una materia, que debería haber regulado¹⁰.

Así, es entonces claro que al no regular de manera integral la rendición de cuentas, incluyendo en ella disposiciones claras y específicas sobre su desarrollo por parte de los miembros del Congreso, el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, ante la cual la Corte Constitucional tiene competencia para pronunciarse.

Ahora bien, para analizar la constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas la Corte ha desplegado una serie de criterios de análisis. Estos criterios son:

- i. que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo;
- ii. que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta;
- iii. que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente;
- iv. que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma;
- v. que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Procedemos a continuación a analizar la exclusión de la rendición de cuentas de los congresistas a la luz de estos criterios.

En primer lugar, es claro que el artículo 48 en su conjunto, y particularmente su párrafo, es la norma jurídica sobre la cual se predica el presente cargo. En efecto, dicho artículo define la rendición de cuentas y su párrafo excluye de la misma a los congresistas al establecer un mecanismo de publicidad de su labor a través de la Unidad Coordinadora de Atención al Ciudadano.

En segundo lugar, la omisión que se desprende del artículo 48 del proyecto de ley estatutaria que se encuentra bajo revisión de la Corte no sólo excluye de la rendición de

¹⁰ Al respecto ver, Corte Constitucional, Sentencia C-891A/06 MP. Rodrigo Escobar Gil.

cuentas a los miembros del Congreso de la República sino que, al someter a los demás servidores públicos a los procesos de rendición de cuentas no los incluye con miras a armonizar el texto legal con los mandatos constitucionales.

En efecto, si bien se podría argumentar que la exclusión de la rendición de cuentas de los Congresistas no puede ser considerada una omisión puesto que no se puede asimilar la labor de un congresista a la de un funcionario de la rama ejecutiva. Y que por lo tanto la naturaleza de la rendición de cuentas para cada uno de ellos es, y debe, ser diferente. Sin embargo, se debe decir que puesto que el artículo 48 no establece ninguna distinción al respecto, los únicos servidores públicos que estarían exentos de la rendición de cuentas son justamente los congresistas.

Esto es así puesto que la definición prevista en el primer inciso del artículo 48 del proyecto de ley estatutaria que se encuentra bajo revisión de la Corte prevé que “las entidades de la administración pública al nivel nacional y territorial y los servidores públicos” realicen rendiciones de cuentas ante la ciudadanía.

En ese sentido, en la medida que se encuentran compuestos por servidores públicos, tanto la rama ejecutiva, en todos sus niveles, como la rama judicial, en todas sus jurisdicciones, y los distintos organismos de control estarían obligados a realizar procesos de rendición de cuentas. Esto significaría que, a pesar de ser servidores públicos, los únicos que escapan a dicha regulación son los miembros del Congreso.

Como si lo anterior fuese poco, la omisión que se comenta excluye de manera ilegítima a los miembros del Congreso de la rendición de cuentas puesto que hace menos participativa la democracia nacional puesto que hace inefectivo el derecho consagrado en el artículo 40 de la constitución, desconoce lo previsto en el artículo 1 de la Carta y no desarrolla de manera eficaz el artículo 133, modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2009, según el cual los elegidos en el Congreso de la República son “responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”.

En tercer lugar, es evidente que la omisión carece de razón suficiente que la justifique. En efecto, en una democracia participativa no existen motivos que justifiquen la exclusión de los servidores públicos del deber de rendir cuentas de lo realizado en su gestión. Por el contrario, la rendición de cuentas se encuentra estrechamente ligada a la simple concepción del mandato o la representación.

En cuarto lugar, también es claro que la omisión produce una desigualdad negativa puesto que no hay razón suficiente para no prever una rendición de cuentas de los congresistas basados en el diálogo ante la ciudadanía. En efecto, al excluir a los

Congresistas de los procesos de rendición de cuentas, la ciudadanía no podrá ejercer un control efectivo en los términos del artículo 40 de la Constitución de la labor por ellos desempeñada.

Finalmente, la omisión constituye un desconocimiento de una obligación específica del legislador impuesta por la Constitución. Ahora bien, es claro que ninguna disposición constitucional establece expresamente la obligación del legislador para legislar sobre la rendición de cuentas. Sin embargo, estos procesos subyacen claramente el derecho a la participación ciudadana previsto en el artículo 40 de la Constitución y que se manifiesta en el artículo 103 de la misma.

En efecto, puesto que el artículo 40 de la Constitución establece que cada ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, no se encuentran motivos para defender que dicho cuerpo no emita regulación que esté en caminata a favorecer dicho control y a garantizar que la ciudadanía desempeñe dicho control con la mayor cantidad de información posible. Bien es sabido que la labor de los legisladores trasciende las que figuran en el párrafo del artículo 48 del proyecto de ley que se encuentra bajo revisión de la Corte Constitucional.

En efecto, si bien dicho párrafo incluye las funciones legislativas y de control político que los Congresistas pueden desempeñar con fundamento en su investidura, no contempla en realidad la dimensión política de su labor.

Adicionalmente, lo previsto por el párrafo del artículo 48 del proyecto de ley estatutaria, si bien resulta esencial para aumentar el nivel de información ciudadana sobre la labor de sus elegidos, no asegura de manera efectiva que los ciudadanos puedan hacer un control efectivo del poder político en los términos del artículo 40 de la Constitución. De igual manera, esta omisión legislativa no permite que, como lo prevé el artículo 133 vigente de la Constitución, los elegidos sean responsables ante sus electores.

Ahora bien, dicha omisión no debe afectar la constitucionalidad de la norma puesto que, ello implicaría que se eliminarían disposiciones encaminadas a asegurar, así sea en parte, el control del poder político por parte de la ciudadanía. En ese sentido, consideramos que la Corte debe declarar que el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa al omitir de la obligación de rendición de cuentas a sus miembros y en consecuencia emita un fallo modulado en el sentido de declarar exequible el artículo 48 en el entendido que las obligaciones contempladas en dicho artículo también cobijan a los miembros del Senado y la Cámara de Representantes.

VII. Conclusiones

Con el ánimo de recapitular, le solicitamos respetuosamente a la Corte que:

1. Emita un fallo modulado sobre el párrafo del artículo 5 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión en el sentido que dicho artículo es constitucional en el entendido que el régimen de responsabilidad previsto se aplica tanto a voceros como a promotores de mecanismos directos de participación ciudadana, sean estas personas jurídicas –los miembros del comité promotor - o personas naturales y que dicho régimen de responsabilidad se aplica en el marco de todos los mecanismos directos de participación ciudadana de origen popular.
2. Module la constitucionalidad de los artículos 6, 8, 13, 15, 16, 19 y 20. que incurren en un trato desigual sobre los derechos y responsabilidades de los promotores, del comité promotor y del vocero del comité promotor.
3. Declare la exequibilidad condicionada del artículo 9 del proyecto de ley estatutaria en el entendido que el proceso de recolección de apoyos ciudadanos sólo no es requerido para la inscripción de la iniciativa.
4. Declare la inexecutable del inciso c) del artículo 9 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión.
5. Declare la exequibilidad condicionada del literal A del artículo 20 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión en el entendido de que no son incluidos bajo esta regulación los referendos derogatorios.
6. Declare la constitucionalidad condicionada del artículo 34 bajo el entendido que éste no puede ser utilizado en perjuicio de las disposiciones constitucionales, penales y disciplinarias que actualmente prohíben la intervención en política de los funcionarios públicos.
7. Declare la inexecutable de la frase “De presentarse cambios de forma, en cada uno de los respectivos debates, el vocero del comité promotor manifestará que los cambios introducidos no sustituyen el sentido original de la iniciativa” del párrafo 1 del artículo 20 del proyecto de ley estatutaria bajo revisión.
8. Que declare que el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa al omitir de la obligación de rendición de cuentas a sus

miembros y en consecuencia emita un fallo modulado en el sentido de declarar exequible el artículo 48 en el entendido que las obligaciones contempladas en dicho artículo también cobijan a los miembros del Senado y la Cámara de Representantes.

Atentamente,

ALEJANDRA BARRIOS CABRERA
Directora Nacional
MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL - MOE