

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer procesos electorales contra los actos de elección, nombramiento y llamamiento / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procede recurso de apelación en procesos de segunda instancia

De conformidad con los artículos 277 y 293 numeral 4 del CPACA, es a esta Sala a quien le corresponde resolver sobre el recurso de apelación contra la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por tratarse de auto apelable dentro de asunto de nulidad electoral dictado por el juez colegiado a quo, en armonía con el artículo 150 del CPACA y el Reglamento del Consejo de Estado que asigna a la Sección Quinta la competencia para conocer de asuntos electorales. (...) En los términos del inciso final del artículo 277 del CPACA, norma de carácter especial para aquellos trámites que se adelantan bajo el procedimiento del medio de control de nulidad electoral, procede en caso de haberse pedido la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y atendiendo la instancia en que se profiera, el recurso de apelación, cuando es de doble instancia y, el de reposición, en tratándose de única instancia. (...) Por contera, ante la regulación especial del medio de control de nulidad electoral y en atención al Reglamento del Consejo de Estado que atribuye a la Sección Quinta el conocimiento de los procesos electorales contra los actos de elección, nombramiento y llamamiento, la Sala es competente para conocer de la apelación de las decisiones de los Tribunales Administrativos. (...) La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez queden en firme, como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados implica que éstos puedan solicitar, ante el juez, la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad. (...) El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y, en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o transitoriamente la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “suspensión provisional”.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 293

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Improcedente / CENSO ELECCIONES ATÍPICAS DE ALCALDE

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento. (...) Así las cosas, la regla sobre el censo a utilizar, en el caso de convocar elecciones atípicas de alcalde por vacancia absoluta de su titular es, en principio la contenida en el

último párrafo del artículo 8º de la Ley 49 de 1987 transcrita, es decir, el mismo censo electoral que se utilizó para la elección del Alcalde que se reemplaza, disposición que al integrarla con lo señalado en el artículo 2º del Decreto 1001 de 1988 se traduce en que el censo a aplicar es el censo utilizado en la elección anterior de Alcalde, sin que haya lugar inscripción de cédulas de ciudadanía. (...) La Sala observa que en la afirmación del funcionario ni siquiera hay claridad respecto a qué elecciones se refiere el Registrador, como lo advirtió igualmente el Tribunal, y el dicho del apelante es una mera suposición, quién señala que “necesariamente” debieron ser las de Congreso de 2018, por haberse llevado a cabo con menos de un mes de antelación, suposición que en todo caso, no se encuentra demostrada, ya que de los hechos relatados y las pruebas obrantes en el expediente no se puede constatar que ello hubiera sido así, pues la afirmación que el demandante considera como prueba clara de la irregularidad, es el mero dicho de un funcionario en una reunión que se celebró días antes de las elecciones, pero de ella no se puede acreditar si efectivamente ese fue o no el censo utilizado, pues el Registrador Municipal solo manifestó que sería el censo que utilizarían, pero no es claro para la Sala de qué censo se trató ni si fue efectivamente el que se usó en los comicios. (...) Así las cosas, para la Sala no hay lugar a decretar la medida cautelar por la presunta vulneración de las normas invocadas ni por la expedición irregular por aplicación de un censo diferente al que correspondía ya que, como se indicó, no se demostró que el censo utilizado en la elección atípica que se demanda, fuera diferente al legalmente establecido. (...) Revisado el expediente, no existen otras pruebas que sustenten la solicitud de la medida provisional que se invoca, de las que se pudiera acreditar que el censo utilizado dentro de la elección atípica que se enjuicia, no hubiera sido el que en efecto correspondía, pues, se repite, las pruebas aportadas son insuficientes para dar la certeza sobre el dicho del demandante. (...) No puede pasarse por alto que cuando se busca suspender los efectos de un acto de elección, para el operador de la cautela debe ser clara la irregularidad que se invoca, lo que no ocurrió en el caso concreto, por lo que la Sala confirmará la providencia apelada, por las razones expuestas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 76001-23-33-010-2018-00589-01

Actor: JUAN DAVID VELÁSQUEZ HENRÍQUEZ

Demandado: EDGAR YANDY HERMIDA (Alcalde Municipal de Jamundí – Valle del Cauca 2016-2019).

Nulidad electoral –Resuelve apelación sobre la decisión de no decretar la medida cautelar de suspensión provisional

Segunda instancia

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la negativa de la medida de suspensión provisional contenida en el auto del 31 de mayo de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor **JUAN DAVID VELÁSQUEZ HENRÍQUEZ**, a través de apoderada judicial, presentó demanda de nulidad electoral el 28 de mayo de 2018¹, ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el fin de anular el acto de elección del señor **EDGAR YANDY HERMIDA** como alcalde del municipio de Jamundí – Valle del Cauca, periodo 2016-2019, contenido en el Formulario E-26 de la Comisión Escrutadora Municipal de Jamundí, el día 15 de abril de 2018.

Las pretensiones en su literalidad son:

“La declaratoria de nulidad del acto de elección del señor EDGAR YANDI (sic) H. por el Partido Coalición MAIS – LIBERAL COLOMBIANO como Alcalde del Municipio de Jamundí, Valle, para complementar el período constitucional 2016-2019, contenido en el Acta General de Escrutinios Municipales, Formulario E-26, del día 15 de abril de 2018, la cancelación de su credencial y los demás efectos consecuenciales que prevé el numeral 2 del artículo 288 del CPACA”².

2. La solicitud de medida cautelar

El memorialista solicitó, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos del acto que declaró la elección del señor EDGAR YANDY H. por el partido Coalición MAIS – LIBERAL COLOMBIANO, como alcalde de Jamundí, para complementar el período 2016-2019, contenido en el formulario E-26, dentro de las elecciones atípicas que se llevaron a cabo el 15 de abril de 2018.

Manifestó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 231 del CPACA, para que proceda el decreto de una medida cautelar, incluida la que es objeto de análisis, es requisito que se formule la petición en la misma demanda y que la infracción a la ley surja del análisis entre el acto acusado y su confrontación con las normas superiores invocadas en la demanda como transgredidas, o partir del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud (resaltó).

Agregó que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el juez, para resolver las solicitudes de medida cautelar, puede *“emprender ‘un análisis’ de los textos normativos propuestos, e incluso de las pruebas allegadas”*, por lo que ahora para decidir sobre el decreto de dicha medida, el operador judicial tiene la facultad de realizar un estudio sobre la existencia o no de la transgresión de la

¹ Folio 1 del cuaderno No. 1.

² Folio 6 del cuaderno del Tribunal.

norma, planteada en la demanda e incluso para revisar las pruebas; mientras que en vigencia del CCA, su procedencia solo operaba cuando la vulneración aparecía evidente, sin que implicara la necesidad de acudir a un análisis o a estudio de la situación.

Señaló que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 231 del CPACA, quien pide la medida cautelar tiene el deber de demostrar su procedencia y justificación; que para el caso concreto es la protección de la legitimidad de la elección, su transparencia.

Consideró que en el caso concreto la medida resulta necesaria y urgente por tratarse de una elección atípica para concluir un periodo constitucional que de no suspenderse, no se restablecería en un tiempo oportuno, el orden jurídico transgredido ni se asegurarían los efectos de la sentencia en garantía de los electores y los demás candidatos.

Señaló que la elección atípica que se demanda está viciada de nulidad, al haberse utilizado el censo de 2018 de elecciones de Congreso de la República y no el usado para la designación del servidor que se va a reemplazar (censo de 2015), como correspondía, como consta en el acta de la reunión del Comité de Seguimiento Electoral del 3 de abril de 2018, en la que el Registrador Municipal de Jamundí, así lo manifestó.

Afirmó que la utilización de un censo diferente al de la elección del funcionario que se va a reemplazar es contrario al mandato del inciso 2º del artículo 8º de la Ley 49 de 1987 y del inciso primero del artículo 2º del Decreto Reglamentario No. 1001 de 1988, las cuales se encuentran vigentes al no haberse producido su derogación expresa, ni tácita con ocasión de la expedición de nuevas disposiciones que regulan el régimen de los municipios y la elección de alcaldes, y al no haberse expedido nuevas regulaciones sobre la materia que sustituyan tal mandato sobre el censo que se debe utilizar en las elecciones atípicas.

Aseveró que también se vulneró el artículo 47 de la Ley 1475 de 2011 como norma rectora para la legitimidad del ejercicio del derecho al sufragio, por la aplicación de un censo que no regía los comicios electorales para la elección atípica del alcalde de Jamundí, lo que impone el decreto de la medida cautelar.

Concluyó que, en consecuencia con el acto de elección se transgredieron las normas señaladas, y, por ende, su expedición es irregular, por las causales genéricas del artículo 137 del CPACA, al estar el proceso guiado por un censo que no aplicaba para esa clase de elección.

3. El auto recurrido

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante auto del 31 de mayo de 2018³, además de admitir la demanda y determinar las órdenes consecuenciales,

³ Folios 69 a 78 del cuaderno del Tribunal.

negó la solicitud de suspensión provisional solicitada por la parte demandante.

En primera medida afirmó que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1475 de 2011, el censo electoral determina el número de electores que se requiere para la validez de los actos y votaciones a que se refiere la carta, siendo también el instrumento técnico elaborado por la Registraduría Nacional, que le permite a la Organización Electoral planear, organizar, ejecutar y controlar los certámenes electorales y los mecanismos de participación ciudadana.

A partir de lo anterior, transcribió las normas invocadas por la parte demandante para sustentar la solicitud de suspensión provisional (inciso 2º del artículo 8º de la Ley 49 de 1987, inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1001 de 1988 y el artículo 47 de la Ley 1475 de 2011) y consideró que esta normativa es enfática en señalar que *“cuando se trate de nuevas elecciones de alcalde municipal que por cualquier razón sea menester efectuar, los comicios respectivos se deberán realizar atendiendo el censo electoral usado para la designación del servidor que se va a remplazar”* (la subraya es nuestra), lo cual tiene fundamento en la necesidad que los comicios celebrados de manera sobreviniente y extraordinaria, mantengan las condiciones en que fue celebrada la elección inicial.

Agregó que la norma proscribe el uso de censos posteriores por cuanto pueden arrojar distorsiones en el reflejo de la voluntad del elector, salvo el registro automático de los nuevos votantes que adquieren capacidad democrática por cumplir la mayoría de edad y adquirir la cédula de ciudadanía.

Una vez precisado lo anterior, fundamentó la negativa a la solicitud de suspensión provisional en la insuficiencia de la prueba; pues consideró el Tribunal, que la afirmación del Registrador Municipal de Jamundí, contenida en el acta de la reunión de 3 de abril de 2018, denominada *“de Comité Electoral”*, con la que participaron varias autoridades del municipio de Jamundí, no era suficiente para probar su dicho en esa instancia del proceso.

Indicó que el referido documento, aun siendo sumario por cuanto no se ha sometido a contradicción, era de plena valoración a la luz del artículo 246 del CPC, conforme al cual las copias tienen el mismo valor probatorio del original salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de alguna determinada copia.

No obstante, no encontró suficiente el argumento del Registrador Municipal para considerar que el censo utilizado para la elección atípica demandada no fuera el que correspondía, pues del acta abstraigo que la afirmación de dicho funcionario fue: *“... vamos a trabajar censo congreso de la república (sic)...”*, y que fue a partir de ello que el demandante de manera equivocada concluyó que se refería al censo utilizado para las elecciones de Congreso de la República del mes de marzo de 2018.

El Tribunal consideró que esos apartes no eran claros en lo concerniente a la determinación del censo electoral que se usaría para la elección atípica de alcalde de Jamundí para culminar el periodo 2016-2019, que se demanda, *“pues aunque en tales apartes se pregona el uso de un censo ‘congreso de la república (sic)’ , la falta de determinación del periodo a que éste se refiere, amén de lo vago de la expresión, no arroja la certeza suficiente para tener como acreditado que el censo electoral usado fuera en efecto el del año 2018”*.

4. El recurso de apelación

El demandante interpuso recurso de apelación, mediante escrito del que no se puede leer su fecha de radicación⁴.

Como sustento de su inconformidad señaló que la valoración probatoria que el Tribunal impartió a la solicitud de medida cautelar, no fue acertada, pues a su juicio, se apartó de los parámetros de la sana crítica y desestimó el escenario legal donde se produjo la afirmación del Registrador Municipal de Jamundí, primera autoridad electoral del municipio, esto es, en la sesión oficial del Comité Municipal de Seguimiento Electoral.

Agregó que el Tribunal debió realizar un silogismo adecuado en el análisis de las pruebas, pues por lógica jurídica se debía entender que el Censo Congreso de la República a utilizar, según la expresión del Registrador Municipal en dicha sesión, se refería necesariamente al censo electoral 2018, en el que hubo periodo de inscripción de cédulas de ciudadanía, y no a ninguno diferente, máxime partiendo de que el 11 de marzo de esta misma anualidad, a menos de un mes de la fecha de la reunión en la que se expidió la referida acta, se realizaron las elecciones para Congreso de la República, lo que lleva a que por simple lógica, se concluyera que se trataba del censo electoral inmediatamente anterior, es decir, el habilitado para las elecciones de Congreso de la República del 11 de marzo del 2018.

Indicó que además de ello, el mismo artículo 231 del CPACA faculta al juez para que en el estudio de la solicitud de una suspensión provisional, pueda realizar incluso un examen de las pruebas allegadas, considerándose la demanda, un todo integral junto con la solicitud de la medida cautelar, por lo que en el presente caso le era dable a la Sala arribar a la conclusión pretendida, con las pruebas allegadas con la demanda, por ejemplo con la confrontación entre el Formulario E-10 (lista de habilitados para votar) contra el censo de 2015, entre los cuales no se evidencia correspondencia y existe un crecimiento.

Señaló que prueba de ello también se constituye de la confrontación entre los formularios E-11 (registro de votantes) y el censo 2015, como se prueba en la relación que aporta en medio magnético.

⁴ De las copias del expediente aportadas no se puede determinar la fecha de presentación del escrito ya que el sello es parcialmente borroso, como se observa a folio 86 del cuaderno del Tribunal; no obstante, se encuentra que el recurso de alzada fue concedido mediante providencia del 13 de junio de 2018, en la que se dijo que había sido presentado en oportunidad el 8 de junio del corriente año (folio 94 del cuaderno 1).

Indicó que, en todo caso, de acuerdo a la expresión del Registrador Municipal de Jamundí en el acta de 3 de abril de 2018, permitía entender que el censo de Congreso de la República a utilizar “*en todo caso no era el que se debía usar en los comicios atípicos del 15 de abril del 2018*”.

I. CONSIDERACIONES

2.1. De la competencia

De conformidad con los artículos 277⁵ y 293⁶ numeral 4º del CPACA, es a esta Sala a quien le corresponde resolver sobre el recurso de apelación contra la decisión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por tratarse de auto apelable dentro de asunto de nulidad electoral dictado por el juez colegiado *a quo*, en armonía con el artículo 150 del CPACA y el Reglamento del Consejo de Estado que asigna a la Sección Quinta la competencia para conocer de asuntos electorales.

2.2. De los recursos procedentes contra la decisión que resuelve la medida de suspensión provisional del acto en las acciones de nulidad electoral

En los términos del inciso final del artículo 277 del CPACA, norma de carácter especial para aquellos trámites que se adelantan bajo el procedimiento del medio de control de nulidad electoral, procede en caso de haberse pedido la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y atendiendo la instancia en que se profiera, el recurso de **apelación**, cuando es de doble instancia y, el de **reposición**, en tratándose de única instancia.

La norma en comento señala:

“Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:
(...)

⁵ **Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación.** Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:
(...)

6. Que, en tratándose de elección por voto popular, se informe al Presidente de la respectiva corporación pública, para que por su conducto se entere a los miembros de la corporación que han sido demandados. En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación.

⁶ **“Artículo 293. Trámite de la segunda instancia.** El trámite de la segunda instancia se surtirá de conformidad con las siguientes reglas:

1. El reparto del negocio se hará a más tardar dentro del segundo día a su llegada al tribunal o al Consejo de Estado. El mismo día, o al siguiente, el ponente dispondrá en un solo auto sobre la admisión del recurso y que el expediente permanezca en Secretaría por tres (3) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.

2. Vencido el término de alegatos previa entrega del expediente, el agente del Ministerio Público deberá presentar su concepto, dentro de los cinco (5) días siguientes.

3. Los términos para fallar se reducirán a la mitad de los señalados para la primera instancia.

4. **La apelación contra los autos se decidirá de plano.**

5. En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante”. (Negrita fuera de texto)

6. Que, en tratándose de elección por voto popular, se informe al Presidente de la respectiva corporación pública, para que por su conducto se entere a los miembros de la corporación que han sido demandados.

En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. **Contra este auto solo procede en los procesos** de única instancia el recurso de reposición y, en los **de primera, el de apelación**.

(...)” (Negrita fuera de texto).

Por contera, ante la regulación especial del medio de control de nulidad electoral y en atención al Reglamento del Consejo de Estado que atribuye a la Sección Quinta el conocimiento de los procesos electorales contra los actos de elección, nombramiento y llamamiento, la Sala es competente para conocer de la apelación de las decisiones de los Tribunales Administrativos.

2.3. Generalidades de la medida de suspensión provisional

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez queden en firme, como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados⁷ implica que éstos puedan solicitar, ante el juez, la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las Leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente sólo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año de 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y, en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente** la disposición transgresora en garantía del principio de

⁷ González Rodríguez Miguel, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada “*suspensión provisional*”.

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “*petición de parte debidamente sustentada*”, y el 231 impone como requisito la “*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar **i)** se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y **ii)** al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁸.

Por otra parte, en el proceso de nulidad electoral, de conformidad con el inciso final del artículo 277 del CPACA, la decisión de otorgar o no la medida cautelar se toma en el auto admisorio, lo cual evidencia la misma efectividad que aquellas medidas catalogadas como de urgencia por el artículo 234 del CPACA.

2.4. El caso concreto

2.4.1. De las pruebas aportadas que se relacionan con el asunto a resolver

Dentro de lo que interesa a esta medida cautelar y lo que señala el apelante haber allegado con la demanda, la Sala encuentra lo siguiente:

2.4.1.1. Formulario E-26 del 15 de abril de 2018⁹, por medio del cual la comisión escrutadora declaró elegido, ALCALDE, para completar el periodo constitucional 2016-2019 a: EDGAR YANDY HERMIDA por el partido COALICIÓN MAIS – PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO y del que se extraen los siguientes resultados:

1	Edgar Yandy Hermida	22.687	54,96%
3	Jhon Fredy Pimentel	13.937	33,77%

⁸ Artículo 229 inciso segundo del CPACA.

⁹ Folio 41 del cuaderno 1.

	Murillo		
4	Yorman Rojas Morales	1.887	4,57%
2	Antonio Eduardo Moya	1.500	3,63%
996	Votos en blanco	1.265	3,06%
997	Votos nulos	668	1,59%
998	Votos no marcados	101	0,24%
TOTAL DE VOTOS VÁLIDOS		41.276	98,17%
TOTAL DE VOTOS		42.045	100%

2.4.1.2. Acta de Reunión Comité Electoral¹⁰ de 3 de abril de 2018, visible a folios 49 a 58 del expediente, que contiene la expresión del “*Dr., Wilkin Berrio: Departe de la Registraduría Nacional*”, en la que afirmó a los asistentes, entre otras cosas:

“... les quería informar sobre el tema de la división política que también ya está lista y estamos a la espera de que es conocido (sic) que esta elección por su carácter y atípica (sic) debemos tener un censo que es explícito para Jamundí, vamos a trabajar con censo congreso de la república y las expediciones de cédula de primera vez hasta el 14 de enero estas son las que se están incluyendo en el censo...” (la subraya es de la Sala).

2.4.1.3. En el CD1 que aduce el apelante, en lo pertinente se encuentra un archivo en medio magnético denominado “*Cuadro No. 2 Comparativo entre Formulario E-3 (Inscripción de Cédulas para Elecciones al Congreso de la República 2018) Vs. Censo Electoral 2015 para Elecciones de Autoridades Locales de Jamundí - Valle del Cauca. Conclusión: 2.572 son nuevos ciudadanos inscritos que no están en el censo 2015*”.

Se trata de una comparación, que se allega con la demanda y dice haber sido realizada por el Ingeniero Mario Restrepo¹¹, entre el formulario de inscripción de cédulas y “*el censo electoral 2015 para elecciones de autoridades locales de Jamundí*”; base de datos que contiene las casillas de nuip, departamento, municipio, zona, puesto y mesa, con 2.572 registros; sin que se tenga certeza o principio de certeza sobre el origen de los datos comparados. Se trata del dicho del demandante sin que se acompañe con el archivo la fuente de la información, ni los censos de los años 2015 y 2018.

¹⁰ Mediante Decreto No. 2821 de 2013, se creó y reglamentó la Comisión para la Coordinación y Seguimiento de los procesos electorales, así: “*Artículo primero: Crease la Comisión Nacional para la Coordinación y Seguimiento de los Procesos Electorales, la cual tendrá como objeto realizar las actividades necesarias para asegurar y garantizar el normal desarrollo de los procesos electorales, el cumplimiento de las garantías electorales y la salvaguarda de los derechos y deberes de los partidos y movimientos políticos*”; y se estableció que en el orden municipal estaría integrada por: “*Artículo 5. Creación de la Comisión Municipal para la Coordinación y Seguimiento de los Procesos Electorales. Créase la Comisión para la Coordinación y Seguimiento de los Procesos Electorales en el orden municipal, la cual estará integrada por: 1. El Alcalde del municipio, quien la presidirá // 2. El Comandante de Policía del municipio // 3. El funcionario de la Fiscalía General de la Nación de mayor jerarquía en el respectivo municipio // 4. El Personero Municipal // 5. El Contralor Municipal, si lo hubiere. // 6. El Defensor Regional del Pueblo cuando su asiento principal esté domiciliado en el respectivo municipio // 7. El Registrador Municipal. // Parágrafo. Actuará como Secretario Técnico de la Comisión, el Secretario de Gobierno o del Interior del Municipio*”; y en el artículo 7º se establecieron las funciones que tienen las distintas Comisiones para la Coordinación y Seguimiento de los Procesos Electorales, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal.

¹¹ Que no se tiene certeza de quién es, pero al parecer es un particular

2.4.2. De las normas que se señalan vulneradas

El actor señala como normas vulneradas el inciso final del artículo 8° de la Ley 49 de 1987, el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1001 de 1988 y el artículo 47 de la Ley 1475 de 2011, que establecen:

- Ley 49 de 1987:

“Artículo 8° El artículo 20 de la Ley 78 de 1986, quedará así:

Convocatoria a elecciones. Si la falta absoluta se produjere antes de transcurrido un año del período del Alcalde, el Presidente de la República y los Gobernadores, Intendentes o Comisarios, en el decreto de encargo señalará la fecha para la elección de nuevo Alcalde, la cual deberá realizarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición del decreto. El Alcalde así elegido lo será para el resto del período.

Las elecciones a que se refiere este artículo se efectuarán con el mismo censo electoral que se utilizó para la elección del Alcalde que se reemplaza”.

- Decreto Reglamentario 1001 de 1988¹²:

“Artículo 2° Disposiciones electorales. Para el caso previsto en el artículo anterior, las elecciones se efectuarán con el censo electoral utilizado en la elección del alcalde que se reemplaza, sin que haya lugar a nueva inscripción de cédulas de ciudadanía. En tal caso, se dará aplicación a las normas del Código Electoral, conforme lo dispone el artículo 9° de la Ley 49 de 1987.

La inscripción de los candidatos a Alcaldes se hará dentro del término establecido en el inciso 2° del artículo 88 del Código Electoral.

- Ley 1475 de 2011

Artículo 47. Censo electoral. El censo electoral es el registro general de las cédulas de ciudadanía correspondientes a los ciudadanos colombianos, residentes en el país y en el exterior, habilitados por la Constitución y la ley para ejercer el derecho de sufragio y, por consiguiente, para participar en las elecciones y para concurrir a los mecanismos de participación ciudadana. El censo electoral determina el número de electores que se requiere para la validez de los actos y votaciones a que se refieren los artículos 106, 155, 170, 375, 376, 377 y 378 de la Constitución Política. Es también el instrumento técnico, elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, que le permite a la Organización Electoral planear, organizar, ejecutar y controlar los certámenes electorales y los mecanismos de participación ciudadana.

2.4.3. Los aspectos probados en el caso concreto

El censor funda su impugnación, en que en las elecciones atípicas para alcalde de Jamundí – Valle del Cauca, que se llevaron a cabo el 15 de abril de 2018, se

¹² “por el cual se reglamentan las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, sobre elección popular de Alcaldes”.

utilizó un censo que no correspondía, es decir, el de las elecciones para Congreso de la República 2018, lo que consideró contrario al mandato del inciso 2º del artículo 8º de la Ley 49 de 1987, del inciso primero del artículo 2º del Decreto Reglamentario No. 1001 de 1988, y del artículo 47 de la Ley 1475 de 2011 como norma rectora para la legitimidad del ejercicio del derecho al sufragio, lo que impone el decreto de la medida cautelar.

Fundamenta su afirmación en que el censo utilizado era diferente al de la elección de alcalde 2015, porque el Registrador Municipal de Jamundí, Máxima Autoridad Electoral a nivel municipal, durante la reunión de “*Seguimiento Electoral*” que se llevó a cabo el 3 de abril de 2018, esto es antes de las elecciones atípicas, manifestó que iban a trabajar con el censo “*Congreso de la República*”.

Así como de un cuadro comparativo que anexa, entre lo que dice es el censo del año 2015, los formularios E-10 y los formularios E-11¹³, en el que igualmente afirmó encontrar 2.572 registros de más, sin embargo, la solicitud de suspensión provisional no se acompaña del censo electoral (que se aplicó en las elecciones atípicas, ni el que a su juicio debió utilizarse), que es el documento oficial a partir del que se puede extraer la información necesaria para la demostración de su dicho, el cual, en todo caso debe hacer parte de la valoración probatoria para resolver el asunto.

Así, en este estadio del proceso, sin aún contar con la integración total del acervo probatorio, la Sala anticipa que no encuentra lugar a revocar la providencia apelada y conceder la medida provisional por las siguientes razones:

El recurrente considera que con la elección atípica se desconoció, entre otras normas, el artículo 8º de la Ley 49 de 1987, previamente transcrita, que establece que las elecciones a que se refiere ese artículo, es decir, las que se realizan cuando se presenta una vacancia absoluta del titular, se efectuarán con el mismo censo que se utilizó para la elección del alcalde que se reemplaza.

Al respecto, la Sala encuentra que el Acto Legislativo 2 de 2002 al modificar el artículo 314 de la Constitución Política de Colombia de 1991, modificó la norma en cuestión en lo que respecta a los periodos de los alcaldes y al término para convocar elecciones o que el gobernador designe al mandatario local, pero nada dijo sobre el censo a utilizar en dichas elecciones así:

“Artículo 3º del Acto Legislativo 2 de 2002. El artículo 314 de la Constitución Política de Colombia, quedará así:

“En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente.

¹³ No es posible determinar si efectivamente se trata del censo y los formularios que aduce, porque estos no fueron allegados con la demanda, solo se aporta el cuadro comparativo.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución”.

Así las cosas, la regla sobre el censo a utilizar, en el caso de convocar elecciones atípicas de alcalde por vacancia absoluta de su titular es, en principio la contenida en el último párrafo del artículo 8º de la Ley 49 de 1987 transcrita, es decir, el mismo censo electoral que se utilizó para la elección del Alcalde que se reemplaza, disposición que al integrarla con lo señalado en el artículo 2º del Decreto 1001 de 1988 se traduce en que el censo a aplicar es el censo utilizado en la elección anterior de Alcalde, sin que haya lugar inscripción de cédulas de ciudadanía.

Como ya se dijo, el actor para acreditar su dicho, que en las elecciones para elegir alcalde por la vacancia absoluta de su titular se utilizó un censo diferente al que correspondía y que por consiguiente se desconocieron las normas previamente señaladas, allega como prueba el acta de la Reunión del Comité Electoral que se llevó a cabo el 3 de abril de 2018, en la que el “*Dr., Wilkin Berrio: De parte de la Registraduría Nacional*”, indicó que iban a trabajar con el censo “*Congreso de la República*”.

La Sala observa que en la afirmación del funcionario ni siquiera hay claridad respecto a qué elecciones se refiere el Registrador, como lo advirtió igualmente el Tribunal, y el dicho del apelante es una mera suposición, quién señala que “*necesariamente*” debieron ser las de Congreso de 2018, por haberse llevado a cabo con menos de un mes de antelación, suposición que en todo caso, no se encuentra demostrada, ya que de los hechos relatados y las pruebas obrantes en el expediente no se puede constatar que ello hubiera sido así, pues la afirmación que el demandante considera como prueba clara de la irregularidad, es el mero dicho de un funcionario en una reunión que se celebró días antes de las elecciones, pero de ella no se puede acreditar si efectivamente ese fue o no el censo utilizado, pues el Registrador Municipal solo manifestó que sería el censo que utilizarían, pero no es claro para la Sala de qué censo se trató ni si fue efectivamente el que se usó en los comicios.

En el acta que se aporta como prueba, se observa que el mismo funcionario de la Registraduría Municipal señaló que la elección, “*por su carácter y atípica*” debía llevarse a cabo “*con un censo que es explícito para Jamundí*” y las expediciones de cédula de primera vez hasta el 14 de enero “*estas son las que se están incluyendo en el censo...*”, argumentos que en mayor medida le quitan claridad a la suposición del recurrente, pues evidencian que el Registrador Municipal de

Jamundí reconoce que se debe aplicar un censo especial el que indica que fue adicionado con las cédulas de quienes adquirieron su documento de mayoría de edad, por primera vez.

Se trata entonces de unas expresiones absolutamente ambiguas e imprecisas cuyo contexto total que permita su entendimiento se desconoce, amén de que si se trata de un documento público¹⁴ declarativo¹⁵ como al parecer se pretende, en esta precaria etapa, carece de los requisitos pues no contiene “*declaraciones de ciencia o acto de voluntad para producir determinados efectos jurídicos*”¹⁶.

Para la Sala, la única prueba que puede dar certeza sobre qué censo se utilizó en la elección demandada, es el censo mismo, pues solo a partir de este se puede corroborar si correspondía a la anterior elección de Alcalde Municipal, entonces, la manifestación del funcionario sobre el censo a aplicar, aunque podría constituirse en un indicio, el mismo es apenas contingente, es decir, “*que es aquel hecho demostrado que puede tener varias causas*”¹⁷ no es la prueba idónea para demostrar el hecho.

Así entonces, se concluye, que no hay en el expediente pruebas que reflejen que el censo utilizado en la elección que se demanda no fuera el que correspondía, pues incluso, de entenderse hipotéticamente que la afirmación del Registrador Municipal, contenida en la prueba aportada, estableciera sin lugar a dudas que el censo que “*iban a trabajar*” sería el de Congreso de la República 2018, ello tampoco sería suficiente para dar por probado que en los comicios en efecto fuera ese el usado, pues la manifestación que hizo el funcionario con una antelación mayor a 10 días de la realización de los comicios, no es prueba suficiente para demostrarlo, ya que, como se dijo, ello es solo su dicho, que en nada equivale a lo

¹⁴ **Artículo 243. Del Código General del Proceso *Distintas clases de documentos.***

(...)

Los documentos son públicos o privados. **Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención.** Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública. (resaltado fuera de texto).

¹⁴ Artículo 48. *Depuración permanente del censo electoral.* Los principios de publicidad y de eficacia del censo electoral exigen que la organización electoral cuente con la debida anticipación, con datos ciertos y actuales para el desarrollo de los comicios y de los mecanismos de participación ciudadana.

En cumplimiento de estos principios deben ser permanentemente depuradas del censo electoral las siguientes cédulas de ciudadanía:

1. Las pertenecientes a ciudadanos que se encuentren en situación de servicio activo a la Fuerza Pública.
2. Las pertenecientes a ciudadanos inhabilitados para el ejercicio de derechos y funciones públicas en virtud de sanción disciplinaria en firme o de sentencia penal ejecutoriada.
3. Las correspondientes a ciudadanos fallecidos.
4. Las cédulas múltiples.
5. Las expedidas a menores de edad.
6. Las expedidas a extranjeros que no tengan carta de naturaleza.
7. Las correspondientes a casos de falsa identidad o suplantación.

Parágrafo. En todo caso, el censo electoral deberá estar depurado dos meses antes de la celebración de cada certamen electoral o mecanismo de participación ciudadana.

¹⁵ “*se puede independizar la declaración del acto que la contiene*” Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones el Profesional. Décimo octava edición. Bogotá D.C reimpresión 2013. Pág 501

¹⁶ simplemente declarativos, cuando contienen declaraciones de simple ciencia, y dispositivos, cuando contienen actos de voluntad para producir determinados efectos jurídicos (...)” . Hernando Devis Echaranda. Compendio de Derecho Procesal. Tomo II. Pág. 415. Editorial ABC. 1984.

¹⁷ Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones el Profesional. Décimo octava edición. Bogotá D.C reimpresión 2013. Pág 633

ocurrido el día de las votaciones y respecto de la que ni siquiera hay claridad de a qué censo se estaba refiriendo.

Ahora, si bien el actor aporta en el CD 2, un archivo denominado: “Cuadro No. 2 Comparativo entre Formulario E-3 (Inscripción de Cédulas para Elecciones al Congreso de la República 2018) Vs. Censo Electoral 2015 para Elecciones de Autoridades Locales de Jamundí - Valle del Cauca. Conclusión: 2.572 son nuevos ciudadanos inscritos que no están en el censo 2015”, que dice ser un auditaje elaborado por el Ingeniero Mario Restrepo¹⁸.

Revisado el archivo aportado, la Sala observa que no contiene el censo de 2015¹⁹, sino que es un análisis sobre lo que dice ser el censo de 2015 y los formularios E-3 de inscripción de cédulas, y no es posible siquiera establecer si esa información corresponda a dichos documentos ya que no obran en el expediente; además, la tabla comparativa, como ya se dijo, fue realizada según el actor por un ingeniero, por lo que con ella no se puede tener por probado que el censo utilizado no hubiere sido el que correspondía, pues se insiste, no se tiene certeza o principio de ella sobre el origen de los datos comparados.

De otro lado, es menester indicar que son documentos privados y frente al alcance probatorio de este tipo de documentos es de resaltar que el artículo 260 del C.G.P. preceptúa que “Los documentos privados tienen el mismo valor que los públicos, tanto entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes como respecto de terceros.”

Así las cosas, si bien los documentos privados tienen el mismo valor que los públicos, del aquí obrante no es posible establecer a qué se refieren concretamente los datos allí consignados ni tampoco establecer qué informan con total certidumbre.

Adicionalmente, aunque se pudiera establecer que en efecto se trataba de la información del censo de 2015 y la de los formularios E-3, faltaría determinar si las cédulas adicionadas corresponden a situaciones señaladas en las normas sobre depuración permanente del censo, por ejemplo por corresponder a cédulas expedidas por primera vez, que de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 6ª de 1990 y el artículo 49 de la ley 1475 de 2011, las cédulas expedidas desde 1988 ingresan automáticamente al censo electoral, sin necesidad de inscribirse previamente así como las que pudieron haberse eliminado de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 1475 de 2011²⁰ “**Por la cual se adoptan**

¹⁸ No se tiene certeza quién es, pero al parecer es un particular

¹⁹ El cual no pudo ser aportado por el demandante, conforme al informe de la Registraduría que acompaña a su escrito.

²⁰ Artículo 48. *Depuración permanente del censo electoral.* Los principios de publicidad y de eficacia del censo electoral exigen que la organización electoral cuente con la debida anticipación, con datos ciertos y actuales para el desarrollo de los comicios y de los mecanismos de participación ciudadana. En cumplimiento de estos principios deben ser permanentemente depuradas del censo electoral las siguientes cédulas de ciudadanía:

1. Las pertenecientes a ciudadanos que se encuentren en situación de servicio activo a la Fuerza Pública.
2. Las pertenecientes a ciudadanos inhabilitados para el ejercicio de derechos y funciones públicas en virtud de sanción disciplinaria en firme o de sentencia penal ejecutoriada.
3. Las correspondientes a ciudadanos fallecidos.
4. Las cédulas múltiples.

reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, casos que en este momento no pueden corroborarse por la Sala, a partir de la escasa e incompleta información aportada con la demanda y la solicitud de medida cautelar.

Así las cosas, para la Sala no hay lugar a decretar la medida cautelar por la presunta vulneración de las normas invocadas ni por la expedición irregular por aplicación de un censo diferente al que correspondía ya que, como se indicó, no se demostró que el censo utilizado en la elección atípica que se demanda, fuera diferente al legalmente establecido.

Entonces, no resulta acorde con los propósitos de la medida cautelar, suspender los efectos del acto declaratorio de elección, en razón a una posible violación de normas y expedición irregular por la presunta aplicación de un censo que no correspondía, ya que ello no fue demostrado con la solicitud de la medida, pues hacen falta otras probanzas para concluir que en efecto ello hubiera sido así.

Revisado el expediente, no existen otras pruebas que sustenten la solicitud de la medida provisional que se invoca, de las que se pudiera acreditar que el censo utilizado dentro de la elección atípica que se enjuicia, no hubiera sido el que en efecto correspondía, pues, se repite, las pruebas aportadas son insuficientes para dar la certeza sobre el dicho del demandante.

No puede pasarse por alto que cuando se busca suspender los efectos de un acto de elección, para el operador de la cautela debe ser clara la irregularidad que se invoca, lo que no ocurrió en el caso concreto, por lo que la Sala confirmará la providencia apelada, por las razones expuestas.

La Sección Quinta, por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 229, 231 y 277 último inciso, del CPACA,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el auto del 13 de junio de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto **negó** la solicitud de suspensión provisional de la parte demandante contra el acto declaratorio de elección del señor **EDGAR YANDY HERMIDA**, en calidad de Alcalde del Municipio de Jamundí – Valle del Cauca, para el período 2016-2019.

SEGUNDO. Ejecutoriado este auto, **REGRESE** el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

5. Las expedidas a menores de edad.

6. Las expedidas a extranjeros que no tengan carta de naturaleza.

7. Las correspondientes a casos de falsa identidad o suplantación.

Parágrafo. En todo caso, el censo electoral deberá estar depurado dos meses antes de la celebración de cada certamen electoral o mecanismo de participación ciudadana.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAUJO OÑATE
Presidente
(Aclara voto)

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO

REVOCATORIA DE MANDATO – No es viable la participación de personas que no pertenezcan al censo electoral

En el caso en concreto se tiene que, de encontrar que la norma alegada por la parte actora como desconocida se encuentra vigente, se tendría como consecuencia la exclusión en el proceso de elección a las personas que han residido en dicha circunscripción y que solo adquirieron la mayoría de edad entre los años 2015 a 2018, los nuevos residentes, las personas cuya pena limitante de sus derechos políticos se haya cumplido. Por otra parte, se mantendría como aptos para votar a personas fallecidas, condenadas con sentencia penal ejecutoriada con posterioridad a las comicios del año 2015 que participaron en ésta, miembros de la fuerza pública y a aquellos que decidieron cambiar de domicilio a otro municipio. (...) En consecuencia, en la actualidad puede pensarse en la pérdida de fuerza ejecutoria de la norma respecto de la inscripción de ciudadanos para esta clase de certámenes electorales, -elecciones atípicas y mecanismos de participación ciudadana- sin embargo, ello no es óbice para señalar que no existe norma respecto del censo aplicable a éstos, dado que el artículo 48 de la Ley 1475 de 2011, estableció que el mismo debe estar depurado y actualizado, deber que no se puede desconocer teniendo en cuenta que la mencionada ley al ser estatutaria hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio. (...) En esa medida, debió analizarse: i) sí la norma acusada como desconocida, esto es, el Decreto 1001 de 1988, fue derogado de manera tácita por el artículo 48 de la Ley 1475 de 2011, que exige la depuración permanente del censo para cualquier certamen electoral y, ii) sí el mencionado decreto anterior a la Constitución de 1991 desconoce o no los principios rectores de nuestra Carta de Derechos, según el cual todo ciudadano tiene derecho a elegir y ser elegido, disposición que por demás contraría la Convención Americana de Derechos, el Pacto de San José de Costa Rica y las mismas sentencias de la Corte Constitucional donde se explica ampliamente que el derecho electoral es

progresivo. Aspectos que deben ser analizados al momento de que se profiera la sentencia. (...) Por manera que, no resulta coherente que nuestro ordenamiento jurídico establezca que para la revocatoria del mandato de un alcalde, se permita la participación de quienes no pertenecían al censo electoral (caso de menores de edad entre otros) y, tratándose del proceso de elección en caso de elección atípica se limite la participación ciudadana implementando una herramienta desactualizada.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: ROCIO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018)

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011²¹ y con el acostumbrado respeto por la decisión tomada por la Sala, procedo a aclarar mi voto.

I. ANTECEDENTES

En esta providencia la Sección Quinta resolvió confirmar el auto dictado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 31 de mayo de 2018, por medio del cual se admitió la demanda contra la elección del señor Edgar Yandi Hermida como Alcalde Municipal de Jamundí y se negó la suspensión provisional de los efectos **del acto acusado**.

II. RAZONES DE LA ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien estoy de acuerdo con dicha decisión, por cuanto es claro que en el expediente no obra prueba fidedigna hasta este momento, que dé cuenta de cuál fue el censo electoral para la realización de las elecciones atípicas del 15 de abril de 2018 a la Alcaldía de Jamundí; no obstante ello, considero que no se podía afirmar que el Decreto 1001 de 1988, en principio se encuentra vigente y que fue aducido por la parte actora como violado con la realización de los prenombrados comicios electorales, por las siguientes razones:

1. De los hechos y las pretensiones, así como también del acápite en que se sustenta la medida cautelar, se extrae que el actor invocó como desconocido el

²¹ Artículo 129. **firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto.** Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.

Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.

Decreto 1001 de 1988²². Lo anterior, por cuanto manifestó que no se utilizó el censo electoral del momento de la realización de las elecciones locales, es decir el del año 2015, pues en los comicios atípicos de la alcaldía de Jamundí se usó el censo de 2018. Incumbe a la Sala Electoral al momento de definir la medida cautelar deprecada realizar un estudio de la posible violación de las disposiciones invocadas en la demanda con el acto electoral, basado en las pruebas que en dicho momento procesal existen en el proceso correspondiente. Ello se desprende del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 cuando señala *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud...”* corresponde al juez determinar de manera previa a hacer la confrontación si la normativa se encuentra vigente y así proseguir con el estudio de fondo de la medida cautelar de suspensión provisional deprecada.

2. Ahora bien, en lo que atañe a la vigencia de la norma presuntamente desconocida en el presente procedimiento eleccionario, se tiene que el Decreto 1001 de 1988 es reglamentario de las Leyes 78 de 1986 y 49 de 1987²³, normas referidas a la elección popular de los alcaldes. Estos preceptos fueron expedidos de manera anterior a la Constitución de 1991 y en razón de ello contemplaban que el período de los alcaldes era de 2 años, situación que fue modificada por el artículo 314 Superior al establecerlo en 4 años, tornando la norma atacada en inconstitucional.

Con la mencionada decisión, el Decreto 1001 de 1988 empezó chocar con el nuevo régimen constitucional electoral, dado que si el alcalde tenía 2 años de ejercicio, resultaba lógico que cuando se presentara su vacancia absoluta, se tuviera en cuenta para designar a su reemplazo el censo utilizado para la elección del Alcalde que presentó la señalada vacancia absoluta, como lo consagraba el artículo 20²⁴ de la Ley 78 de 1986.

²² **Artículo 1° Nueva elección.** Cuando por cualquier circunstancia sea necesario efectuar nueva elección de Alcalde en un Distrito o Municipio, el Presidente de la República, Gobernador, Intendente o Comisario respectivo, según sea el caso, en el decreto en que designe Alcalde encargado, oído el concepto de los Registradores Distritales o Delegados del Registrador Nacional, convocará y señalará la fecha para la elección del nuevo Alcalde. Esta elección debe realizarse en día domingo y dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de expedición del mencionado decreto.

Artículo 2° Disposiciones electorales. Para el caso previsto en el artículo anterior, las elecciones se efectuarán con el censo electoral utilizado en la elección del Alcalde que se reemplaza, sin que haya lugar a nueva inscripción de cédulas de ciudadanía. En tal caso, se dará aplicación a las normas del Código Electoral, conforme lo dispone el artículo 9° de la Ley 49 de 1987.

La inscripción de los candidatos a Alcaldes se hará dentro del término establecido en el inciso 2° del artículo 88 del Código Electoral.

²³ **Artículo 1°. Elección.** Los Alcaldes Municipales y de Distrito serán elegidos por el voto de los ciudadanos en la misma fecha en la cual se elijan Concejales Municipales y de Distrito. Los Alcaldes tendrán un periodo de dos años que se iniciará el 1o. de junio siguiente a la fecha de su elección.

²⁴ **Artículo 20. Convocatoria a elecciones.** Si la falta absoluta se produjere antes de transcurrido un año del período del Alcalde, el Presidente de la República y los Gobernadores, Intendentes o Comisarios, en el decreto de encargo señalará la fecha para la elección de nuevo Alcalde, la cual deberá realizarse dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición del decreto. El Alcalde así elegido lo será para el resto del período.

Con la expedición de la Ley 1475 de 2011²⁵, se estableció en su artículo 48, la obligación por parte de la autoridad electoral de depurar permanentemente el censo electoral, basado en los principios de publicidad y de eficacia del mismo que exigen se cuente con la debida anticipación, *con datos ciertos y actuales para el desarrollo de los comicios* y de los mecanismos de participación ciudadana²⁶.

Nótese que la norma citada previó la necesidad de depurar el censo electoral y contar con una base de datos actualizada para el desarrollo de los comicios, sin diferenciar si se trataba de elecciones regulares o atípicas como en este caso.

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 48 en su redacción inicial, determinó en la sentencia C-490 de 2011²⁷, que la restricción allí establecida consistente en establecer que el censo electoral estaba conformado por las cédulas de las personas que habían votado y las de quienes se habían inscrito, vulneraba lo dispuesto en los artículos 40 de la Constitución Política de Colombia, 23 de la Convención Americana de Derechos²⁸ y el 25 del Pacto de San José de Costa Rica²⁹ por limitar el derecho al sufragio de los ciudadanos, dado que en tales instrumentos se precisó que **todo ciudadano** podía participar en la conformación del poder político, por ende, era contrario al orden superior establecer limitantes para el ejercicio del voto distintos de los que recaen en las personas declaradas interdictas o en quienes han sido encontrados penalmente responsable por sentencia judicial.

En la mencionada providencia, que se trascribe *in extenso* con el fin de poder analizar la importancia de la actualización del censo en **todo certamen electoral**, la Corte señaló:

*Dilucidado el alcance de la norma, el análisis que debe adelantar la Sala se ciñe a determinar si la medida que establece como regla general la **exclusión del censo electoral de quienes no sufragaron en las últimas elecciones** o en el último mecanismo de participación popular celebrado,*

²⁵ "Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones".

²⁶ Al respecto ver artículo 48 de la Ley 1475 de 2011.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-490 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 190/10 Senado – 092/10 Cámara "por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones".

²⁸ "Artículo 23. Derechos políticos.

1. 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 (...) "²³³ (subrayas fuera del texto)..."

²⁹ El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, establece que:

"Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (...) "²³⁴. (subrayas fuera del texto)..."

así como su regla exceptiva, se ajustan a las claras exigencias que en materia del derecho al voto ha establecido la Constitución en su texto...

El primer problema está relacionado con el desconocimiento de la universalidad del derecho al voto a consecuencia de la medida examinada. Por su carácter universal, votar es una facultad atribuida a todas las personas, independientemente de cualquier otra consideración, y sin exigencias adicionales a las requeridas para ser ciudadano en ejercicio. En el momento histórico de su proclamación, este principio tuvo como propósito específico eliminar cualquier barrera relativa al sexo, raza, ingresos y propiedades, adscripción étnica, religión u orientación política como argumento para excluir a un ciudadano del derecho al voto. No obstante, estos criterios deben complementarse hoy con otros factores de exclusión del derecho al voto que constituyen nuevas formas de discriminación tal como son la migración y la pobreza.

/.../

El derecho al voto se adquiere como consecuencia misma de la ciudadanía y, por ello, su ejercicio depende solamente del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución para el efecto. Específicamente en nuestro ordenamiento, el artículo 99 C.P establece que "la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para el ejercicio del derecho al sufragio (...)", y el artículo 98 C.P indica que esta calidad se ejerce a partir de los 18 años, mientras la ley no decida otra edad. Así, y en razón del carácter universal del derecho, **resulta inaceptable desde el punto de vista constitucional que se establezcan barreras legislativas, técnicas, logísticas o de cualquier otro tipo que desconozcan a cualquier persona o grupo de población el derecho al voto por razón distinta a la de no ostentar la calidad de ciudadano colombiano en ejercicio.**

/.../

La norma bajo examen retira del censo a un grupo de ciudadanos, basándose en el único argumento de que no ejercieron el derecho al voto en ciertos certámenes anteriores, bien sea en votaciones para elección de representantes o en mecanismos de participación popular. El efecto ineludible de este acto producido por la norma es que la organización electoral declare que ese grupo de ciudadanos no se encuentra habilitado para votar, **es decir, que no puede ejercer libremente su derecho fundamental al voto. Sin embargo, la inhabilitación deriva solamente del hecho de no haber votado previamente.** Esta causal no encuadra dentro de las dos únicas causales constitucionalmente válidas para no votar que son, carecer de ciudadanía o no poder ejercerla en virtud de las causales legales de exclusión establecidas en la ley las cuales, a su vez, obedecen o a la calidad del sujeto, cuando se trata de un miembro de la fuerza pública, o a la aplicación de una sanción penal. Por tanto, se trata de una razón injustificada.

Así, resulta evidente para la Corte que la medida impone una inhabilitación general para sufragar que se traduce en la imposibilidad del ejercicio del derecho, sin que exista un argumento válido que lo sustente. Por esta vía se desconoce abiertamente el carácter universal del sufragio imponiendo una condición al ejercicio del derecho que no tiene asidero alguno en la Constitución: haber votado en pasadas elecciones. Para la Corte, si de acuerdo con el principio de universalidad del voto nadie puede ser excluido de la habilitación para ejercer el derecho por no haberlo ejercido activamente, menos puede ser excluido del censo electoral por esta razón.

*Una exclusión basada en el ejercicio activo del voto en oportunidades anteriores, comparte con condiciones de antaño para sufragar, tales como la propiedad de ciertos bienes o la ostentación de determinados grados de educación, el hecho de que no guardan ninguna relación con la capacidad de ejercer la facultad que reside en las personas de decidir sobre las decisiones que lo afectan, por el solo hecho de pertenecer al Estado. Dado que las normas relativas al censo electoral tienen como propósito último la garantía del derecho al voto, asiste razón a los intervinientes que afirman que **el establecimiento de reglas cuyo efecto material es el de restringir la posibilidad de ejercer el derecho al sufragio de los ciudadanos desnaturaliza la definición misma del censo electoral. En otras palabras, la norma analizada configura una nueva hipótesis de voto censitario, figura superada por todo modelo constitucional democrático liberal desde el siglo anterior, por mostrarse abiertamente contraria al principio de democracia representativa.***

En el caso en concreto se tiene que, de encontrar que la norma alegada por la parte actora como desconocida se encuentra vigente, se tendría como consecuencia la exclusión en el proceso de elección a las personas que han residido en dicha circunscripción y que solo adquirieron la mayoría de edad entre los años 2015 a 2018, los nuevos residentes, las personas cuya pena limitante de sus derechos políticos se haya cumplido. Por otra parte, se mantendría como aptos para votar a personas fallecidas, condenadas con sentencia penal ejecutoriada con posterioridad a las comicios del año 2015 que participaron en ésta, miembros de la fuerza pública y a aquellos que decidieron cambiar de domicilio a otro municipio.

En consecuencia, en la actualidad puede pensarse en la pérdida de fuerza ejecutoria de la norma respecto de la inscripción de ciudadanos para esta clase de certámenes electorales, -elecciones atípicas y mecanismos de participación ciudadana- sin embargo, ello no es óbice para señalar que no existe norma respecto del censo aplicable a éstos, dado que el artículo 48 de la Ley 1475 de 2011, estableció que el mismo debe estar depurado y actualizado, deber que no se puede desconocer teniendo en cuenta que la mencionada ley al ser estatutaria hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio.

En esa medida, debió analizarse: i) sí la norma acusada como desconocida, esto es, el Decreto 1001 de 1988, fue derogado de manera tácita por el artículo 48 de la Ley 1475 de 2011, que exige la depuración permanente del censo para cualquier certamen electoral y, ii) sí el mencionado decreto anterior a la Constitución de 1991 desconoce o no los principios rectores de nuestra Carta de Derechos, según el cual **todo ciudadano** tiene derecho a elegir y ser elegido, disposición que por demás contraría la Convención Americana de Derechos, el Pacto de San José de Costa Rica y las mismas sentencias de la Corte Constitucional donde se explica ampliamente que el derecho electoral es progresivo. Aspectos que deben ser analizados al momento de que se profiera la sentencia.

Para culminar, debe también tenerse en cuenta con el fin de dilucidar lo atiente a la vigencia del Decreto 1001 de 1988, la evolución del concepto de participación ciudadana sostenido por la Corte Constitucional en materia de revocatoria del mandato, ello con el fin de demostrar que no resulta proporcional exigir que para la elección atípica de un alcalde se implemente un censo desactualizado y, cuando se intente su revocatoria se exija un censo que permita mayor participación.

Para desarrollar este aspecto debe analizarse que la Corte Constitucional ha tenido dos etapas históricas sobre las cuales precisó quienes podían participar en la revocatoria del mandato de los alcaldes. En un primero estadio, mediante las sentencias C-011 de 1994 y C-180³⁰ de 1994 al estudiar la Ley 134 de 1994 manifestó que para participar en este procedimiento, solamente se encontraban facultados quienes votaron en los comicios donde resultó elegido el funcionario a revocar, teniendo en cuenta que con la elección se está confiriendo un mandato, en virtud del cual quien lo confiere es el que está facultado para revocarlo.

Luego, en un segundo estadio, la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 2002 al estudiar la Ley 741 de 2002 por la cual se modificó las Leyes 131 y 134 de 1994 regulatorias del voto programático, recogió su anterior postura donde se establecía que solo podía revocar el mandato quien participó en la elección, para concluir que tal posición hacía nugatorio el derecho fundamental consagrado en los artículos 40³¹ (derecho de participación) y 103 Superiores, donde se dispone que todo ciudadano podrá participar en política, además en palabras de la Corte, el hecho de no participar en unos comicios, no es óbice para:

*“...considerar que los ciudadanos que se abstuvieron de participar en la elección de un mandatario local quedan excluidos del ejercicio de la más importante forma de control político prevista para el nivel departamental y municipal. **Esta interpretación de las normas superiores resulta***

³⁰ “Igualmente, señala la norma que sólo podrán participar en la votación, quienes participaron en la votación en la cual se eligió al funcionario correspondiente, lo cual es constitucional, teniendo en cuenta la naturaleza de la institución del mandato, en virtud de la cual, sólo quien confiere un mandato es quien está facultado para revocarlo, pues “quien nada otorga, nada puede revocar”.

³¹ Artículo 40 de la Constitución que “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” y que “para hacer efectivo este derecho puede... 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática” y... “4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley”. La norma anterior es clara en cuanto concede a “todos los ciudadanos” el derecho “a revocar el mandato

contraria a la tendencia expansiva de la democracia participativa, concepto que antes se explicara en esta misma sentencia y que fue expuesto y acogido por la jurisprudencia, según el cual el principio democrático debe ampliarse progresivamente a nuevos ámbitos y hacerse cada vez más vigente, buscando así la maximización progresiva de los mecanismos al alcance de los ciudadanos, dispuestos por el constituyente para el acceso al poder político, para su ejercicio y su control, así como para la toma de decisiones....

/.../

*Adicionalmente, contribuye a reforzar la argumentación anterior **el hecho evidente de que no todos los que no participan en unas elecciones dejan de hacerlo por voluntad propia. Piénsese en los jóvenes que adquieren la ciudadanía con posterioridad a la jornada electoral en la que resulta elegido el mandatario cuya revocatoria posteriormente se va a decidir**; o en los ciudadanos que por cualquier otra circunstancia constitutiva de fuerza mayor tampoco pudieron hacerlo; o simplemente en aquellos que por no estar en el lugar en la fecha de los comicios no tuvieron la oportunidad de depositar su voto. Todos ellos quedarían también excluidos de participar en la jornada en que se decidiera la continuidad del burgomaestre o del gobernador, sacrificio este que la Corte encuentra desproporcionado e injustificado de cara al principio expansivo de la democracia participativa a que se ha aludido.”.*

Por manera que, no resulta coherente que nuestro ordenamiento jurídico establezca que para la revocatoria del mandato de un alcalde, se permita la participación de quienes no pertenecían al censo electoral (caso de menores de edad entre otros) y, tratándose del proceso de elección en caso de elección atípica se limite la participación ciudadana implementando una herramienta desactualizada.

En los anteriores términos, dejo expuesta mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado