



MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD – Contra acto por medio del cual se dictan medidas para garantizar la transparencia de los escrutinios / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL – Competencias constitucionales y legales / ESCRUTINIO DE MESA Y FORMULARIO E11 – No requieren de ley estatutaria para regular su publicidad

Inicialmente, advierte la Sala que en la demanda el actor no incluyó un análisis concreto y específico de la posible ilegalidad de cada uno de los diez artículos que contiene la Resolución 1706 de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral. Genéricamente, estimó que al proferir este acto el organismo incurrió en la causal de anulación de falta de competencia (...) por tratarse de materias reservadas a la Registraduría Nacional del Estado Civil, como también en el posible desconocimiento de la reserva de ley estatutaria a que hace referencia el artículo 152 de la Constitución. (...). [E]n el concepto de la violación el actor cuestionó particularmente la posible afectación del diseño del software de la Registraduría, la publicación de las actas de escrutinio de mesa, que incluye la suspensión de los escrutinios, al igual que la incorporación de espacios en el diseño del formulario E-11. En virtud de lo anterior y como quiera que no todas las disposiciones del acto acusado son de naturaleza estatutaria, el análisis que hará esta corporación estará circunscrito a los artículos de la Resolución 1706 de 2019 que regulan esos tres aspectos en los cuales están centradas las censuras formuladas por el actor. (...). Es claro que la publicación de los escrutinios de mesa es una materia que ya aparece regulada en el artículo 41 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, que previó la divulgación de los documentos electorales cuando el escrutinio haya concluido y sean leídos los resultados correspondientes. Desde este punto de vista, estima la Sala que la directriz dada a la Registraduría para que adopte las medidas tecnológicas y procedimentales requeridas para la publicación no implica asumir la competencia que tiene dicha entidad para la organización de las elecciones. Se trata de una pauta dirigida a la observancia de la obligación legal que corresponde a la RNEC de divulgar el escrutinio de mesa, como medida tendiente a reforzar la garantía de la transparencia de la actuación, que precisamente busca la Resolución 1706 de 2019. (...). Es importante destacar que en esta materia y por mandato del artículo 1º del Código Electoral, adoptado mediante Decreto Ley 2241 de 1986, la publicidad del escrutinio es la regla general aplicable según las directrices de dicha norma y las disposiciones electorales. Entonces, la fijación del parámetro para la implementación de las medidas tecnológicas y procedimentales para la publicidad encuadra en la función que el artículo 265 de la Carta Política asignó al Consejo Nacional Electoral de velar por el desarrollo de los procesos electorales. Así, no encuentra la Sala que la regla fijada para reiterar el deber que tiene la Registraduría Nacional de publicar los escrutinios de mesa sea ilegal, pues no afecta la atribución constitucional y legal que tiene la entidad para la organización y desarrollo de las elecciones. Adicionalmente, tampoco puede concluirse que el Consejo Nacional Electoral haya desconocido la reserva de ley estatutaria, dado que la directriz impartida simplemente insistió en la obligación que le compete a la RNEC en esta materia con base en la Ley Estatutaria 1475 de 2011. (...). Observa la Sala que la norma estatutaria incluyó la publicación del escrutinio de mesa sin hacer referencia al formulario E-11, como lo hizo la Resolución 1706 de 2019 en el artículo segundo y lo advirtió la señora agente del Ministerio Público. (...). Considera la Sala que el hecho de que la Ley Estatutaria 1475 de 2011 no haya incluido expresamente el formulario E-11 como parte de los documentos cuya publicación puede hacerse en el curso de la actuación, no implica que el Consejo Nacional Electoral no pueda hacerlo en ejercicio de su obligación de velar por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías, como lo estableció la Constitución en el artículo 265 al asignar las funciones del organismo. (...). Entonces, estima la Sala que tampoco es





necesaria la expedición de una ley estatutaria para regular la publicidad de este documento electoral, dado que no corresponde a un aspecto estructural que pueda obrar en detrimento del ejercicio del derecho por parte del elector. El desarrollo de los asuntos electorales mediante las leyes estatutarias debe entenderse con alcances restrictivos, pues una postura contraria, como lo entiende genéricamente el actor, llevaría a que cualquier situación relacionada con la materia tuviera que tratarse a través de la norma de especial jerarquía, sin tener en cuenta las competencias del legislador ordinario y de los organismos autónomos que tienen facultades para su regulación. Agrega la Sala que las anteriores consideraciones también son aplicables al contenido del artículo tercero de la Resolución 1706 de 2019, que ordenó la publicación y entrega de las actas de escrutinio a los testigos electorales designados por los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos. (...). Además de las actas de escrutinio, la norma estableció la entrega a los testigos electorales de la información relacionada con los denominados Log del sistema operativo y Log de la base de datos. (...). [L]a Sala tiene reconocido que esos archivos tecnológicos generados por el software contribuyen a verificar la presencia de posibles irregularidades en el interior del sistema utilizado para la labor desarrollada en el escrutinio. Dado que dicha herramienta puede ser usada para la vigilancia del proceso de escrutinio, incluso por el mecanismo de auditoría, su divulgación puede ser ordenada por el Consejo Nacional Electoral en ejercicio de la competencia que le asignó el artículo 265 de la Carta Política para el desarrollo del proceso electoral y no exige el trámite de ley estatutaria para la entrega al testigo electoral. En consecuencia, por este primer aspecto el cargo no prospera.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la constitucionalidad del proyecto que luego pasó a convertirse en la Ley 1475 de 2011, ver: Corte Constitucional, sentencia C-490 del 23 de junio de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Acerca de los archivos tecnológicos generados por el software y que estos contribuyen a verificar la presencia de posibles irregularidades en el escrutinio, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de febrero 18 de 2018, radicación 11001-03-28-000-2014-00117-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 265 / LEY 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 41 / CÓDIGO ELECTORAL – ARTÍCULO 1

SUSPENSIÓN DEL ESCRUTINIO – No está previsto en la ley estatutaria

En lo que corresponde al otro segmento incluido en la citada norma, el artículo segundo de la Resolución 1706 de 2019 también señaló que “Los escrutinios podrán instalarse, pero serán suspendidos en tanto se hace la publicación total ordenada anteriormente”. Es decir, el acto acusado dispuso expresamente la alternativa de suspender los escrutinios, después de su instalación, a la espera de que sea hecha en su totalidad la publicación de las actas dispuesta en el mismo artículo segundo del acto demandado. Adicionalmente, en el artículo cuarto estableció la garantía del debido proceso administrativo electoral. (...). El texto de esta disposición también incluyó la suspensión del escrutinio para que pueda hacerse la publicación de las actas y archivos y la presentación de posibles reclamaciones, recursos o solicitudes de los interesados frente a los datos electorales. (...). Las reglas contenidas en las citadas disposiciones [artículos 41 y 43 de la Ley 1475 de 2011] permiten establecer que la Ley Estatutaria 1475 de 2011 no contempló la suspensión del escrutinio, pues lo que permite es que la información vaya siendo consolidada en la medida de la recepción de los pliegos electorales. La posibilidad de suspender el procedimiento puesto en marcha para el escrutinio que sigue a la votación no fue prevista por la norma estatutaria ni





siquiera en el evento de no contar con los documentos requeridos para la consolidación de la información. Incluso, tampoco condicionó la actuación desplegada para el escrutinio a la publicación total de las actas que el artículo 41 de la misma ley estableció, ni sujetó la continuidad del procedimiento a la existencia de información parcial que haya sido recibida antes de la consolidación. Considera la Sala que la suspensión del escrutinio dispuesta en los artículos segundo y cuarto de la Resolución 1706 de 2019 es contraria a la preceptiva contenida en la Ley 1475 de 2011, ya que incluyó unas causales, para tales efectos, que no están contempladas en la norma estatutaria y que no podían ser consagradas por el Consejo Nacional Electoral en procura de la transparencia del escrutinio.

FUENTE FORMAL: LEY 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 41 / LEY 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 43

RECURSOS TECNOLÓGICOS – Su implementación facilita el seguimiento del proceso de elección

El actor indicó que el Consejo Nacional Electoral no puede inmiscuirse en el diseño del software de las elecciones, por cuanto se trata de un asunto de definición del proceso electoral que corresponde exclusivamente a la Registraduría. (...). [E]n materia de publicidad el organismo dispuso la implementación de un mecanismo para el acceso al archivo de los datos de los resultados parciales y finales por parte de los auditores de los partidos y movimientos políticos. Considera la Sala que el mandato contenido en el citado párrafo del acto demandado no puede entenderse aisladamente, dado que su alcance debe ser entendido desde la relación que tiene con otras normas electorales sobre la materia. Al regular el ejercicio de la vigilancia de los procesos de votación y de los escrutinios por parte de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos, especialmente por conducto de los testigos electorales, la Ley 1475 de 2011 estableció, en el artículo 45, que “Cuando se trata de procesos a los que se han incorporado recursos tecnológicos, se podrán acreditar también auditores de sistemas”. Lo anterior significa que en caso de que existan auditores de sistemas de los partidos y movimientos políticos es necesario garantizarles el acceso a la información para que puedan cumplir adecuadamente la labor de vigilancia del proceso electoral. Fue la misma Ley Estatutaria la que contempló la posibilidad de acudir a las herramientas tecnológicas para el seguimiento que los auditores pueden hacer del proceso y de los escrutinios, lo cual hace que el canal que ordenó habilitar el Consejo Nacional Electoral no pueda tenerse como una afectación del software de la Registraduría.

FUENTE FORMAL: LEY 1475 DE 2011 – ARTÍCULO 45

FORMULARIO E11 – La incorporación de nuevos espacios no afecta el núcleo esencial para el ejercicio del voto / RESERVA DE LEY – No todos los aspectos relacionados con el ámbito electoral deben ser reglados mediante ley estatutaria

Al explicar el concepto de la violación y como parte de la alegada falta de competencia, el demandante cuestionó que el Consejo Nacional Electoral obligue a la Registraduría Nacional a que incluya en el formulario E-11 la firma y la huella de los votantes. (...). A partir de la norma [numeral 11 del artículo 35 del Decreto Ley 1010 de 2000] es incuestionable que la función de diseñar las tarjetas para los diferentes certámenes electorales le corresponde a la Registraduría Delegada en lo Electoral, puesto que así quedó legalmente previsto dentro de la estructura de la





entidad. Subraya la Sala que no le asiste razón al actor cuando señaló la falta de competencia del Consejo Nacional Electoral, ya que es evidente que el artículo quinto de la Resolución 1706 de 2019 no reguló ningún asunto ligado al diseño de la tarjeta electoral. Lo que estableció la disposición del acto acusado fue la incorporación de nuevos espacios en el formulario E-11, el cual contiene el registro de los votantes y es un documento electoral distinto de la tarjeta a que hace alusión el artículo 35 del Decreto Ley 1010 de 2000. Entonces no puede concluirse que el organismo haya actuado sin competencia, pues en la resolución demandada no dispuso que la Registraduría Nacional modificara el contenido de la tarjeta electoral que está a cargo de la delegada en lo electoral. (...). En la medida en que la inclusión de la firma y la huella puede tener incidencia en la confiabilidad y certeza sobre la identidad de quien acude al ejercicio del voto, la Sala considera que la orden impartida en este sentido, en el artículo quinto, encuadra dentro de la facultad que tiene el organismo para vigilar el desarrollo del proceso electoral. En segundo lugar, destaca la Sala que el proceso electoral no puede ser ajeno a la evolución de la sociedad, por lo cual debe adaptarse a las exigencias y retos impuestos por los cambios que puedan ocurrir en los diferentes ámbitos del orden social, político, económico y tecnológico, entre otros. Dicha circunstancia hace que el formulario E-11 pueda ser objeto de modificaciones que contribuyan al logro de los propósitos para los cuales fue creado, como es el registro de votantes, como parte de la transparencia que debe garantizarse en el proceso electoral y en el ejercicio del voto. (...). Ahora, en cuanto a la naturaleza de la regulación que dispuso la inclusión de tales cambios al E-11, precisa la Sala que las materias específicas sometidas al trámite especial de las leyes estatutarias quedaron fijadas en el artículo 152 de la Constitución. (...). En virtud de la citada norma superior, es incuestionable que la regulación que vaya a ser expedida respecto de algunos componentes importantes en materia electoral está sometida a la reserva de ley, particularmente de las leyes de naturaleza estatutaria. No obstante, subraya la Sala que no todos los aspectos directamente relacionados con el ámbito electoral deben ser reglados mediante leyes estatutarias, por cuanto dicha reserva de ley es aplicable al desarrollo de los aspectos estructurales de la materia. (...). El diseño de un formulario electoral con base en la incorporación de los cambios es asunto que no corresponde hacer mediante ley estatutaria, puesto que no tiene la condición de aspecto estructural porque la naturaleza del E-11, insiste la Sala, es cambiante y tiene que ajustarse a la evolución de las exigencias del proceso electoral. (...). La inclusión de los elementos como la firma y la huella del sufragante en el respectivo formato no hace parte del desarrollo del derecho fundamental a elegir y ser elegido, como expresión de los derechos políticos contemplados en el artículo 40 de la Constitución. Tampoco afecta el núcleo esencial que debe garantizarse para el ejercicio del voto, dado que no es una regulación del derecho en sí mismo ni un acto que determine los componentes esenciales del ejercicio por parte de quien acude a las urnas en el proceso electoral. Por tratarse de un asunto operativo, no constituye un aspecto estructural que deba ser dispuesto mediante el trámite especial para las leyes estatutarias, por lo cual no encuentra la Sala que el Consejo Nacional Electoral haya desconocido la reserva de ley contemplada en el artículo 152 de la Carta Política para la el desarrollo de los asuntos electorales.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a los parámetros que permiten determinar si una disposición es de contenido estatutario o simplemente operativo, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de enero 24 de 2019, radicación 11001-03-28-000-2018-00063-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 152 / DECRETO LEY 1010 DE 2000 – ARTÍCULO 35 NUMERAL 11





NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 1706 DE 2019 (8 de mayo) CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (Anulado parcialmente)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-28-000-2019-00032-00

Actor: SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - CNE

Referencia: NULIDAD - Competencias constitucionales y legales del Consejo Nacional Electoral. La cláusula de reserva de ley estatutaria para regular asuntos electorales

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir, en única instancia, la demanda presentada contra la Resolución 1706 de mayo ocho (8) de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral, “[p]or medio de la cual se dictan medidas para garantizar la transparencia de los Escrutinios, el uso eficiente de los recursos públicos destinados al proceso electoral”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Edgar Daniel Bohórquez Enciso, en su condición de presidente del Sindicato de Trabajadores de la Registraduría Nacional del Estado Civil, presentó demanda en la que formuló la siguiente pretensión:

“Que es NULA la Resolución No. 1706 de 08 de mayo de 2019, ‘Por medio de la cual se dictan medidas para garantizar la transparencia de los Escrutinios, el uso eficiente de los recursos públicos destinados al proceso electoral’; acto administrativo de carácter general expedido por el Consejo Nacional Electoral,





según allí se consigna, en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 6 del artículo 265 de la Constitución Política, los artículos 11 y 12 del Decreto 2214 (sic)¹ de 1986, y bajo la referencia según la cual el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que para que se cumpla con el derecho al debido proceso, todas las actuaciones de las comisiones escrutadoras deberán hacerse en audiencia pública”. (Mayúsculas del texto original).

2. Hechos

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda es el siguiente:

El actor señaló que según los artículos 264 y 265 de la Constitución, el Consejo Nacional Electoral es un órgano colegiado, autónomo e independiente al cual le compete regular, inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, los grupos significativos de ciudadanos, sus representantes legales, directivos y candidatos.

Explicó que al organismo corresponde el control y revisión de los escrutinios y agregó que emite pronunciamientos de autoridad pública electoral relacionados con la materia a su cargo, declara las elecciones de carácter nacional, conoce los recursos de apelación y reclamaciones presentadas ante sus delegados y examina las irregularidades presuntamente constitutivas de nulidad de la futura elección.

Agregó que el Congreso de la República expidió la Ley Estatutaria 1475 de julio 14 de 2011, por la cual adoptó las reglas de la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, así como de los procesos electorales.

Destacó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado reconocen que la potestad reglamentaria del Consejo Nacional Electoral es residual, por lo que debe supeditarse a la Constitución, a la ley y a los reglamentos expedidos por el Presidente de la República y está limitada a la materia, pues no puede comprender aspectos generales sino cuestiones meramente técnicas y operativas referidas a sus funciones.

Añadió que la Corte señaló que el artículo 265 de la Carta Política es fuente de potestades de regulación en cabeza del CNE con el alcance de desarrollar únicamente aspectos administrativos subordinados y de mero detalle sobre la organización electoral.

Afirmó que con base en las atribuciones conferidas por el numeral 6° del artículo 265 superior y los artículos 11 y 12 del Decreto 2214 (sic) de 1986, mediante Resolución 1706 de 2019, acusada en este proceso, el Consejo Nacional Electoral dictó medidas para garantizar la transparencia de los escrutinios y el uso eficiente de los recursos públicos destinados al proceso electoral.

¹ «La cita corresponde al Decreto Ley 2241 de 1986 por el cual se adopta el Código Electoral.»





Precisó que el artículo 266 de la Constitución estableció como competencias de la Registraduría Nacional del Estado Civil la identificación de los colombianos y la organización de las elecciones y señaló que la norma que reglamentó la estructura de la entidad, como es el Decreto Ley 1010 de 2000, dispuso que su objeto es registrar la vida civil, identificar a los colombianos y organizar los procesos electorales y los mecanismos de participación ciudadana en orden a apoyar la administración de justicia y el fortalecimiento democrático, dirigir y organizar el proceso electoral y elaborar los respectivos calendarios electorales.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante estimó que la expedición del acto acusado desconoció los artículos 2, 152-c), 265 y 266 de la Constitución, la Ley 1475 de 2011, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y los artículos 2, 4, 5 y concordantes del Decreto Ley 1010 de 2000.

Sostuvo que según el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos administrativos pueden ser anulados por varios motivos, como cuando son dictados por una autoridad pública que carezca de competencia.

Enfatizó que en la resolución demandada, el Consejo Nacional Electoral incluyó aspectos que son del resorte exclusivo de la Registraduría Nacional, que constitucional y legalmente organiza y dirige los procesos electorales en aplicación del artículo 266 de la Constitución y los artículos 1, 2 y 4 del Decreto 1010 de 2000.

Señaló que el CNE no tiene competencia para reglamentar materias como las previstas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 de la Resolución 1706 de 2019, por tratarse de asuntos referentes a la organización y dirección del proceso electoral y a medidas logísticas relativas a la preparación y realización de las elecciones, que no puede regular el organismo.

Aseguró que no puede inmiscuirse en el diseño de los softwares de las elecciones, en la forma en que se publicitarán los resultados ni obligar a la Registraduría Nacional a que se incluya dentro del formulario E-11 la firma y la huella de los votantes.

Agregó que la Constitución reservó ciertas materias al desarrollo legal e incluso en algunas excluyó de la posibilidad de delegación de funciones legislativas al Presidente de la República y aseguró que para tales efectos fueron establecidos los asuntos que deben ser regulados por ley estatutaria, como el derecho a elegir y ser elegido, el deber de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país y los mecanismos de participación ciudadana.

Mencionó que el artículo 152 de la Carta Política utilizó la expresión “funciones electorales” dentro de los asuntos sometidos a reserva de ley estatutaria.





Aludió a las sentencias C-145 de 1994 y C-283 de 2017 dictadas por la Corte Constitucional, a partir de las cuales detalló los aspectos que corresponderían a la “*función electoral*” y estarían comprendidos dentro del alcance de reserva de ley estatutaria.

Hizo referencia al funcionamiento de la democracia con garantía de la igualdad y los derechos de las minorías, todo aquello que verse sobre cuestiones permanentes necesarias para el ejercicio de la labor electoral determinantes en el sistema político y el gobierno, los aspectos relativos a la reglamentación de los entes electorales y los procesos propiamente dichos, las cuestiones relativas a los ciudadanos cuando fungen como electores y alusivas a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos en la postulación de candidatos y realización de campañas, la regulación sobre trámites y condiciones para la financiación de gastos de campaña y lo que abarque un criterio funcional de órganos competentes en los procedimientos electorales.

Precisó que en la misma sentencia C-145 de 1994, la corporación también señaló los asuntos que no corresponden a la “*función electoral*” y se encuentran excluidos de regulación estatutaria, a saber: los aspectos meramente operativos para facilitar la materialización de las elecciones, las cuestiones instrumentales o accesorias, las funciones administrativas y logísticas de los entes que conforman la organización electoral y las funciones que no corresponden a la organización electoral sino al poder ejecutivo, así tengan conexión con los comicios, como salvaguardar el orden público en elecciones.

Basado en la sentencia dictada por la Sección Quinta el seis de mayo de 2013 dentro del proceso 11001-03-28-000-2011-00068-00, reiteró que la potestad reglamentaria del Consejo Nacional Electoral debe supeditarse a la Constitución, a la ley y a los reglamentos expedidos por el Presidente de la República y está limitada a la materia, dado que no puede abarcar aspectos generales sino cuestiones meramente técnicas, operativas o de mero detalle del procedimiento electoral.

Afirmó que la potestad reglamentaria en principio es exclusiva del Presidente de la República y que la función regulatoria, que no otorga atribuciones de creación normativa paralelamente a la ley, es ejercida por distintos órganos dentro del marco del sistema difuso de producción normativa que rige en el país.

Refirió que el artículo 265 de la Constitución le confirió al Consejo Nacional Electoral el control y la revisión de los escrutinios, a partir de lo cual le compete regular la manera de abordar dicha labor y le corresponde declarar las elecciones de carácter nacional, conocer por vía de apelación las reclamaciones presentadas ante sus delegados y examinar las irregularidades presuntamente constitutivas de nulidad de la futura elección a declarar.





Resaltó que la potestad reglamentaria del Consejo Nacional Electoral es residual y no principal, de manera que debe supeditarse a lo contemplado en la Constitución, la ley y los reglamentos expedidos por el Presidente de la República².

Adujo que las atribuciones del organismo se circunscriben a asuntos meramente operativos, técnicos o instrumentales adscritos a sus funciones, mas no a regular asuntos como los que incluyó en el acto acusado, que por su contenido se encuentran subordinados a la ley o atribuidos a otras autoridades.

Después de la transcripción de los artículos primero a séptimo del acto acusado, insistió en que “[...] *se trata de materias reservadas a la competencia de la Registraduría Nacional del Estado Civil, porque se trata de aspectos relativos a la organización y dirección de las elecciones que según la Constitución Política (artículo 266), y el artículo 4° del Decreto-Ley 1010 de 2000, son de resorte de la Registraduría y no del CNE*”.

Indicó que la Resolución 1706 de 2019 no puede considerarse una regulación de aspectos operativos, meramente técnicos o instrumentales, ya que por ejemplo el diseño de los formularios electorales corresponde a la Registraduría Delegada en lo Electoral, según lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 35 del Decreto Ley 1010 de 2000.

4. Admisión de la demanda

Mediante providencia de julio ocho de 2019 fue admitida la demanda y ordenadas las notificaciones al Consejo Nacional Electoral, al representante delegado para recibir notificaciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado y a la agente del Ministerio Público (ff. 41 y 42 cdno 1).

En la misma oportunidad y en auto separado, se corrió traslado al Consejo Nacional Electoral de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, hecha por el actor, que luego fue negada en providencia de julio 26 de 2019 (ff. 2, 3 y 29 a 45 cuaderno 2).

5. Contestación de la demanda

Por intermedio de apoderado judicial, el Consejo Nacional Electoral manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

Consideró que el reproche formulado por el actor contra la Resolución 1706 de 2019 radicó en el hecho de supuestamente haberse expedido sin competencia.

² Para tal efecto, citó las sentencias C-307 de 2004, C-1081 de 2005 de la Corte Constitucional, así como la providencia del 18 de octubre de 2012 dictada en el expediente radicado 11001-03-28-000-2010-00014-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sección Quinta del Consejo de Estado, al analizar la legalidad de la Resolución 754 de 2010 por la cual el Consejo Nacional Electoral adoptó el protocolo de revisión de escrutinios.





Aseguró que en sentencia dictada por la Sección Quinta dentro del expediente acumulado 11001-03-28-000-2010-00014-00, transcrita por el demandante, fueron explicados con claridad los alcances de la potestad reguladora del Consejo Nacional Electoral³.

Destacó el aparte que advirtió que “[...] Esa facultad, en el caso del Consejo Nacional Electoral, encuentra su fundamento en el artículo 265 superior que establece que a dicho órgano le compete regular, inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos garantizando el cumplimiento de los principios y deberes [...]”, al igual que la conclusión según la cual esa potestad para regular le confiere a los órganos autónomos la atribución de expedir actos de carácter general que generen efectos jurídicos con sujeción a la Constitución y a la ley.

Manifestó que los fundamentos para la expedición de la resolución acusada devienen de normas de rango constitucional y legal, como el artículo 209 y el numeral 6° del artículo 265 superior, los artículos 1° (numeral 2°), 11 y 12 del Decreto 2214 (sic) de 1986⁴, los artículos 3° de la Ley 1712 de 2014 y 6° de la Ley 610 de 2000.

Añadió que otro de los elementos cruciales en la decisión administrativa fue el reciente pronunciamiento de febrero ocho de 2018 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el proceso 11001-03-28-000-2014-00117-00⁵, en el cual advirtió que “... para que se cumpla con el derecho al debido proceso en este, todas las actuaciones deberán hacerse en audiencia pública”.

Sostuvo que el acto cuenta con el sustento normativo que goza de plena vigencia en el ordenamiento jurídico, por tanto, a su juicio, debe mantenerse su legalidad y agregó que no reguló asuntos que configuren función electoral, sino que se circunscribió a desarrollar aspectos administrativos y de mero detalle relativos a la organización o procedimiento electoral, de acuerdo con la Constitución y la ley.

6. Audiencia inicial

El 18 de noviembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la cual el magistrado conductor del proceso encontró que no había aspectos por sanear y fijó el litigio en los siguientes términos:

“[...] De acuerdo con la lectura de la demanda y el escrito de contestación, es claro que las partes coinciden en los hechos relacionados (con) la naturaleza jurídica del Consejo Nacional Electoral y de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Sin

³ Al respecto, citó unos apartes de la sentencia dictada en el proceso acumulado 11001-03-28-000-2010-00014-00 (2010-00018 y 2010-00119), con ponencia del magistrado Alberto Yepes Barreiro.

⁴ La citada norma corresponde es al Decreto 2241 de 1986, por el cual se adopta el Código Electoral.

⁵ Demandantes Álvaro Young Hidalgo Rosero y Movimiento Independiente de Renovación Absoluta (MIRA). Para lo cual citó un extracto de la referida sentencia relativo al exhorto para la adquisición del *software* requerido de escrutinios desde y para el Estado.





embargo, no se encuentran de acuerdo en lo relacionado con los alcances de las potestades constitucionales y legales de cada entidad para regular la organización y dirección del procedimiento electoral y de los escrutinios, especialmente lo relacionado con el diseño del software de las elecciones y del formulario electoral E-11, así como de la forma en que se publican los resultados. Establecido lo anterior, la controversia en este proceso está circunscrita a determinar si se debe declarar la nulidad de la Resolución 1706 del 8 de mayo de 2019 proferida por el Consejo Nacional Electoral «Por medio de la cual se dictan medidas para garantizar la transparencia de los Escrutinios, el uso eficiente de los recursos públicos destinados al proceso electoral». Para el efecto, se debe establecer si, como lo afirma la parte demandante, el acto acusado fue expedido con falta de competencia del Consejo Nacional Electoral, pues reguló asuntos que son de competencia de la Registraduría Nacional del Estado Civil o que corresponden al legislador estatutario por tratarse de una función electoral o, si por el contrario, la entidad demandada es competente para expedirlo porque corresponde a la capacidad residual de regulación y reglamentación de temas meramente técnicos, operativos o administrativos, en virtud de las funciones otorgadas por la Constitución y la Ley. Conforme con lo anterior, se debe determinar si con la resolución acusada se vulneraron los artículos 2°, 152 literal c), 265 y 266 de la Constitución Política, la Ley 1475 de 2011, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, así como los artículos 2°, 4° y 5° del Decreto 1010 de 2000”.

Adicionalmente, decidió sobre el decreto de las pruebas que reunían los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad. A continuación, prescindió de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, al no ser necesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento consagrada en el artículo 182 *ibidem*, ordenó el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito (ff. 83 y 84 cuaderno 1).

7. Alegatos de conclusión

7.1. Parte demandante

No presentó alegatos finales.

7.2. Parte demandada

Su apoderado manifestó que reitera todos los argumentos de defensa planteados en la contestación y solicitó que sean denegadas las pretensiones de la demanda y dejada incólume la legalidad del acto administrativo acusado.

8. Concepto del Ministerio Público

A través de memorial recibido vía electrónica el dos de diciembre de 2019, la procuradora séptima delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto⁶, en los términos que se exponen a continuación:

⁶ Folios 92 a 100 anverso del cuaderno 1.





Solicitó declarar la nulidad de los artículos tercero al décimo de la resolución acusada, así como la expresión según la cual «y formulario E11. Los escrutinios podrán instalarse, pero serán suspendidos en tanto se hace la publicación total ordenada anteriormente» contenida en el artículo segundo de la misma.

Pidió declarar la nulidad de la totalidad del acto en atención a que perdería su razón si se acoge su concepto y carecería de objeto dejar en el ordenamiento jurídico dos artículos.

Aludió a la facultad de regulación del Consejo Nacional Electoral, a partir de las funciones atribuidas a dicho órgano en el artículo 265 constitucional, lo cual ha sido objeto de examen tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado⁷.

Señaló que tal atribución está subordinada a lo dispuesto en la Constitución y la Ley, la cual se ha entendido como la capacidad para determinar asuntos meramente técnicos, operativos o administrativos frente a asuntos de su competencia⁸.

Manifestó que no existe competencia para desarrollar un asunto que, previamente, no haya definido el legislador, en tanto, en el reparto de atribuciones se impone la cláusula general de competencia atribuida a este en el artículo 150 superior.

Precisó que el artículo 152 de la Constitución señaló que mediante leyes estatutarias se regularían, entre otras, las materias relativas a la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estatuto de la oposición, las funciones electorales y las instituciones y mecanismos de participación.

Adujo que esta regla tiene una excepción consistente en que el constituyente derivado expresa y excepcionalmente faculta al ente autónomo electoral para hacer directamente el desarrollo del asunto sin la intervención previa del legislador, es decir una atribución para actuar como legislador estatutario de manera excepcionalísima⁹.

Resaltó que como lo ha considerado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, la facultad de regulación que consagra el artículo 265 superior no puede confundirse con la capacidad de producir normas de carácter general y abstracto, como lo hace el legislador, ya que esa capacidad es excepcionalísima y requiere habilitación expresa que provenga directamente del constituyente¹⁰.

⁷ Al respecto, hizo referencia a las sentencias C – 226 de 1994, C – 384 de 2003, C – 307 de 2004, C – 319 de 2006, C-1005 de 2008 y C – 818 de 2011 de la Corte Constitucional, así como a las providencias del 6 de mayo de 2013 (expediente 2011-00068-00), del 12 de agosto de 2013 (expediente 2012-00034-00) y del 30 de octubre de 2014 (expediente 2014-00090) del Consejo de Estado.

⁸ Citó sentencia C – 089 de 1994 de la Corte Constitucional.

⁹ Citó la sentencia C – 1005 de 2008 de la Corte Constitucional.

¹⁰ Se refirió a la sentencia del 30 de octubre de 2014 «expediente 2014-00090» de la Sección Quinta del Consejo de Estado.





Manifestó que la Sección Quinta ha reconocido que la función electoral es distinta de las demás funciones tradicionales del Estado, a saber: la administrativa, la legislativa y la judicial, diferencia de suma importancia para establecer parámetros específicos de juzgamiento de los actos electorales de los administrativos¹¹.

Advirtió que el ejercicio de la función electoral debe realizar el principio democrático consagrado constitucionalmente y la garantía del respeto de la voluntad popular expresada mediante el voto.

Indicó que el artículo primero de la resolución demandada no contiene una regulación que desarrolle la función electoral, pues es de naturaleza meramente técnica u operativa, dado que trata del empleo de herramientas tecnológicas que permiten la publicación de actas de escrutinio de mesa en los formularios E – 14, tal como lo ordena el artículo 41 de la Ley 1475 de 2011.

Refirió que el Consejo Nacional Electoral excedió su competencia y por tanto debe declararse la nulidad del aparte del artículo segundo según el cual “... y formulario E11. Los escrutinios podrán instalarse, pero serán suspendidos en tanto se hace la publicación total ordenada anteriormente»; en tal sentido, indicó que la regulación sobre los escrutinios corresponde a la función electoral, pues de ello se desprenden los resultados electorales.

Al respecto, especificó lo siguiente:

a) El artículo 41 de la Ley 1475 de 2011 dispone que la “[...] *publicación únicamente de las actas de escrutinio de mesa, mientras que la resolución amplí[e] esa publicación a otros documentos electorales como las actas de escrutinio de mesa –formulario E-14- y del acta de instalación de mesa y registro general de votantes –formulario E-11”*.

b) La citada norma regula el inicio de los escrutinios, desarrollo y conclusión, mas no establece ningún evento para suspender escrutinios; mientras que el acto acusado señaló que los escrutinios se suspenderán en tanto se haga la publicación de formularios E - 11 y E - 14.

Aclaró que, si bien podría pensarse que se trata de un simple detalle administrativo o técnico, la regulación del legislador en esta materia debe ser de tal concreción que fue la propia ley estatutaria la que indicó qué formulario electoral debe publicarse, esto es, los E – 14 claveros, sin referirse a otros.

Concluyó que por tanto la orden de escanear y publicar los formularios E – 11, pese a que revierte en aspectos de mayor transparencia, corresponde a un asunto que la norma estatutaria no incluyó.

Sostuvo que el CNE invadió la competencia del legislador estatutario al señalar que el hecho de no cumplir el deber de escanear y publicar los mencionados

¹¹ Hizo referencia al auto del siete de febrero de 2019, expediente 11001-03-28-000-2019-00001-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.





formularios da origen la suspensión de los escrutinios, ya que la Ley 1475 de 2011 no contempla dicha consecuencia.

Manifestó que el artículo tercero de la resolución acusada también se refiere a una regulación de los escrutinios y por tanto, a la función electoral, por los siguientes motivos:

a) El artículo 42 *ibidem*¹² solo dispone la entrega del acta parcial y la final del escrutinio, mientras que el acto acusado contempla la entrega además del acta general de escrutinios, del log del sistema operativo y del log de la base de datos, lo que a su juicio amerita regulación del Congreso de la República.

b) El contenido de las actas generales de escrutinio es competencia de la Registraduría Nacional del Estado Civil, conforme lo establece el numeral 4° del artículo 36 del Decreto 1010 de 2000¹³.

En relación con este numeral, la procuradora hizo mención a la sentencia del 8 de febrero de 2018 dictada en el expediente acumulado 11001-03-28-000-2014-00117-00 (11001-03-28-000-2014-00109-00), con ponencia de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Consideró que el artículo cuarto de la resolución demandada implica el ejercicio de la función electoral, frente a la cual el Consejo Electoral carece de competencia, por lo siguiente:

a) Dispone aspectos que inciden directamente en validez de los actos emitidos en el procedimiento electoral, como los recursos y la naturaleza del auto que la decide.

b) Estableció una causal de suspensión del procedimiento electoral al señalar que el trámite de las actuaciones en segunda instancia no podrán surtirse hasta que no se hayan publicado los documentos relacionados en el artículo tercero.

¹² “ARTÍCULO 42. DE LAS COMISIONES ESCRUTADORAS. Los miembros de las comisiones escrutadoras deberán estar en la sede del escrutinio desde las tres y media (3:30) de la tarde del día de la votación, activarán la entrega de los pliegos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales que no se hayan introducido en el arca triclave al empezar el escrutinio, verificarán cuidadosamente la hora y el estado de los mismos al ser recibidos, de todo lo cual se dejará constancia en el acta de introducción que suscriben los claveros. [] Si faltaren pliegos de los corregimientos, inspecciones de policía o sectores rurales, la comisión escrutadora no podrá concluir el escrutinio antes de vencerse el mayor de los términos de distancia fijados por el Registrador Nacional del Estado Civil para el respectivo municipio. [] PARÁGRAFO. Las Comisiones Escrutadoras, según el caso, entregarán a un testigo por partido, movimiento político o grupos significativo de ciudadanos, en medio físico o magnético, una copia de las actas parciales de escrutinio en cada jornada. Para iniciar la nueva jornada la Comisión Escrutadora, verificará junto con los Testigos Electorales, que los datos parciales de escrutinio coincidan con la información entregada en la jornada anterior. [] De igual manera, las Comisiones Escrutadoras deberán entregar, según el caso, en medio físico o magnético, una copia del acta final de escrutinio”.

¹³ Por el cual se establece la organización interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil, se fijan las funciones de sus dependencias, se define la naturaleza jurídica del Fondo Social de Vivienda de la entidad y se dictan otras disposiciones: “ARTICULO 36. DIRECCION DE GESTION ELECTORAL. Son funciones de la Dirección de Gestión Electoral: [...] 4. Dirigir el diseño y la elaboración de los manuales de procedimientos y formularios electorales”.





Señaló que este aspecto corresponde regularlo al legislador, no solo por tratarse de un elemento que también implica el ejercicio de la función electoral sino porque atañe al derecho fundamental al debido proceso del trámite post electoral.

Mencionó que el artículo quinto de la decisión administrativa afecta de manera sustancial la función electoral, pues conforme al numeral 4° del artículo 36 del Decreto 1010 de 2000, es la Registraduría Nacional la encargada de determinar si el formulario E-11 debe diligenciarse con las huellas de cada persona que ejerza el derecho al voto.

Resaltó que a pesar de que no se ha cumplido a cabalidad, en el artículo 39 de la Ley 1475 de 2011 existe un mandato legal para implementación del voto electrónico con mecanismos de identificación biométrica, que implican el empleo de tecnologías y no el registro físico de firmas o huellas de los votantes.

Precisó que el artículo sexto del acto acusado desbordó lo previsto en el artículo 41 de la Ley 1475 de 2011, ya que amplía la publicidad de actos electorales a otras personas distintas a los testigos electorales, pues facultó a los asistentes a filmar no solo escrutinios de mesa sino los escrutinios distritales, municipales y auxiliares, general y nacional y a su divulgación por todos los que filmen.

Adujo que si bien el principio de la publicidad rige los escrutinios y podría redundar en la transparencia del certamen electoral, porque atañe a la función electoral, se requiere regulación de legislador estatutario.

Manifestó que a pesar de que los artículos séptimo, octavo, noveno y décimo de la resolución no consagran ninguna disposición referida a los escrutinios, deben correr la misma suerte de los artículos cuya nulidad solicitó, ya que se refieren a la implementación de aquellos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta es competente para resolver la demanda en única instancia, según lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019, que contiene el reglamento del Consejo de Estado.

2. Acto demandado

Corresponde a la Resolución 1706 de mayo ocho (8) de 2019 proferida por el Consejo Nacional Electoral, mediante la cual dictó medidas para garantizar la transparencia de los escrutinios y el uso eficiente de los recursos públicos destinados al proceso electoral.

3. Problema jurídico





Esta corporación debe resolver si el acto acusado fue expedido con falta de competencia por el Consejo Nacional Electoral, al regular asuntos subordinados a la ley estatutaria o que corresponden a la Registraduría Nacional o si, por el contrario, el organismo demandado es competente para dictarlo porque concierne a la capacidad residual de regulación y reglamentación de temas técnicos, operativos o administrativos, en virtud de las funciones otorgadas por la Constitución y la ley.

4. Análisis de los cargos

Inicialmente, advierte la Sala que en la demanda el actor no incluyó un análisis concreto y específico de la posible ilegalidad de cada uno de los diez artículos que contiene la Resolución 1706 de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Genéricamente, estimó que al proferir este acto el organismo incurrió en la causal de anulación de falta de competencia prevista en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo por tratarse de materias reservadas a la Registraduría Nacional del Estado Civil, como también en el posible desconocimiento de la reserva de ley estatutaria a que hace referencia el artículo 152 de la Constitución.

En este marco de acción, concluyó que los aspectos incluidos en el acto acusado corresponden a materias reservadas a la competencia de la RNEC, para lo cual aludió, también en forma general, a las atribuciones contempladas en el artículo 266 de la Constitución y el objeto, la misión y las funciones que tiene la entidad según los artículos 2º, 4º y 5º del Decreto Ley 1010 de 2000.

No obstante, en el concepto de la violación el actor cuestionó particularmente la posible afectación del diseño del software de la Registraduría, la publicación de las actas de escrutinio de mesa, que incluye la suspensión de los escrutinios, al igual que la incorporación de espacios en el diseño del formulario E-11.

En virtud de lo anterior y como quiera que no todas las disposiciones del acto acusado son de naturaleza estatutaria, el análisis que hará esta corporación estará circunscrito a los artículos de la Resolución 1706 de 2019 que regulan esos tres aspectos en los cuales están centradas las censuras formuladas por el actor, según lo dispuesto en la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial del proceso.

4.1. La publicación de las actas de escrutinio de mesa y del E-11

Al referirse a la falta de competencia, el demandante consideró que *“No puede inmiscuirse el Consejo Nacional Electoral en el diseño de los software de las elecciones, ni en la forma en que se publicarán los resultados [...]”* y agregó que se trata de una materia de definición del proceso electoral que compete exclusivamente a la Registraduría Nacional.





En el artículo segundo, el acto acusado estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO SEGUNDO: PUBLICACIÓN DE ACTAS DE ESCRUTINIO DE MESA.

En cumplimiento del artículo 41 de la Ley 1475 de 2011, una vez concluya el escrutinio de mesa, la Registraduría Nacional del Estado Civil, implementará todas las medidas tecnológicas y procedimentales necesarias para que se publiquen, a la mayor brevedad, las imágenes y los archivos planos del cuerpo dirigido a los claveros de las actas de escrutinio de mesa E14 y formulario E-11. Los escrutinios podrán instalarse, pero serán suspendidos en tanto se hace la publicación total ordenada anteriormente”.

Como puede verse, la disposición reguló expresamente la publicación del contenido de las actas de escrutinio de mesa correspondientes a los formularios E-14 y E-11 y la suspensión del escrutinio hasta que sea hecha la publicación total dispuesta en la misma norma.

En cuanto al primer aspecto, observa la Sala que el Consejo Nacional Electoral sustentó la publicación de las actas de escrutinio en el artículo 41 de la Ley 1475 de 2011, por la cual fueron adoptadas reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictaron otras disposiciones.

La citada norma señaló lo siguiente:

“Artículo 41. Del escrutinio el día de la votación. *Las comisiones escrutadoras distritales, municipales y auxiliares comenzarán el escrutinio que les corresponde el mismo día de la votación, a partir del momento del cierre del proceso de votación, con base en las actas de escrutinio de mesa y a medida que se vayan recibiendo por parte de los claveros respectivos, en el local que la respectiva Registraduría previamente señale.*

Dicho escrutinio se desarrollará hasta las doce (12) la noche. Cuando no sea posible terminar el escrutinio antes de la hora señalada, la audiencia de escrutinio continuará a las nueve (9) de la mañana del día siguiente hasta las nueve (9) de la noche y así sucesivamente hasta terminar el correspondiente escrutinio.

*Al concluir el escrutinio de mesa y luego de leídos en voz alta los resultados, las personas autorizadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil **escanearán las correspondientes actas de escrutinio de mesa a efectos de ser publicadas inmediatamente en la página web de la entidad.** Una copia de dichas actas será entregada a los testigos electorales, quienes igualmente podrán utilizar cámaras fotográficas o de video”.* (Negrillas fuera del texto).

Es claro que la publicación de los escrutinios de mesa es una materia que ya aparece regulada en el artículo 41 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, que previó la divulgación de los documentos electorales cuando el escrutinio haya concluido y sean leídos los resultados correspondientes.

Desde este punto de vista, estima la Sala que la directriz dada a la Registraduría para que adopte las medidas tecnológicas y procedimentales requeridas para la





publicación no implica asumir la competencia que tiene dicha entidad para la organización de las elecciones.

Se trata de una pauta dirigida a la observancia de la obligación legal que corresponde a la RNEC de divulgar el escrutinio de mesa, como medida tendiente a reforzar la garantía de la transparencia de la actuación, que precisamente busca la Resolución 1706 de 2019.

Desde la perspectiva de dicho objetivo y por estimar que es aplicable a este caso, la Sala acoge la conclusión a la que llegó la Corte en la sentencia C-490 de 2011, que revisó la constitucionalidad del proyecto que luego pasó a convertirse en la Ley 1475 de 2011, según la cual las medidas adoptadas por el artículo 41, incluyendo la publicidad, están orientadas a “[...] *reducir las oportunidades de manipulación y alteración de los escrutinios entre la contabilización inicial de los votos y la proclamación de los resultados finales de la votación* [...]” en el marco de un diseño institucional que, según la alta corporación, procura blindar el proceso electoral frente a posibles irregularidades¹⁴.

Es importante destacar que en esta materia y por mandato del artículo 1º del Código Electoral, adoptado mediante Decreto Ley 2241 de 1986, la publicidad del escrutinio es la regla general aplicable según las directrices de dicha norma y las disposiciones electorales.

Entonces, la fijación del parámetro para la implementación de las medidas tecnológicas y procedimentales para la publicidad encuadra en la función que el artículo 265 de la Carta Política asignó al Consejo Nacional Electoral de velar por el desarrollo de los procesos electorales.

Así, no encuentra la Sala que la regla fijada para reiterar el deber que tiene la Registraduría Nacional de publicar los escrutinios de mesa sea ilegal, pues no afecta la atribución constitucional y legal que tiene la entidad para la organización y desarrollo de las elecciones.

Adicionalmente, tampoco puede concluirse que el Consejo Nacional Electoral haya desconocido la reserva de ley estatutaria, dado que la directriz impartida simplemente insistió en la obligación que le compete a la RNEC en esta materia con base en la Ley Estatutaria 1475 de 2011.

Como el artículo 41 ordenó la publicación de las actas de escrutinio desde el mismo día de la votación, lo que hizo el organismo fue reiterar el cumplimiento de la regulación de dicha naturaleza que estableció la publicidad de esos documentos electorales.

Observa la Sala que la norma estatutaria incluyó la publicación del escrutinio de mesa sin hacer referencia al formulario E-11, como lo hizo la Resolución 1706 de 2019 en el artículo segundo y lo advirtió la señora agente del Ministerio Público.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-490 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.





En el procedimiento administrativo electoral, el formulario E-11 contiene el acta de instalación de la mesa y el registro general de votantes de la correspondiente elección, cuyo diligenciamiento está a cargo de los jurados de votación.

Considera la Sala que el hecho de que la Ley Estatutaria 1475 de 2011 no haya incluido expresamente el formulario E-11 como parte de los documentos cuya publicación puede hacerse en el curso de la actuación, no implica que el Consejo Nacional Electoral no pueda hacerlo en ejercicio de su obligación de velar por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías, como lo estableció la Constitución en el artículo 265 al asignar las funciones del organismo.

Desde la óptica de la información que contiene el documento electoral, como son los datos correspondientes a la instalación de la mesa y el registro de votantes, su divulgación no afecta la marca de la actuación ni el ejercicio del derecho al voto.

Parte de aquella información contenida en el formulario E-11 coincide con los datos publicados en los listados ubicados por la Registraduría Nacional en el lugar visible y accesible del respectivo puesto de votación, previamente a la iniciación de la jornada electoral.

Entonces, estima la Sala que tampoco es necesaria la expedición de una ley estatutaria para regular la publicidad de este documento electoral, dado que no corresponde a un aspecto estructural que pueda obrar en detrimento del ejercicio del derecho por parte del elector.

El desarrollo de los asuntos electorales mediante las leyes estatutarias debe entenderse con alcances restrictivos, pues una postura contraria, como lo entiende genéricamente el actor, llevaría a que cualquier situación relacionada con la materia tuviera que tratarse a través de la norma de especial jerarquía, sin tener en cuenta las competencias del legislador ordinario y de los organismos autónomos que tienen facultades para su regulación.

Agrega la Sala que las anteriores consideraciones también son aplicables al contenido del artículo tercero de la Resolución 1706 de 2019, que ordenó la publicación y entrega de las actas de escrutinio a los testigos electorales designados por los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos.

En la medida en que la publicidad del escrutinio es el criterio general aplicable en esta materia según el artículo 1º del Código Electoral, no encuentra la Sala obstáculo para que pueda disponerse la divulgación de otros elementos que le sirven de soporte.

Además de las actas de escrutinio, la norma estableció la entrega a los testigos electorales de la información relacionada con los denominados Log del sistema operativo y Log de la base de datos, utilizados para el escrutinio y como parte de la actuación.





En esta materia, la Sala tiene reconocido que esos archivos tecnológicos generados por el software contribuyen a verificar la presencia de posibles irregularidades en el interior del sistema utilizado para la labor desarrollada en el escrutinio¹⁵.

Dado que dicha herramienta puede ser usada para la vigilancia del proceso de escrutinio, incluso por el mecanismo de auditoría, su divulgación puede ser ordenada por el Consejo Nacional Electoral en ejercicio de la competencia que le asignó el artículo 265 de la Carta Política para el desarrollo del proceso electoral y no exige el trámite de ley estatutaria para la entrega al testigo electoral.

En consecuencia, por este primer aspecto el cargo no prospera.

4.2. La suspensión del escrutinio

En lo que corresponde al otro segmento incluido en la citada norma, el artículo segundo de la Resolución 1706 de 2019 también señaló que **“Los escrutinios podrán instalarse, pero serán suspendidos en tanto se hace la publicación total ordenada anteriormente”**.

Es decir, el acto acusado dispuso expresamente la alternativa de suspender los escrutinios, después de su instalación, a la espera de que sea hecha en su totalidad la publicación de las actas dispuesta en el mismo artículo segundo del acto demandado.

Adicionalmente, en el artículo cuarto estableció la garantía del debido proceso administrativo electoral y señaló lo siguiente:

“ARTÍCULO CUARTO: GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO ELECTORAL: *Con el fin de garantizar el debido proceso administrativo electoral, ninguna actuación de la Comisión será efectuada por fuera de audiencia pública ni de sus lapsos de sesión, ningún recurso podrá ser resuelto por auto de trámite y el de apelación deberá ser tramitado ante el superior, quien decidirá sobre su procedencia y solución de fondo.*

El trámite de las actuaciones que deban surtirse en la segunda instancia no se iniciará hasta tanto no haya terminado en su totalidad la instancia anterior y se hayan publicado las actas y los archivos planos respectivos de los documentos relacionados en artículo tercero de la presente resolución.

PARÁGRAFO: *Para garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso, los escrutadores leerán la totalidad de los datos electorales de la respectiva comisión y otorgarán como mínimo un (1) día hábil para la presentación de reclamaciones, recursos o solicitudes contado a partir del día siguiente a la publicación o entrega de los archivos planos del acta E24 del respectivo escrutinio. Las peticiones antes*

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de febrero 18 de 2018, expediente 11001-03-28-000-2014-00117-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.





enunciadas serán resueltas en audiencia mediante actos de fondo susceptibles de recursos”.

El texto de esta disposición también incluyó la suspensión del escrutinio para que pueda hacerse la publicación de las actas y archivos y la presentación de posibles reclamaciones, recursos o solicitudes de los interesados frente a los datos electorales.

Precisa la Sala que al adoptar las diferentes reglas aplicables a los procesos electorales, la Ley Estatutaria 1475 de 2011, en el título IV correspondiente a sus disposiciones varias, estableció el procedimiento para la realización de los escrutinios.

En el ya citado artículo 41, la norma reguló el escrutinio del día de la votación e indicó que *“Las comisiones escrutadoras distritales, municipales y auxiliares comenzarán el escrutinio que les corresponde el mismo día de la votación, a partir del momento del cierre del proceso de votación, **con base en las actas de escrutinio de mesa y a medida que se vayan recibiendo por parte de los claveros respectivos**, en el local que la respectiva Registraduría previamente señale”.* (Negrillas fuera del texto).

También en el artículo 43 dispuso que los escrutinios a cargo de los delegados del Consejo Nacional Electoral iniciarán a las nueve de la mañana del martes siguiente a las elecciones y que *“[...] deberán iniciar y adelantar el escrutinio general, **aunque no se haya recibido la totalidad de los pliegos electorales de los municipios que integran la circunscripción electoral”.*** (Negrillas fuera del texto).

Las reglas contenidas en las citadas disposiciones permiten establecer que la Ley Estatutaria 1475 de 2011 no contempló la suspensión del escrutinio, pues lo que permite es que la información vaya siendo consolidada en la medida de la recepción de los pliegos electorales.

La posibilidad de suspender el procedimiento puesto en marcha para el escrutinio que sigue a la votación no fue prevista por la norma estatutaria ni siquiera en el evento de no contar con los documentos requeridos para la consolidación de la información.

Incluso, tampoco condicionó la actuación desplegada para el escrutinio a la publicación total de las actas que el artículo 41 de la misma ley estableció, ni sujetó la continuidad del procedimiento a la existencia de información parcial que haya sido recibida antes de la consolidación.

Considera la Sala que la suspensión del escrutinio dispuesta en los artículos segundo y cuarto de la Resolución 1706 de 2019 es contraria a la preceptiva contenida en la Ley 1475 de 2011, ya que incluyó unas causales, para tales efectos, que no están contempladas en la norma estatutaria y que no podían ser





consagradas por el Consejo Nacional Electoral en procura de la transparencia del escrutinio.

Así, por este aspecto el cargo está llamado a prosperar y en consecuencia será declarada la nulidad del aparte final del artículo segundo y del inciso segundo y el parágrafo del artículo cuarto del acto acusado.

4.3. La posible afectación del software de la Registraduría Nacional

El actor indicó que el Consejo Nacional Electoral no puede inmiscuirse en el diseño del software de las elecciones, por cuanto se trata de un asunto de definición del proceso electoral que corresponde exclusivamente a la Registraduría.

En el parágrafo primero, el artículo segundo de la Resolución 1706 señaló:

“PARÁGRAFO PRIMERO: *La Registraduría Nacional del Estado Civil, habilitará un canal especial, para que los auditores de los partidos y movimientos políticos puedan acceder al archivo plano o en formato de datos abiertos de los resultados parciales y finales del denominado pre-conteo, antes que continúe la audiencia de escrutinio el lunes siguiente a las elecciones*”. (Negrillas del texto original).

Es decir, en materia de publicidad el organismo dispuso la implementación de un mecanismo para el acceso al archivo de los datos de los resultados parciales y finales por parte de los auditores de los partidos y movimientos políticos.

Considera la Sala que el mandato contenido en el citado parágrafo del acto demandado no puede entenderse aisladamente, dado que su alcance debe ser entendido desde la relación que tiene con otras normas electorales sobre la materia.

Al regular el ejercicio de la vigilancia de los procesos de votación y de los escrutinios por parte de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos, especialmente por conducto de los testigos electorales, la Ley 1475 de 2011 estableció, en el artículo 45, que *“Cuando se trata de procesos a los que se han incorporado recursos tecnológicos, se podrán acreditar también auditores de sistemas”*.

Lo anterior significa que en caso de que existan auditores de sistemas de los partidos y movimientos políticos es necesario garantizarles el acceso a la información para que puedan cumplir adecuadamente la labor de vigilancia del proceso electoral.

Fue la misma Ley Estatutaria la que contempló la posibilidad de acudir a las herramientas tecnológicas para el seguimiento que los auditores pueden hacer del proceso y de los escrutinios, lo cual hace que el canal que ordenó habilitar el Consejo Nacional Electoral no pueda tenerse como una afectación del software de





la Registraduría, ya que se trata de un recurso dirigido a la garantía de la información de los auditores de quienes concurren a participar en el proceso.

4.4. La incorporación de espacios en el formulario E-11

Al explicar el concepto de la violación y como parte de la alegada falta de competencia, el demandante cuestionó que el Consejo Nacional Electoral obligue a la Registraduría Nacional a que incluya en el formulario E-11 la firma y la huella de los votantes.

Estimó también que “[...] al observar el contenido de la Resolución No. 1706 de 2019, ésta no puede ser considerada como una regulación de aspectos operativos ni meramente técnicos o instrumentales referidos a las funciones del Consejo Nacional Electoral, a modo ejemplo, nótese que preceptúa que la Registraduría Nacional del Estado Civil dispondrá de todas las medidas logísticas y administrativas necesarias relacionadas con el diseño del Formulario E-11, cuando el diseño de los formularios electorales es una competencia radicada en cabeza de la Registraduría Delegada en lo Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de acuerdo con el artículo 35-11 del Decreto Ley 1010 de 2000”.

Sobre el particular, el artículo quinto del acto acusado dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO QUINTO: FORMULARIO E-11, ACTA DE INSTALACIÓN Y REGISTRO GENERAL DE VOTANTES: La Registraduría Nacional del Estado Civil dispondrá de todas las medidas logísticas y administrativas necesarias para incorporar espacios en el formulario E-11, para que los votantes firmen ese documento al momento de ejercer el derecho al voto.

Igualmente se habilitará un espacio en el formulario E-11 para que los jurados tomen la huella dactilar de todos los votantes que quieran ejercer el derecho al voto.

La omisión por parte de los jurados de mesa a solicitar de los votantes la firma y la huella, será informada a las autoridades competentes para las investigaciones a que haya lugar”.

Advierte la Sala que mediante el Decreto Ley 1010 de 2000 invocado por el actor, el legislador extraordinario estableció la estructura interna de la Registraduría Nacional, fijó las funciones de sus distintas dependencias y dictó otras disposiciones sobre la materia.

En el capítulo quinto y concretamente en la denominada sección tercera, la citada regulación incluyó los aspectos correspondientes a las registradurías delegadas en el ámbito nacional y a las diferentes direcciones que hacen parte de dicho organismo.

Seguidamente, en el artículo 35 señaló las funciones que debe cumplir la Registraduría Delegada en lo Electoral y específicamente dispuso, en el numeral





11, que esta dependencia tiene a su cargo **“Definir el diseño de las tarjetas electorales”**.

A partir de la norma es incuestionable que la función de diseñar las tarjetas para los diferentes certámenes electorales le corresponde a la Registraduría Delegada en lo Electoral, puesto que así quedó legalmente previsto dentro de la estructura de la entidad.

Subraya la Sala que no le asiste razón al actor cuando señaló la falta de competencia del Consejo Nacional Electoral, ya que es evidente que el artículo quinto de la Resolución 1706 de 2019 no reguló ningún asunto ligado al diseño de la tarjeta electoral.

Lo que estableció la disposición del acto acusado fue la incorporación de nuevos espacios en el formulario E-11, el cual contiene el registro de los votantes y es un documento electoral distinto de la tarjeta a que hace alusión el artículo 35 del Decreto Ley 1010 de 2000.

Entonces no puede concluirse que el organismo haya actuado sin competencia, pues en la resolución demandada no dispuso que la Registraduría Nacional modificara el contenido de la tarjeta electoral que está cargo de la delegada en lo electoral.

A pesar de lo anterior y admitiendo que la elaboración de los formularios electorales corresponde a la Registraduría Nacional, según lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 36 del decreto Ley 1010 de 2000, la Sala estima que el hecho de agregar nuevos espacios al formulario E-11 no afecta la competencia asignada legal y constitucionalmente a la citada entidad para la organización y dirección de las elecciones.

En primer lugar, recuerda la Sala que el artículo 265 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, atribuyó al Consejo Nacional Electoral la función de velar por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.

En la medida en que la inclusión de la firma y la huella puede tener incidencia en la confiabilidad y certeza sobre la identidad de quien acude al ejercicio del voto, la Sala considera que la orden impartida en este sentido, en el artículo quinto, encuadra dentro de la facultad que tiene el organismo para vigilar el desarrollo del proceso electoral.

En segundo lugar, destaca la Sala que el proceso electoral no puede ser ajeno a la evolución de la sociedad, por lo cual debe adaptarse a las exigencias y retos impuestos por los cambios que puedan ocurrir en los diferentes ámbitos del orden social, político, económico y tecnológico, entre otros.

Dicha circunstancia hace que el formulario E-11 pueda ser objeto de modificaciones que contribuyan al logro de los propósitos para los cuales fue





creado, como es el registro de votantes, como parte de la transparencia que debe garantizarse en el proceso electoral y en el ejercicio del voto.

Desde esta óptica, la incorporación de los espacios destinados a brindar mayor certeza a la identificación del votante le imprime al formulario electoral un mayor dinamismo en esta materia, sin que afecte el derecho al sufragio, la voluntad del electorado, la marcha del proceso electoral ni las garantías del mismo sistema democrático.

Ahora, en cuanto a la naturaleza de la regulación que dispuso la inclusión de tales cambios al E-11, precisa la Sala que las materias específicas sometidas al trámite especial de las leyes estatutarias quedaron fijadas en el artículo 152 de la Constitución, así:

“Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;

b) Administración de justicia;

c) Organización y régimen de los partidos políticos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;

d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;

e) Estados de excepción.

f) Adicionado. Acto Legislativo 02 de 2004, artículo 4º. La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

[...]”.

En virtud de la citada norma superior, es incuestionable que la regulación que vaya a ser expedida respecto de algunos componentes importantes en materia electoral está sometida a la reserva de ley, particularmente de las leyes de naturaleza estatutaria.

No obstante, subraya la Sala que no todos los aspectos directamente relacionados con el ámbito electoral deben ser reglados mediante leyes estatutarias, por cuanto dicha reserva de ley es aplicable al desarrollo de los aspectos estructurales de la materia.

En sentencia de enero 19 de 2019¹⁶ y con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sección Quinta fijó algunos parámetros que permiten determinar,

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de enero 24 de 2019, expediente 11001-03-28-000-2018-00063-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



en cada caso, si una disposición es de contenido estatutario o simplemente operativo.

Sobre el tema la Sala explicó, entre otros, lo siguiente:

“[...]

Concebida la reserva de ley como un principio constitucional que responde al necesario respaldo y protección en grado sumo a ciertos asuntos o desarrollos jurídicos que deben descansar en la Ley en sentido formal, esto es, en aquella proveniente exclusivamente del legislador como titular ordinario de la función legislativa y que obedece además de la sana prédica del principio de la división de poderes a la trascendencia e importancia de los temas reservados a la ley, para así coartar la posibilidad de que sean asumidas, vía reglamentación, por el ejecutivo, como se evidencia en la realidad de muchos países en los que actualmente se ha desdibujado el poder presidencial.

El carácter tutelar y proteccionista de la reserva de ley implica que de acuerdo con la previsión constitucional, sea el legislador quien descienda y materialice la regulación en contenidos estatutarios, orgánicos, ordinarios etc. siendo éstas las normas derivadas de su norma de normas originaria que es la Constitución Política, como en forma clara lo ha definido la jurisprudencia “... la reserva de la ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el constituyente decidió que fueran desarrolladas por una ley”¹⁷.

[...] la imposición constitucional de la regulación mediante ley estatutaria no solo responde a esa teoría general sino a otras directrices que en forma coordinada deben concurrir en el estudio respectivo, como es el caso del sumo cuidado que debe tenerse en no llegar al vicio de caer en la tesis absolutista que implicaría entender que todo aquello que se relacione con estos ejes temáticos requiere de ley estatutaria, pues ello llevaría la afectación incluso de la labor legislativa porque se vaciaría la competencia del legislador ordinario, aparejado con el anquilosamiento y alcance pétreo que conllevaría pretender elevar todo a ley estatutaria, desdibujando así lo que en principio tuvo un propósito diáfano protector y de salvaguarda al convertirlo en un proteccionismo excesivo imposible de superar, con la consecuencia funesta de que la temática a tratar y su trámite estricto terminen devorados a la suerte de la ley estatutaria, lo que implicaría que su efectiva materialización y concreción se hagan de imposible suceso, incidiendo en demasía y en forma negativa a aquellos asuntos que, como ya se expuso, son de vital importancia para el conglomerado, la democracia y para el Estado Social de Derecho.

No en vano encontramos pronunciamientos que, al descender esa teoría a la praxis del manejo de la ley estatutaria, han llamado la atención en evitar la

¹⁷ Sentencia C-400 de 3 de julio de 2013. Exp. D-9392. Franklin Urrego Ortiz. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en la que precisamente la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 135 del CPACA que regula la nulidad por inconstitucionalidad.





adaptación de una posición excesiva frente a los contenidos que deben verse en esta clase de ley:

“En otros términos, la reserva de Ley estatutaria *no significa que toda regulación que se relacione con los temas previstos en el artículo 152 de la Carta Constitucional deba someterse a dicho trámite especial.*

Tal conclusión conduciría *al absurdo extremo de que toda norma relacionada con cualquier aspecto* de la administración de justicia [entiéndase aplicable a todas las temáticas propias de la ley estatutaria], *tendría que aprobarse bajo los estrictos requisitos de las leyes estatutarias, lo cual entorpecería gravemente la función legislativa y haría inane la función de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y la de reformar las leyes preexistentes que el Constituyente también atribuye al Congreso, y que este desarrolla por medio de la ley ordinaria.*

De ahí que esta Corte, en su jurisprudencia, haya sostenido que la interpretación de los asuntos sometidos a reserva de ley estatutaria debe ser restrictiva a fin de garantizar, entre otras cosas, la integridad de la competencia del legislador ordinario.”¹⁸(negritas y destacados fuera de texto).

[...] existe un aspecto que trasciende a los estudios sobre los contenidos legales estatutarios, como en efecto acontece con aquellos asuntos que correspondiendo a la temática del artículo 152 superior no necesariamente deben quedar contenidos en una ley de carácter estatutario al lograr evidenciar su carácter subordinado o de trámite, es decir, por fuera del núcleo esencial y estructural de lo estatutario.

Claro está que desligar los aspectos relacionales de lo estatutario para poder salir del proteccionismo legal y legislativo que ello implica tampoco ha sido fácil y para ello se ha acudido a dos derroteros, a saber: (i) que la reserva de ley estatutaria es y debe ser restrictiva y excepcional, para mantener dinámica la cláusula general de competencia del legislador ordinario y su preponderancia en la mayoría de las temáticas a legislar y (ii) el encuadramiento de la normativa que se estudia a fin de determinar si se requiere o no de la especialidad de dicha ley estatutaria es el contenido material.

Por otra parte, cuando se trate de las temáticas del literal a) del mandato mencionado (art. 152 C.P.) referente a los derechos y deberes fundamentales, se emplean otras premisas adicionales que permiten identificar la sustancialidad del contenido, como son: a) que sí sean fundamentales; b) que el objeto sea el régimen de los derechos fundamentales; c) que se trate de una regulación completa, integral y estructural; d) que recaiga sobre el núcleo esencial del derecho y sobre los principios básicos inherentes al ejercicio de

¹⁸ Sentencia C-662 de 8 de junio de 2000. Expediente D-2693. Actora: Olga Lucía Toro Pérez. M.P. Fabio Morón Díaz.



ese derecho; e) que afecte o desarrolle los elementos estructurales del derecho (restricciones, límites, excepciones y/o prohibiciones).

[...].”

El diseño de un formulario electoral con base en la incorporación de los cambios es asunto que no corresponde hacer mediante ley estatutaria, puesto que no tiene la condición de aspecto estructural porque la naturaleza del E-11, insiste la Sala, es cambiante y tiene que ajustarse a la evolución de las exigencias del proceso electoral.

Realmente es una modificación de carácter instrumental en la estructuración del formulario E-11 dirigido a establecer la plena certeza de la identificación del votante, que incluso posteriormente podría ser reemplazado por otras alternativas propias del avance tecnológico, como por ejemplo la identificación biométrica ya utilizada en otros ámbitos.

La inclusión de los elementos como la firma y la huella del sufragante en el respectivo formato no hace parte del desarrollo del derecho fundamental a elegir y ser elegido, como expresión de los derechos políticos contemplados en el artículo 40 de la Constitución.

Tampoco afecta el núcleo esencial que debe garantizarse para el ejercicio del voto, dado que no es una regulación del derecho en sí mismo ni un acto que determine los componentes esenciales del ejercicio por parte de quien acude a las urnas en el proceso electoral.

Por tratarse de un asunto operativo, no constituye un aspecto estructural que deba ser dispuesto mediante el trámite especial para las leyes estatutarias, por lo cual no encuentra la Sala que el Consejo Nacional Electoral haya desconocido la reserva de ley contemplada en el artículo 152 de la Carta Política para la el desarrollo de los asuntos electorales.

En consecuencia, este segundo cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: Declárase la nulidad de la expresión *“Los escrutinios podrán instalarse, pero serán suspendidos en tanto se hace la publicación total ordenada anteriormente”* contenida en el artículo segundo y del inciso segundo y el párrafo del artículo cuarto de la Resolución 1706 de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

SEGUNDO: Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en





el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrada

Aclaró voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

TRATAMIENTO DE DATOS – La providencia debió recalcar la necesidad que la Organización Electoral garantice los derechos de habeas data / ACTA GENERAL DE ESCRUTINIO – Debió estudiarse la legalidad de la norma que la contiene

Estoy convencida de la legalidad de permitir la divulgación de los formularios electorales, concretamente del E-11 con miras a imprimir mayores garantías al proceso electoral, en aras de garantizar la voluntad popular expresada en las urnas, en este aspecto la providencia debió recalcar la necesidad que la Organización Electoral garantice los derechos de habeas data que resultan de la posible publicación de datos catalogados como sensibles por la Ley Estatutaria 1581 de 2012 como lo son los datos biométricos concretamente la huella dactilar que estaría plasmada en el mencionado formulario electoral. En razón de lo anterior, si bien se encuentra ajustado a la Constitución y la Ley la consagración de mayores controles frente a la necesidad de establecer que quienes ejercen el derecho al voto son los que están habilitados para ello, también se debe garantizar al momento de publicar los formularios correspondientes que no se afecten





derechos fundamentales de quienes plasman sus datos biométricos, por ende quien sea el responsable del tratamiento de los datos al momento de circularlos debe hacerlo garantizando los principios previstos en el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012. De otra parte, no se entiende como el fallo no estudió la legalidad del artículo 3 del acto demandado, en el que se reguló lo concerniente al contenido de las actas generales de escrutinio, exigiéndoles a las comisiones escrutadoras que para su diligenciamiento se detalle cuáles fueron las mesas recontadas, los pormenores de la votación modificada, la nivelación de mesa, entre otros aspectos fundamentales para el adecuado seguimiento del escrutinio. Considero que este aspecto al tener relación con los cargos de la demanda, debió estudiarse para concluir que tales exigencias del Consejo Nacional Electoral a las comisiones escrutadoras, concretamente a sus secretarios, materializa los cometidos que legalmente se establecieron desde la expedición del Código Electoral, en el que se dispuso que los funcionarios electorales deben detallar los asuntos del desarrollo del escrutinio en dicho documento (art. 172 y otros); lo cual resulta de vital importancia para determinar la verdad electoral, toda vez que la mencionada acta es el soporte en el que se da fe de todas las vicisitudes acaecidas en el marco de la etapa de escrutinio, detalle que sirve de sustento a los ciudadanos para presentar sus reclamaciones o saneamiento de nulidades y al juez para verificar la materialización o no de irregularidades

FUENTE FORMAL: LEY 1581 DE 2012 – ARTÍCULO 4 / LEY 1581 DE 2012 – ARTÍCULO 5 / CÓDIGO ELECTORAL – ARTÍCULO 172

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE ROCÍO ARAUJO OÑATE

Bogotá, D.C., seis (06) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-28-000-2019-00032-00

Actor: SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - CNE

Referencia: SIMPLE NULIDAD DE CONTENIDO ELECTORAL - Competencias constitucionales y legales del CNE

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011¹⁹ y con el debido respeto por la decisión mayoritaria, me permito exponer en los

¹⁹ 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





siguientes términos las razones por las cuales suscribo con aclaración de voto de la sentencia de 6 de febrero de 2020, dictada al interior del proceso de la referencia, así:

1. En esta oportunidad, la Sala resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que las expresiones contenidas en la Resolución No 1706 de 2019, expedida por el Consejo Nacional Electoral, referente a la suspensión de los escrutinios hasta tanto se haga la publicación total de los formularios electorales, así como el otorgamiento del primer día hábil para la presentación de reclamaciones devienen en nulas por contrariar los artículos 41 y 43 de la Ley 1475 de 2011.

2. Así mismo, el fallo de simple nulidad mantuvo entre otros aspectos la legalidad de los artículos 2 y 5 del mencionado acto administrativo de carácter general, en el que se estableció que la Registraduría Nacional del Estado Civil dispondrá de las medidas logísticas y administrativas necesarias para publicar los formularios E-11 y E-14, así como agregar al acta de instalación de mesa y registro de votantes, los espacios necesarios para que los ciudadanos que ejerzan su derecho al voto firmen y pongan su huella dactilar.

3. Estoy convencida de la legalidad de permitir la divulgación de los formularios electorales, concretamente del E-11 con miras a imprimir mayores garantías al proceso electoral, en aras de garantizar la voluntad popular expresada en las urnas, en este aspecto la providencia debió recalcar la necesidad que la Organización Electoral garantice los derechos de *habeas data* que resultan de la posible publicación de datos catalogados como sensibles por la Ley Estatutaria 1581 de 2012 como lo son los datos biométricos²⁰ concretamente la huella dactilar que estaría plasmada en el mencionado formulario electoral.

4. En razón de lo anterior, si bien se encuentra ajustado a la Constitución y la Ley la consagración de mayores controles frente a la necesidad de establecer que quienes ejercen el derecho al voto son los que están habilitados para ello, también se debe garantizar al momento de publicar los formularios correspondientes que no se afecten derechos fundamentales de quienes plasman sus datos biométricos, por ende quien sea el responsable del tratamiento de los datos al momento de

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.

²⁰ Artículo 5 de la Ley 1581 de 2012: DATOS SENSIBLES. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual **y los datos biométricos.**





circularlos debe hacerlo garantizando los principios previstos en el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012²¹.

5. De otra parte, no se entiende como el fallo no estudió la legalidad del artículo 3 del acto demandado, en el que se reguló lo concerniente al contenido de las actas generales de escrutinio, exigiéndoles a las comisiones escrutadoras que para su diligenciamiento se detalle cuáles fueron las mesas recontadas, los pormenores de la votación modificada, la nivelación de mesa, entre otros aspectos fundamentales para el adecuado seguimiento del escrutinio.

6. Considero que este aspecto al tener relación con los cargos de la demanda, debió estudiarse para concluir que tales exigencias del Consejo Nacional Electoral a las comisiones escrutadoras, concretamente a sus secretarios, materializa los cometidos que legalmente se establecieron desde la expedición del Código Electoral, en el que se dispuso que los funcionarios electorales deben detallar los asuntos del desarrollo del escrutinio en dicho documento (art. 172 y otros); lo cual resulta de vital importancia para determinar la verdad electoral, toda vez que la mencionada acta es el soporte en el que se da fe de todas las vicisitudes acaecidas en el marco de la etapa de escrutinio, detalle que sirve de sustento a los ciudadanos para presentar sus reclamaciones o saneamiento de nulidades y al juez para verificar la materialización o no de irregularidades, como por ejemplo un estudio juicioso de la causal de nulidad electoral consagrada en el artículo 275.3 de la Ley 1437 de 2011 referente a las falsedades electorales por diferencias entre el E-14 y el E-24, donde la mencionada acta es el insumo fundamental para determinar si existe justificación o no tales diferencias.

En los términos expuestos, queda presentada mi aclaración de voto.

²¹ Principios para el tratamiento de datos personales. En el desarrollo, interpretación y aplicación de la presente ley, se aplicarán, de manera armónica e integral, los siguientes principios:

a) Principio de legalidad en materia de Tratamiento de datos: El Tratamiento a que se refiere la presente ley es una actividad reglada que debe sujetarse a lo establecido en ella y en las demás disposiciones que la desarrollen; b) Principio de finalidad: El Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular; c) Principio de libertad: El Tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento; d) Principio de veracidad o calidad: La información sujeta a Tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el Tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error; e) Principio de transparencia: En el Tratamiento debe garantizarse el derecho del Titular a obtener del Responsable del Tratamiento o del Encargado del Tratamiento, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan; f) Principio de acceso y circulación restringida: El Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, el Tratamiento sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente ley; Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley; g) Principio de seguridad: La información sujeta a Tratamiento por el Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento a que se refiere la presente ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento; h) Principio de confidencialidad: Todas las personas que intervengan en el Tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el Tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma.





Fecha *ut supra*,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

