

Bogotá D.C. 30 de marzo de 2021

Honorable Magistrado
Jorge Enrique Ibañez Najjar
Magistrado Sustanciador
Ciudad

Ref. Escrito de intervención ciudadana en el proceso control automático PE0000050 del PLE No. 234 de 2020 Senado, 409 de 2020 Cámara, “por la cual se expide el Código Electoral Colombiano y se dictan otras disposiciones”

Nosotros y nosotras, Alejandra Barrios Cabrera, Camilo Mancera Morales, Luisa Salazar Escalante, Angélica Contreras Martínez, Luisa Cajamarca Ospina, Marlon Pabón Castro, Alejandra Pamela San Martín Ríos y Valles, directora, coordinador del Observatorio de Justicia Electoral, investigadores/investigadoras y consultora internacional de la Misión de Observación Electoral -MOE-, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos intervención ciudadana en el proceso de la referencia. El escrito de intervención se divide en dos partes, en la primera se resumen las solicitudes en concreto para cada uno de los artículos que a consideración de la Misión de Observación Electoral requieren de un pronunciamiento de la Corte Constitucional, en la segunda parte presentamos de manera detallada los argumentos de constitucionalidad.

PRIMERA PARTE. RESUMEN DE LAS SOLICITUDES DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE A ALGUNOS ARTÍCULOS DEL PROYECTO DE LEY DE CÓDIGO ELECTORAL.

Primero. Adopción de la carrera administrativa en la organización electoral. Que se declare la constitucionalidad condicionada del numeral 3, artículo 21; del numeral I del artículo 23 y del numeral I del artículo 25 concerniente a los nombramientos de distintos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la medida en que deben ser nombrados por concurso de méritos y pertenecer a la carrera administrativa especial de la RNEC. Asimismo, estableciendo que la facultad de libre remoción debe ser compatible con su pertenencia a la carrera administrativa especial de la RNEC, en términos de lo estipulado por esta Corporación en la Sentencia C-553/10.

Segundo. Adopción de la carrera administrativa en la organización electoral. Que se ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que dentro de un plazo determinado por la Corte Constitucional se realicen los concursos de méritos correspondientes para incorporar la aplicación del régimen de carrera administrativa para el nombramiento y funcionamiento de estos y todos los cargos de la RNEC.

Tercero. Paridad, alternancia y universalidad. Que se declare la inconstitucionalidad de la porción normativa que dispone “*donde se elijan cinco (5) o más curules*” en el primer inciso del artículo 84 del proyecto de Código Electoral, así como el segundo inciso del mismo artículo, que establece que: “*Para las listas de menos de cinco (5) curules, se les aplicará el treinta por ciento (30%) para la conformación de la cuota de género.*” Lo anterior, porque dichas porciones normativas resultan violatorias al principio de igualdad ante la ley. Asimismo, porque contravienen los principios de paridad y universalidad, contemplados tanto en el artículo 262 constitucional, como en el propio artículo 84 del proyecto del Código Electoral.

Cuarto. Paridad, alternancia y universalidad. Se declare la constitucionalidad condicionada del mismo artículo 84, a fin de dar un efecto útil al principio de alternancia consagrado tanto a nivel constitucional como en la propia disposición bajo análisis. Lo anterior, bajo el entendido que la interpretación que realice la Corte Constitucional debe garantizar que la interpretación de esta medida debe prever una fórmula que indique que las candidatas y los candidatos deben aparecer de manera intercalada en las lista (tanto aquellas con voto preferente, como las listas cerradas, según corresponda).

Quinto. Participación de las personas LGBTIQ+ en las organizaciones políticas. Que se declare la inconstitucionalidad del apartado “*de conformidad con sus estatutos, podrán propiciar mecanismos de democracia interna que*” del artículo 85 del Código Electoral, debido a que esta interpretación afecta el principio constitucional y legal de igualdad y no discriminación.

Sexto. Las coaliciones para cargos plurinominales deben actuar en bancada. Que se declare la constitucionalidad condicionada del párrafo segundo del artículo 82 del proyecto de Código Electoral en el entendido que las organizaciones políticas que suscriban el acuerdo de coalición *deberán* actuar en bancada de acuerdo a lo establecido en la Ley 974 de 2005.

Séptimo. Ventanilla Única Electoral Permanente – VUEP-. Que se declare la constitucionalidad condicionada del artículo 72 del Código Electoral, de manera que se adelante una interpretación de la norma en la que se habilite en la Ventanilla Única Electoral Permanente la consulta de todas las condenas e investigaciones en curso de los aspirantes a cargos de elección popular con el fin de dotarles de herramientas para que el otorgamiento de avales se ciña a un ejercicio más detallado y oportuno, y derivado de esto, garantizar a la ciudadanía, en función de la responsabilidad democrática que le atañe a las organizaciones políticas, la escogencia de candidatos idóneos para que conduzcan los asuntos públicos sin ver a la administración subordinada a prácticas ilegales o con el riesgo de pérdida de gobernabilidad.

Octavo. Sanciones a los observadores electorales y vulneración del requisito de proporcionalidad en la sanción y del derecho a la igualdad. Que se declare la inconstitucionalidad de la sanción pecuniaria prevista en el párrafo del artículo 151 del proyecto de ley de Código Electoral, debido que al imponer una sanción consistente en multa de hasta tres (3) salarios mínimos legales vigentes mensuales, no tiene en cuenta los criterios

de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad que deben tener en cuenta las sanciones administrativas, así como tampoco se cumple con el derecho a la igualdad.

Noveno. Los efectos de la seguridad y defensa nacional en el derecho de acceso a la información y transparencia. Que se declare la inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 247 del Código Electoral bajo revisión, derivado de que la indeterminación de los efectos de la seguridad y defensa nacional que se predica en relación con “*Todas las actividades que en cumplimiento de su misión realice la Registraduría Nacional del Estado Civil con relación al registro civil, la identificación, los procesos electorales y mecanismos de participación ciudadana*” vulnera el derecho de acceso a la información y la transparencia en el ejercicio del servicio público.

Décimo. Los efectos de la seguridad y defensa nacional en el derecho de acceso a la información y transparencia. Que se declare la constitucionalidad condicionada del párrafo del mismo artículo 247, bajo el entendido que la interpretación que realice la Corte Constitucional debe garantizar en primer lugar que las condiciones de seguridad no deben usarse para limitar no solo los ejercicios de observación electoral, sino cualquier expresión de control político y ciudadano, incluidas las organizaciones políticas, y en segundo lugar que las garantías para el acceso a la información y la transparencia no deben circunscribirse únicamente a las relacionadas con los procesos electorales, sino con cualquier actividad que desarrolle la RNEC.

Décimo primero. Los efectos de la reserva legal por seguridad y defensa nacional en las actividades de la RNEC y la ruptura del principio de transparencia en la contratación estatal. Que se declare la constitucionalidad condicionada de los artículos 247 y 248 del proyecto de Código Electoral, en el entendido de que no se puede afectar el principio de transparencia en el régimen de contratación de la Registraduría Nacional del Estado Civil. La defensa y seguridad nacional, enfocada a la protección del territorio y sus legítimas instituciones, debe garantizarse con la adecuada selección de oferentes y con un proceso de adjudicación transparente, no con mecanismos directos que incurran en el riesgo de desviación o abuso de poder.

Décimo segundo. Los efectos de la reserva legal por seguridad y defensa nacional en las actividades de la RNEC y la ruptura del principio de transparencia en la contratación estatal. Por lo que hace a lo previsto en el artículo 248 referido, se precise que al indicar que la contratación relacionada con la Organización electoral se regirá por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, ello se interprete en el sentido de prever la licitación como regla general de contratación, sin encontrarse cobijada por las excepciones de contratación directa.

Décimo tercero. La sanción intemporal a la observación electoral es violatoria del derecho al debido proceso. Que se declare la constitucionalidad condicionada, de la expresión del inciso primero del artículo 152 del proyecto de Código Electoral “*En caso de no presentar el respectivo informe, no serán acreditados para los siguientes procesos electorales*”, bajo

el entendido que la sanción por no presentación del informe, se refiere únicamente al siguiente proceso electoral, pues de lo contrario se incorpora una sanción que contraviene el derecho al debido proceso.

Décimo cuarto. Certificado electoral en elecciones atípicas y en mecanismos de participación ciudadana. Que se declare la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 12 del proyecto de Código Electoral “*No se otorgará certificado electoral en mecanismos de participación ciudadana que tengan umbral de participación, ni en elecciones atípicas.*” y en este sentido, establecer que el certificado electoral se otorgará tanto en las elecciones ordinarias, como en los mecanismos de participación ciudadana y en las elecciones atípicas.

Décimo quinto. Obstáculos para el acceso a la información de datos electorales. Que se declare la inconstitucionalidad del apartado “*pagados por los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que deseen contar con este servicio.*” del artículo 179 del proyecto de Código Electoral.” ya que se establecen obstáculos injustificados frente al derecho de acceso a la información afectando el principio de transparencia.

SEGUNDA PARTE. SOLICITUDES DE CONSTITUCIONALIDAD FRENTE A ALGUNOS ARTÍCULOS DEL PROYECTO DE LEY DE CÓDIGO ELECTORAL.

I. ADOPCIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL.

Se solicita declarar la constitucionalidad condicionada del numeral 3 del artículo 21; numeral 1 del artículo 23, y del numeral 1 del artículo 25 concerniente a los nombramientos de distintos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), en la medida en que estos deben ser nombrados por concurso de méritos y pertenecer a la carrera administrativa especial de la RNEC en concordancia con los artículos 40, 125 y 266 de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Asimismo, estableciendo que la facultad de libre remoción debe ser compatible con la pertenencia a la carrera administrativa especial de la RNEC, por lo que debe estar mediada por el deber de la administración de utilizar criterios de motivación. Lo anterior atendiendo a lo estipulado por esta Corporación en la Sentencia C-553/10, M.P. Luis Ernesto Vargas.

“ARTÍCULO 21. Funciones. El registrador Nacional del Estado Civil tendrá las siguientes funciones:

3. Nombrar los cargos directivos del nivel central, los registradores distritales de Bogotá D. C., departamentales delegados seccionales en registro civil e identificación y en lo electoral, y registradores especiales, municipales y auxiliares del Estado Civil.

ARTÍCULO 23. Funciones. Los registradores distritales del Estado Civil tendrán las siguientes funciones:

1. Nombrar a los servidores de su circunscripción electoral, a excepción de los de libre remoción consagrados en el presente código.

ARTÍCULO 25. Funciones. Los registradores departamentales del Estado Civil tendrán las siguientes funciones:

1. Nombrar a los servidores de su circunscripción electoral, a excepción de los de libre remoción consagrados en el presente Código”.

En este sentido se resalta la necesidad de que la Corte Constitucional ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que dentro de un plazo determinado por esa Corporación, se realicen los concursos de méritos correspondientes para incorporar la aplicación del régimen de carrera administrativa para el nombramiento y funcionamiento de estos y todos los cargos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Lo anterior, considerando que el mismo no se ha desarrollado, a pesar de los diversos mandatos emitidos por esa Corte Constitucional en las sentencias C-553/10, C-195/94, C-588/09.

Para fundamentar la solicitud acá planteada, se expondrán los argumentos que se listan a continuación: 1. Principio de constitucionalidad de la carrera administrativa y del ingreso a la RNEC por concurso de méritos; 2. La RNEC, como entidad pública técnica de régimen especial, diferenciando los cargos de índole técnica de los cargos de responsabilidad administrativa o electoral del régimen especial; y 3. La solicitud de declarar la constitucionalidad condicionada en los términos expuestos.

Argumentos

1. Principio de constitucionalidad de la carrera administrativa y del ingreso a la RNEC por concurso de méritos

En el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, se establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que es precisamente la carrera administrativa basada en la evaluación del mérito, a través de concurso público, el mecanismo general y preferente para el ingreso de los ciudadanos al servicio público.

Así mismo, el sistema de carreras se encuentra vinculado al artículo 40 de la Constitución Política, en la medida en que no solo protege el derecho político a desempeñar cargos públicos de manera igualitaria pues “*todo ciudadano tiene derecho a (7) Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos*”, sino que, a través del concurso de méritos, permite a los ciudadanos manifestar su intención de ser parte de la estructura burocrática del Estado.

En lo referente a los cargos correspondientes al ámbito electoral, el artículo 266 constitucional es claro en definir que: “*La Registraduría Nacional estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará **exclusivamente por concurso de méritos**...*”

La determinación de que en todos los casos y sin excepción, el ingreso a la Registraduría derive de un concurso de méritos, así como el establecimiento de una carrera administrativa especial es congruente con la naturaleza de esa institución y de las funciones que tiene encomendadas: la organización de los procesos electorales y demás mecanismos de participación ciudadana, en los que la independencia, la imparcialidad y el carácter técnico de sus labores son elementos claves para generar confianza tanto en los distintos actores políticos, como en la ciudadanía.

Así, la intención del constituyente fue, entre otras, la de separar esta entidad pública de toda influencia partidista o de militancia política en la provisión de sus cargos, de modo que se lograra una conformación eminentemente técnica de la entidad, lo cual está necesariamente vinculado a la obligatoriedad del concurso de méritos para todos sus cargos, incluso para los de responsabilidad administrativa o electoral, respecto de los cuales se establece una fórmula mixta, instaurada en el ingreso por concurso de méritos y la posibilidad de libre remoción. Esto, con el fin de asegurar la transparencia en el proceso de selección y, por ende, la imparcialidad de tales autoridades de la organización electoral¹.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-553/10, M.P. Luis Ernesto Vargas

Lo expuesto es congruente con los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional, en las sentencias C-553/10, C-195/94, C-588/09.

El otorgar a una materia en particular la condición de “principio”, no solo tiene una consecuencia categorial, esto es, ubicarla como uno de los pilares que sustenta el ordenamiento superior, sino que también conlleva particulares funciones hermenéuticas². Como lo ha señalado la Corte en fallos anteriores³, el principio de carrera administrativa cumple el doble objetivo de: i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público y, ii) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes.

Teniendo en cuenta lo anterior, y trazándose como objetivo la necesidad de fortalecer el modelo democrático, que pasa necesariamente por la igualdad de oportunidades en el ingreso a los cargos públicos y procesos claros de transparencia, la carrera administrativa no se relaciona a una naturaleza meramente procedimental o formal, al contrario, debe ser entendida como una variable necesaria para la concepción de un Estado democrático.

Dentro de las principales finalidades de la regulación referida se encuentran:

- i) Cuando el régimen de carrera administrativa funciona a cabalidad, esto permite cumplir con los fines de *transparencia, eficiencia y eficacia* de la función administrativa, y del servicio público. El concurso de méritos permite la selección de los ciudadanos más idóneos para el ejercicio de la función pública, cumpliendo las finalidades esenciales del aparato estatal.
- ii) En ningún caso la afiliación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa o su destitución o promoción. De esta forma, garantiza la imparcialidad para las personas que asumen cargos en la Registraduría, limitando la discrecionalidad en la designación y en el cumplimiento de las funciones laborales.
- iii) Garantiza la profesionalización del personal encargado de desarrollar las funciones técnicas encomendadas a la Registraduría, generando así, confianza en la ciudadanía sobre los procesos electorales.

De esta forma, el concurso de méritos tiene por objeto último⁴ que el cuerpo de servidores públicos esté integrado por los ciudadanos que muestren las mayores habilidades, conocimientos, y destrezas en el campo laboral correspondiente, lo cual se obtiene a partir de la implementación de un concurso público y abierto que evalúe tales competencias conforme a parámetros de naturaleza objetiva, aplicables incluso a aspectos que podrían

² Ibid

³ Corte Constitucional, Sentencia C-588/09, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza

⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-011/96, M.P. Hernando Vergara; C-553/10, M.P. Luis Ernesto Vargas; y T-627/16, M.P. María Victoria Calle

parecer de carácter subjetivo. Todo ello con el fin de evitar que la evaluación quede relegada a la consideración de asuntos coyunturales, de filiación partidista, o clientelares, incompatibles con el criterio del mérito.

Por su parte, la carrera administrativa ha sido elevada a la categoría de canon constitucional, siguiendo lo establecido en la Sentencia C-195/94 del Magistrado Vladimiro Naranjo, dentro del espíritu de garantizar la estabilidad en los cargos públicos con base en la experiencia, la eficacia y la honestidad en el desempeño de los mismos, sustrayéndolos a los vaivenes, manipulaciones y contingencias de la lucha partidista, que habría llevado a que, cada vez que se producía un cambio de gobierno y el poder político era constituido por uno de los partidos tradicionales, sistemáticamente se excluían de la participación en los cargos públicos, a los miembros del otro partido, aun en los niveles más bajos⁵.

2) La RNEC como entidad pública técnica de régimen especial

La Registraduría, por mandato constitucional o constituyente derivado, cuenta con un sistema especial de carrera administrativa, basado en el uso del concurso de méritos como mecanismo exclusivo para el ingreso al servicio público, herramienta para: i) impedir la politización de esta entidad a través de la vinculación entre el ingreso al empleo y la militancia partidista, y, a su vez ii) fortalecer a la RNEC como un ente de carácter técnico, con la transparencia e imparcialidad suficientes para llevar a cabo las actividades propias de la organización electoral⁶.

Asimismo, la RNEC hace parte de un régimen especial, donde los cargos de responsabilidad administrativa o electoral, constitucionalmente previstos para esta entidad, combinan el ingreso mediante concurso de méritos y la libre remoción.

A partir de estas premisas, a continuación, se hace una relación de las funciones que se desarrollan en la RNEC, así como las consecuencias del régimen mixto que rige los cargos de responsabilidad administrativa o electoral.

i) Índole técnica de la RNEC

Las funciones atribuidas a la RNEC, tanto por el Código Electoral antiguo y reciente, así como los establecidos por la Constitución, y por su reforma del 2003, permiten predicar el carácter técnico de esta entidad, pues la preparación y el desarrollo de las jornadas electorales exigen manejar conocimientos y criterios técnicos, cuya estricta aplicación es la garantía de imparcialidad y transparencia de su actuación, como fundamento de la confianza de los distintos actores políticos y de la ciudadanía en general⁷. Este marcado carácter técnico, la ubica fuera de la órbita de la política partidista y asegura autonomía frente a las ramas del poder público, entre otros.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-195/94, M.P. Vladimiro Naranjo

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-553 /10, M.P. Luis Ernesto Vargas

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-230A/08, M.P. Rodrigo Escobar Gil

Los funcionarios de la RNEC cuentan con funciones técnicas, que permiten el desarrollo logístico de las elecciones. Como bien sabe la Corte, en los aspectos electorales se cuenta con normativas muy detalladas y profundas, que hacen que cada aspecto del procedimiento electoral se pueda operacionalizar de forma técnica, por personas capacitadas en el área.

Para citar un ejemplo, en lo referente a la logística de las elecciones, bien sean estas elecciones ordinarias, atípicas o de mecanismos de participación ciudadana como las revocatorias, referendos o consultas populares, todas requieren de la misma logística a la hora de ejecutar el proceso de votación. Este procedimiento logístico, inicia con la elaboración del calendario electoral, el cual está establecido en el Código Electoral y en la Constitución Política, donde se fijan periodos y la obligación a la Registraduría para su elaboración en cada proceso electoral. Una vez iniciado el calendario, la Registraduría comienza su ejecución con la consolidación del censo electoral colombiano, que está regulado por el artículo 49 de la ley 1475 de 2011, la Ley 1227 de 2008, que guían el accionar de los Registradores municipales y Delegados de Departamento, en cada una de sus labores. Seguido a esto, el proceso de consolidación y depuración de posibles jurados de votación, proceso técnico que realizan en especial los Registradores Municipales. Posteriormente, se inicia la inscripción de candidatos y, cuando culmine esta etapa, la Registraduría diseña los formularios electorales. Finalmente, con las tarjetas y formularios impresos y con los materiales requeridos para el buen desarrollo de las elecciones, se organiza el kit electoral, proceso suficientemente reglado por la 1475 del 2011, el Código Electoral y la Constitución Política.

En este sentido, la discrecionalidad de los funcionarios es reducida, ya que no ingresan a cargos donde tengan la potestad de salirse de las normas ya establecidas para los procesos electorales.

Cuando se expresa que la entidad pública es de índole técnica, no se está haciendo referencia a un cuerpo etéreo, se establece así, ya que sus funcionarios también ejercen funciones técnicas, que permiten que en este caso, los procesos electorales se desarrollen adecuadamente.

El origen del Registrador Nacional y el mecanismo de carrera para el ingreso de servidores públicos a la RNEC, se muestran acordes a la índole técnica de las funciones asignadas a la entidad, cuyo cumplimiento torna visible la realización de las elecciones en condiciones de imparcialidad, sin que se requiera la participación o concurso de partidos, movimientos o agrupaciones políticas como medio para producir confianza⁸.

Al respecto, una revisión de las funciones encomendadas a los Registradores Distritales, Departamentales, Seccionales, Municipales y Auxiliares, evidencia no solo la naturaleza técnica, sino el carácter eminentemente normado de los distintos procedimientos que tienen bajo su responsabilidad. A modo de ejemplo, dentro de las actividades a su cargo, se destacan las relativas a:

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-230A/08, M.P. Rodrigo Escobar Gil

- a) Llevar a cabo o supervisar las funciones relativas, tanto al registro civil e identificación, como a lo electoral (normadas exhaustivamente reguladas en el Código Electoral en los artículos 23, 25, 26, 28, 29)
- b) Investigar conductas presuntamente indebidas e imponer las sanciones a que hubiere lugar (cuyo desarrollo no solo está previsto en el Código Electoral, sino en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo).
- c) Actuar como secretarios de las respectivas comisiones escrutadoras (cuyas funciones están reguladas en el Código Electoral en los artículos 23, 25, 28, 29).

ii) Los cargos de responsabilidad administrativa o electoral del régimen especial

Como ya se dijo, la RNEC hace parte de un régimen especial, donde los cargos de responsabilidad administrativa o electoral, constitucionalmente previstos para esta entidad, combinan el ingreso mediante concurso de méritos y la libre remoción. El artículo 266 de la Constitución, indica que los “*cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley*”, estos cargos hacen parte a la carrera administrativa especial, donde se ingresa exclusivamente por concurso de méritos especial, pues el Constituyente sólo aludió a la libre remoción, pero no al libre nombramiento.

La libre remoción, según la sentencia C-553/10 de la Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas, “*no puede asumirse sin tener en cuenta que la provisión de esos empleos se lleva a cabo mediante concurso público de méritos, lo que supone su pertenencia a la carrera administrativa especial de la RNEC. Ello en el entendido que, como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional, la remoción de los servidores que ejercen empleos de carrera debe estar mediada por el deber de la administración de utilizar criterios de motivación.*”

Así, no obstante “*el Registrador Nacional del Estado Civil conserva la facultad para ejercer la libre remoción de los servidores públicos que ejerzan cargos de responsabilidad administrativa o electoral, puesto que esa competencia se deriva del artículo 266 C.P. [éste] debe hacer explícita su motivación. Además, como sucede con todas las expresiones del poder público, dicho acto de desvinculación del empleo no puede llevarse a cabo de modo irrazonable o arbitrario, sino que en todo caso debe ser compatible con la garantía de los derechos constitucionales de que son titulares los servidores públicos y con el cumplimiento de los fines del Estado; sin que pueda tornarse en vehículo que ampare la desviación de poder, las prácticas clientelistas o, en general, toda forma de ejercicio ilegítimo o carente de sustento de la potestad de remoción.*”

Es así como se debe disponer la apertura de un concurso de méritos para los cargos estipulados en los artículos 21, 23 y 25 a fin de que se pueda iniciar el proceso de selección que le permitirá nombrar en propiedad, sin perjuicio de ir en contravía de lo estipulado en la Ley 1350 de 2009, ni sus modificaciones constitucionales. Al contrario, se espera que con esta intervención se pueda ir en la misma vía que la sentencia C-553/10, donde la Corte manifestó que los cargos establecidos por los legisladores por expreso mandato constitucional deben estar mediados por concurso público de méritos.

Solicitud

- Declarar la constitucionalidad condicionada del numeral 3, artículo 21; del numeral I del artículo 23 y del numeral I del artículo 25 concerniente a los nombramientos de distintos funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en la medida en que deben ser nombrados por concurso de méritos y pertenecer a la carrera administrativa especial de la RNEC. Asimismo, estableciendo que la facultad de libre remoción debe ser compatible con su pertenencia a la carrera administrativa especial de la RNEC, en términos de lo estipulado por esta Corporación en la Sentencia C-553/10.
- Se ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que dentro de un plazo determinado por la Corte Constitucional se realicen los concursos de méritos correspondientes para incorporar la aplicación del régimen de carrera administrativa para el nombramiento y funcionamiento de estos y todos los cargos de la RNEC.

II) PARIDAD, ALTERNANCIA Y UNIVERSALIDAD

Se solicita a la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de la porción normativa que dispone “*donde se elijan cinco (5) o más curules*” en el primer inciso del artículo 84 del proyecto de Código Electoral, así como el segundo inciso del mismo artículo, que establece que: “*Para las listas de menos de cinco (5) curules, se les aplicará el treinta por ciento (30%) para la conformación de la cuota de género.*” Lo anterior, porque dichas porciones normativas resultan violatorias al principio de igualdad ante la ley. Asimismo, porque contravienen los principios de paridad y universalidad, contemplados tanto en el artículo 262 constitucional, como en el propio artículo 84 del proyecto del Código Electoral.

Asimismo, se solicita se declare la constitucionalidad condicionada del mismo artículo 84, a fin de dar un efecto útil al principio de alternancia consagrado tanto a nivel constitucional como en la propia disposición bajo análisis. Lo anterior, bajo el entendido que la interpretación que realice la Corte Constitucional debe garantizar que la interpretación de esta medida debe prever una fórmula que indique que las candidatas y los candidatos deben aparecer de manera intercalada en las listas (tanto aquellas con voto preferente, como las listas cerradas, según corresponda).

“ARTÍCULO. 84. Cuota de género. *En atención a la aplicación progresiva de los principios de equidad de género, paridad, alternancia y universalidad consagrados en los artículos 40, 107 y 262 de la Constitución Política; en las listas **donde se elijan cinco (5) o más curules** para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta, a excepción de su resultado, incluyendo aquellas relativas a la elección de directivos, cuando las agrupaciones políticas opten por este mecanismo para elección, deberán conformarse por un mínimo de cincuenta por ciento (50%) de mujeres, sobre el número de candidatos inscritos a la corporación que se pretenda postular.*

Para las listas de menos de cinco (5) curules, se les aplicará el treinta por ciento (30%) para la conformación de la cuota de género.

Parágrafo. *Constituirá como causal de revocatoria de inscripción las listas que no cumplan con la cuota de género, estipulada en el presente artículo. Lo anterior sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o multas que se puedan interponer a las agrupaciones políticas ante este incumplimiento”*

Para fundamentar esta solicitud, se desarrollarán los siguientes puntos que tienen por objeto poner de presente frente a la honorable Corte Constitucional: 1. La constitucionalidad de las acciones afirmativas en el sistema político-electoral colombiano; 2. La reglamentación de la paridad, alternancia y universalidad prevista en el artículo 84 del proyecto de Código Electoral; y 3. La solicitud de declarar la inconstitucionalidad de una porción normativa y la constitucionalidad condicionada del precepto bajo análisis, en los términos expuestos.

Argumentos

I. Constitucionalidad de las acciones afirmativas en el sistema político-electoral: ¿Por qué cumplir con los principios de paridad, alternancia y universalidad presentes en el ordenamiento jurídico?

La Constitución Política consagra el principio de igualdad real y material en su artículo 13, el cual implica una obligación estatal de promover las condiciones para que este principio se materialice, mediante la adopción de medidas en favor de grupos históricamente excluidos discriminados. En consecuencia, en aras de garantizar dicha igualdad material en los procesos de participación y representación política de hombres y mujeres, y en el ejercicio pleno de los derechos políticos (artículo 40 constitucional), el artículo 262 constitucional de manera coherente establece la obligación de contar con medidas progresivas de discriminación positiva con la introducción de la paridad, la alternancia y la universalidad como principios que deben regir la conformación de listas a cargos de elección popular por parte de los partidos y movimientos políticos.

De esta forma, lo dispuesto en el artículo 84 del proyecto de Código Electoral encuentra asidero constitucional, tal y como lo indica dicha norma, en los artículos 40, 107 y 262 de la Carta Política. Si bien el legislador buscó materializar los principios de paridad, alternancia y universalidad en la conformación de las listas a cargos de elección popular de corporaciones públicas, al incorporar la obligatoriedad de conformación de las listas a cargos de corporaciones públicas por al menos 50% de mujeres. No obstante, tal como se abordará en el presente apartado, las porciones normativas sobre las que se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad van en contravía del avance logrado, y resultan contrarias al principio de igualdad.

Expuesto lo anterior, vale la pena recordar el porque es constitucional la introducción de cuotas y/o medidas de paridad en favor de las mujeres. Este es un ejemplo claro de cumplimiento del precepto que obliga al Estado colombiano a adoptar medidas en favor de grupos históricamente excluidos o discriminados para el goce efectivo de sus derechos políticos, como es el caso de las mujeres en el sistema político-electoral.

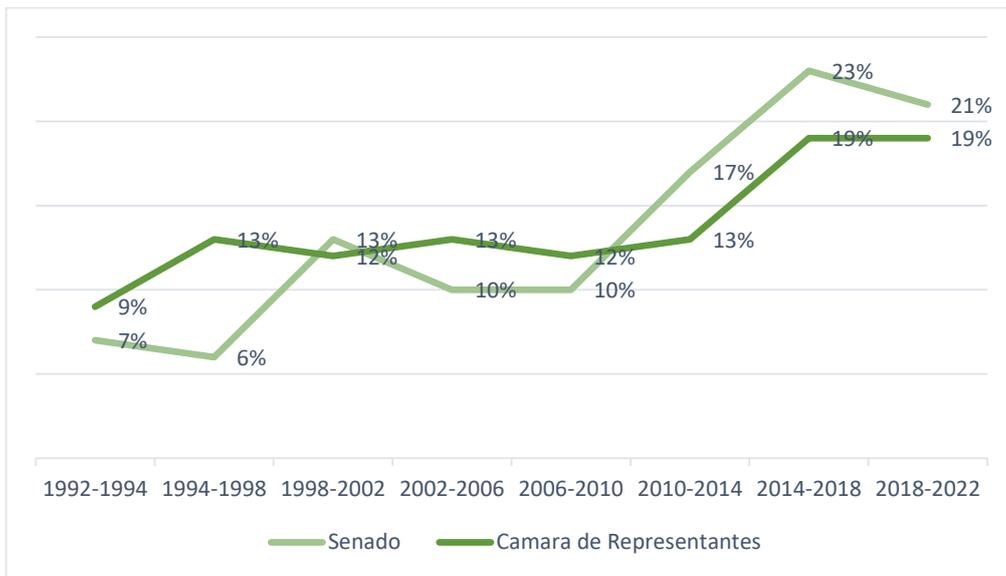
Al respecto, la exclusión de la que las mujeres han sido objeto se evidencia en el hecho de que históricamente no han contado con el derecho al voto, en igualdad de condiciones que los hombres. Apenas en 1954 se les concedió este derecho y lo ejercieron por primera vez en 1957. Esta exclusión ha resultado asimismo en un acceso inequitativo de las mujeres a los cargos de elección popular, así como una crisis de representación democrática, al no contarse con un número paritario de mujeres en estos espacios de representación política⁹. Lo anterior, a pesar de que las mujeres son un poco más de la mitad de la población (51,2% según el DANE, 2018) y del censo electoral (51,6% según el censo electoral indicado por la RNEC para las

⁹ En la actualidad, las mujeres son apenas el 20,4% del Congreso y el 13,5% de las electas en las autoridades locales (entre los y las electas a las gobernaciones, alcaldías, asambleas departamentales y concejos municipales de 2019).

elecciones de 2019). La subrepresentación es clara cuando miramos los siguientes datos de participación de hombres y mujeres en cargos de elección popular.

En relación con las elecciones nacionales, vale la pena destacar que Colombia nunca ha sido gobernado por una mujer en la presidencia, y apenas en las pasadas elecciones de 2018, se eligió por primera vez una mujer como Vicepresidenta. Por su parte, frente al Congreso de la República se puede observar un bajo porcentaje de mujeres electas en el Senado de la República y la Cámara de Representantes, como se muestra a continuación.

Grafica No. 1. Porcentajes de mujeres electas en Senado y Cámara de Representantes

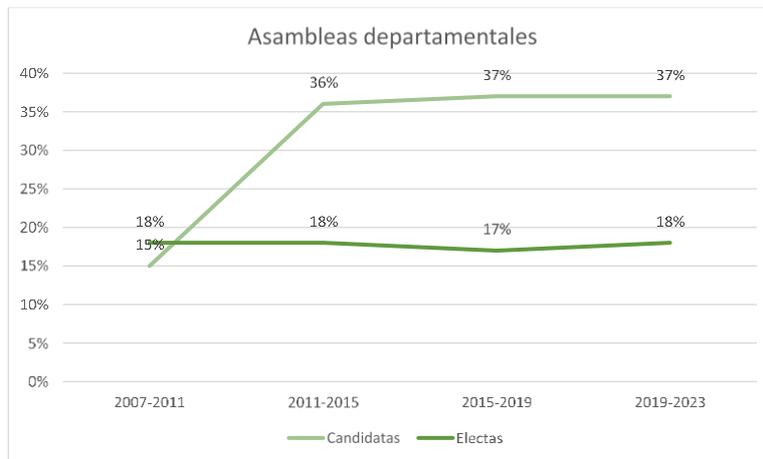


Fuente: Misión de Observación Electoral con datos de RNEC

Sin embargo, sobre estos datos vale la pena destacar el impacto positivo (aunque insuficiente) de la implementación de la cuota de género establecida en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, en las elecciones de 2014, la cual aumentó el número de mujeres efectivamente electas.

Ahora frente a las elecciones locales, podemos observar en los cuerpos colegiados (asambleas y concejos municipales), un panorama un poco más desalentador, aunque no muy alejado del Congreso, es decir, un bajo número de mujeres efectivamente electas en estos espacios, a pesar del aumento de las candidaturas.

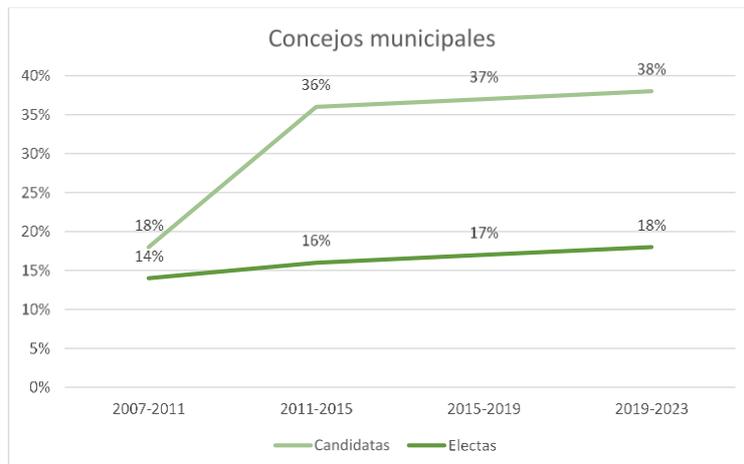
Grafica No. 2. Mujeres candidatas y electas en asambleas departamentales



	2007-2011	2011-2015	2015-2019	2019-2023
No. candidatas	395	1151	1262	1321
No. electas	73	75	70	73

Fuente: Misión de Observación Electoral con datos de RNEC

Grafica No. 3. Mujeres candidatas y electas en concejos municipales



	2007-2011	2011-2015	2015-2019	2019-2023
No. candidatas	11823	28556	33243	35855
No. electas	1652	2006	2127	2157

Fuente: Misión de Observación Electoral con datos de RNEC

De manera particular, ya la Corte se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de estas medidas afirmativas en la representación política, considerándolas alineadas con la Constitución y con normas internacionales de derechos humanos que desarrollan la igualdad entre hombres y mujeres, las cuales buscan corregir un déficit tradicional de participación política y de acceso de las mujeres al parlamento¹⁰. La Corte ha reconocido la importancia y

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-490/11, M.P Luis Ernesto Vargas Silva

constitucionalidad de las cuotas para que las mujeres accedan efectivamente a los cargos de mayor jerarquía y de dirección en el poder público, en tanto se necesita garantizar el punto de llegada para que en un lapso corto se materialice dicho acceso¹¹.

Ahora, el constituyente derivado mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2015 que reformó el artículo 262, introdujo los principios de paridad, alternancia y universalidad para fortalecer el principio de equidad de género y avanzar en la materialización de la igualdad en la política. La paridad como principio indica que la conformación de un cuerpo político colegiado debe estar compuesto al menos por un 50% de mujeres. Por su parte, la alternancia se refiere al orden en que deben organizarse las listas de los partidos y movimientos políticos, según el cual no podrían seguirse dos aspirantes del mismo sexo, sino que deben alternarse mujer-hombre-mujer-hombre y así sucesivamente. Finalmente, la universalidad se refiere al cumplimiento de la acción afirmativa (en su momento, cuota de género, actualmente paridad) en todas las listas y circunscripciones, sin excepción alguna.

Estos principios son relevantes para el caso colombiano, puesto que, a pesar de que hasta antes de la aprobación del proyecto de Código Electoral contábamos con una cuota del 30%, no así con una regla paritaria, esta fue insuficiente para lograr la representación efectiva de las mujeres en los cuerpos de elección popular, tal y como lo evidenciaron los datos presentados.

De otro lado, también es usual que las mujeres sean consideradas como “rellenos” en las listas y consecuentemente se les ubique en las últimas posiciones de las mismas, en detrimento del principio constitucional de alternancia. Y por lo que hace al principio de universalidad, porque hasta antes de la aprobación del Código, la cuota era obligatoria solo en el caso de las listas donde se elijan cinco o más curules para corporaciones de elección popular, lo que resultó en que no se aplicara para todas las circunscripciones territoriales y por ende, que en algunos territorios no hayan siquiera contado con candidatas, ni mucho menos con mujeres electas en la Cámara de Representantes, lo cual es desproporcional y no existe una justificación constitucionalmente válida que justificara esta previsión.

A fin de ejemplificar lo anterior, vale la pena señalar que, en las pasadas elecciones de Congreso de 2018, de los 19 departamentos en que las organizaciones políticas no estaban obligadas a cumplir con la cuota del 30%, en 11 no hubo siquiera una mujer electa (ver tabla No. 1).

Tabla No. 1. Departamentos donde no aplica la cuota de género de la Ley 1475 de 2011 y mujeres electas

Departamento	# de curules asignadas a mujeres
Amazonas	1
Arauca	0
Caquetá	0
Casanare	0

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-371/00, M.P. Carlos Gaviria Díaz

Cauca	0
Cesar	0
Choco	1
Guainía	0
Guaviare	0
Huila	1
La Guajira	1
Meta	1
Putumayo	0
Quindío	0
Risaralda	0
San Andrés	1
Sucre	1
Vaupés	1
Vichada	0

Fuente: Misión de Observación Electoral con datos de RNEC

El panorama expuesto evidencia la necesidad de seguir avanzando en las medidas para garantizar la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad, por lo que las solicitudes formuladas a esa Corte Constitucional resultan de la mayor relevancia, tal como se abordará en el apartado siguiente.

2. La reglamentación de la paridad, alternancia y universalidad prevista en el artículo 84 del proyecto de Código Electoral

Tal como se señaló al inicio del presente apartado, solicitamos a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad de diversas porciones normativas del artículo 84 del Proyecto de Código Electoral, pues a pesar de que este artículo reglamenta el principio de paridad, esto es, que la conformación de las listas se componga al menos del 50% de mujeres, se mantiene la regla de obligatoriedad de la paridad solo para las listas en las que se eligen 5 curules o más, lo cual incumple con el mandato constitucional de universalidad de la paridad (artículo 262 constitucional¹²), que implica que el legislador deba introducir la paridad en todos los tipos de listas y para todos los casos, sin excepción alguna.

¹² El artículo 262 de la Constitución dispone: “Los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que decidan participar en procesos de elección popular, inscribirán candidatos y listas únicas, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en la respectiva circunscripción, excepto en las que se eligen hasta dos miembros, las cuales podrán estar integradas hasta por tres (3) candidatos. La selección de los candidatos de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica se hará mediante mecanismos de democracia interna, de conformidad con la ley y los estatutos. **En la conformación de las listas se observarán en forma progresiva, entre otros, los principios de paridad, alternancia y universalidad, según lo determine la ley**”.

De igual manera, el artículo 84 crea una discriminación injustificada que vulnera el mismo artículo 13 de la Constitución, al disponer que cuando se elijan menos de 5 curules no se aplicará el principio de paridad, sino una cuota menor. Esto genera una desigualdad negativa frente a las circunscripciones territoriales en las que se eligen 5 curules o menos (observadas en la Tabla No. 1), sobre lo cual no hay una justificación razonable ni constitucionalmente válida para que tengamos territorios donde las mujeres no cuentan con medidas afirmativas obligatorias de paridad, lo que redundaría en un déficit de protección desproporcionado e inconstitucional.

Al legislador no le está dado dar un trato desigual ni discriminatorio a situaciones iguales, como es el caso de la participación política de las mujeres en cualquier circunscripción. Pues el trato diferenciado está amparado por la Constitución cuando se quieren introducir acciones afirmativas, que como la Corte las ha conceptualizado son: *“aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales **se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual**, que favorece a determinadas personas o grupos humanos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social”* Negrilla fuera del texto de la Sentencia C-765/12.

Con base en lo anterior, nos permitimos reiterar que el artículo 84 del proyecto de Código Electoral, a pesar de que contiene una medida afirmativa para promover la igualdad material en la participación política de las mujeres, a su vez vulnera el principio de igualdad (artículo 13 constitucional) al no introducir la medida dirigida a todo el territorio nacional, y la discriminación que se hace en dicho artículo (establecer una cuota menor del 30% para listas en las que se eligen 5 o menos curules) no es ventajosa, sino lo opuesto, dejando a las mujeres de 19 departamentos sin una participación paritaria en las listas a cargos de corporaciones públicas.

En relación con lo anterior, se debe recordar que la noción de igualdad consagrada en la Constitución implica que el Estado aplique sus leyes en condiciones de igualdad a todos los sujetos, salvo que se presenten razones que justifiquen y legitimen normas distintas. Al respecto la Corte ha sido explícita:

*“Como regla general, la legalidad en el Estado constitucional (derechos, responsabilidades, obligaciones) debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos a quienes se dirige, igualdad formal o ante la ley, salvo que existan razones que justifiquen y hagan legítimas normas diferentes, fundadas en las condiciones especiales del sujeto que hacen inoperante o ilegítima la norma general e imponen el trato jurídico y material diferenciado. En ese mismo sentido, **las facultades, prerrogativas, prestaciones y habilitaciones que nutren de contenido los derechos, deben ser reconocidas a todos los sujetos que puedan entenderse como titulares de los mismos, así existan diferencias entre ellos”** Negrilla fuera del texto (Sentencia T-909/11).*

Reiteramos que frente a este caso se debería aplicar el principio de igualdad ante la ley, sin distinción territorial, puesto que no existen razones que legitimen la distinción. Para incorporar una distinción de esta naturaleza, el legislador tendría que haber expuesto los elementos que explicaran y legitimaran la distinción de protección de los derechos y la representación política de las mujeres de unos territorios frente a otros, sin embargo, en la exposición de motivos no se encuentra una explicación, por lo que subsiste el interrogante por el criterio escogido en el artículo 84 de “*circunscripciones en las que se eligen cinco curules o más*”. En contraposición, debió el legislador brindar igual o mayor protección a territorios donde se eligen menos representantes, buscando la protección de derechos de las mujeres en igualdad de condiciones. En conclusión, los apartados referidos del artículo 84 del proyecto de Código vulneran los artículos 13 y 262 constitucionales, y por ende debe declararse su inconstitucionalidad.

De otra parte, queremos hacer referencia a la importancia de interpretar este artículo 84 condicionado al entendimiento de la inclusión del principio de alternancia. En este sentido, la cuota de género del 50% introducida con base en el cumplimiento del artículo 262 constitucional, debe entenderse de la mano de un mandato de posición de las mujeres en las listas, es decir, es necesario interpretar la constitucionalidad de esta medida con una fórmula que indique que los y las candidatas deben aparecer de manera intercalada, tal y como lo indica el principio de alternancia, lo cual debería y podría ser aplicable tanto a las listas con voto preferente como a las listas cerradas, de conformidad con la preferencia de los partidos y movimientos políticos.

Nuevamente no hay una razón justificada ni constitucionalmente válida para excluir el principio de alternancia de la reglamentación del artículo 262 constitucional por parte del legislador.

Ahora, bien cuando se observa la exposición de motivos de este proyecto de ley estatutaria (Gaceta del Congreso No. 871/20) podría argumentarse que la razón más contundente dada por el legislador para el contenido del artículo 84, se refiere al concepto de “aplicación progresiva” de los principios de paridad, alternancia y universalidad presentes en el artículo 262. Por lo que vale la pena que abordemos la interpretación constitucional del mismo artículo 262 frente a la idea de “progresividad”.

Sobre el concepto de progresividad en materia de derechos humanos, particularmente frente a los derechos económicos, sociales y culturales, se ha dispuesto que: “*El Estado esté en la obligación de garantizar progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales no puede interpretarse en el sentido de que cuenta con la autorización de privarlos de cualquier efecto inmediato*” en la Sentencia C-281/14 M.P. Por cuanto ni siquiera en los casos en los que los derechos implican prestaciones del Estado, el mismo puede excusarse en la progresividad para privarlos de cualquier efecto, como es el caso actual frente a la regulación introducida en el artículo 84, que da un trato discriminatorio injustificado al no cumplir con el principio de la universalidad, y asimismo niega la inclusión del principio de alternancia. Más aún, considerando que este artículo desarrolla directamente derechos políticos consagrados en el artículo 40, los

cuales incluso por su naturaleza jurídica son fundamentales y de aplicación inmediata (artículo 85 constitucional), y que, por ende, no pueden ser negados bajo la idea de “progresividad”.

De igual manera, la omisión no permite aplicar el carácter expansivo del principio democrático (Sentencia C-490/11), en tanto no introduce la paridad frente a las listas en las que se eligen menos de 5 curules, dejándolas atadas a la cuota de género del 30%. En consecuencia, insistimos en que es imperioso interpretar este artículo 84 en sintonía con la aplicación de la paridad de manera universal y alternada.

Solicitud

- Declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa que dispone “*donde se elijan cinco (5) o más curules*” en el primer inciso del artículo 84 del proyecto de Código Electoral, así como el segundo inciso del mismo artículo, que establece que: “*Para las listas de menos de cinco (5) curules, se les aplicará el treinta por ciento (30%) para la conformación de la cuota de género.*” Lo anterior, porque dichas porciones normativas resultan violatorias al principio de igualdad ante la ley. Asimismo, porque contravienen los principios de paridad y universalidad, contemplados tanto en el artículo 262 constitucional, como en el propio artículo 84 del proyecto del Código Electoral.
- Declare la constitucionalidad condicionada del mismo artículo 84, a fin de dar un efecto útil al principio de alternancia consagrado tanto a nivel constitucional como en la propia disposición bajo análisis. Lo anterior, bajo el entendido que la interpretación que realice la Corte Constitucional debe garantizar que la interpretación de esta medida debe prever una fórmula que indique que las candidatas y los candidatos deben aparecer de manera intercalada en las listas (tanto aquellas con voto preferente, como las listas cerradas, según corresponda).

III) PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS LGBTI EN LAS ORGANIZACIONES POLÍTICAS.

Se solicita a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad del apartado “**de conformidad con sus estatutos, podrán propiciar mecanismos de democracia interna que**” del artículo 85 del Código Electoral, debido a que esta porción normativa afecta el principio constitucional y legal de igualdad y no discriminación.

“ARTÍCULO 85. *Inclusión de la comunidad diversa. Las organizaciones políticas, de conformidad con sus estatutos, podrán propiciar mecanismos de democracia interna que promuevan la inclusión de las personas en condición de discapacidad, de la población LGBTIQ+ y cualquier otra población que el partido político considere en la selección de sus candidaturas, así como en sus órganos de gobierno, dirección, control y administración.”*

Esta solicitud se hace teniendo en cuenta dos elementos que afectan la constitucionalidad de la disposición: el primero de ellos parte del carácter facultativo que se establece para que las organizaciones políticas establezcan medidas de inclusión de la población LGBTIQ+, y el segundo se justifica en la medida en que se establecen dos requisitos adicionales para hacer efectivas las medidas de inclusión para la población referenciada (que se encuentre contemplada en sus estatutos y que se incorporen mecanismos de democracia directa).

Con el fin de argumentar la inconstitucionalidad del apartado en estudio, se estructura el presente escrito en cuatro puntos, que son: 1. Inclusión de la población LGBTIQ+ como materialización del principio democrático; 2. La inclusión como un mandato de carácter internacional; 3. Afectación a los principios de igualdad y no discriminación; y 4. Solicitud de declaración de inconstitucionalidad.

Pese a que se reconoce como un avance importante lo dispuesto en el artículo 85 del Código Electoral, frente a la inclusión de la población LGBTIQ+ en las organizaciones políticas, la adquisición de estos derechos por parte de esta población se materializa en la medida en que el deber de inclusión contenido en este artículo se interprete como mandatorio u obligatorio. Ya que son las organizaciones políticas, quienes tienen el deber de integrar en sus agrupaciones a las poblaciones vulnerables, o históricamente discriminadas.

Argumentos

1. Inclusión de la población LGBTIQ+ como materialización del principio democrático

La definición del principio democrático ha venido ampliándose a medida en que evoluciona la jurisprudencia constitucional, dándosele cada vez mayor alcance a su espectro de aplicación. En este sentido se ha llegado a caracterizar como: universal, expansivo, esencial y transversal¹³:

*“Esta Corte ha indicado que el principio democrático de la Constitución Política de 1991 tiene carácter **universal y expansivo**. El primero, por cuanto incluye escenarios, procesos y lugares públicos así como privados, que exceden la concepción clásica de la política. En*

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-018/18, M.P. Alejandro Linares

*realidad, ese mandato se extiende a todo ámbito que sea susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social en la esfera de la persona, la comunidad y el Estado. Expansivo, porque el principio democrático debe ir ampliándose efectivamente hasta alcanzar a todas las personas, y profundizarse progresivamente en todas las dimensiones de la vida social. A esas características, se suman al principio democrático los rasgos de **esencial y transversal**. El primero implica que es una “condición necesaria para la vigencia del Estado Constitucional”, dado que ese elemento permite la legitimidad de dicha organización, condición que otorga el pueblo al investir a los poderes públicos de las competencias requeridas para ejercer sus funciones. El segundo advierte que es una característica que se encuentra “incorporada como un imperativo de la Constitución en su conjunto, cobijando distintas instancias regulativas de la misma”. Por ejemplo, se encuentra en asuntos electorales, el ejercicio de la función administrativa, la participación en decisiones ambientales, en la prestación de los servicios públicos, la administración de justicia, el régimen territorial, al igual que las materias económicas, presupuestales y de planeación. La inserción de dicho mandato incluye las organizaciones privadas como colegios, universidades, sindicatos y partidos políticos.”*

Al analizar las características de este principio en relación a la inclusión de la población LGBTIQ+ dentro de la vida de las organizaciones políticas, se observa cómo esta disposición materializa todos y cada uno de los elementos de la esencia del principio democrático, como se presenta a continuación.

Carácter Universal: Al dar espacio a una población que tradicionalmente ha sido marginalizada del ámbito político, siendo éste el escenario por excelencia en el que se hace efectivo el principio democrático, es indudable que el hacer mandatoria la inclusión de la población LGBTIQ+ dentro de los partidos, es el mecanismo idóneo para que se habilite su participación en política.

La participación política y social es un elemento esencial de los sistemas democráticos, es reconocido como un derecho ciudadano y humano, y un requisito para el fortalecimiento de la democracia plena. Puede entenderse de muchas formas que van desde el derecho a ejercer el voto, la participación en organizaciones sociales, hasta el involucramiento en la formulación de políticas públicas.

Carácter Expansivo: Al generar acciones que amplían efectivamente el ejercicio de derechos políticos de personas que hasta el momento han sido sujetos de marginalización y discriminación es la definición en esencia del carácter expansivo del principio democrático.

La población LGBTIQ+ históricamente ha enfrentado estigmas y estereotipos que los persiguen y excluyen tanto en espacios públicos como privados, por lo que se dificulta la convivencia en una sociedad cargada de prejuicios imaginarios colectivos y visuales homofóbicos que hacen que se perpetúe la discriminación¹⁴.

Carácter Esencial: En la medida en que se requiere de la participación de todos los sectores sociales en condiciones de igualdad y no discriminación para la conformación de los poderes

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia T-077/16, M.P. Jorge Iván Palacio

públicos y así se dote de legitimidad las distintas instituciones privadas, públicas y el Estado en sí mismo. Al ser la población LGBTIQ+ grupos frecuentemente rechazados y discriminados, el Estado y las políticas que de este devengan deben procurar integrar y garantizar los derechos de esta población.

Carácter Transversal: El dar un alcance al ámbito electoral y particularmente al interior de las organizaciones políticas amplía el campo de participación en política a la población LGBTIQ+ como sujetos activos de derechos, a través de los partidos políticos y movimientos, ya que estos fungen como operadores de la democracia en el país.

Sobre este punto se debe destacar la dificultad que esta población ha tenido de interactuar y hacer parte de los partidos políticos en Colombia, pese a que son el Estado y los mismos partidos políticos quienes deben brindar garantías de participación en instancias de decisión, a las poblaciones históricamente discriminadas. Son los partidos políticos quienes deben diversificar sus agendas, abrir espacios a la ciudadanía, y de fortalecer en sus miembros y simpatizantes la valoración de la diversidad cultural, étnica, sexual y demás enfoques que cumplan con el principio de la pluralidad¹⁵.

Por lo anterior, el avance legislativo en materia de inclusión, respeto y pluralidad, por parte de los partidos políticos en Colombia ha sido extenso, más no suficiente. La Ley 1475 del 2011, por ejemplo, hace referencia a una serie de incentivos para la financiación de los partidos políticos, orientados a incluir en sus estructuras a mujeres, jóvenes y grupos étnicos, sin embargo, las personas con identidad de género y orientación sexual diversa hasta el momento no han sido tenidos en cuenta.

De ahí que la medida adoptada dentro del Código Electoral objeto de estudio se vuelve indispensable como materialización del principio democrático al ser una medida en que promueve la igualdad y no discriminación de la población LGBTIQ+, ya que como se ha reseñado de manera general, anteriormente, y se continuará argumentando a lo largo de la intervención, para que los partidos políticos colombianos tomen realmente medidas de inclusión, se debe hacer explícito el mandato legal a través de la actuación de la Corte Constitucional. Tal como sucedió, por ejemplo, con la vinculación de mujeres o las cuotas de género a las listas de candidaturas, o con la financiación específica para formación encaminada a mujeres y jóvenes, entre otros temas, los cuales los partidos han acogido debido a mandatos legislativos.

En atención al principio democrático cuyo carácter es expansivo y que propende por que cada vez se incluyan más voces en una democracia representativa, incluyente y plural, establecer requisitos adicionales para la inclusión de una determinada población en el ámbito político termina siendo regresivo, frente a los desarrollos constitucionales en los que la legislación y la propia jurisprudencia constitucional ya han avanzado.

¹⁵ Rutas para la inclusión de personas LGBTI en los partidos y movimientos políticos colombianos. Observatorio participación política de las personas LGBTI en Colombia 2016

2. La inclusión como un mandato de carácter internacional

Desde el plano internacional, en distintas declaraciones en torno a los Derechos Humanos, se resalta la participación política como un derecho fundamental de ciudadanos y ciudadanas, y que los Estados, son quienes deben garantizar el pluralismo ideológico, la salvaguarda de las minorías y el ejercicio pleno de la democracia, siendo una obligación la inclusión y no discriminación de las personas LGBTIQ+, para lo cual deben generar incentivos concretos¹⁶.

Dentro de las que más se destacan, está la Resolución sobre *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidades de Género de 2011*, en donde el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, manifiesta su preocupación por la recurrente violencia y rechazo ejercida contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género. Además de ciertas recomendaciones, solicita a los estados miembro, que remedien plenamente estas desigualdades, así como la elaboración de un plan de trabajo exhaustivo contra la homofobia, la transfobia y la discriminación (Naciones Unidas, 2011). La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Derechos Políticos. En su artículo 23, se manifiesta que todos los ciudadanos deben gozar con los derechos y oportunidades de participar en la dirección de los asuntos públicos, de votar y ser elegidos, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país (Organización de los Estados Americanos, 1969). El principio de Yogyakarta N° 25, de igual forma ratifica el derecho a participar en la vida pública, que también hace referencia al derecho de participar en la conducción de los asuntos públicos, sin discriminación por motivos de orientación sexual y orientación de género.

Colombia es país firmante de varios de estos instrumentos internacionales de derechos humanos, reconociendo que la participación política es un derecho de la integridad y la dignidad de las personas.

La responsabilidad que tienen los partidos políticos en los sistemas democráticos, no solo tiene que ver con que sean los puentes de participación, sino también con su responsabilidad y deber para involucrar a diversos sectores de la población en el ejercicio político. Algunos partidos en diferentes países han incluido dentro de sus organismos internos coordinaciones, unidades y programas para promover la participación de personas LGBTIQ+, dando paso a una política contemporánea, que avanza según las necesidades de los grupos poblacionales históricamente discriminados.

Poner el tema de la diversidad sexual en la opinión pública, en los espacios de tomas de decisiones y en la vinculación partidaria o de agrupaciones políticas, tiene todo el sentido en un país que avanza en el reconocimiento, bajo el principio constitucional de igualdad. Son varios los países que reformaron sus constituciones y convocaron a los partidos políticos a mejorar sus niveles de participación de estos grupos poblacionales minoritarios. Tenemos por ejemplo el caso de Argentina, en donde a finales de los años 90, inician unas demandas claras hacia los partidos políticos, y el movimiento LGBTIQ+ empieza un proceso de empoderamiento y a trabajar conjuntamente con las agrupaciones políticas. Este acercamiento se da en parte por las intenciones de los partidos en las dirigencias del movimiento LGBTIQ+

¹⁶ Ibid

argentino. Uno de los principales resultados de esta mesa, fue el lograr que todos los partidos apoyaran estrategias a favor de la diversidad sexual e identidades de género, y que simultáneamente se vea fortalecida la participación política de los partidos para que incorporaran candidaturas LGBTIQ+, incrementando a su vez las capacidades de estos y su incidencia en políticas públicas.¹⁷

3. Afectación a los principios de igualdad y no discriminación

En la Constitución Política de Colombia de 1991 se dio paso al reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ+ a través de principios como que todas las personas nacen iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. La ciudadanía colombiana tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a través del voto, elegir y ser elegido, participar en los procesos electorales, y constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna.

Dentro de la normatividad electoral, se resalta la Ley 1475 del 2011, en donde señala explícitamente el deber que tienen los partidos y movimientos en Colombia para garantizar en sus estatutos principios como la participación, la igualdad, la equidad y el pluralismo. Esto permitió mayor compromiso por parte de las agrupaciones y partidos políticos para incluir grupos sub-representados, con mecanismos reales en sus cuadros de mando, sus bases sociales, candidatos a cargos de elección popular, y sus agendas.

Se resaltan tres de los principios establecidos en el artículo 4 del Código Electoral propuesto, en los cuales se expresa:

***1. Participación democrática.** La Organización Electoral promoverá la participación democrática desde sus ámbitos universal y expansivo, con el fin de garantizar los derechos políticos, en especial, los de las minorías y la oposición. El control ciudadano al ejercicio del poder político y público es fundamental en todas las etapas del proceso electoral.*

***19. No discriminación.** La participación política de toda persona es un derecho reconocido en una sociedad democrática, representativa, participativa e inclusiva, que se garantizará de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política, la ley y los tratados internacionales ratificados por Colombia, sin discriminación alguna por motivos de raza, etnia, sexo, género, orientación sexual e identidad de género, edad, religión, credo, discapacidad u otra condición entre los ciudadanos.*

***20. Equidad de género.** La participación política de toda persona es un derecho reconocido en una sociedad democrática, representativa, participativa e inclusiva, y amparado por los principios de igualdad y no discriminación. En la participación política deberán primar las*

¹⁷ Una mirada a la participación política de personas LGBTI en movimientos y partidos políticos en Colombia. Corporación Caribe Afirmativo. 2014

acciones afirmativas que garanticen la equidad de género, según lo previsto en la Constitución Política, las normas especiales electorales y en los tratados internacionales.

Por esto, se considera que al dejar a discreción de los partidos políticos o agrupaciones políticas, la decisión de incluir o no a las personas LGBTIQ+ al interior de sus estructuras, se está limitando el principio de igualdad y no discriminación, y violando los derechos de esta población, pues simplemente se estaría dejando el estado de las cosas tal cual como se encuentran en este momento, en el que las organizaciones políticas pueden o no adelantar medidas de inclusión frente a la población en cuestión, siendo evidente y reconocida la discriminación de la que son objeto.

En este sentido, para dar un efecto útil a la norma es indispensable establecer como obligación la adopción de medidas de inclusión. Al establecer esta disposición del artículo 85 del Código Electoral como mandatoria, se podría asegurar que los partidos políticos y agrupaciones cumplan su rol y función estatal.

Ahora bien, el establecer requisitos como el que la inclusión esté conforme a los estatutos de las organizaciones políticas, así como el que para propiciar la inclusión se deba pasar por mecanismos de democracia interna pone una carga adicional para que esta población pueda entrar a integrar la organización política. En vez de propiciar y facilitar la participación política, la norma como está planteada establece obstáculos para la participación, afectando el principio democrático, el de igualdad y de no discriminación. Pues debe tenerse en cuenta que a ningún otro sector poblacional se le establecen requisitos de esta índole para la inclusión dentro de las organizaciones políticas.

Solicitud

Se solicita a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad del apartado “**de conformidad con sus estatutos, podrán propiciar mecanismos de democracia interna que**” del artículo 85 del Código Electoral, debido a que esta interpretación afecta el principio constitucional y legal de igualdad y no discriminación.

IV) LAS COALICIONES PARA CARGOS PLURINOMINALES DEBEN ACTUAR EN BANCADA.

Se solicita la constitucionalidad condicionada del párrafo segundo del artículo 82 del proyecto de Código Electoral en el entendido que las organizaciones políticas que suscriban el acuerdo de coalición **deberán** actuar en bancada de acuerdo a lo establecido en la Ley 974 de 2005.

*“(...) Parágrafo 2. Cuando se presenten listas de coalición para Cámara de Representantes o Senado de la República, en las condiciones que establece la Constitución Política, los partidos y movimientos políticos coaligados conservarán de manera individual su personería jurídica, siempre y cuando la votación obtenida por la lista de coalición supera el umbral en cualquiera de las dos corporaciones, a fin de garantizar el principio de pluralismo democrático y los derechos de los partidos minoritarios. En caso de resultar favorecidas con la elección, las organizaciones políticas que suscriban el acuerdo de coalición **podrán** actuar en bancada de acuerdo a lo establecido en la Ley 974 de 2005.”*

Lo anterior, debido a que esta disposición establece como facultativa la obligación de la coalición de funcionar en bancada con la expresión “las organizaciones políticas que suscriban el acuerdo de coalición **podrán** actuar en bancada de acuerdo a lo establecido en la Ley 974 de 2005”, generando una defraudación en la voluntad del elector y por ende una afectación en el principio democrático y la misma democracia representativa.

Para fundamentar esta solicitud, se desarrollarán los siguientes puntos que tienen por objeto poner de presente frente a la honorable Corte Constitucional: 1. La defraudación a la libertad política de elegir al votar por una coalición que no actúe como unidad; 2. El deber de actuación en bancada en caso de coalición; 3. La afectación al principio democrático y la democracia representativa de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 83; y 4. La solicitud de declarar la constitucionalidad condicionada en los términos expuestos.

Argumentos

1. La defraudación a la libertad política de elegir al votar por una coalición que no actúe como unidad

El voto se constituye como el ejercicio de un derecho político y una manifestación de la libertad individual, en la medida en que la persona selecciona la opción política de su preferencia, haciendo expresa su voluntad a través del sufragio. Acción que conlleva unos efectos jurídicos que la Constitución, la ley y la jurisprudencia constitucional se han encargado de determinar y proteger, puesto que esta acción se constituye como la base del principio democrático en un Estado Social de Derecho como el colombiano, tal como quedó plasmado en la sentencia T-603/05, M.P. Clara Inés Vargas:

“El sufragio es un instrumento primordial para la realización del principio democrático como mecanismo establecido para la participación de la ciudadanía en las elecciones, plebiscitos, referendos y consultas populares. Su observancia supone la intervención de todos los ciudadanos en las decisiones públicas que se sometan a votación, con los objetivos, entre otros, de configurar las instituciones estatales, formar la voluntad política, y mantener el sistema democrático, a través de decisiones legítimas y vinculantes que resultan necesarias para su sostenimiento.”

De esta interpretación, para efectos del presente texto, debe destacarse la “configuración de las instituciones estatales”, en tanto que se pone en manos de la ciudadanía el derecho que le asiste de conformar las distintas instituciones estatales sujetas al voto popular, con quienes encuentre más convenientes de acuerdo a su voluntad. En este sentido, la configuración y conformación de una corporación pública, como es el Congreso de la República, está sujeta a la voluntad ciudadana.

Adicionalmente se destaca el elemento de “formar la voluntad política” en la medida en que la ciudadanía vota por personas u organizaciones políticas que deben representar los intereses ciudadanos y en particular los de sus votantes, reflejándose en las políticas que se adelanten desde los cargos y corporaciones sometidas al voto popular. Esto implica que el compromiso de la persona o de la organización política elegida trasciende del momento electoral hasta el desarrollo de su gestión en el cargo para el cual fue elegido.

Cuando la ciudadanía se acerca a un puesto de votación para hacer efectivo su derecho al voto, mantiene una expectativa razonable de: primero, que existe una organización electoral que viabiliza el sufragio (Elemento establecido como núcleo esencial del derecho al voto, Sentencias C-142/01 M.P. Eduardo Montealegre, T-603/05 M.P. Clara Inés Vargas), segundo, que hay una claridad y lealtad en las disposiciones puestas para elección del ciudadano (Sentencia C-551/03 M.P. Eduardo Montealegre) y tercero, que la decisión contenida en el voto no solo sea respetada, sino que, de manera efectiva, incide en la selección de los gobernantes (Elemento establecido como núcleo esencial del derecho al voto, Sentencia C-142/01 M.P. Eduardo Montealegre).

De ahí se espera que, como resultado de votar, éste sea debidamente contabilizado a favor de la persona u organización política que se buscaba respaldar y que de obtener esta candidatura el éxito electoral, represente los intereses de la ciudadanía y actúe conforme a los lineamientos ideológicos y programáticos que planteó a lo largo de su campaña, teniendo en cuenta que el voto programático es uno de los principios constitucionales y legales que rige el sistema democrático colombiano. De esta manera, cualquier acción contraria a estas premisas terminan convirtiéndose en una defraudación de la voluntad del elector.

En la norma objeto de estudio se encuentra prevista la disposición constitucional en la que se permiten las coaliciones entre partidos y movimientos políticos para corporaciones públicas,

lo que se traduce, para efectos del voto ciudadano, en que por voluntad de las organizaciones políticas, bajo lineamientos legales y un acuerdo de coalición, se da la opción en la tarjeta electoral de votar por un grupo de partidos o movimientos políticos que deciden coaligarse para convertirse en una unidad. Coalición que por demás está obligada a adelantar campaña electoral conforme a las reglas que le aplican a las demás organizaciones políticas que participan en la contienda electoral y adelantan sus respectivas campañas de manera individual. Esto significa que la coalición compite como unidad con una lista única, pese a que la misma puede estar integrada por personas afiliadas a distintos partidos o movimientos políticos.

Es así que, quienes son elegidos por una lista de coalición para ocupar los cargos de elección popular al interior de una corporación pública, deben responder frente a la ciudadanía como una unidad en su gestión, y esto se traduce precisamente en que sus actuaciones deben estar ajustadas al cumplimiento del régimen de bancadas, pues como ha insistido de manera reiterativa la jurisprudencia constitucional, el objetivo que ha fijado la Constitución y la ley, ha sido el de resaltar el rol de las organizaciones políticas para canalizar la voluntad democrática agrupando agendas políticas. En este sentido, el régimen de bancadas, la prohibición de la doble militancia, así como las restricciones para el transfuguismo político, son medidas que buscan garantizar que no se defraude la voluntad de los electores que votaron por un determinado programa o agenda a través de una lista, con posteriores modificaciones o alteraciones a lo efectivamente votado por la ciudadanía, tal como lo recoge la sentencia C-1017/12 M.P. Luis Guillermo Guerrero:

“Como se explicó en la Sentencia C-303 de 2010, la actual tendencia constitucional conduce a priorizar la importancia de las organizaciones políticas sobre el personalismo electoral que el constituyente derivado identificó en el funcionamiento de las corporaciones públicas y frente al cual adoptó un conjunto de medidas a través del Acto Legislativo 01 de 2003. Esta priorización se deriva del papel que cumplen los partidos y movimientos políticos en el proceso de canalización de la voluntad democrática, pues permiten aglutinar e identificar en una específica agenda las distintas y variadas posturas políticas de los ciudadanos, mediante la presentación de programas que recogen una visión del quehacer de las políticas públicas y que se ofrecen como alternativas en el ejercicio del poder. En este sentido, se ha entendido que figuras como la prohibición de la doble militancia así como del transfuguismo político, son herramientas que protegen la soberanía popular. En la Sentencia C-342/06, se dijo que: “En este orden de ideas, las prohibiciones de la doble militancia, en el sentido de pertenecer simultáneamente a dos bancadas, y del transfuguismo político parten de entender que no se trata simplemente de una discrepancia entre el parlamentario y la formación política que avaló su candidatura en las anteriores elecciones o el grupo parlamentario surgido de aquella, sino que su rechazo se apoya en el fraude que se le comete a los electores, quienes votaron por un determinado programa al cual se comprometió a defender el elegido mediante su bancada en una determinada corporación pública”.”

2. El deber de actuación en bancada en caso de coalición

Las coaliciones han sido previstas desde la misma Constitución Política como una alternativa para las organizaciones de aliarse con el fin de postular un candidato o una lista única para una determinada contienda electoral. Como la Corte ha dicho en sentencia C-490/11, M.P. Luis Ernesto Vargas, “(...) las coaliciones constituyen mecanismos estratégicos que cuentan con el aval constitucional, comoquiera que constituyen una expresión del libre ejercicio del derecho de participación y de postulación política.” No obstante, para su conformación y actuación la ley y el juez constitucional ha establecido una serie de parámetros y requisitos (candidato o lista única, acuerdo de coalición, límites a la financiación y a la publicidad), para que esta figura de organización política entre en un proceso electoral, adaptándose al sistema de partidos que se ha venido implementando en Colombia.

Se trata de un sistema que busca que los partidos políticos se fortalezcan y recojan los intereses y agendas políticas de la ciudadanía en agrupaciones, para ser representadas en las corporaciones públicas o cargos de elección popular en general. Con este fin en Colombia se han adelantado ya tres reformas políticas y electorales en los últimos 20 años como las del 2003, 2009 y 2015 que han incorporado múltiples figuras con el propósito de generar mayor disciplina en las organizaciones políticas, disminuir los personalismos y retener la proliferación indiscriminada de partidos, tal como lo recoge la sentencia C-490/11 al hacer un recuento de la intención del legislador y de la Corte en lo que se refiere al sistema de partidos:

“La necesidad de consecución de la representatividad democrática en los partidos y movimientos políticos, al menos desde la expedición de la Constitución de 1991, muestra dos etapas históricas definidas: la primera, interesada esencialmente en garantizar la autonomía de las agrupaciones políticas a través del reconocimiento de la libertad organizativa de las mismas, análisis expuesto en el estudio de constitucionalidad de la ley estatutaria sobre la materia adelantado en la sentencia C-089/94; y la segunda, surgida como respuesta a la crisis de representatividad generada por fenómenos como el personalismo en la política y la actuación de grupos armados irregulares y el crimen organizado. El debilitamiento de la estructura de partidos motivó al Congreso a modificar la Constitución mediante el Acto Legislativo 1 de 2003, con miras a fortalecer el sistema de partidos y movimientos políticos y, en especial, prever herramientas tanto para incentivar el uso de instrumentos democráticos en su interior, como para sancionar la indisciplina en relación con los programas de acción pública formulados por ellos.”

En este sentido fue que surgieron fórmulas para mejorar la representatividad de las organizaciones políticas, tales como:

- (i) la exigencia a partidos y movimientos de organizarse democráticamente para la escogencia de sus candidatos a cargos uninominales y corporaciones públicas;
- (ii) el establecimiento de condiciones más exigentes para la creación de partidos y movimientos políticos;

- (iii) el otorgamiento de rango constitucional a la prohibición de la doble militancia;
- (iv) la previsión de listas únicas avaladas por la organización política;
- (v) la modificación del sistema electoral a través de la cifra repartidora como método para la asignación de curules, y la exigencia de umbrales mínimos de participación para el otorgamiento de personería jurídica;
- (vi) la responsabilidad política de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos; y
- (vii) el establecimiento de un régimen severo de bancadas.

De esta manera, resultaría inconstitucional dar un trato diferenciado a una coalición de organizaciones políticas en lo que se refiere a la exigencia del funcionamiento de la misma como bancada, ya que para efectos de la ciudadanía, el depositar su voto al menos para la elección en la que se presenta la coalición (teniendo en cuenta periodo y cargos a distribuir), se está hablando de una sola lista que representa sus intereses y que pese a estar compuesta por dos o más partidos o movimientos políticos, constituye una sola organización política encargada de velar por la agenda de aquel votante. En este sentido lo ha preceptuado la jurisprudencia constitucional en sentencia C-1017/12 M.P. Luis Guillermo Guerrero:

“Siendo lo anterior así, resulta obvio que la presentación de listas por parte de coaliciones o alianzas partidistas o de movimientos políticos con personería jurídica secunda el espíritu de la reforma. Tales estrategias, lejos de promover el fraccionamiento de las fuerzas políticas, propugnan su agrupamiento y fortaleza como expresión de los anhelos populares. De igual manera permiten el ejercicio de una sana oposición por parte de las minorías que cuentan con respaldo popular.

Dado que los partidos o movimientos con personería jurídica reconocida tienen por el sólo hecho el derecho de postular listas y candidatos, la posibilidad de recibir adhesiones contribuye a su fortalecimiento, según el propósito constitucional. Además, se trata de un mecanismo de profundización del principio democrático, que permite a los partidos y a sus miembros ejercer con mayor libertad el derecho de elegir y ser elegido.”

No puede verse bajo ninguna circunstancia, a las coaliciones por fuera del mandato que tienen ya los partidos políticos de cumplir un régimen de bancadas, pues de ser así se estaría avalando e incentivando la defraudación de la voluntad de los electores y como consecuencia, se desvirtúa los lineamientos de representatividad que el constituyente y el legislador han previsto para el sistema electoral colombiano. Debe recordarse así mismo que la Corte ha otorgado un alcance estricto y riguroso al régimen de bancadas, pues de ello depende “la consolidación de una especie de mandato programático que existe entre los partidos y movimientos políticos, los elegidos y sus electores” como se establece en la sentencia C-1017/12.

3. La afectación al principio democrático y la democracia representativa de lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 83.

Teniendo en cuenta lo expuesto en los dos acápite anteriores, debe concluirse que el dejar como facultativa la aplicación del régimen de bancadas a las coaliciones partidistas que se presenten al Congreso de la República se vulnera el principio democrático y la democracia representativa en la medida en que permite la defraudación al electorado que depositó su voto a favor de esta organización política coaligada. Debe recordarse que es por la opción de la coalición que abarca a todos los partidos políticos, por la que se marca el voto, y por la lista avalada por esa coalición, que se espera una gestión que represente a su electorado.

Situación que se hace aún más evidente con el hecho de la obligación que asiste a los partidos y movimientos políticos, de hacer una declaración política en el marco de lo establecido por el estatuto de oposición. Esto en tanto no hay coherencia ideológica o programática en que al interior de una coalición se opte por dividir a las personas elegidas por la organización política, generando que unas personas de esta bancada sean de oposición, otros independientes y otros de gobierno. Dicha situación exacerba la necesidad de una actuación en bancada, puesto que declaraciones contrarias exponen aún más la defraudación que puede surgir a la voluntad de las y los votantes que tenían la expectativa razonable de que la organización política actuaría como unidad en su gestión, y conforme a la postura política que se planteó en campaña.

Si bien es claro que la Ley 974 de 2005 no cobija a las coaliciones para ceñirse al régimen de bancadas, en la medida en que las coaliciones para cargos plurinominales se permitieron en el marco constitucional y normativo colombiano hasta el 2015. En el presente texto se ha argumentado cómo a través del funcionamiento en bancadas se protege no solo la democracia representativa, sino la efectividad del voto y por ende el principio democrático. Es así que una interpretación de la Corte Constitucional sobre el artículo en cuestión, determinando como mandatorio y no facultativo, el funcionamiento en bancada de los partidos y movimientos políticos coaligados no solo es constitucional, sino que así mismo genera un desarrollo expansivo del principio democrático, lo cual según la misma Corte en reiterada jurisprudencia¹⁸ caracteriza este principio, tal como lo plantea la sentencia hito 089/94 M.P. Eduardo Cifuentes:

“El principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos

¹⁸ Para mencionar algunas sentencias en este sentido se referencian las siguientes: T-510/06, T-603/05, C-150/15, C-1053 /12, T-347/12, C-497/19.

y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción. La interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de privar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito”.

Solicitud

Se solicita la constitucionalidad condicionada del párrafo segundo del artículo 82 del proyecto de Código Electoral en el entendido que las organizaciones políticas que suscriban el acuerdo de coalición **deberán** actuar en bancada, de acuerdo a lo establecido en la Ley 974 de 2005.

V) VENTANILLA ÚNICA ELECTORAL PERMANENTE -VUEP-

Se solicita a la Corte Constitucional declare la constitucionalidad condicionada del artículo 72 del Código Electoral, de manera que se adelante una interpretación de la norma en la que se habilite en la Ventanilla Única Electoral Permanente la consulta de todas las condenas e investigaciones en curso de los aspirantes a cargos de elección popular, con el fin de dotar a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, de herramientas para que el otorgamiento de avales se ciña a un ejercicio más detallado y oportuno, y derivado de esto, garantizar a la ciudadanía, en función de la responsabilidad democrática que le atañe a las organizaciones políticas, la escogencia de candidatos idóneos para que conduzcan los asuntos públicos, sin ver a la administración subordinada a prácticas ilegales o con el riesgo de pérdida de gobernabilidad.

ARTÍCULO 72. Derecho de postulación. *Las organizaciones políticas postulantes seleccionarán sus candidatos a través de mecanismos de democracia interna. También verificarán, antes de la inscripción, que reúnan los requisitos y calidades exigidos y, así mismo, que no se encuentren incursos en causales de inhabilidad o prohibiciones constitucionales o legales para ser elegidos, sin perjuicio de los demás requisitos y verificaciones que establezcan internamente de conformidad con sus estatutos. Para efectos de esta verificación, las organizaciones políticas consultarán en las bases de datos de las entidades públicas que permitan conocer los antecedentes, sanciones e inhabilidades que impidan ser elegido, de conformidad con la Constitución Política y la ley.*

Parágrafo 2. *Para la consulta y verificación de los antecedentes, sanciones e inhabilidades, el Ministerio del Interior en coordinación con las entidades competentes, recepcionará por medio de la Ventanilla Única Electoral Permanente, las consultas formuladas por los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, de antecedentes judiciales, disciplinarios, fiscales e investigaciones penales de los ciudadanos que aspiran a ser avalados e inscritos como candidatos.*

La Ventanilla Única Electoral Permanente será un instrumento para el fortalecimiento de los procesos electorales y de asistencia técnica ...

Lo anterior debido a que, en atención al régimen de responsabilidades previsto en el artículo 107 constitucional y en la Ley 1475 de 2011, así como a la responsabilidad democrática que los partidos adquieren en relación con la ciudadanía, esta disposición establece la obligación de las organizaciones políticas de consultar antecedentes, sanciones e inhabilidades previo al otorgamiento de los avales a los ciudadanos que aspiran a ser inscritos como candidatos.

Para fundamentar esta solicitud se desarrollarán los siguientes puntos, que justifican la solicitud formulada: 1. El régimen de responsabilidad política de los partidos, movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos en el otorgamiento de sus avales; 2. Su responsabilidad política y democrática frente a la ciudadanía; 3. Los efectos democráticos que derivan de una revisión incompleta de las calidades y los antecedentes de los candidatos avalados; 4. La necesidad de proveer a las organizaciones políticas la información necesaria para el

otorgamiento de sus avales; y 5. La solicitud de declarar la constitucionalidad condicionada en los términos expuestos.

Argumentos

1. Del régimen de responsabilidad política de los partidos, movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos en el otorgamiento de sus avales

El parágrafo 2 del artículo 68 del Código Electoral Colombiano establece la obligación de los partidos, movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos de consultar antecedentes judiciales, disciplinarios, fiscales e investigaciones penales de los ciudadanos que aspiran a ser avalados e inscritos como candidatos. La inclusión de dicha disposición representa un avance importante en cuanto a la responsabilidad de las organizaciones políticas, en tanto que por primera vez se incluye en ley.

Si bien la responsabilidad política de los partidos, movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos prevista en el artículo 107 constitucional se establece en torno a condenas por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico o de delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, la responsabilidad política y democrática con la ciudadanía les impone la necesidad de verificar que otorguen sus avales a candidatos idóneos para el ejercicio del cargo, que puedan concluir su periodo de mandato, y que se conduzcan bajo los principios rectores del servicio público.

Se considera de suma importancia que la consulta a través de la Ventanilla Única Electoral Permanente incluya no sólo las condenas, sino también las investigaciones de orden disciplinario, fiscal y penal adelantadas por los entes de control. Esto, pues se trata de información indispensable para los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, dado que son estas figuras quienes deben responder por las actuaciones indebidas de sus candidatos.

En un breve recuento histórico, cabe señalar que como consecuencia del proceso de vinculación irregular por parte de congresistas y dirigentes políticos con grupos paramilitares que condujo a prisión a decenas de funcionarios públicos, de la imagen negativa del Congreso de la República, el cuestionamiento de diferentes medios de comunicación y la crisis de credibilidad institucional, surgieron iniciativas de reforma política en el país dirigidas a modificar lo establecido en la reforma del año 2003 (Daza, 2011)¹⁹.

Bajo este contexto, surgió un proyecto de origen gubernamental orientado inicialmente a sancionar y evitar determinadas acciones de los partidos políticos, a establecer regulaciones y controles más estrictos en la concesión de avales, a implementar barreras que permitieran contener el acceso de grupos armados ilegales a las organizaciones políticas, modificar los requisitos para el reconocimiento legal de los partidos y ajustar el esquema de financiación de campañas.

¹⁹ Daza, J. D. (2011). Redefinición de las reglas de juego. Las reformas al sistema electoral colombiano como un caso de volatilidad institucional, 1991-2011. *Papel político*, 16(2), 421-460

La necesidad de contener los acercamientos entre funcionarios públicos, grupos armados y la gestión pública llevó entonces a discutir medidas de reforma en el país debido a los nexos criminales que se estaban construyendo, a los preocupantes hechos de corrupción que se derivaban de ellos y a la pérdida de estabilidad institucional. Las medidas iniciales llevaron a incluir en la reforma temas como el establecimiento de la figura de “silla vacía” cuando un congresista perdiera la investidura al estar vinculado a proceso penal por vínculos con actores armados ilegales, regulaciones a la doble militancia, sanciones a los partidos que concedieran avales a candidatos que tuvieran vínculos con grupos criminales, entre otros.

Fue así que, mediante el Acto Legislativo 01 de 2009 se estableció la responsabilidad de los partidos y movimientos políticos por avalar candidatos a cargos de elección popular que hubieran sido condenados por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades de narcotráfico o por delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad. Las sanciones pueden consistir en multas, devolución de los recursos públicos percibidos mediante el sistema de reposición de votos, cancelación de la personería jurídica, cuando se trate de cargos uninominales, la imposibilidad de presentar candidatos para las siguientes elecciones en la circunscripción en cuestión y, en caso de que falten menos de 18 meses para las siguientes elecciones, la imposibilidad de presentar terna.

Asimismo, en la Ley 1475 de 2011 se expidió el régimen sancionatorio de los partidos y movimientos políticos, ofreciendo, en los artículos 10, 11 y 12, mayor detalle sobre las sanciones aplicables a estas organizaciones y sus directivos. De esta forma, el parágrafo del artículo 10 expresa:

“Los partidos o movimientos políticos también responderán por avalar a candidatos no elegidos para cargos o corporaciones públicas de elección popular, si estos hubieran sido o fueren condenados durante el periodo del cargo público al cual se candidatizó, mediante sentencia ejecutoriada en Colombia o en el exterior por delitos relacionados con la vinculación a grupos armados ilegales y actividades del narcotráfico, cometidos con anterioridad a la expedición del aval correspondiente”.

Por consiguiente, la responsabilidad de los partidos y movimientos políticos, una vez proporcionan el aval, no solo recae en los candidatos que resultaron electos, sino también en los que no. Esto resalta la necesidad que adquieren las agrupaciones políticas de llevar a cabo una revisión más rigurosa sobre quienes aspiran a una candidatura, previo al otorgamiento de avales.

2. De la responsabilidad política y democrática de las organizaciones políticas frente a la ciudadanía

Adicional a lo expuesto, se resalta la responsabilidad que los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos adquieren frente al electorado, a partir de la postulación de candidaturas. Por ello, las organizaciones políticas deben adelantar un ejercicio atento y

detallado de revisión de antecedentes con el objetivo de otorgar el aval a candidatos idóneos para desempeñar el cargo al cual aspiran, en lugar de respaldar candidatos con investigaciones que, al momento de culminar, puedan impedirle terminar el período constitucional para el que fueron electos, derivando en la celebración de elecciones atípicas, afectación al presupuesto del Estado, debilitamiento institucional y pérdida de gobernabilidad.

Al respecto, el artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) suscrita el 22 de noviembre de 1969 establece:

“Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de 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, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Frente a los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, el Consejo de Estado se pronunció en Sentencia 00031 de 2019 a través de la Consejera Ponente Rocío Araújo:

“Además, prevé la obligación de los estados de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como lo advirtió la CIDH “es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”.

*Esta obligación positiva consiste, entre otras acciones y según lo explica la CIDH, en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, **“para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado”.***

Entre las condiciones establecidas en la ley para que los derechos políticos se ejerzan de forma efectiva se encuentra la responsabilidad que adquieren los partidos y movimientos políticos, en tanto entidades encargadas, conforme a su ideología, de representar los intereses de la ciudadanía frente a actuaciones de sus integrantes, quienes además de pertenecer a la agrupación política, ejercen cargos de elección popular, bien sea uninominales o plurinominales, con el aval de la misma.

Así, en la sentencia C-490/11, M.P. Luis Ernesto Vargas, se resalta el requisito de representatividad democrática que tienen los partidos y movimientos políticos:

“La fortaleza representativa de las organizaciones políticas, entendida como la capacidad de traducir las demandas sociales y las preferencias de los electores en planes de acción política que tengan la virtualidad de convertirse en componentes de la agenda pública, una vez la agrupación acceda a los cargos y corporaciones representativas, constituye una condición que exige, a juicio de la Corte, distintas cualidades de los partidos y movimientos políticos, referidos a: (i) la permanente identidad entre los intereses y preferencias del electorado y los programas y lineamientos ideológicos de la agrupación correspondiente; y (ii) la existencia de una infraestructura institucional y de procedimientos democráticos que permita procesar tales demandas, a fin que integren los planes de acción política del partido o movimiento. La eficacia de tales rasgos institucionales depende que los partidos y movimientos no sean cooptados, bien a través de prácticas personalistas, o bien mediante la subordinación de la agrupación a factores o instancias, generalmente ilegales, que se valen de la representación democrática para imponer en la agenda pública sus demandas particulares, opuestas o divergentes con los intereses del electorado y/o la protección de las minorías políticas”.

A este respecto, la Corte en la mencionada sentencia destaca la necesidad de que los partidos, movimientos políticos y agrupaciones con y sin personería jurídica verifiquen las calidades de los aspirantes que pretenden avalar, a fin de contar con candidatos que estén en la capacidad de ejercer sus funciones de acuerdo con los principios e intereses constitucionales:

“Si bien todos los ciudadanos son titulares del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y dentro de ese ámbito, de los derechos a ser elegidos y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, estos derechos no son absolutos, siendo posible someterlos a limitaciones que propugnen por la defensa y garantía del interés general, y aseguren un comportamiento acorde con los supremos intereses que les corresponde gestionar a quienes se encuentren al servicio del Estado, lo que unido al reconocimiento del derecho de postulación que la Constitución reconoce a partidos, movimientos políticos y agrupaciones con y sin personería jurídica, conlleva a que la verificación de los requisitos de elegibilidad y la constatación de la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades en los candidatos a cargos uninominales y corporaciones de elección popular sea una responsabilidad que reposa en todas las agrupaciones con derecho de postulación. Así pues, el deber de verificación de requisitos y calidades, así como de constatación acerca de la inexistencia de inhabilidades e incompatibilidades en los candidatos a cargos uninominales y de corporaciones de elección popular, constituyen requerimientos exigibles a cualquier partido, movimiento político, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos que ejerza el derecho de postulación. Se trata de presupuestos inexcusables vinculados al derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, que persiguen importantes fines constitucionales, como los de garantizar la transparencia, objetividad y moralidad en el ejercicio de la función pública”.

Lo anterior guarda congruencia con las potestades que el ordenamiento jurídico confiere a los ciudadanos con relación a la democracia representativa y el derecho a participar en la conformación del poder político, a través de la cláusula de soberanía popular. De conformidad con la mencionada sentencia:

“En el actual modelo constitucional pueden distinguirse dos etapas en lo que refiere a la relación entre el ciudadano y los servidores públicos elegidos: la primera, concentrada en el acto de elección que mediante el ejercicio del sufragio los ciudadanos escogen y confieren legitimidad democrática a sus representantes, invistiéndolos con el poder político que reside en el Pueblo; en virtud de la cláusula de la soberanía popular se le confiere a todo ciudadano el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”.

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-1078/01, M.P Jaime Araújo, también resaltó la importancia del voto como un derecho y un deber que permite a la ciudadanía participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, al precisar que:

“El voto constituye una de las manifestaciones más 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 más amplio de contribuir a la organización, regulación y control democrático del Estado (CP: 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 ser elegido, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática (C.P. art. 40)”.

De lo expuesto se desprende que, conforme a sus estatutos y tradición política, los partidos y movimientos reconocen las consecuencias de la falta de idoneidad de funcionarios en ejercicio del cargo y, asimismo ocurre con el electorado que, en pleno ejercicio de su derecho al voto, presume que la revisión de las calidades y antecedentes de los candidatos fue efectuada por las organizaciones políticas. Se requiere, por lo tanto, dotarles de las herramientas necesarias para mejorar el proceso de otorgamiento de avales, con el propósito de incrementar tanto la legitimidad de quienes ejercen el poder público, como la confianza de la ciudadanía hacia sus dirigentes.

Así, con el fin de fortalecer el Estado social de derecho, profundizar el sentido democrático, participativo y pluralista de la República y guiar las actuaciones hacia la prevalencia del interés general, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución; servir a la comunidad, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, según lo dispuesto en el artículo 2; y garantizar el derecho ciudadano al voto, de conformidad con el artículo 258, se busca garantizar el acceso de las agrupaciones políticas a información sobre condenas e investigaciones en curso sobre todos los delitos, a fin de mejorar el proceso de otorgamiento de avales y la consecuente idoneidad de candidatos. Lo anterior, partiendo de la responsabilidad política y democrática que aquellas adquieren frente al electorado.

En este sentido, la ley busca promover la seriedad de las inscripciones a través del deber que adquieren las organizaciones políticas de verificar los antecedentes de aspirantes a cargos y corporaciones de elección popular. Con esto se activan mecanismos de control institucional sobre las calidades de los aspirantes, se reitera la responsabilidad de los partidos, movimientos

y grupos significativos de ciudadanos frente al electorado y se promueve también el debate democrático sobre la conformación del poder político.

La inclusión de la totalidad de la información sobre los antecedentes judiciales, disciplinarios, fiscales e investigaciones penales de los ciudadanos que aspiran a ser avalados e inscritos como candidatos, en la consulta que realicen las organizaciones políticas les permitirá identificar los detalles –entre ellos el estado del proceso- de prácticas irregulares presuntamente cometidas por los individuos que desean presentarse como candidatos, lo que posibilita una evaluación más completa y crítica frente al otorgamiento de avales, previniendo así la eventual designación de mandatarios en calidad de encargados, y la posterior celebración de elecciones atípicas. Ello, con el consecuente desgaste institucional del Estado, y la correspondiente pérdida de confianza de la ciudadanía en los poderes públicos.

3. De los efectos democráticos que derivan de una revisión incompleta de las calidades y los antecedentes de los candidatos avalados

A fin de contextualizar los efectos que han derivado de la postulación de candidatos y candidatas con antecedentes administrativos o penales, o con investigaciones en curso, cabe señalar que un estudio realizado al interior de la MOE: “Ranking de Partidos Políticos de Autoridades Locales 2016-2019” dio cuenta que, de las 13.614 autoridades locales electas en el año 2015 para ocupar cargos públicos en la Gobernación, Asamblea Departamental, Alcaldía y Concejo Municipal, 629 (5%) fueron sancionadas al menos una vez por los entes de control (antes del ejercicio electoral y durante el período electoral, es decir, desde el 26/10/1977 hasta el 24/10/2014 y desde el 25/10/2014 hasta el 25/10/2015 respectivamente).

Asimismo, luego de celebrarse las Elecciones de Autoridades Locales 2019, el 1 de enero, día en que los nuevos mandatarios debían tomar posesión de su cargo, 4 alcaldes electos se encontraban presos. Uno de ellos, del municipio San Benito Abad (Sucre) se posesionó, mientras que los 3 restantes, capturados por cometer delitos electorales, no lograron hacerlo: Valle de San Juan (Tolima) donde ya se llevó a cabo la elección atípica puesto que el mandatario fue condenado; El Agrado (Huila) y El Rosario (Nariño), también ya condenado. Se tienen registros de otro mandatario electo en 2019, del municipio de Caucasia (Antioquia) que contaba con una investigación en curso por delitos electorales (inhabilidad) y, por consiguiente, no logró tomar posesión de su cargo.

En este sentido, la revisión incompleta de antecedentes de investigaciones o condenas por parte de las organizaciones políticas antes de otorgar los avales a sus candidatos puede generar una serie de consecuencias, entre ellas, la necesidad de celebrar elecciones atípicas incurriendo así en gastos adicionales para el Estado. Desde diciembre de 2015 se han llevado a cabo 57 elecciones atípicas en el país, de las cuales 25 se encuentran relacionadas con (i) sanciones por incurrir en doble militancia o inhabilidad; (ii) renunciaciones por investigaciones penales relacionadas con los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos, peculado por apropiación, concierto para delinquir, cohecho y tráfico de influencias; y (iii) condenas por investigaciones penales relacionadas con los delitos

de peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público, concierto para delinquir, urbanización ilegal, e inscripción irregular de particulares en la Unidad de Trabajo Legislativo del mandatario, incluyendo cobros de comisiones por los nombramientos.

Estas 25 elecciones atípicas, celebradas por las investigaciones en curso y condenas proferidas a los mandatarios electos (23 a alcaldía y 2 a gobernación) le han costado al Estado colombiano 24 mil millones de pesos (\$24.997.333.711).

Además del presupuesto gastado, este tipo de ejercicios y cambios anticipados de poder tienen impacto en la gobernabilidad local pues son reflejo de inestabilidad política en el territorio, impiden el curso normal de gestión y de cumplimiento al Plan de Desarrollo, así como el cambio de personal.

4. De la necesidad de proveer a los partidos, movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos la información necesaria para el otorgamiento de sus avales

De acuerdo con lo expuesto, se considera un imperativo constitucional el proveer a las agrupaciones políticas, a través de la Ventanilla Única Electoral Permanente, la información de todas las condenas proferidas e investigaciones en curso.

Debido a la magnitud de las consecuencias que deben enfrentar los partidos, esta información resulta ser indispensable para que eviten las responsabilidades contenidas en la Ley 1475 de 2011 producto de respaldar candidatos que, durante el período de campaña electoral, jornada de elección y gestión del cargo, sean sancionados o condenados en su caso por investigaciones que se encontraban en curso antes de recibir el aval.

Asimismo, lo anterior resulta esencial a fin de fortalecer no solo los procesos electorales (como lo prevé el propio artículo 72 materia de análisis), sino el ejercicio mismo del derecho al voto de la ciudadanía, y por ende, el Estado Constitucional de Derecho.

Al respecto, si bien es cierto que la Corte Constitucional debe ponderar los efectos de la eventual intromisión en los derechos a la intimidad, vida privada y presunción de inocencia que cobijan a todo ciudadano, también lo es que en dicha valoración resulta indispensable tomar en consideración que la solicitud formulada no se dirige a un ciudadano común, sino a uno que aspira a ocupar un cargo público de gobierno o representación, a través del voto popular (ámbito en el cual se permite una intromisión mayor en los derechos individuales, en aras del interés general). Por ello, no obstante alguna de la información referida puede estar sujeta a reserva, se debe privilegiar el interés público de que las organizaciones políticas cuenten con la totalidad de la información necesaria, en poder del Estado, para tomar una decisión frente al eventual otorgamiento de avales, lo cual no genera efectos en relación con las investigaciones que se adelantan, pero es conforme a la responsabilidad social, política y democrática que las organizaciones políticas asumen ante el Estado y el electorado que acudirán a las urnas.

Para viabilizar la entrega de esta información a las organizaciones políticas de forma que estas puedan tomar una decisión informada de avalar o no una determinada candidatura y asumir la responsabilidad política y democrática que les corresponde, es necesario que la Corte inste a las agrupaciones políticas para que requieran (y eventualmente formalicen en sus estatutos) el consentimiento de las personas que pretenden ser avaladas, con el fin de que sea entregada la información de las investigaciones penales que tienen en curso. Ya quedaría a discreción de la organización política si avala a la persona y bajo ninguna circunstancia este consentimiento puede entenderse como un requisito adicional para la inscripción.

El que estos datos estén disponibles para la consulta de las organizaciones políticas se constituye como un lineamiento para garantizar un análisis completo y detallado respecto de la idoneidad de candidatos avalados, y asimismo dota de efectividad el ejercicio del derecho al voto.

Solicitud

Se solicita a la Corte declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 72 del Código Electoral, de manera que se adelante una interpretación de la norma en la que se habilite en la Ventanilla Única Electoral Permanente la consulta de todas las condenas e investigaciones en curso de los aspirantes a cargos de elección popular con el fin de dotarles de herramientas para que el otorgamiento de avales se ciña a un ejercicio más detallado y oportuno, y derivado de esto, garantizar a la ciudadanía, en función de la responsabilidad democrática que le atañe a las organizaciones políticas, la escogencia de candidatos idóneos para que conduzcan los asuntos públicos sin ver a la administración subordinada a prácticas ilegales o con el riesgo de pérdida de gobernabilidad.

VI) SANCIONES A LOS OBSERVADORES ELECTORALES Y VULNERACIÓN DEL REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN Y DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Se solicita declarar la inconstitucionalidad de la sanción pecuniaria prevista en el párrafo del artículo 151 del proyecto de ley de Código Electoral, dado que en primer lugar esta disposición resulta desproporcionada frente a un ejercicio de participación ciudadana y control político como lo es la observación electoral, toda vez que la sanción administrativa que se impone (multa de hasta tres (3) salarios mínimos legales vigentes mensuales) resulta elevada frente a las infracciones que puede llegar a cometer el o la observadora electoral y el perjuicio que estas pueden tener en la transparencia de las elecciones. En segundo lugar, porque la medida no resulta idónea, pues en todos los casos, las afectaciones generadas por la falta o infracción administrativa pueden resolverse con el retiro de la acreditación del observador o observadora electoral, así como también con la remoción del recinto electoral. En tercer lugar, porque existe un trato desigual entre quienes desempeñan la observación electoral y los testigos electorales, ambos ejercicios de veeduría ciudadana, toda vez que aunque las conductas prohibidas son similares, a los testigos se les impone una sanción menos gravosa en relación con los observadores electorales.

ARTÍCULO 151. Prohibiciones. Los observadores electorales tendrán prohibido:

1. Ejercer atribuciones que legal y constitucionalmente le competen a la Organización Electoral.
2. Reemplazar u obstaculizar a las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.
3. Interferir con el normal desarrollo de los procesos electorales y de las actividades que se llevan a cabo.
4. Hacer campaña electoral a favor o en contra de candidatos, partidos, movimientos políticos, grupos significativos de ciudadanos, coaliciones, promotores del voto en blanco o de la abstención activa.
5. Portar indumentarias o distintivos que los identifiquen con alguna agrupación política, candidato u opción electoral.
6. Expresar cualquier tipo de ofensa, difamación o calumnia en contra de las instituciones, autoridades electorales, partido, movimiento político, grupo significativo de ciudadanos, coalición, comité promotor o candidato.
7. Actuar como guía electoral o realizar orientaciones a los votantes.
8. Formular reclamaciones electorales en el desarrollo de los escrutinios.
9. Actuar como testigos electorales.

Parágrafo. La inobservancia de las anteriores disposiciones dará lugar, según la gravedad de la conducta cometida, a la cancelación de la acreditación del observador electoral, y a la imposición de multas de hasta tres (3) salarios mínimos legales vigentes mensuales por parte del Consejo Nacional Electoral, con respeto al debido proceso.

Para fundamentar esta solicitud, se desarrollarán los siguientes puntos: 1. La proporcionalidad de las sanciones administrativas; 2. Los elementos definitorios del derecho a la igualdad y su aplicación en el caso en concreto; y 3. La solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad de la porción normativa combatida.

Argumentos

1. Sanciones administrativas desproporcionadas frente al ejercicio ciudadano de observación electoral.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 29 de la Constitución, el debido proceso se debe aplicar tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas. Un elemento esencial de este derecho, es que las sanciones administrativas a imponerse deben ser razonables y proporcionales. Así, el “principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma” (Sentencia de la Corte Constitucional C-125/03).

De igual manera esa Corporación ha señalado que la proporcionalidad en el derecho disciplinario, que para este caso se equipara con las sanciones administrativas que puede imponer el Consejo Nacional Electoral, se debe tener en cuenta: “(i) el grado de la afectación de la falta sobre los deberes (...) (ii) la gravedad de la sanción impuesta y (iii) la proporcionalidad entre ambas. En este sentido, la proporcionalidad implica que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad” (Sentencia C- 721/15).

Teniendo en cuenta lo anterior, en primer lugar para analizar la proporcionalidad de la sanción a los observadores y observadoras electorales que establece el parágrafo en estudio, se debe tener en cuenta la naturaleza de sus funciones. La observación electoral, es un ejercicio ciudadano, libre y espontáneo que tiene por vocación fortalecer la legitimidad de los procesos electorales. Quienes deciden observar los procesos electorales lo hacen de forma voluntaria, es decir no obtienen una remuneración durante el ejercicio de veeduría. La observación electoral es una expresión del derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (CP Art. 40), por esta razón el Estado debe promover todas las garantías para que se cumpla con este fin, sin imponer cargas administrativas o rituales excesivos que desincentiven el ejercicio ciudadano y goce efectivo de su derechos políticos.

A través de metodologías rigurosas, la observación electoral califica el desarrollo de las elecciones en las diferentes etapas del calendario electoral y dada su relevancia se le considera como un actor esencial durante el día de las elecciones. Su función es fiscalizar que los comicios se cumplan de acuerdo a los estándares nacionales e internacionales de elecciones libres, justas y transparentes. Por ello durante el día de las elecciones, el dispositivo de observación electoral contempla acciones en diferentes puestos y/o mesas de votación, coordinación

interinstitucional para tramitar quejas o irregularidades, entre otras, las cuales bajo ningún entendido desplazan el accionar de las entidades del Estado.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de las y los observadores y las funciones, el legislador estableció unas prohibiciones las cuales tienen como propósito garantizar el desarrollo adecuado de las elecciones e impedir el desplazamiento de las competencias de las autoridades. Lo anterior se puede ver afectado por ejemplo con el uso de propaganda electoral, actuar como guía electoral, entre otras. Si bien las conductas prohibidas constituyen comportamientos inadecuados que de realizarse desnaturalizan el ejercicio ciudadano de observación electoral, y que sin lugar a dudas ameritan la cancelación de la acreditación del observador electoral, así como en su caso, su retiro del recinto de votación (a fin de salvaguardar el adecuado desarrollo del proceso comicial), resulta desproporcionada la imposición de una sanción económica producto de tales conductas, de forma tal que su previsión en el parágrafo del artículo 151 no puede considerarse como un medio válido para salvaguardar la transparencia electoral, la certeza de los resultados comiciales, ni el orden público. Tan es así, que tal como se abordará más adelante, este tipo de sanciones no se aplican a ningún otro sujeto que participe en funciones de veeduría del proceso electoral. De esta forma, sanciones pecuniarias de esta naturaleza desincentivan la participación ciudadana, ante el temor a una afectación excesiva del patrimonio del observador.

Dado lo anterior, existe una desproporcionalidad entre las sanciones que se imponen con las prohibiciones establecidas. Lo anterior desconoce los estándares para el desarrollo de sanciones, toda vez que estas no son proporcionales y razonables en relación con la afectación y el bien jurídico que se busca proteger, a tal punto que como se señaló, se puede generar un desincentivo entre la ciudadanía pues el uso excesivo del régimen sancionatorio podría entenderse como una barrera al ejercicio de observación electoral e incluso como un instrumento de coacción e intimidación que pueden usar aquellas personas y servidores públicos que no vean con agrado la labor de veeduría a la transparencia de las elecciones.

Ahora bien, la medida no resulta idónea, pues en todos los casos, las afectaciones generadas por la falta o infracción administrativa pueden resolverse con el retiro de la acreditación del observador o observadora electoral, así como también con la remoción del recinto electoral, como ocurriría con cualquier otro sujeto que cometiera una falta similar en el marco de los procesos electorales.

Por último, esta sanción resulta desproporcionada en relación con la calidad del sujeto sancionado, es decir a quien se le impone la infracción es un ciudadano haciendo un ejercicio ciudadano en atención a su derecho de control político y no tiene una calidad de servidor o funcionario público. Así mismo se debe tener en cuenta que la sanción no cumple con el principio de gradualidad, toda vez que sin importar la gravedad de su actuación siempre se le impondrá una infracción monetaria.

Por todas estas razones, resulta indispensable que esa Corte Constitucional establezca la inconstitucionalidad de la sanción pecuniaria prevista en el parágrafo del artículo 151, pues resulta contraria a la garantía del ejercicio efectivo del derecho al control político ciudadano.

2. La ruptura del derecho a la igualdad al imponer infracciones pecuniarias a los y las observadoras electorales.

El derecho a la igualdad está contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política y en diversos tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano. Del cual se desprenden dos mandatos básicos: (i) otorgar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes; y (ii) otorgar un trato diferente a situaciones de hecho disímiles²⁰.

De otro lado, la Corte ha determinado el alcance del derecho a la igualdad a través de cuatro reglas²¹: “(i) debe darse un tratamiento distinto a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (ii) debe darse el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (iii) debe darse un trato paritario a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias; y (iv) debe darse un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las diferencias sean más relevantes que las similitudes”.

A su vez, ha desarrollado el *criterio de comparación* para determinar si los grupos son diferentes y el trato diferente que se les dio. De esta manera se examina si la clasificación realizada por el legislador fue racional o si por el contrario es caprichosa. En palabras de la Corte:

“La identificación del criterio de comparación sirve para examinar si la clasificación del legislador agrupa realmente a personas diferentes a la luz de la norma acusada, en otras palabras, si las clases fueron racionalmente configuradas o si lo fueron caprichosamente. La racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley. Así, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma.”²²

Teniendo en cuenta estos elementos, se determinará si el trato diferenciado en materia sancionatoria entre los observadores electorales y testigos electorales obedece a un criterio racional o si, por el contrario, no existe una justificación para que se establezca un trato desigual.

En este sentido, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-490/11, M.P. Luis Ernesto Vargas, definió a los observadores y testigos electorales, estableciendo como principal rasgo

²⁰ Corte Constitucional Sentencia C- 515/19, M.P. Alejandro Linares

²¹ Corte Constitucional Sentencias C-015 /14, M.P. Mauricio González y C-179/16, M.P. Luis Guillermo Guerrero

²² Corte Constitucional Sentencia C- 741/03, M.P. Manuel José Cepeda

diferenciador el que los primeros pertenecen a organizaciones no partidistas mientras que los segundos sí están vinculados a las organizaciones políticas. Sin embargo, pese a algunas diferencias doctrinales, ambos actores comparten elementos como por ejemplo son ajenos a las autoridades electorales y tienen como principal propósito contribuir a la transparencia a los procesos electorales a través de un ejercicio de vigilancia a las elecciones, y para ello se detienen en fiscalizar el cumplimiento de las prescripciones legales en materia electorales y alertar sobre posibles fraudes electorales. La diferencia es que los testigos lo hacen para contribuir a los intereses en disputa de los y las candidatas de partidos y movimientos políticos y los observadores desde un interés general y al servicio de toda la ciudadanía.

Tanto los observadores como los testigos se encuentran en un mismo grupo de ciudadanos con un mismo fin, razón por la cual no existe un criterio objetivo y razonable para imponer a los primeros (observadores) una sanción pecuniaria, a todas luces desproporcionada, por el incumplimiento de sus funciones, las cuales además son similares a la de los testigos. En este sentido, se considera que este trato diferenciado es violatorio al derecho a la igualdad y por lo tanto se debe declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa referida.

Solicitud

Se solicita a la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad de la sanción pecuniaria prevista en el parágrafo del artículo 151 del proyecto de ley de Código Electoral, debido que al imponer una sanción consistente en multa de hasta tres (3) salarios mínimos legales vigentes mensuales, no tiene en cuenta los criterios de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad que deben tener en cuenta las sanciones administrativas, así como tampoco se cumple con el derecho a la igualdad.

VII) LOS EFECTOS DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL EN EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

Se solicita a la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 247 del Código Electoral, derivado de que la indeterminación de los efectos de la seguridad y defensa nacional que se predica en relación con *“Todas las actividades que en cumplimiento de su misión realice la Registraduría Nacional del Estado Civil con relación al registro civil, la identificación, los procesos electorales y mecanismos de participación ciudadana”* vulnera el derecho de acceso a la información y la transparencia en el ejercicio del servicio público. Lo anterior, tanto por los alcances de las restricciones que se pueden derivar de dicho carácter en el ejercicio del control político y del derecho a la información, como por sus eventuales efectos en materia de transparencia en la contratación pública a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil (en adelante RNEC).

Asimismo, se solicita se declare la constitucionalidad condicionada del párrafo del mismo artículo 247, bajo el entendido que la interpretación que realice la Corte Constitucional debe garantizar en primer lugar que las condiciones de seguridad no deben usarse para limitar no solo los ejercicios de observación electoral, sino cualquier expresión de control político y ciudadano, incluidas las organizaciones políticas, y en segundo lugar que las garantías para el acceso a la información y la transparencia no deben circunscribirse únicamente a las relacionadas con los procesos electorales, sino con cualquier actividad que desarrolle la RNEC.

ARTÍCULO 247. Seguridad nacional y protección del proceso electoral.
Todas las actividades que en cumplimiento de su misión realice la Registraduría Nacional del Estado Civil con relación al registro civil, la identificación, los procesos electorales y mecanismos de participación ciudadana son de seguridad y defensa nacional.

Las fuerzas militares y de la policía bajo la dirección del Presidente de la República, prestarán su apoyo en la custodia de los documentos electorales y la infraestructura tecnológica.

Adicionalmente, cuando las circunstancias así lo obliguen colaborarán en el transporte del material electoral y de los servidores públicos.

La transmisión de resultados se realizará conforme al protocolo de seguridad y de ciberseguridad que diseñe la Registraduría Nacional del Estado Civil con el apoyo de los organismos de seguridad del Estado.

Parágrafo. Las condiciones de seguridad no pueden usarse en ningún momento para limitar la observación al proceso electoral de organizaciones nacionales o internacionales debidamente acreditadas, así como para permitir la transparencia del proceso.

Para fundamentar esta solicitud, se desarrollarán los siguientes puntos que tienen por objeto poner de presente frente a la honorable Corte Constitucional: 1. La indeterminación de los efectos de la seguridad y defensa nacional frente al ejercicio del derecho al acceso a la información y la transparencia; 2. Los efectos de la seguridad y defensa nacional en el ejercicio de control político y social; y 3. La solicitud de declarar la inconstitucionalidad de una porción normativa y la constitucionalidad condicionada de otra, en los términos expuestos.

Argumentos

1. La indeterminación de los efectos de la seguridad y defensa nacional frente al ejercicio del derecho al acceso a la información y la transparencia

El primer inciso del artículo 247, establece una reserva amplia y general a “todas las actividades” que realice la RNEC con relación al registro civil, la identificación, los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana”, al calificarlas, sin una determinación precisa de sus efectos, como de “seguridad y defensa nacional”.

Al respecto, si bien la Corte Constitucional ha reconocido que es legítimo imponer reservas a la información por motivos de defensa y seguridad nacional, también lo es que esa misma corporación ha precisado que no se puede apelar a dicha cláusula de manera genérica para que cualquier restricción resulte admisible. Al contrario, ha previsto que en cada caso es necesario “*acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada información, lo que hace necesario mantener la reserva*”²³, e indicar “*el contenido puntual o tipología de información cuya divulgación o acceso puede afectar gravemente el interés protegido.*”²⁴

Estas garantías del derecho al acceso a la información se desconocen en el inciso primero del artículo 247, toda vez que de manera genérica, vaga e imprecisa se califica como de seguridad nacional y defensa todas las actividades que en cumplimiento de su misión realice la RNEC con relación al registro civil, la identificación, los procesos electorales y mecanismos de participación ciudadana sin que se establezca en concreto qué información, documentos y/o actividades ponen en riesgo el interés protegido por la seguridad y defensa nacional, ni los efectos que derivan de dicha calidad.

Esta situación, pone en riesgo las funciones del mencionado derecho al acceso a la información esto es: garantizar la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos a través de la fiscalización y veeduría de las actuaciones que desarrolle la RNEC y garantizar la transparencia en la gestión pública. Lo anterior adquiere una relevancia particular, precisamente porque las funciones a cargo de dicha institución se relacionan con los mecanismos institucionales de transmisión pacífica del poder y de participación directa de la

²³ Corte Constitucional Sentencia C-491/07, M.P. Jaime Córdoba

²⁴ Corte Constitucional Sentencia C- 951/14, M.P. Martha Victoria Sáchica

ciudadanía en la definición de asuntos de interés público, que por su propia naturaleza requieren del mayor control y vigilancia por parte de todos los actores involucrados, a fin de garantizar la legitimidad de sus resultados.

A su vez, al cobijar bajo reserva de “seguridad y defensa nacional” todas las actividades de la RNEC, se genera una afectación en la transparencia de los procesos de adjudicación y contratación que realiza esta entidad, pues se abre la puerta a que se modifique su modelo de contratación para adquirir bienes y servicios dirigidos al desarrollo de la totalidad de sus funciones (incluidos los procesos electorales) a través de la contratación directa, lo cual implica mayores riesgos de opacidad.

Al respecto, la Corte Constitucional²⁵ en múltiples pronunciamientos ha reconocido el carácter fundamental y autónomo del derecho de acceso a la información pública, al hacer una interpretación sistemática de los derechos fundamentales de petición (CP art. 23) y de información (CP art. 20) y del mandato superior de libre acceso a los documentos públicos “*salvo los casos que establezca la ley*” (CP art. 74), los cuales también encuentran un sustento en instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, como por ejemplo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

A su vez, la Corte ha manifestado que el derecho al acceso a la información pública cumple con al menos tres funciones:

- (i) **Garantizar la participación democrática y el ejercicio de los derechos políticos**, pues en un Estado cuyas actuaciones son clandestinas y secretas difícilmente los ciudadanos pueden participar en la “conformación, ejercicio y control del poder político (CP art, 40)”²⁶;
- (ii) **Ser instrumental para el ejercicio de otros derechos constitucionales**, toda vez que al acceder a la información se permite conocer las “condiciones necesarias para su realización”²⁷, de igual manera a través de este se derecho se logra alcanzar fines constitucionalmente legítimos, como lo son “asegurar que las autoridades y agencias estatales expliquen públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado a poder que han delegado en ellos los ciudadanos, así como el destino que le dado a los recursos públicos; y garantizar el cumplimiento de deberes constitucionales y legales por parte de la ciudadanía”²⁸.

²⁵ Corte constitucional Sentencias C- 274/13, M.P. María Victoria Calle; T- 705/07, M.P. Jaime Córdoba; y C- 491/07, M.P. Jaime Córdoba

²⁶ Corte Constitucional Sentencias C-038/96, M.P. Eduardo Cifuentes; C-053/95, M.P. Eduardo Cifuentes y C- 957/99, M.P. Alvaro Tafur

²⁷ Corte Constitucional Sentencias C-491/07, M.P. Jaime Córdoba; y T-473/92, M.P. Ciro Angarita Barón

²⁸ Corte Constitucional Sentencias C- 274/13, M.P. María Victoria Calle; y C-957/99, M.P. Alvaro Tafur

- (iii) **Garantiza la transparencia de la gestión pública**, y por lo tanto, permite que el control ciudadano a la actividad estatal sea efectivo y real. En este sentido, la Corte también ha señalado que la transparencia y la publicidad son elementos que definen un Estado Democrático y “son la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho; son la base sobre la cual se puede ejercer un verdadero control ciudadano de la gestión pública y satisfacer los derechos políticos conexo”²⁹

En la jurisprudencia constitucional y la ley, especialmente la Ley 1712 de 2014 -sobre transparencia y acceso a la información-, se ha reconocido el *principio de máxima divulgación o publicidad* como principio rector del derecho al acceso a la información. De este se deriva que por regla general se le debe permitir a todo ciudadano el acceso a la información, y que por lo tanto este derecho debe estar sometido a un régimen limitado de excepciones contemplado o autorizado en la ley o la Constitución e interpretado de forma restrictiva.

De igual manera, la norma que restrinja el derecho al acceso a la información debe ser **precisa y clara**. En este sentido, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C- 274/13, M.P. María Victoria Calle, declaró inconstitucional el parágrafo 2 del artículo 5 del proyecto de ley de transparencia, en el que se incluía como reservas “la información, documentos, base de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional (...)”. En este caso la Corte señaló que:

“Este listado genérico **cobija todo tipo de información, sin precisar de manera clara y concreta el tipo de información cobijada por la reserva**, ni las razones por las cuales esa reserva deba garantizarse.

Este tipo de expresiones genéricas o vagas constituyen una habilitación general a las autoridades para mantener en secreto la información que discrecionalmente consideren adecuado, y es claramente contraria al artículo 74 CP, porque constituyen una negación del derecho, e impiden el control ciudadano sobre las actuaciones de los servidores públicos y de las agencias estatales. También resulta contraria a los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte, y que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto. (Art. 93 CP). (...)”³⁰

En este sentido, el establecimiento de una reserva genérica, sin que se especifiquen sus alcances concretos deviene inconstitucional, toda vez que limita el derecho al acceso a la información y la transparencia, al imponer una cláusula restrictiva, que desconoce los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la cual como se ha señalado, ha reiterado que las **limitaciones que se impongan deben ser ciertas, proporcionales y razonables**.

²⁹ Corte Constitucional Sentencia C-491/07, M.P. Jaime Córdoba

³⁰ Corte Constitucional Sentencia C- 274/13, M.P. María Victoria Calle

2. Los efectos de la seguridad y defensa nacional en el ejercicio de control político y social

Si bien el párrafo del artículo 247 bajo análisis prevé expresamente que: “*Las condiciones de seguridad no pueden usarse en ningún momento para limitar la observación al proceso electoral [...] así como para permitir la transparencia del proceso*”, es importante precisar que dicha reserva resulta insuficiente para garantizar el ejercicio efectivo del control político y social previsto en el artículo 40 constitucional. Lo anterior, puesto que existen diversos mecanismos de control político y social que las organizaciones políticas y la ciudadanía pueden adelantar, distintos a la observación electoral, que también están cobijados constitucionalmente, y cuyo ejercicio también debe ser garantizado por el Estado (incluida la Organización Electoral), y tampoco puede ser limitado por una reserva genérica como “las condiciones de seguridad”.

Aunado a ello, resulta inconstitucional circunscribir -como lo hace el párrafo en mención- las garantías para el acceso a la información y la transparencia únicamente a las actividades relacionadas con los procesos electorales, sino que estas deben abarcar cualquier actividad que desarrolle la RNEC.

De otra parte, cabe recordar que para determinar la constitucionalidad de las normas que restringen el derecho al acceso a la información especialmente cuando se trata de documentos o información sometidos a reserva, la Corte Constitucional ha empleado el test de razonabilidad y proporcionalidad³¹. Siguiendo la metodología establecida en la jurisprudencia constitucional, entre ella la Sentencia C-221/16, M.P. Alberto Rojas, en este caso se logra determinar que ni el primer inciso del artículo 247 del Código Electoral, ni el párrafo cuestionado cumplen con los requisitos de finalidad de la medida, la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad, para restringir el derecho al acceso a la información y la transparencia (menos aún cuando estamos frente a funciones que requieren de un control político y social reforzado) aludiendo a la seguridad y defensa nacional:

- I. La finalidad de la medida y la idoneidad**, esto es el “*propósito que el precepto cuestionado pretende y si los intereses que busca favorecer resultan relevantes*” y que la medida sea adecuada o conducente al logro del fin que se propone. De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley de Código Electoral se incluye una corta justificación en la que se señala que “*toda clase de certamen democrático tiene la connotación de seguridad nacional, debido a la movilización masiva de ciudadanos, al libre debate de causas políticas y democráticas, y a los datos sensibles que se administran para organizar las votaciones*”.

Respecto de la finalidad, de lo señalado en la exposición de motivos no se evidencia en qué medida el acceder a la información respecto de “todas las actividades” que en

³¹ Corte Constitucional Sentencia C- 221/16, M.P. Alberto Rojas

cumplimiento de su misión realice la RNEC pone en riesgo el valor superior de la seguridad y defensa nacional, ameritando una restricción a los derechos al acceso a la información y transparencia, inherentes al control político ciudadano, todos ellos esenciales en un sistema democrático. Por lo que no se puede establecer que se está ante una finalidad legítima.

Ahora bien, por lo que hace a la idoneidad de la medida, al tratarse de una norma genérica, vaga e imprecisa (tanto en sus objetivos, como en su propósito y su alcance), no es posible determinar su adecuación al fin que se busca. No obstante, analizando el artículo de forma integral, si lo que se busca en términos de seguridad es garantizar la custodia del material electoral y la protección de la infraestructura tecnológica a través de la fuerza pública y los organismos de seguridad del Estado, basta con remitirse a los dos incisos siguientes del mismo artículo de cuya lectura se puede concluir que este es el alcance de la relación entre seguridad nacional y la protección del proceso electoral, y para ello no resulta idóneo establecer una cláusula genérica que califique “todas las actividades” de la RNEC como de seguridad y defensa nacional, sin siquiera especificar los efectos de dicha calidad. Pues a modo de ejemplo, esta incluiría la información sobre la contratación que se disponga para la logística electoral, la cual no genera daños a la seguridad nacional y que por el contrario sí genera restricciones a las garantías de transparencia sobre el uso de los recursos públicos. De igual forma se podría limitar el ejercicio político y social de control respecto de la verificación de las medidas y procedimientos específicos adelantados para la determinación de los jurados electorales para frente a las organizaciones políticas.

- II. De otra parte, las porciones referidas del artículo 27 tampoco cumplen con los requisitos de **necesidad y proporcionalidad**. Esto es, “*si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto*” o si “*se debe determinar la posibilidad de implementar otros mecanismos menos gravosos, pero igualmente conducentes al propósito esperado*”, y “*la consulta del “balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ocasionaría.”*”

Como ya se señaló la finalidad de la norma es difusa y por ende no se puede establecer el propósito que se espera al dotar de reserva todas las actividades de la RNEC bajo la cláusula de seguridad y defensa nacional. Tampoco es posible identificar las razones que justifican que las medidas de transparencia se garanticen únicamente respecto de la observación electoral de los procesos.

Sin embargo, al tomar elementos de la exposición de motivos para este análisis, tangencialmente se hace referencia a que al elevar las actividades referidas a seguridad y defensa nacional se busca proteger los datos sensibles que se administran para organizar las elecciones. Lo cierto es que la restricción establecida en el inciso primero de la norma no resulta necesaria pues dicho fin se puede lograr con una norma menos gravosa, como lo es la Ley 1712 de 2014 -sobre transparencia y acceso a la

información-, con la cual ya se salvaguarda información sensible y relevante para la logística electoral, como por ejemplo los datos personales de las ciudadanas y los ciudadanos, o la situación de discapacidad de las personas registradas en el censo electoral, a través de la cual se puede disponer de tarjetas en sistema braille, cubículos para personas con talla baja, entre otras medidas, sin que para ello sea necesario vulnerar el derecho al acceso a la información de todas las actividades de la RNEC.

De otro lado, a partir del supuesto de lo que se busca con la norma es la protección del material electoral y la infraestructura tecnológica dispuesta para las elecciones, tales objetivos se logran con las garantías que presta la Fuerza Pública bajo el mando de la Presidencia de la República y que para ello ya se cuenta con un amplio dispositivo de coordinación interinstitucional como lo es el Plan Democracia a cargo de la Policía Nacional, el Ejército Nacional y el Ministerio de Defensa Nacional, las Comisiones Nacionales para la Coordinación y Vigilancia de los Procesos electorales a cargo del Ministerio del Interior, los Puestos de Mando Unificado, y el Centro Integrado de Información e Inteligencia Electoral -CI3E-entre otros. Lo cual ya está previsto en los dos incisos siguientes de la mencionada norma.

Por último, las medidas analizadas **no son proporcionales**, toda vez que no se logra establecer una relación estricta de proporcionalidad entre las restricciones que se generan al derecho al acceso a la información de todas las actividades de la RNEC y la posible vulneración que puede existir en la defensa y la seguridad nacional. Tampoco se incluyen razones que justifiquen que las medidas de transparencia se garanticen únicamente respecto de la observación electoral de los procesos. Por el contrario, estas reservas resultan desproporcionadas en términos de transparencia y frente al ejercicio del derecho ciudadano de control político (CP, Art 40) el cual se materializa a través de la información que debe suministrar una entidad pública como lo es la RNEC, la cual podría abusar de una cláusula genérica que ni siquiera le obliga a dar a conocer cuál es el bien jurídico que pretende proteger en contraposición al derecho al acceso a la información.

Solicitud

- Declare la inconstitucionalidad del primer inciso del artículo 247 del Código Electoral bajo revisión, derivado de que la indeterminación de los efectos de la seguridad y defensa nacional que se predica en relación con “*Todas las actividades que en cumplimiento de su misión realice la Registraduría Nacional del Estado Civil con relación al registro civil, la identificación, los procesos electorales y mecanismos de participación ciudadana*” vulnera el derecho de acceso a la información y la transparencia en el ejercicio del servicio público.
- Declare la constitucionalidad condicionada del párrafo del mismo artículo 247, bajo el entendido que la interpretación que realice la Corte Constitucional debe garantizar en primer lugar que las condiciones de seguridad no deben usarse para limitar no solo

los ejercicios de observación electoral, sino cualquier expresión de control político y ciudadano, incluidas las organizaciones políticas, y en segundo lugar que las garantías para el acceso a la información y la transparencia no deben circunscribirse únicamente a las relacionadas con los procesos electorales, sino con cualquier actividad que desarrolle la RNEC.

VIII) LOS EFECTOS DE LA RESERVA LEGAL POR SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONAL EN LAS ACTIVIDADES DE LA RNEC Y LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Se solicita a la Corte Constitucional declarar la constitucionalidad condicionada de los artículos 247 y 248 del proyecto de Código Electoral, en el entendido que el principio de transparencia en el régimen de contratación de la Registraduría Nacional del Estado Civil se garantice a partir de las mismas.

“ARTÍCULO 247. Seguridad nacional y protección del proceso electoral. Todas las actividades que en cumplimiento de su misión realice la Registraduría Nacional del Estado Civil con relación al registro civil, la identificación, los procesos electorales y mecanismos de participación ciudadana son de seguridad y defensa nacional.

...

Parágrafo. Las condiciones de seguridad no pueden usarse en ningún momento para limitar la observación al proceso electoral de organizaciones nacionales o internacionales debidamente acreditadas, así como para permitir la transparencia del proceso.

ARTÍCULO 248. Régimen contractual. Las entidades estatales que conforman la Organización electoral se regirán en su integridad por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y sus normas complementarias o reglamentarias. Sus actuaciones estarán enmarcadas en el cumplimiento de los fines y postulados estatales, así como los principios de la función administrativa.”

Lo anterior, pues si bien el Consejo de Estado ha establecido que labores de esta entidad, específicamente aquellas relacionadas con la cedulación e identificación ciudadana, así como el acceso de las entidades estatales a sus sistemas de información, son consideradas como asunto de seguridad y defensa nacional, ello no se debe interpretar de forma tal que modifique su modelo de contratación respecto de “todas las actividades que en cumplimiento de su misión realice la Registraduría Nacional del Estado Civil” para adquirir bienes y servicios dirigidos al desarrollo de las mismas. Contrario a ello, se solicita a la Corte Constitucional que establezca la licitación pública como la regla general de contratación por parte de la RNEC, considerando

que a partir de la misma se pueden generar mecanismos, no solo de transparencia, sino incluso de de seguridad y defensa nacional.

En este sentido, por lo que hace a lo previsto en el artículo 248 referido, se precise que al indicar que la contratación relacionada con la Organización electoral se regirá por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, ello se interprete en el sentido de prever la licitación como regla general de contratación, sin encontrarse cobijada por las excepciones de contratación directa que violan las disposiciones constitucionales que buscan mayor transparencia en la gestión administrativa y por ende, en la gestión electoral.

Lo anterior se fundamenta en tres ideas que serán desarrolladas como se plantea a continuación: 1. La licitación pública, como la modalidad que garantiza la mayor transparencia en la contratación, 2. La seguridad nacional se refuerza con la licitación pública, pues de esta manera se promueve la competencia entre oferentes con mejores calidades y propuestas, y no un proceso contractual susceptible de verse viciado por intereses particulares y 3. Solicitud de constitucionalidad condicionada a la Corte Constitucional.

Argumentos

1. La licitación pública, como la modalidad que garantiza la mayor transparencia en la contratación

De modo que, la transparencia es un principio crucial en los asuntos electorales. En espacios donde se legitima la democracia y donde se requiere el despliegue de una logística tan amplia que llegue a todos los municipios del país, se requieren procesos de compra transparentes, que den cuenta de un análisis objetivo de propuestas, de un proceso de adjudicación prudente y racional, y de la publicación oportuna de convocatoria y liquidación.

El artículo 209 de la Constitución Política de Colombia establece que la función administrativa es parte esencial de la configuración procedimental del Estado. En este sentido, con el ánimo de satisfacer las necesidades generales de los ciudadanos, las entidades públicas deben dirigir su accionar bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. No obstante, otros principios se suman a este referente normativo, como ocurre con la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En esta ley se incluyen los principios de transparencia (art 24), economía (art 25) y responsabilidad (art 26) como principios rectores de las actuaciones contractuales de las entidades estatales.

Los mencionados principios son a su vez recogidos en la Ley 489 de 1998, la cual establece, en el artículo 3, los principios de la función administrativa. Así, el funcionamiento de las entidades públicas se desarrollará conforme a los principios constitucionales de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

Sin embargo, el más claro esfuerzo legislativo para que estos principios fueran aplicados en la contratación pública, con particular énfasis en lo referente a la transparencia, se presenta en la Ley 1150 de 2007, por medio de la cual “se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993”, cuyo propósito se dirige al logro de una contratación ágil y justa, así como una administración transparente, ordenada, objetiva y eficaz.

Este breve recorrido normativo da cuenta de la introducción de la transparencia como un principio constitucional que provee, no sólo la ruta de cumplimiento general en la contratación pública, sino también, el accionar de la función administrativa. Además, la transparencia resulta ser clave en el cumplimiento de los demás principios: igualdad, legalidad, publicidad, imparcialidad, eficiencia, entre otros, hecho que la eleva a un principio pilar de todo el sistema normativo.

De acuerdo con lo anterior, el principio de transparencia conduce a que en la contratación pública se respeten condiciones relacionadas con la selección objetiva e imparcial de contratistas, condiciones adecuadas para la participación de proponentes, publicidad de los procesos contractuales en cada una de sus etapas, reglas claras, términos preclusivos y moralidad administrativa, que en conjunto, deben orientar la actuación de la administración para el buen uso de los recursos públicos.

En este sentido, el Consejo de Estado en Sentencia CE SIII E 18118 de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio, interpreta el principio de transparencia de la siguiente manera:

“El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc.”

De esta forma, con el principio de transparencia implementado al ordenamiento jurídico, (i) se direccionan las actuaciones de la administración, (ii) se ejerce control sobre las entidades públicas disminuyendo el desvío de poder en las contrataciones e irregularidades que tienen cabida en ellas y, (iii) se avanza en el cumplimiento de su objeto: adelantar procesos contractuales transparentes que garanticen la igualdad de condiciones para las partes intervinientes del contrato.

Es así que, se destaca la licitación pública como el principal sistema de selección de contratistas, teniendo en cuenta que es la modalidad que garantiza la mayor transparencia en la contratación. La licitación asegura una mayor concurrencia de oferentes con capacidad de ejecutar el contrato, prevé la obligación de dar a conocer la contratación a través de medios electrónicos y los de publicación normal para asegurar la participación de oferentes, y otorga la posibilidad a los proponentes de conocer pronunciamientos de la administración en desarrollo de la licitación y expresar observaciones.

En Sentencia C-508/02, M.P. Alfredo Beltrán, la Corte Constitucional reiteró los beneficios de la licitación pública, modalidad que se constituye como la regla general de contratación:

“Así las cosas, en virtud del principio de transparencia, se consagró por el legislador con el fin de garantizar la imparcialidad, que la escogencia del contratista siempre se efectuará a través de la licitación o concurso público, que no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa correspondiente a la actividad que en materia contractual le compete al Estado, la cual se encuentra al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios ya mencionados en el párrafo precedente”.

Por el contrario, la Contratación Directa hace referencia a una excepción contractual donde las entidades compradoras del Estado celebran contratos sin necesidad de realizar convocatorias públicas. De manera que, a pesar de simplificar los procesos y plazos para la adquisición de bienes o servicios, no permite la competencia entre oferentes y, en muchos casos, da cabida a intereses particulares del funcionario, terceros o incluso la misma entidad estatal al momento de seleccionar contratistas y establecer los valores requeridos para dar cumplimiento al objeto contractual.

Además, el Decreto 1082 de 2015 (art 2.2.1.1.2.1.2.), establece que *“en los procesos de contratación adelantados bajo las modalidades de mínima cuantía y contratación directa, no es necesario la expedición y publicación del aviso de convocatoria en el SECOP”.* Sin embargo, las entidades estatales publican en el SECOP los detalles del proceso de contratación con el fin de que cualquier persona pueda consultar los contratos celebrados y liquidados por las entidades públicas, no con el ánimo de que puedan presentar ofertas, sino exclusivamente para efectos de publicidad.

Esto indica que, bajo estas modalidades excepcionales, en la etapa de planeación del contrato, la entidad estatal solo debe realizar los estudios previos que justifiquen la necesidad de realizar dicho proceso contractual y su representante legal tiene la facultad de escoger al contratista que cumpla con los requisitos establecidos en estos estudios previos. Dado que: (i) no hay aviso de convocatoria, el representante legal puede elegir al contratista que desee, (ii) no se construyen ni se publican pliegos de condiciones -como se hace en la licitación pública- para que los oferentes presenten sus observaciones, no hay espacio para que los proponentes aclaren dudas con relación a los requisitos, plazos, estimación de riesgos, medios para la ejecución del contrato, entre otros (iii) no se realiza audiencia de adjudicación del contrato, no se presenta un informe de evaluación que garantice la escogencia de la oferta más favorable. En otras palabras, la ciudadanía se entera del contrato cuando la entidad ya lo ha adjudicado y publicado (en SECOP a más tardar dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se celebra el contrato). No obstante, cabe resaltar que muchas entidades compradoras del Estado exceden el plazo establecido para la publicación de su contratación, lo que dificulta tener acceso a esta información.

De lo mencionado hasta el momento, se reitera el riesgo de una desviación o abuso de poder, desconociendo así los principios de transparencia, igualdad e imparcialidad en la celebración de contratos mediante Contratación Directa.

De acuerdo con lo anterior, al revisar la base de datos de SECOP I que contiene la contratación celebrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil -RNEC- y su Fondo Rotatorio desde el año 2011, se encontró que, de los 12.344 contratos suscritos, el 71%

corresponde a Contratación Directa y tan solo el 1% a Licitación Pública. Esto indica que, la contratación celebrada por la RNEC para el desarrollo de las elecciones en el país puede ser bastante susceptible a los riesgos que produce la contratación directa.

2. La seguridad nacional se refuerza con la licitación pública

El artículo 247 del proyecto de Código Electoral Colombiano bajo examen de la Corte, establece de manera clara y expresa que *“Todas las actividades que en cumplimiento de su misión realice la Registraduría Nacional del Estado Civil con relación al registro civil, la identificación, los procesos electorales y mecanismos de participación ciudadana son de seguridad y defensa nacional.”* Esta disposición incluye una serie de actividades de la RNEC sin justificación alguna, como asunto de seguridad y defensa nacional, lo cual trae unos efectos en materia de contratación por disposiciones administrativas y jurisprudenciales que deben ser contempladas, para delimitar su impacto y que no se afecte la transparencia del accionar de la Registraduría.

Frente a este punto el Concepto No. 938 de enero 30 de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el Consejero ponente Javier Henao Hidrón expresó:

“Los conceptos de seguridad y defensa nacional. El ramo de seguridad, perteneciente a la administración pública, comprende las actividades que velan por la seguridad de los habitantes del territorio del Estado. Su finalidad es detectar las amenazas que puedan perturbar el orden público, afectar intereses nacionales o desestabilizar las instituciones políticas vigentes. Por tanto, tiene un carácter eminentemente preventivo. A su servicio se encuentran la Policía Nacional y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. (...) La defensa nacional, está constituida por el conjunto de acciones que realiza el Estado para defender su territorio y sus legítimas instituciones. Implica una labor esencialmente de protección. La Carta Política preceptúa que la Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (art. 217, inciso primero).

De manera que, aunque disímiles, los conceptos de seguridad y de defensa nacional se complementan para el cumplimiento de fines esenciales del Estado, como que ambos conforman sectores de la administración pública íntimamente relacionados. Al sector seguridad corresponde “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”, mientras que al sector defensa compete “defender la independencia nacional y mantener la integridad territorial”, para utilizar expresiones que pertenecen a la terminología empleada por el artículo 2º de la Constitución. Por lo demás, la primera noción implica un campo de acción de naturaleza preventivo, encomendado a instituciones y cuerpos de naturaleza civil; la segunda requiere de medidas de protección e inclusive acciones de carácter bélico, para lo cual se han organizado instituciones y cuerpos de naturaleza militar”.

Asimismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de la Consejera ponente Ruth Stella Correa, se pronunció el 27 de marzo de 2008 sobre los conceptos de “defensa y seguridad nacional”, de cara a la previsión contenida en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993:

*“(…) una **visión sistémica de la seguridad y defensa nacionales** impone la articulación dinámica de diversos elementos (no sólo bélicos) con el entorno de violencia que agobia a la sociedad colombiana desde hace mucho tiempo. Asegurar la convivencia pacífica, base y razón de ser de la defensa y seguridad nacional, supone para el Estado la adopción de medidas que no siempre comportan la acción militar directa. En otros términos, la acción estatal en punto de seguridad no tiene que forzosa e ineludiblemente recaer en el empleo de las armas, ni en la estrategia militar o en el despliegue de fuerzas combatientes, sino que también puede haber otros medios eficaces para garantizar la defensa y seguridad nacionales. La **prerrogativa legítima del ejercicio de la coacción** exige la utilización de varios instrumentos, que no se reducen necesariamente al uso de las armas. La seguridad no sólo se defiende sino que se robustece si, por ejemplo, se materializa efectivamente una política de sometimiento de grupos que pretenden hacer de la seguridad un fin ilegítimo de su accionar delincencial. En conclusión se impone: la seguridad no es sólo una cuestión de medios bélicos, sino que ante todo es un asunto político, de ahí su lugar privilegiado en el texto político fundamental: la Constitución”.*

De este marco conceptual se infiere entonces que la seguridad y defensa nacional están encaminadas a preservar la convivencia pacífica en el territorio, prevenir la perturbación del orden público y proteger las instituciones. No obstante, para estos fines no solo se considera la adopción de medidas bélicas, relacionadas directamente con la acción militar, sino el diseño de estrategias mediante vías alternativas para enfrentar las amenazas contra la institucionalidad.

De acuerdo con esto, las autoridades u organismos del Estado encargadas de la defensa y seguridad nacional son: el Presidente de la República, las Fuerzas Militares (ejército, armada y fuerza aérea), la Policía Nacional, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y los organismos que, como la Fiscalía General de la Nación, cumplen funciones de policía judicial, y otras entidades u órganos estatales que puedan tener asignadas funciones de conservación y manejo del orden público.

Bajo estos supuestos, el Decreto 855 de 1994 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de contratación directa, establece, en su artículo 4, los bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional: Disposición respaldada por el Consejo de Estado en Sentencia CE SIII E 26776, C.P. Hernán Andrade,

“18. <Numeral adicionado por el Decreto 1275 de 1995, artículo 1o. El nuevo texto es el siguiente:> Los bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral - Registraduría Nacional del Estado Civil para la realización del proceso de modernización de la cedulación, identificación ciudadana y aquellos que requieran las entidades del Estado para acceder a los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

No obstante, en el mencionado Concepto No. 938 de enero 30 de 1997, el consejero ponente expone, con relación a la disposición normativa de la contratación directa de bienes y servicios requeridos por la Registraduría Nacional del Estado Civil para la modernización de la cedulación y la identificación ciudadana, así como aquellos que requieran las entidades estatales para acceder a los sistemas de información de la Registraduría:

“En estos últimos eventos, la regla general no puede ser la contratación directa sino la licitación pública;”.

Esto implica que pese a que se ha establecido la excepción contractual, en la medida en que podría utilizarse contratación directa para los procesos de cedulaación e identificación ciudadana (funciones de registro civil e identificación), no la establece como requisito, sino que por lo contrario impone como regla general la licitación pública. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que tanto la norma, como el fallo del Consejo de Estado hace referencia única y expresamente sobre los dos asuntos descritos previamente, sin hacer mención a los procesos electorales ni a mecanismos de participación ciudadana (funciones electorales); se trata entonces de ejercicios distintos.

En este sentido, la contratación dirigida a la compra de bienes y servicios para el desarrollo de las elecciones, que consiste -a modo de ejemplo-, de acuerdo con la información publicada en SECOP, en el arrendamiento de inmuebles, adquisición de soluciones informáticas integrales para el procesamiento de datos electorales y realización de jornadas de capacitación, no constituyen medidas enfocadas a preservar el orden público y la institucionalidad y, por ende, no requieren excepciones en materia contractual por considerarse asunto de seguridad y defensa nacional.

Se reitera la diferencia en las funciones de registro civil e identificación y las funciones electorales, donde las primeras abarcan el manejo de información personal de todos los ciudadanos colombianos -información sujeta a reserva- y las segundas, cuentan ya con la intervención de las fuerzas militares y de policía para la protección del material electoral. Por lo tanto, la contratación relacionada con la logística de las elecciones debería regirse por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, con la licitación como regla general de contratación, sin encontrarse cobijada por las excepciones de contratación directa que violan las disposiciones constitucionales que buscan mayor transparencia en la gestión administrativa y por ende, en la gestión electoral.

Esto garantizará el cumplimiento del principio de transparencia en la gestión contractual de la Organización Electoral al permitir la competencia entre oferentes y al publicar en cada una de sus etapas la información relacionada con la convocatoria, pliego de condiciones y adjudicación del contrato. Con la garantía adicional del principio de publicidad será posible que la ciudadanía tenga acceso a la información relacionada con la contratación de la Registraduría, de manera que se faciliten ejercicios de veeduría y control social para disminuir así los riesgos de corrupción en la adjudicación de contratos públicos.

Solicitud

Se solicita a la Corte Constitucional declarar la constitucionalidad condicionada de los artículos 247 y 248 del proyecto de Código Electoral, en el entendido de que no se puede afectar el principio de transparencia en el régimen de contratación de la Registraduría Nacional del Estado Civil. La defensa y seguridad nacional, enfocada a la protección del territorio y sus

legítimas instituciones, debe garantizarse con la adecuada selección de oferentes y con un proceso de adjudicación transparente, no con mecanismos directos que incurran en el riesgo de desviación o abuso de poder.

Al respecto, por lo que hace a lo previsto en el artículo 248 referido, se precise que al indicar que la contratación relacionada con la Organización electoral se regirá por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, ello se interprete en el sentido de prever la licitación como regla general de contratación, sin encontrarse cobijada por las excepciones de contratación directa.

IX) LA SANCIÓN INTEMPORAL A LA OBSERVACIÓN ELECTORAL ES VIOLATORIA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Se solicita a la Corte Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada de la expresión del inciso primero del artículo 152 del proyecto de Código Electoral, bajo el entendido que resulta inconstitucional el establecimiento de una sanción sin límites temporales y que no brinda certeza respecto de sus alcances, con motivo de la no presentación del informe de observación electoral. Si bien se comparte que dicha conducta amerita una sanción, esta debe ser clara, estableciendo una interpretación que precise que la misma se refiere únicamente al siguiente proceso electoral, pues de lo contrario se incorpora una sanción que contraviene el derecho al debido proceso.

ARTÍCULO 152. Informe de observación electoral. Las organizaciones acreditadas de observación electoral deberán, dentro de los veinte (20) días siguientes al día de la correspondiente votación, presentar, ante el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, el informe final de sus actividades, conclusiones y recomendaciones. En caso de no presentar el respectivo informe, no serán acreditados para los siguientes procesos electorales.

La Registraduría Nacional del Estado Civil podrá invitar misiones de observación electoral para ser acreditadas ante el Consejo Nacional Electoral.

Las misiones de observación electoral internacional se llevarán a cabo conforme a los tratados vigentes y ratificados por Colombia respetando la soberanía del país y en condiciones de reciprocidad. Podrán ser invitados Estados, organizaciones internacionales, universidades y organismos multilaterales, que hagan parte de las relaciones bilaterales diplomáticas y vigentes con Colombia.

El inciso sobre el cual se reprocha la inconstitucionalidad establece que las organizaciones de observación electoral en “caso de no presentar el respectivo informe no serán acreditadas

para los siguientes procesos electorales”. Esta disposición es contraria al derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) que está presente en las sanciones de carácter administrativo, como es el caso de aquellas que puede imponer el Consejo Nacional Electoral, toda vez que al referirse que la sanción es no ser acreditada para “los siguientes procesos electorales”, no establece un límite, y de esta manera la falta de precisión e intemporalidad de dicha disposición resulta desproporcionada en relación con el ejercicio de control político ciudadano (CP Art. 40) que se realiza a través del ejercicio de la observación electoral.

En materia disciplinaria la Corte Constitucional ha señalado que el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria exige que no se imponga un sacrificio no justificado, por lo cual es necesario que el legislador “sopese los fines que persigue la sanción, la lesividad de las conductas que se sancionan y los sacrificios que conllevará la sanción en términos de derechos y principios constitucionales de los sancionados y terceros que puedan resultar afectados”^[1].

Para el caso en estudio, la presentación del informe final de las actividades, conclusiones y recomendaciones que presentan las organizaciones de observación electoral tienen como propósito fortalecer la calidad de la democracia en su dimensión electoral, por ello es de vital importancia que en atención a sus funciones estas organizaciones presenten un informe final sobre la transparencia o/e irregularidades identificadas durante cada una de las etapas del ciclo electoral.

Sin embargo el desconocimiento de esta obligación no puede suponer una carga desproporcionada que limite indeterminadamente el ejercicio de control ciudadano, sobre todo cuando en materia sancionatoria la intemporalidad es restrictiva y en el ordenamiento jurídico colombiano se ha reconocido especialmente para las inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas con lo cual se garantizan los principios de la función administrativa y la moralidad e idoneidad de quienes ejercen la función pública, de tal manera que estas no pueden ser asimiladas con el ejercicio de observación electoral.

Solicitud

Le solicitamos a la Corte Constitucional que declare la constitucionalidad condicionada, de la expresión del inciso primero del artículo 152 del proyecto de Código Electoral, bajo el entendido que la sanción por no presentación del informe, se refiere únicamente al siguiente proceso electoral, pues de lo contrario se incorpora una sanción que contraviene el derecho al debido proceso.

X) CERTIFICADO ELECTORAL EN ELECCIONES ATÍPICAS Y EN MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

Se solicita declarar la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 12 del proyecto de Código Electoral, toda vez que al mantener la prohibición del otorgamiento del certificado electoral en los mecanismos de participación ciudadana y en elecciones atípicas, se incumple con la obligación que tiene el Estado de adoptar medidas para garantizar y/o asegurar la el goce efectivo de los derechos políticos.

ARTÍCULO 12. *Definición de certificado electoral. El certificado electoral es un documento público, expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil; el cual constituye plena prueba del derecho ciudadano de haber votado en una elección popular de cargos uninominales, en corporaciones públicas y en elecciones juveniles. Con base en este documento se reconocerán los beneficios y estímulos previstos en el anterior artículo; y expirará con la realización de nuevas elecciones ordinarias.*

No se otorgará certificado electoral en mecanismos de participación ciudadana que tengan umbral de participación, ni en elecciones atípicas.

Parágrafo 1. *La constancia expedida por autoridad electoral competente tiene el mismo valor legal que el certificado electoral para efectos de los estímulos que interesan al elector.*

Parágrafo 2. *El certificado electoral sustitutivo se expide por solicitud del ciudadano que acredita ante el respectivo funcionario de la Registraduría Nacional del Estado Civil o del cónsul del lugar donde está inscrita la cédula de ciudadanía, la imposibilidad de ejercer el derecho al voto por fuerza mayor o caso fortuito en los comicios correspondientes. Esta solicitud deberá efectuarse dentro de los quince (15) días siguientes a la elección.*

Parágrafo 3. *La Registraduría Nacional del Estado Civil establecerá las características del certificado electoral, sin perjuicio de que este pueda ser digital. En caso de que el certificado sea digital deberá contener los protocolos de seguridad necesarios que acrediten que quien solicita el certificado electoral sea el sufragante.*

Con el fin de argumentar la inconstitucionalidad del inciso, en el presente apartado se revisarán: 1. Algunos planteamientos señalados por la Corte Constitucional en relación con los efectos positivos que tiene para la democracia la inclusión de incentivos electorales para promover la participación ciudadana, lo cual es acorde a los instrumentos internacionales suscritos por el Estado colombiano; 2. Los motivos para otorgar el certificado electoral en los mecanismos de participación ciudadana, sin que con ello se desconozca el efecto útil de la abstención en tantas oportunidades protegido por la Corte Constitucional; 3. Las razones por las que resulta incongruente la determinación de otorgar dichos certificados en elecciones ordinarias, pero no en las elecciones atípicas; y 4. La solicitud de declarar la inconstitucionalidad del inciso aludido en los términos expuestos.

Argumentos

1. Efectos positivos de la inclusión de incentivos electorales para promover la participación ciudadana

En la legislación colombiana se encuentra estipulado que el voto es un derecho y un deber ciudadano y que la participación mediante el voto en la vida política, cívica y comunitaria se considera una actitud positiva de apoyo a las instituciones democráticas y **será reconocida, facilitada y estimulada por las autoridades [1]**.

En este sentido, el establecimiento de estímulos para los sufragantes, no solamente es una contribución a la formación de buenos ciudadanos, sino, como lo ha manifestado la Corte en repetidas ocasiones[2], la creación de beneficios electorales tiene pleno sustento en los fines del Estado para incentivar a quien en un contexto de endémica abstención generalizada, contribuye con su participación electoral a construir democracia.

De tal manera, que en un Estado como el colombiano que cada día busca fortalecer la calidad de la democracia y dotar de legitimidad las instituciones a través de procesos electorales amplios, resulta necesario que se adopten medidas para incentivar y promover la participación, lo cual es acorde a sus fines esenciales (CP Art. 2). En ese sentido, frente a los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, el Consejo de Estado se pronunció en Sentencia 00031 de 2019 a través de la Consejera Ponente Rocío Araújo, y señaló que:

“(…) es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado (...)

Ahora bien, el certificado electoral que se le entrega a los votantes para garantizar el disfrute de una serie de beneficios estipulados en la Ley 403 de 1997 y Ley 815 de 2003. De esta forma, es uno de los mecanismos que se han contemplado en la legislación para materializar la promoción de la participación política, y para favorecer el ejercicio efectivo del derecho al voto contemplado en la Constitución.

Sin embargo, la legislación únicamente ha hecho extensivo este beneficio a los procesos electorales ordinarios, dejando a un lado las elecciones atípicas y las votaciones en los mecanismos de participación ciudadana. En este último escenario, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la prohibición de estímulos en los mecanismos de participación ciudadana obedece a garantizar la abstención como forma legítima de participación (Sentencia C- 514/04, M.P. Alvaro Tafur). En palabras de la Corte:

“la Corporación estableció que si bien en materia de elecciones el estímulo a los sufragantes resulta legítimo[7], en el caso de los demás mecanismos de participación política dicho estímulo contraviene la Constitución, por cuanto en relación con ellos la abstención, además de tener

eficacia jurídica, es una estrategia legítima de oposición, y en este sentido establecer estímulos para las personas que mediante el voto participan en estos eventos democráticos no electorales significa desconocer los derechos reconocidos en la Constitución para quienes deciden abstenerse”

2. Certificado electoral en mecanismos de participación ciudadana

La Misión de Observación Electoral no desconoce los efectos que la abstención tiene sobre los mecanismos de participación, y tampoco niega la protección que la Corte Constitucional le ha dado a través de su jurisprudencia. Sin embargo, a partir de los desarrollos recientes en la interpretación convencional del alcance de los derechos de las personas, que cada vez más tienden a brindar una protección expansiva a la obligación del Estado de avanzar progresivamente en la generación de las condiciones para su ejercicio amplio, en esta oportunidad invitamos de manera respetuosa a las Magistradas y Magistrados a que tengan en cuenta los siguientes argumentos que pueden significar un cambio no sobre el efecto útil de la abstención, opción que debe ser respetada en una democracia, sino de la contribución al fortalecimiento de la participación ciudadana a través de la inclusión del certificado electoral en los mecanismos de participación:

- A partir de la Constitución de 1991 el Estado colombiano pasó de ser una democracia meramente representativa a ser una democracia representativa y participativa. En atención a este último modelo, se contemplaron los mecanismos de participación ciudadana, a través del cual los ciudadanos pueden ejercer el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.
- Si bien una regla generalmente aplicable a los mecanismos de participación ciudadana radica en la necesidad de contar con un umbral mínimo de participación para que sus resultados sean vinculantes para el Estado, ello no tiene como propósito convertirse en un obstáculo para el ejercicio efectivo de la democracia participativa, sino que se trata de un elemento que busca evitar que una minoría adopte una decisión de trascendencia, en detrimento de una mayoría que pudo no haber participado (ya sea por tratarse de una estrategia legítima de oposición, o por cualquier otra causa, que puede ser igualmente válida).
- En este sentido, al tratarse de un derecho (a formar parte, de forma directa, de una decisión de interés público), es deber del Estado generar todas las condiciones para garantizar su ejercicio efectivo, respetando de igual forma el derecho (también indiscutible) que le asiste a la ciudadanía de optar por no participar en determinado mecanismo de participación.
- En algunos mecanismos de participación las decisiones se adoptan a través del voto. En Colombia el voto es un derecho y un deber, por lo tanto se privilegia la libertad del ciudadano para acudir a las urnas. La inclusión de estímulos para promover la participación “no coaccionan al sufragante sino que apelan a su conciencia cívica para

que participe de un objetivo que el Estado considera plausible: consolidar la democracia, fin que, se reitera, es legítimo desde el punto de vista constitucional.” (Sentencia C-337/97, M.P. Carlos Gaviria).

- En este sentido, el certificado electoral no es una coacción y mucho menos el no acceder a él se puede comprender como un castigo por no acudir a las urnas, sino que por el contrario, es un beneficio al que se puede acceder libremente, sin que la decisión de no participar (y por tanto de no acceder a dicho beneficio) acarree algún perjuicio.
- El certificado electoral tiene como propósito promover la participación, más no coaccionar la libertad del elector, por lo tanto al aplicar estímulos como el certificado electoral en los mecanismos de participación no se desconoce el efecto útil de la abstención, como tampoco el carácter político que puede estar asociado a la misma.
- Sin embargo, el efecto útil de la abstención como una legítima estrategia de oposición se mantiene con o sin certificado electoral, pues no sería el estímulo electoral el que altere la libertad y espontaneidad del ciudadano y ciudadana para que se decida votar o en su lugar a mantener la abstención.
- Al decidir no votar no tendría un castigo, pues el no recibir un certificado electoral en sí mismo no lo es.
- Es deber del Estado adoptar todas las medidas necesarias para promover mecanismos legítimos para garantizar la materialización de los derechos, en este caso los derechos políticos. Por ello, ante elevadas cifras de abstencionismo (cuya lectura no siempre coincide con ser una opción política, sino en algunos casos está relacionada apatía o desinterés a participar de los asuntos públicos), es necesario que el Estado emplee herramientas para lograr los fines constitucionales y legitimar la democracia.
- Al establecer estímulos, no solo se promueve el ejercicio de los derechos políticos, sino que además se obliga al Estado a que remueva todo tipo de barreras administrativas y socio-culturales que contribuyen al abstencionismo.

A partir de los elementos expuestos, solicitamos a esa Corte Constitucional que realice un nuevo análisis respecto de la pertinencia constitucional de adoptar medidas específicas para favorecer el ejercicio efectivo del derecho a la participación, tutelando de igual forma el derecho a la oposición legítima que pueden ejercer las ciudadanas y los ciudadanos en los distintos mecanismos de democracia participativa.

3. Certificado electoral en elecciones atípicas

Si bien, las elecciones atípicas se llevan a cabo en periodos extraordinarios, por diferentes motivos, estas elecciones siguen respondiendo al propósito que tienen las elecciones regulares; es una convocatoria al pueblo para que acudan a las urnas, donde se ejerce una función electoral encaminada a designar a sus representantes de manera, libre, pacífica y abierta.

Al excluir las elecciones atípicas para el otorgamiento del certificado electoral, se deja un vacío constitucional, ya que las consecuencias de estas elecciones extraordinarias estarían

reposando en el electorado, cuando, por el contrario, las razones son externas a ellos. La ciudadanía únicamente tiene el deber y el derecho de participar de estos comicios. Como se puede observar en la siguiente tabla, cuando se han realizado elecciones atípicas, estas han sido ya sea por nulidad electoral o sanción disciplinaria, sin que estos sean los únicos motivos. Todas estas causas le son ajenas a los y las ciudadanas, por tal razón no existe una justificación válida para que el legislador establezca un trato diferenciado entre una elección ordinaria y una atípica en cuanto al otorgamiento del certificado electoral se refiere.

Tabla No. 2. Elecciones atípicas celebradas en el país

Departamento/Municipio	Tipo elección	Fecha	causal
Caldas / Palestina	Alcalde	10/16/2016	Nulidad Electoral
Chocó / Unguía	Alcalde	10/09/2016	Destitución del cargo
Córdoba / San Andrés Sotavento	Alcalde	11/20/2016	Nulidad Electoral
La Guajira	Gobernador	11/06/2016	Nulidad Electoral
Magdalena / Plato	Alcalde	12/18/2016	Nulidad Electoral
Meta / Mesetas	Alcalde	10/16/2016	Nulidad electoral
Timbiquí / Cauca	Alcalde	12/18/2016	Nulidad Electoral
Atlántico / Galapa	Alcalde	03/05/2017	Nulidad Electoral
Córdoba / Cereté	Alcalde	02/05/2017	Nulidad Electoral
Fresno / Tolima	Alcalde	01/08/2017	Nulidad Electoral
Magdalena / Sábanas de San Ángel	Concejo	01/08/2017	Nulidad Electoral
Magdalena / Sábanas de San Ángel	Alcalde	01/08/2017	Nulidad Electoral
Nariño / Tumaco	Alcalde	04/23/2017	Nulidad Electoral

Fuente: Misión de Observación Electoral

De otro lado, no se debe desconocer que las elecciones atípicas tienen un costo para la confianza en el proceso democrático y la gobernabilidad, lo cual impacta en la votación, situación que se traduce en altos índices de abstención. Por ejemplo, entre la elección ordinaria de 2015 (autoridades locales) y las atípicas por delitos o inhabilidades de candidatos realizadas con posterioridad, la participación en promedio en las elecciones atípicas fue del 15%, frente a un promedio cercano al 50% de participación en elecciones ordinarias (Sarmiento, 2019).

Ante este panorama, es necesario que se incorporen mecanismos como los incentivos electorales establecidos en la legislación, los cuales podrían impactar positivamente en la promoción de la participación y por ende en la reducción de la abstención.

Finalmente, en un sistema democrático el Estado tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos, que en este caso es el derecho al voto como expresión de los derechos políticos. En este sentido, no es comprensible como el mismo Estado adecua instrumentos para lograr estos fines a través del certificado electoral que se otorga en las elecciones ordinarias y omite su deber en unas elecciones atípicas, situación que no tiene una

justificación o sustento constitucional, y que por el contrario debilita la participación política, que constituye la base de la democracia.

Solicitud

Por lo anterior, se solicita a la Corte declarar inconstitucional el inciso segundo del artículo 12 del proyecto de Código Electoral “**No se otorgará certificado electoral en mecanismos de participación ciudadana que tengan umbral de participación, ni en elecciones atípicas.**” y en este sentido, establecer que el certificado electoral se otorgará tanto en las elecciones ordinarias, como en los mecanismos de participación ciudadana y en las elecciones atípicas.

XI) OBSTÁCULOS PARA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE DATOS ELECTORALES

Declarar la inconstitucionalidad del apartado “*pagados por los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que deseen contar con este servicio.*” del artículo 179 del proyecto de Código Electoral.” ya que se establecen obstáculos injustificados frente al derecho de acceso a la información afectando el principio de transparencia.

“ARTÍCULO 179. Gestión de los documentos electorales. El acta de instalación y registro general de votantes; la autorización de voto a ciudadanos que no hacen parte de la mesa; el acta de escrutinio de mesa; la constancia de entrega y el recibo de documentos electorales; el formulario de resultados mesa a mesa de cada nivel de escrutinios; el acta parcial y general de escrutinio de cada etapa de escrutinios; el acta general de escrutinio y log del software de escrutinios deberán digitalizarse, publicarse en versión digital y estar disponibles para su búsqueda y consulta en formato de datos abiertos en la página web y/o aplicación que disponga la Registraduría Nacional del Estado Civil de manera oportuna.

Esta página web y/o aplicación no podrá tener ningún tipo de restricción para accesos masivos o para consultas y descargas por medios tecnológicos, salvo aquellas necesarias para la seguridad y disponibilidad de conectividad; y, además, garantizará el acceso de datos electorales a través de canales dedicados, pagados por los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que deseen contar con este servicio.

Todas las personas que tengan contacto con los documentos electorales prestarán la debida diligencia para garantizar la integridad de los mismos, la transparencia en su tratamiento y su cadena de custodia.”

De acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo, no se precisa cuál es la información que la Registraduría dispondrá en la herramienta web para consulta de las agrupaciones políticas.

Por otro lado, se genera un obstáculo de carácter económico para acceder a datos electorales sobre los cuales debe primar el derecho de acceso a la información y la prevalencia del principio de transparencia en las actuaciones de las entidades públicas, en este caso de la RNEC.

De esta manera, se plantea la fundamentación de la mencionada inconstitucionalidad en tres puntos dispuestos así: 1. Garantías de acceso a la información por parte de la RNEC, 2. Restricciones económicas para el acceso a la información y 3 La solicitud de inconstitucionalidad del apartado en cuestión.

Argumentos

1. Garantías de acceso a la información por parte de la RNEC

La Registraduría Nacional del Estado Civil hace parte de la organización electoral y es la entidad que tiene a su cargo las funciones logísticas de disposición del certamen electoral, así como la gestión alrededor del material y la información electoral. En este sentido es la responsable del manejo de la información correspondiente a los resultados electorales pues se encarga de su recolección, digitalización, consolidación y publicidad.

La información electoral oficial colombiana se concentra en particular en la Registraduría Nacional del Estado Civil, la cual tiene como principal misión, de acuerdo con el Decreto 1010 de 2000: “*garantizar la organización y transparencia de los procesos electorales, la oportunidad y confiabilidad de los escrutinios y resultados (...)*”, para lo cual, entre sus funciones están: “*(...) 11. Dirigir y organizar el proceso electoral y demás mecanismos de participación ciudadana y elaborar los respectivos calendarios electorales. 12. Llevar el Censo Nacional Electoral. 13. Asesorar y prestar el apoyo pertinente en los procesos de elecciones de diversa índole en que las disposiciones legales así lo determinen. 14. Llevar las estadísticas de naturaleza electoral relacionadas con los resultados obtenidos en los debates electorales y procesos de participación ciudadana.*”

Así mismo cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el literal (a) del artículo 5 de la Ley 1712 de 2014, que determina el ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia, se incluye en los sujetos obligados a la Registraduría Nacional del Estado Civil así:

“Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital”.

A este respecto, la Corte se pronunció mediante Sentencia C-274/13 (M.P. María Victoria Calle) sobre la Ley de Transparencia:

“Es titular del derecho a acceder a la información pública toda persona, sin exigir ninguna cualificación o interés particular para que se entienda que tiene derecho a solicitar y a recibir dicha información de conformidad con las reglas que establece la Constitución y el proyecto de ley. Esta disposición se ajusta a los parámetros constitucionales del derecho de petición, de información y del libre acceso a los documentos públicos, a los principios de la función pública, que consagran los artículos 20, 23, 74 y 209 de la Carta.

El artículo 7, denominado “Disponibilidad de la información”, desarrolla la forma como las personas obligadas por la ley deben poner a disposición del público la información objeto de la ley estatutaria, de tal manera que se garantice un amplio acceso a la misma. Ordena hacerlo a través de medios físicos, remotos o locales de comunicación electrónica, y de manera concreta, introduce la obligación de subir la información a la web con el fin de que las personas interesadas puedan acceder a ella de manera directa. (...) El artículo encuentra sustento constitucional en los artículos 74 y 209 de la Carta, al cumplir una función instrumental para

la difusión de la información pública que se ajusta a los parámetros constitucionales del derecho de petición y del libre acceso a los documentos públicos, en su correlación con los principios de la función pública. A través de esta disposición se asegura la participación informada de la ciudadanía, la veeduría permanente de las actuaciones de las autoridades, el ejercicio de los derechos políticos y el fortalecimiento del papel del ciudadano en su control del poder público”.

En este sentido, la misma Ley 1712 de 2014 define los principios de transparencia y gratuidad de la siguiente manera:

“Principio de transparencia. Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley.

Principio de gratuidad. Según este principio el acceso a la información pública es gratuito y no se podrá cobrar valores adicionales al costo de reproducción de la información”.

Asimismo, se consideran los principios de transparencia activa y pasiva. El primero se entiende como la publicación y puesta a disposición de información pública en los canales de divulgación establecidos, de manera proactiva sin que medie solicitud alguna. El segundo como la respuesta de toda persona a las solicitudes de información, en términos de calidad, oportunidad y disponibilidad (Función Pública, s.f.)

Por consiguiente, el artículo 179 del Código Electoral establece una clara violación a los principios constitucionales de transparencia activa, transparencia pasiva y gratuidad en la medida en que se generan cobros adicionales a las organizaciones políticas por los documentos electorales. Lo que se manifiesta por una carga desproporcionada para acceder a información que administra y produce la RNEC, entidad en calidad de sujeto obligado, incluida en las disposiciones de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Es un deber de la RNEC, por un lado de disponer de las plataformas necesarias para la publicidad de la información dando cumplimiento a la transparencia activa y por otro lado debe generar los mecanismos a través de los cuales se garantice que frente a cualquier solicitud de una organización política, candidatura o ciudadanía en general, esta pueda ser entregada sin costo alguno. De ahí que esta disposición contradiga los mandatos constitucionales y legales de acceso a la información.

2. Restricciones económicas para el acceso a la información

Teniendo en cuenta su función misional, y que todos los partidos, grupos y movimientos políticos, cuentan con el principio de igualdad de oportunidades, se hace violatorio al derecho

de acceder a información mediante el establecimiento de un cobro. Se considera que el pago por los datos electorales entra en disputa con la capacidad económica que poseen las organizaciones políticas, en tanto actores intervinientes del proceso electoral, interesados en acceder a dicha información.

La interpretación del segundo inciso del Artículo 179, deja a arbitrariedad de las personas encargadas, el cobro de esta herramienta web que proporciona información de datos electorales a los partidos, movimientos y grupos políticos. No es claro qué datos específicos se van a cobrar, bajo qué criterios se definirán los precios, y especialmente con qué argumentos los actores del procesos electoral tendrán que pagar por servicios que históricamente han sido gratuitos, y que se encuentran estipulados en la Constitución.

La divulgación de información actualizada y sin sesgos, contribuye al fortalecimiento de la democracia y al principio de transparencia en los procesos electorales. Por ningún motivo la organización electoral colombiana debe establecer cobros a las agrupaciones políticas por el acceso a información que tradicionalmente les ha sido indispensable y de acceso gratuito.

Solicitud

Declarar la inconstitucionalidad del apartado “*pagados por los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que deseen contar con este servicio.*” del artículo 179 del proyecto de Código Electoral.” ya que se establecen obstáculos injustificados frente al derecho de acceso a la información afectando el principio de transparencia.

Respetuosamente,



Alejandra Barrios Cabrera

Directora Ejecutiva
C.C. No. 31.986.390

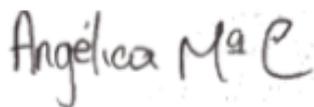


Camilo Mancera Morales

Coordinador de Justicia Electoral e Incidencia Política
C.C. No. 80.136.164

Luisa Salazar Escalante

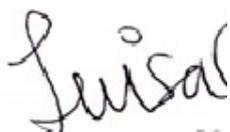
Oficial de Género



Angélica Contreras Martínez

Investigadora Observatorio de Justicia Electoral e Incidencia Política

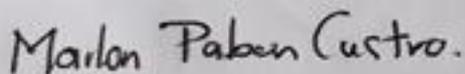
C.C. No. I.144.095.099



Luisa Cajamarca Ospina

Investigadora Observatorio de Justicia Electoral e Incidencia Política

C.C. No. I.098.668.214



Marlon Pabón Castro

Subcoordinador observatorio de Justicia Electoral

C.C. No. I.082.899.861



Alejandra Pamela San Martín Ríos y Valles

Consultora internacional

G38440426