

Análisis del Proyecto de Acto Legislativo No. 07 de 2022¹ Senado acumulado con el Proyecto de Acto Legislativo No. 15² Senado

En el presente escrito se analizará el proyecto de Acto Legislativo acumulado³, junto con el respectivo informe de ponencia para primer debate. Así mismo, se señalarán las razones por las cuales el Consejo de Estado no acompaña el citado proyecto.

Con esta reforma constitucional, se pretende modificar la arquitectura de la Organización Electoral Colombiana, y se crea la Corte Electoral, Tribunales Electorales y Consejo Electoral Colombiano.

1. Justificación del proyecto

El proyecto busca resolver los problemas de la actual organización electoral por medio de un diseño institucional que garantice la transparencia, la imparcialidad, la eficiencia y celeridad en el ámbito electoral, en el financiamiento de la política y en la supervisión de las organizaciones; ya que se trata de elementos fundamentales para el desarrollo de instituciones democráticas y la consolidación de una paz estable y duradera.

En ese orden de ideas, a continuación, se dará cuenta de los principales motivos que fundamentan el proyecto.

1.1. La Corte Electoral como órgano de cierre de una jurisdicción especializada

La creación de una Corte Electoral como última instancia de las controversias electorales que unifique las decisiones en esta materia genere un desarrollo jurisprudencial especializado y, al mismo tiempo, garantice un conocimiento técnico de los funcionarios que se encargan de resolver las controversias electorales (artículos 9 y 10 del PAL).

Frente a la especialidad, se afirma que, actualmente, las autoridades judiciales, a cargo de los asuntos electorales, no son especializadas en dicha materia, pues pertenecen a la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y ello contrasta con el hecho de que la función electoral tiene entidad propia. Es decir, por su naturaleza se trata de una función distinta a las demás del Estado y, como tal, exige contar con unos órganos especializados, encargados de regular, organizar y controlar.

¹ «Por medio de la cual se modifica la organización electoral en Colombia para promover la independencia, autonomía y transparencia en el proceso electoral» fue presentado por tres senadores y siete representantes a la Cámara del partido Alianza Verde, una Representante a la Cámara por el Partido Dignidad, uno por el partido Nuevo Liberalismo y una Senadora del Pacto Histórico.

² «Por medio del cual se modifican los artículos 116, 120, 126, 156, 197, 237, 264, 265 y 266 de la Constitución Política, se adicionan los artículos 245 A y 245 B y se dictan otras disposiciones» fue presentado por cinco senadores de la República y seis representantes a la Cámara del Partido Alianza Verde, dos representantes a la cámara del Partido Liberal, uno por el Nuevo Liberalismo y otro más por el Partido Centro Esperanza.

³ En adelante, PAL.

Así, el acto electoral no es la aplicación de la ley, ni su creación. Su ejercicio confiere legitimidad en sus orígenes a los órganos del Estado, dotándolos de certeza y seguridad en las decisiones, al conferirles poder público.

En ese orden de ideas, citando a la **Misión Electoral Especial**⁴ (2017), en el informe de ponencia se sostiene que «el control judicial de los actos electorales es una expresión de las garantías – de carácter judicial, valga la redundancia – que tienen las personas para defender la participación ciudadana, puesto que, en últimas, lo que se pretende a través de este instrumento es preservar, a través del aparato judicial, la voluntad legítima mayoritaria expresada mediante el voto popular. Revisar el régimen electoral y su organización excluyendo lo jurisdiccional es inocuo».

También se indica que la **MOE** ha advertido que la pertenencia de la justicia electoral a la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo tiene un efecto nocivo sobre sus decisiones, en la medida en que los actos electorales son tratados como actos administrativos y que, a su vez, esto conlleva consecuencias negativas como la prevalencia de los derechos subjetivos del elegido, por encima del interés general y las garantías del sistema democrático.

1.2. La necesidad de una justicia electoral pronta, oportuna y célere

Las ineficiencias en el ejercicio de la función jurisdiccional en materia electoral se advierten, fundamentalmente, a partir del informe de la **MOE** (2021), según el cual, algunos casos de relevancia nacional, como las inhabilidades de los candidatos o la integración definitiva de las corporaciones públicas, tardan años en resolverse. Así, se hace énfasis, en que esta problemática se agudiza cuando los asuntos pasan a resolución de la Sala Plena del Consejo de Estado.

En consecuencia, con una Corte Electoral, compuesta por 7 magistrados, como máxima instancia de toma de decisiones en la materia, se pretende asegurar que «los actos electorales sean investigados, juzgados y resueltos de manera oportuna».

1.3. El Consejo Electoral Colombiano⁵ como eje de una la justicia electoral fortalecida

La propuesta de reforma se fundamenta en la recomendación hecha por la **MEE** (2017), en lo relativo a rediseñar la organización electoral mediante la creación de una nueva autoridad administrativa electoral denominada CEC; manteniendo las funciones de la Registraduría Nacional del Estado Civil, pero con una reforma al proceso de selección de quien preside esta entidad (artículos 11 y 12 del PAL).

⁴ En adelante MEE.

⁵ En adelante CEC.

Se advierte la necesidad de corregir la duplicidad de funciones de las autoridades electorales generada como consecuencia de las reformas constitucionales de los años 2002 y 2009, en atención «a la mixtura de actos resueltos» entre la jurisdicción contenciosa en materia electoral y el Consejo Nacional Electoral⁶. Situación que actualmente genera choques de competencias entre ambas autoridades y, por ende inseguridad jurídica.

En esa medida, se considera que en lógica de democracia electoral⁷, se debe dar claridad a las funciones administrativas y de jurisdicción electoral y diseñar instituciones de justicia electoral, en pro de la participación ciudadana, la disminución de delitos electorales y la legitimación del ejercicio de la democracia⁸.

1.4. La dispersión normativa en materia electoral

Existen una serie de temas que generan preocupación en la ciudadanía en general, entre ellos, la excesiva dispersión normativa en materia electoral que se ha generado como consecuencia de múltiples reformas político-electorales.

De conformidad con los expertos⁹ intervinientes en la audiencia pública llevada a cabo en el Congreso de la República, la creación de un nuevo código electoral es necesaria y resulta trascendental.

Sin embargo, consideran que lo primero que se debe tramitar es la reforma de la arquitectura institucional.

Conclusiones

El proyecto busca resolver los problemas actuales del diseño institucional en materia electoral, al considerar que resulta necesaria una organización electoral que garantice la transparencia, la imparcialidad, la eficiencia y la celeridad en esta materia. Con el fin de cumplir estos objetivos, se propone:

- i) La creación de una Corte Electoral como órgano de cierre de una jurisdicción especializada, la cual asumiría parte de las competencias que hoy tiene la Sección Quinta del Consejo de Estado; así como también, algunas de las funciones de las Salas Especiales de Decisión y la Sala Plena de la misma corporación y varias de las competencias del Consejo Nacional Electoral.
- ii) La transformación del actual Consejo Nacional Electoral en el Consejo Electoral Colombiano, el cual ejercería algunas de las competencias del Consejo Nacional Electoral; así como también, las de la Registraduría Nacional del Estado Civil, órgano que desaparece con la reforma propuesta.

⁶ Fabio Sepúlveda, en representación del Observatorio Electoral.

⁷ Alejandra Barrios de la MOE.

⁸ Ángela Rodríguez del Instituto Holandés para la democracia partidaria – NIMD.

⁹ Jennie Kath Lincoln del Centro Carter para América Latina y el Caribe; Fabio Sepúlveda del Observatorio Electoral; Alejandra Barrios de la MOE; Elizabeth Ungar, profesora y representante de la sociedad civil.

iii) Las ineficiencias del actual diseño institucional electoral, en lo que tiene que ver con falta de especialidad de los jueces electorales y la demora en sus decisiones, se solventarían con el modelo propuesto.

iv) La necesidad de un Código Electoral se identifica como imperiosa; sin embargo, se advierte que la reforma a la arquitectura institucional debe llevarse a cabo primero.

2. Consideraciones del Consejo de Estado frente al diseño institucional propuesto en materia electoral

A continuación, se presentan las razones por las cuales el Consejo de Estado no acompaña el proyecto de reforma.

Así las cosas, se expondrán algunas reflexiones sobre: las implicaciones fiscales, las desventajas de un nuevo órgano de cierre en materia electoral, las garantías de autonomía e imparcialidad del juez electoral, las implicaciones en la seguridad jurídica, los problemas que se derivan de la elección del juez electoral por parte del legislativo, la concentración de funciones en el órgano electoral, la importancia de una justicia oportuna y de calidad, y finalmente, los mecanismos de control a los funcionarios elegidos por voto popular.

2.1. Costo fiscal de la creación de una Jurisdicción Electoral

El costo fiscal que generaría la modificación de la organización electoral, al crear la Corte Electoral Colombiana, Tribunales Electorales y el Consejo Electoral Colombiano, parecería ser un tema no previsto en el proyecto de reforma constitucional y que, en todo caso, no dimensiona la situación fiscal que actualmente atraviesa el país.

De aprobarse este proyecto, los recursos disponibles -que son escasos- podrían verse reducidos para alcanzar otros objetivos como la financiación pública de campañas electorales y el robustecimiento de los mecanismos de inspección, vigilancia y control de los partidos y campañas políticas, que resultan cruciales para el mejoramiento progresivo del sistema democrático, la corrección de las falencias existentes en el sistema electoral y la eliminación de las prácticas de corrupción electoral, que constituyen el primer orden de prioridad para la salvaguarda y profundización de la democracia.

Teniendo en cuenta el artículo 2 del Proyecto, que modifica el artículo 116 de la Constitución Política, en el cual se indica que la Corte Electoral administra justicia; y el artículo 9, que adiciona el artículo 245A de la Constitución Política, al crear la jurisdicción electoral compuesta por una Corte Electoral y los Tribunales Electorales que determine la ley, se debe considerar lo siguiente:

i) La función de control judicial electoral actualmente es asumida por los jueces de la República y, por tanto, no requiere una partida presupuestal adicional y exclusiva

para la creación de nuevos órganos. Por tanto, de aprobarse el proyecto, podría generarse un aumento de empleos públicos lo cual llevaría consigo la disposición sostenible de recursos de funcionamiento que soporten hacia el futuro la institucionalidad planteada.

En este punto es importante recordar lo previsto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003¹⁰, Ley Orgánica del Presupuesto, el cual dispone que todo proyecto de ley, ordenanza o acuerdo que ordene gasto, deberá, en su exposición de motivos y en las ponencias, incluir el impacto fiscal del mismo, así como contar con concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual, podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Si bien esta disposición no menciona los PAL, ha de entenderse que una reforma como la contenida en los PAL comentados, debería tener un análisis de impacto fiscal para identificar de manera precisa los mayores costos en los que incurriría el Estado al modificar la institucionalidad existente.

ii) El presupuesto destinado al funcionamiento de la Rama Judicial para el año 2022 es de 5 billones de pesos (Ley 2159 de 2021, artículo 2, sección 2701) y para el año 2023, se proyecta en cerca de 5.5 billones de pesos (proyecto de ley de presupuesto año 2023, artículo 2, sección 2701).

Ahora bien, este aumento significativo del presupuesto total de funcionamiento, es decir 10%, se proyectó sin tomar en consideración el costo de creación e implementación de una nueva jurisdicción especializada, lo que sin duda llevaría a tener que apropiar nuevos recursos para solventar gastos de funcionamiento (gastos de personal y gastos generales) y, de inversión (sedes físicas, equipos, herramientas tecnológicas, etc.) para el desarrollo de los procesos en la virtualidad y la puesta en marcha de la nueva jurisdicción, etc.), que actualmente hacen parte del presupuesto de la Rama.

Resulta de vital importancia, tener presente que desde el **Ministerio de Justicia** se ha indicado que las prioridades en materia de apropiaciones presupuestales para la expansión y el mejoramiento de la administración de justicia se dirigen a otras necesidades:

¹⁰ **ARTÍCULO 7o. ANÁLISIS DEL IMPACTO FISCAL DE LAS NORMAS.** En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

[...]

Con el objetivo de aumentar el pie de fuerza en términos judiciales, el ministro de Justicia, Néstor Osuna, anunció que desde la cartera se solicitará al Ministerio de Hacienda un total de \$1,2 billones adicionales para la creación de 500 nuevos juzgados.

El funcionamiento de la rama judicial para el próximo año cuenta con \$6,7 billones y, ante la solicitud del ministro Néstor Osuna, serán \$7,9 billones en total destinados a atender los problemas judiciales. La intención del jefe de la cartera es contar con una amplia cantidad de jueces para hacer efectiva la justicia restaurativa. Además, se busca que los jueces existentes puedan enfocarse en adelantar todos los procesos rutinarios.

"Tenemos cifras muy redondeadas: 5.500 jueces en el país. El compromiso del gobierno es aumentar significativamente el número de despachos judiciales", explicó.

Y añadió que cuando es cuestionado sobre la reforma a la justicia, su respuesta se orienta en aclarar que "este gobierno no está interesado en reformar la elección de los magistrados de las altas cortes. La reforma es crear más juzgados, sobre todo juzgados en donde menos hay. Eso cuesta también un presupuesto importante"¹¹.

Así, es de conocimiento público que el **presidente de la República** ha sido enfático en la necesidad de aumentar el número de jueces para resolver conflictos que aquejan el día a día de los ciudadanos. Lo cual, resulta contrario a la destinación de cuantiosos recursos a la creación de una jurisdicción electoral.

2.2. Número exagerado de tribunales de cierre en Colombia

Con el nuevo articulado, se busca crear un órgano de carácter jurisdiccional con la mayoría de las funciones que, hasta ahora, tiene atribuidas el Consejo de Estado en su Sección Quinta. Así, se trata de la conformación de una nueva corte, como órgano de cierre de una jurisdicción distinta y autónoma de las existentes (Jurisdicción Ordinaria, Jurisdicción Constitucional, Jurisdicción Disciplinaria, y Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo).

Lo anterior, sin las garantías que hoy la estructura del contencioso electoral proporciona, a partir de una jurisprudencia estable y consolidada que ha venido protegiendo los derechos de los elegidos, nombrados y llamados.

En este sentido, incorporar un nuevo órgano de esta naturaleza al diseño judicial previsto en la Constitución de 1991, puede volver difusa la frontera de las competencias que corresponden a cada una de las jurisdicciones existentes, en especial la constitucional, la contencioso-administrativa y la electoral, aumentar los disensos entre altas corporaciones judiciales y, en consecuencia, afectar el

¹¹ Recuperado de: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/minjusticia-nestor-osuna-solicita-1-2-billones-para-la-creacion-de-500-nuevos-juzgados-3435317>

funcionamiento de la Rama Judicial, la seguridad jurídica y la estabilidad institucional del Estado.

Adicionalmente, la interposición de tutelas contra las providencias judiciales proferidas por el nuevo órgano de cierre de la jurisdicción electoral podría generar efectos nocivos. ¿Qué juez sería el competente para resolver dichas tutelas, en sus dos instancias? ¿Sería la propia Corte Electoral? ¿Si es otro el órgano el competente, cual sería entonces el juez de cierre? ¿Implicaría eso la subordinación de la Corte Electoral a otra u otras altas corporaciones? Estos interrogantes están resueltos en el modelo actual, con la definición de reglas de reparto en las distintas secciones del Consejo de Estado.

2.3. Autonomía e independencia del juez electoral

i) Inconveniencia en la elección del juez de los elegidos popularmente, por parte del Congreso

El artículo 9 del proyecto propone adicionar el artículo 245A a la Constitución y que sea el Congreso en pleno el encargado de elegir a los 7 miembros de la Corte Electoral. Es decir, el poder legislativo sería el llamado a elegir a quienes controlan sus propios actos de elección. En otras palabras, los congresistas se convertirían en electores de sus jueces, tanto en el ámbito electoral, como en materia sancionatoria, fiscal y política.

En efecto, encomendar al Congreso la designación de quienes integrarán el organismo judicial llamado a garantizar la veracidad de los resultados de las elecciones por voto popular, la adquisición, conservación o pérdida de derechos por parte de las organizaciones políticas, la limitación del ejercicio de los derechos políticos a funcionarios de elección popular, entre otras labores de vital importancia para la preservación de un sistema verdaderamente democrático, somete al Estado de Derecho a enormes riesgos para la independencia de la justicia electoral y la salvaguarda de los derechos de los actores políticos.

A esto se suma, que la propuesta trae consigo una sustitución de los aspectos definitorios de la identidad de la Constitución de 1991, pues resquebraja el sistema de pesos y contrapesos al disponer de la elección de sus propios jueces para que decidan sobre todos los procesos que tienen que ver con los derechos políticos.

Con ello, es claro que revierte dicha elección vertiginosamente en contra de la piedra angular del Estado de Derecho, que lo constituye la autonomía e independencia del juez¹².

¹² Uno de los objetivos perseguidos con la promulgación de la Constitución Política de 1991 consistió en la separación absoluta de la filiación política respecto del ejercicio de funciones jurisdiccionales, circunstancia que en buena medida derivó de la distribución partidista de las responsabilidades públicas, incluyendo la de administrar justicia, adoptada como parte del régimen institucional conocido como «Frente Nacional». Una reforma que permita al Congreso definir la integración de la justicia

Este argumento cobra mayor relevancia, si se tiene en cuenta que la falencia estructural que advierte el mismo proyecto en la forma de designación actual de los miembros del Consejo Nacional Electoral ahora se replica para los jueces de la jurisdicción electoral.

Por el contrario, en el modelo actual, la Rama Judicial y, en particular, la justicia electoral, que actualmente se radica en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, ejerce sus funciones sin las injerencias de otras ramas del poder público, de organizaciones políticas o de individuos que puedan influir directa o indirectamente en sus decisiones. Al no depender de las demás ramas del poder público para su funcionamiento, puede impartir justicia de manera formal y material conforme la Constitución y la ley, como únicos presupuestos para su ejercicio.

Esto es así por la actual forma de elección de los magistrados de los tribunales de la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, los cuales llegan a sus cargos a través de los concursos de méritos; y por su parte, los magistrados de la Sección Quinta del Consejo de Estado lo hacen mediante un sistema de cooptación indirecta o semiplena.

En ambos casos, los funcionarios judiciales no dependen de otras ramas del poder público o de entidades de naturaleza política que pudieran participar en su elección, lo que representa una garantía de imparcialidad e independencia en el ejercicio de la administración de justicia en materia electoral.

Esto, aunado a que la Rama Judicial cuenta con autonomía presupuestal, es garantía de decisiones judiciales independientes e imparciales, edificadas únicamente bajo el imperio de la Constitución y la ley.

ii) Imposibilidad de realizar un control judicial a las decisiones que pueden afectar gravemente el ejercicio de sus derechos políticos

Contrario al diseño institucional propuesto, se advierte que el control judicial en materia electoral ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo¹³ es un control indispensable y complementario al control político y administrativo que ejerce el Consejo Nacional Electoral y que, a diferencia de lo que se afirma, no implica duplicidad de funciones, sino complementariedad.

En efecto, se requiere la existencia de una autoridad de naturaleza administrativa que adelante todas las etapas correspondientes al procedimiento electoral, y una judicial encargada de revisar la juridicidad de aquellas actuaciones que sean

electoral, llevaría al sistema constitucional colombiano décadas atrás en el objetivo de garantizar la separación del poder judicial de las dinámicas políticas, lo que se advierte más grave en relación con la administración de justicia en materia electoral.

¹³ Resulta relevante poner se presente que desde 1920, con la Ley 96, se asignó el conocimiento pleno de las acciones electorales a la Jurisdicción de lo Contencioso -Administrativo. Competencia que fue reafirmada por el constituyente de 1991 y en el Acto Legislativo 1 de 2008.

consideradas contrarias a derecho por los partícipes del escenario político y, en general, por la ciudadanía.

Esto garantiza la existencia de un sistema balanceado que cuenta con instituciones encargadas de dirigir y organizar el ejercicio de los derechos políticos, y a su vez, con suficiente autonomía e independencia de las otras ramas del poder público, para realizar el control a dichos procesos de elección, para determinar si se llevaron a cabo con apego a la Constitución y la Ley.

La judicialización de las etapas que se llevan a cabo en el procedimiento administrativo electoral llevaría a desaparecer la perentoriedad, característica fundamental de actuaciones como los escrutinios y la declaración de los resultados de la elección, los cuales actualmente se encuentran dotados de garantías procesales y recursos en sede administrativa que se resuelven de manera expedita e inmediata para garantizar celeridad y confiabilidad en la transmisión y entrega de resultados.

2.4. Seguridad jurídica

La implementación normativa de una jurisdicción electoral traería consigo retos cuya dimensión real no se ha analizado con suficiencia. Por ejemplo, al asignar las funciones a la nueva Corte Electoral, no se tiene en cuenta el control de los actos electorales expedidos por corporaciones públicas, de los actos de nombramiento en las entidades y autoridades públicas de todo orden y los de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas, entre otros, pues no solo las elecciones por voto popular constituyen una manifestación del principio democrático. También lo son aquellos actos de designación que se emiten por los distintos órganos del Estado, en atención al mandato que en tal sentido les ha encomendado la Constitución y la ley.

Otro impacto, tiene que ver con la necesidad de construirse una normatividad procesal –nuevo código electoral- que responda al cambio de enfoque de la justicia electoral, pues aspectos adjetivos como el trámite de admisión de las demandas; la manera en que han de solicitarse, decretarse, practicarse y controvertirse las pruebas que informarán la decisión adoptada por el juez; los medios de notificación; los términos y etapas procesales que deberán surtirse para garantizar la celeridad y buen funcionamiento de la nueva jurisdicción; la manera en que la ciudadanía podrá incorporarse como sujeto procesal, con el fin de garantizar el carácter público y ciudadano del contencioso electoral, deben ser redefinidos a los propósitos perseguidos con el texto reformativo bajo estudio.

En efecto, la creación de una nueva justicia electoral sometida a los mismos procedimientos y reglas aplicados por los organismos judiciales que actualmente conocen de tales asuntos, solo tendrá como efecto la ralentización de los procesos, en atención a la transición que deberá efectuarse, y un incremento en el gasto público destinado a sufragar los costos del desarrollo de la función jurisdiccional en materia electoral.

Así, no pueden perderse de vista entonces las garantías que denota contar con una estructura robusta de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver situaciones como la recusación de la totalidad de magistrados integrantes de la sala electoral. Igualmente, la posibilidad de acudir a la acción de tutela para controvertir decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado, solicitudes de tutela que son objeto de reparto entre secciones de igual jerarquía, para su estudio en dos instancias ordinarias.

En consecuencia, una nueva jurisdicción electoral carecería de herramientas institucionales para resolver tales situaciones, pues el proyecto de reforma no advierte estas vicisitudes y, mucho menos, plantea sus posibles soluciones.

Es así como, no hay certeza sobre si los actos enunciados serán objeto de revisión judicial, si esa competencia quedará radicada en los tribunales electorales, pretendidos en el proyecto, o si será la Jurisdicción Administrativa la que mantendrá la función de resolver esos asuntos.

2.5. Sobredimensión del Tribunal Electoral

La confusa asignación competencial establecida en las propuestas de reforma extiende el ámbito funcional del juez electoral a aspectos que deberían ser conocidos por autoridades técnicas de naturaleza administrativa, con un presupuesto y un personal robusto y permanentemente destinado a tales tareas, encomendando a la autoridad judicial únicamente el control de aquellas decisiones administrativas que se consideren contrarias a derecho.

Así, al parecer, con la intención de cumplir los fallos de la Corte IDH en materia de convencionalidad, se propone una Corte Electoral multi competencial, pero al mismo tiempo, se pierde de vista que en época no electoral las funciones de dicho Tribunal se reducirían significativamente, lo que pone en duda la verdadera necesidad y la razonabilidad en términos de costo fiscal de estas reformas.

La iniciativa que crea la Jurisdicción Electoral además de constituir una enorme concentración del control judicial sobre los actos electorales por voto popular, los de contenido electoral, la pérdida de investidura, la responsabilidad fiscal y disciplinaria, implica una gran infraestructura y talento humano para poder tramitar todos estos procesos, en doble instancia, pues cada proceso tiene objetivos y finalidades distintas, lo que podría generar de manera consecutiva impedimentos en los magistrados de la Corte Electoral.

Por esta razón, el diseño institucional actual prevé que la Sala de Decisión de pérdida de investidura no puede conocer de la nulidad electoral que se tramita en simultaneo, porque quebrantaría las garantías y objetivos de dichos procesos. Igual ocurre con la nulidad y restablecimiento que genera la responsabilidad fiscal con el recurso extraordinario de revisión contra las sanciones disciplinarias.

Ello trae como consecuencia que siete magistrados no son suficientes para garantizar el trámite autónomo de cada proceso, con lo que claramente se evidencian la falta de garantías en el sistema de protección electoral.

Lo anterior se explica si se tiene en cuenta que, en el proceso abreviado, con término constitucional, que corresponde al contencioso electoral, tanto objetivo como subjetivo, el legislador instauró al Consejo de Estado como tribunal de cierre y los Tribunales Administrativos y jueces administrativos conocen de las instancias correspondientes.

En la actualidad, 27 Salas Especiales de Decisión conocen en primera instancia de los procesos de pérdida de investidura contra congresistas y la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado de la segunda instancia. Los Tribunales Administrativos conocen de la pérdida de investidura contra ediles, concejales y diputados, en primera instancia y la segunda instancia la tramita la Sección Primera del Consejo de Estado.

Las sanciones disciplinarias que se profieren a los elegidos popularmente son revisadas, principalmente por la Sección Segunda del Consejo de Estados y los Tribunales del país, mediante el conocimiento de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos sancionatorios, proferidos antes de la Ley 2904 de 2021, y del recurso extraordinario de revisión contra este tipo de sanciones que se han dictado con fundamento en esta Ley.

También la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, específicamente la Sección Primera y los Tribunales Administrativos conocemos de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos que declaran la responsabilidad fiscal de estos servidores públicos.

Igualmente, las 27 Salas Especiales de Decisión conocen del recurso extraordinario de revisión contra las sanciones disciplinarias proferidas por la Procuraduría General de la Nación.

Todo lo expuesto implica una distribución de la competencia en estas delicadas materias entre los jueces y tribunales administrativos y las distintas secciones y salas de decisión del Consejo de Estado, que implican no solamente un reparto adecuado entre magistrados expertos en cada especialidad, sino que también evita la concentración en el poder de juzgamiento que resulta ciertamente riesgosa para el funcionamiento de la democracia. Igualmente, se respeta la autonomía de cada proceso.

Por último, como se señaló *-supra-*, el proyecto defiere al legislador la creación de tribunales electorales. Sin embargo, la experiencia muestra como este tipo de desarrollos legislativos suelen tardar mucho tiempo, o incluso no llevarse a cabo. Lo que, resultaría más gravoso, toda vez que 7 jueces (quienes integren la Corte Electoral), mientras el nuevo diseño institucional es objeto de desarrollo legal,

conocerían en única instancia de las nulidades electorales, pérdidas de investidura y control judicial de los actos de responsabilidad fiscal y disciplinaria que restrinjan derechos políticos.

2.6. Justicia oportuna y de calidad

Tal y como se reconoce en el informe de la **MOE** (julio de 2021), los procesos adelantados por la especialidad electoral, dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativo, son tramitados y resueltos de manera ágil y oportuna y excepcionalmente se prolongan en el caso de las demandas contra la elección del Senado y por causales objetivas.

Así, la prontitud de las decisiones judiciales proferidas por las Sección Quinta del Consejo de Estado es respaldada por certificaciones de calidad que dan cuenta de la confiabilidad y celeridad de los procesos y procedimientos.

Si bien se pone de presente que en pocos casos las decisiones se adoptan en tiempos superiores a los legalmente establecidos, tales circunstancias se producen como consecuencia de la complejidad técnica y operativa con que cuenta el análisis de los elementos relevantes para resolver casos de gran envergadura, en particular cuando se denuncian irregularidades ocurridas durante el escrutinio de votos emitidos en elecciones nacionales.

Sin embargo, pareciera que en la opinión pública existe la creencia que los procesos electorales también arrastran la mora judicial que padecen algunos procesos de otra naturaleza a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y de la Jurisdicción Ordinaria.

Ahora bien, en términos generales, y sin negar la necesidad de incrementar la presencia de la justicia Contencioso-Administrativa en el territorio nacional, la justicia electoral cuenta con una infraestructura sólida que le permite brindar resultados ágiles que corresponden a la expectativa de pronta justicia de las organizaciones políticas, las autoridades del Estado y la ciudadanía en general.

Por tanto, la adopción de una nueva jurisdicción podría llevar a escenarios indeseables, como, por ejemplo, la modificación nominal de la justicia electoral, con una planta de personal similar a la existente y, en consecuencia, con la misma capacidad de procesamiento de expedientes judiciales.

Así, se observa que las disposiciones propuestas tienden más al cambio de denominación de las autoridades electorales que a la creación de herramientas tendientes al fortalecimiento de la justicia electoral. En ese sentido, la implementación de una nueva jurisdicción no se acompaña de ningún mecanismo que amplíe o profundice la garantía de los derechos políticos ni de los derechos al debido proceso y de acceso a la justicia.

Hasta la fecha, la justicia electoral cuenta con la mayor celeridad en el trámite de procesos de naturaleza contencioso-administrativa. Al respecto, cabe mencionar que la totalidad de los procesos en curso ante la Sección Quinta del Consejo de Estado corresponden a expedientes que iniciaron su trámite en la virtualidad. Además, las decisiones adoptadas por la Sección Quinta en sus providencias son notificadas y publicadas de manera inmediata para que puedan acceder a ellas las partes y la ciudadanía en general.

Y, adicionalmente, la legislación procesal permite que los controles ejercidos a la actividad de la administración frente a la designación o la declaratoria de elección de funcionarios cuenten con reglas y dinámicas comunes que se advierten útiles para la solución armónica y oportuna de los procesos, así como con matices que permiten garantizar que las reglas correspondientes a las elecciones por voto popular no se extiendan más allá de tales circunstancias. Adicionalmente, la justicia electoral opera de manera garantista, sin condiciones arbitrarias que impidan el acceso a la justicia, de forma gratuita y por medio de acciones públicas.

Finalmente, cabría señalar que, en aras de garantizar una justicia electoral más eficaz, la atención debería centrarse en la posibilidad de incorporar secciones especializadas transitorias a los tribunales y juzgados con presencia en todo el territorio nacional, en los años en que tienen lugar certámenes democráticos locales y departamentales.

Conclusiones

- i)** No se tienen en cuenta las implicaciones fiscales de la creación de la Jurisdicción Electoral, puesto que, para su implementación, es necesaria la disposición de cuantiosos recursos para presupuestos de funcionamiento e inversión. Lo anterior, resulta contrario a lo previsto por el Gobierno Nacional, frente al presupuesto proyectado para el año 2023, con el cual se busca fortalecer la estructura de la Rama Judicial actual y mejorar la accesibilidad.
- ii)** El diseño actual del Poder Judicial prevé varios órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones. En esa medida, la creación de una nueva corte dificulta la delimitación de las funciones o atribuciones entre esta y las ya existentes. Esto además, genera inconvenientes al momento de determinar cuál sería el juez competente para resolver, por ejemplo, las acciones de tutela contra las providencias expedidas por la Corte Electoral, aspectos que, en el modelo actual, se encuentran superados.
- iii)** Como consecuencia de la judicialización de las decisiones electorales, que actualmente tienen naturaleza administrativa, se elimina la posibilidad de su revisión o control posterior, lo que no garantiza la correcta realización y diferenciación entre proceso electoral administrativo y el contencioso.

- iv) La elección de los miembros de la Corte Electoral por el Congreso de la República, atenta contra la autonomía de la pretendida Jurisdicción Electoral, aspecto que se contradice con el sistema de pesos y contrapesos, previsto en la Constitución Política de 1991, pues sería el legislativo el poder que elegiría a los integrantes de esta nueva Corte que decidiría sobre sus actos de elección, limitaciones de derechos políticos, entre otros.
- v) La modificación de la arquitectura institucional en materia electoral genera más dudas que certezas, pues deja sin juez competente ciertos asuntos que no serán del conocimiento de los nuevos órganos creados mediante el PAL; y a su vez, elimina la Sección Quinta del Consejo de Estado. En este mismo sentido, no se tiene en cuenta la creación de reglas procesales para el desarrollo de los procesos al interior de la nueva jurisdicción.
- vi) Se crea una Corte Electoral con una excesiva concentración de poder y funciones. Ello generaría problemas en el funcionamiento de la democracia y, además, un déficit institucional para resolver todas las atribuciones constitucionales.
- vii) En la actualidad, la justicia electoral da cuenta de la agilidad y celeridad para resolver las controversias que le corresponden. Sin embargo, la mora judicial en otras jurisdicciones e incluso en la Contencioso-Administrativa parecen ser las generadoras de la idea de una justicia electoral ineficaz.

3. Diferencias entre el procedimiento electoral y el contencioso electoral

3.1. Reclamaciones persistentes y contencioso electoral, por razones objetivas

El artículo 10 del informe de ponencia para primer debate, señala:

“Se adiciona el artículo 245B de la Constitución Política el cual quedará así: Artículo 245B: La Corte Electoral tendrá, de conformidad con la ley, las siguientes atribuciones especiales para cuyo ejercicio gozará de autonomía. (...) 2. Una vez concluido el escrutinio general, conocer de las reclamaciones que persistan sobre los escrutinios”.

Se entiende que las reclamaciones que persistan son aquellas que quedan después que el Consejo Electoral Colombiano efectúe el escrutinio general de toda la votación, decisión frente a la cual los intervinientes pueden manifestar inconformidades en lo que hace a la forma en que las resolvió o por la omisión en su resolución. Estos aspectos son los que resolverá la Corte Electoral, quien decidirá

definitivamente éstas, haciendo la declaratoria de la elección y posterior entrega de las credenciales a que haya lugar¹⁴.

Ello implica que el proyecto convierte las decisiones sobre las reclamaciones que persistan sobre los escrutinios, en lo que actualmente es objeto del contencioso electoral por razones objetivas, judicializando esta parte del procedimiento electoral, que tiene por objeto la consolidación de los resultados para establecer la voluntad popular.

También entraña que, estas reclamaciones que persistan sobre los escrutinios hasta tanto no se resuelvan, impide la concreción de la declaratoria de la elección y consecuente expedición de las credenciales; lo que ante la complejidad de este tipo de procesos, el país no pueda contar, antes del comienzo de los periodos constitucionales y legales de los elegidos popularmente, con los actos electorales definitivos, que permita la instalación de las corporaciones públicas o la posesión de los cargos uninominales.

Esta fusión del control administrativo que adelanta el Consejo Electoral Colombiano con el inmediato trámite judicial de las reclamaciones persistentes, de la que sería competente la Corte Electoral, implica que la declaratoria de la elección que resulta de la labor de consolidación de las comisiones escrutadoras, ahora deviene en una decisión de índole judicial, por lo que se confunde el procedimiento de conformación de la voluntad popular con el proceso contencioso electoral, lo que implica el desconocimiento de las diferencias existentes entre estas dos actuaciones, características esenciales del Derecho Electoral.

Para mayor claridad se explican a continuación, a partir de las características del procedimiento electoral y del contencioso electoral, las principales diferencias:

- El procedimiento electoral tiene como fin principal materializar, en los plazos constitucional y legalmente establecidos, el proceso de escrutinio en el que puede incurrirse en fallas que eventualmente inciden negativamente en la consolidación de la votación; tales como, la desnivelación de la mesa, el error aritmético, la falta de firma de los formularios, las tachaduras o enmendaduras, la recepción extemporánea de pliegos, entre otros eventos previstos en los artículos 122, 163, 166 y 192 del Código Electoral, respecto de los cuales también se previó la posibilidad de plantear el recuento de la

¹⁴ ARTÍCULO 12 del Informe de Ponencia para primer debate. El artículo 265 de la Constitución Política quedará así: Artículo 265: El Consejo Electoral Colombiano tendrá las siguientes facultades: 11. Efectuar el escrutinio general de toda votación nacional, hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales a que haya lugar. Conocer y decidir definitivamente los recursos que dentro de su competencia se interpongan contra las decisiones de sus delegados sobre escrutinios generales.

votación y la invocación de las causales de reclamación previstas en las normas antes señaladas¹⁵.

- En este orden de ideas, la consolidación de la votación y de los resultados electorales permiten establecer y proteger la voluntad popular, expresada a través del ejercicio del derecho al voto.
- Ello posibilita la materialización de los derechos políticos relativos a elegir y ser elegido, participar en la conformación del poder político y tomar parte en los certámenes democráticos, procurando garantizar en cada etapa la consolidación de la voluntad popular.
- Lo anterior contrasta con los objetivos del proceso contencioso electoral. Éste constituye por excelencia el espacio para controvertir la presunción de legalidad de las elecciones populares con la verificación de la validez de las mismas para garantizar la voluntad popular, ordenar que se rehagan los escrutinios, se anulen los votos computados con desconocimiento de las reglas del trámite electoral y/o se anulen las designaciones que recaen sobre personas que se encuentren inmersas en causales de inelegibilidad.
- Las autoridades electorales que intervienen en la primera etapa pueden adoptar medidas para corregir yerros, actuación que se enmarca dentro del objetivo de la consolidación de los resultados que, en virtud de un esquema de juridicidad reforzado, pueden discutirlos mediante la concreción del derecho de acción, a través de la presentación de demandas, materializando el contencioso electoral para garantizar el derecho al sufragio, la voluntad popular, la representación legal de los elegidos y los derechos de los electores.
- Durante el trámite del proceso electoral se desarrollan las distintas etapas, en las que intervienen los jurados de votación, testigos electorales, los entes de control, las comisiones escrutadoras, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral; es decir, autoridades que organizan las elecciones y coadyuvan el proceso de consolidación de los resultados.
- El proceso contencioso electoral es impulsado por autoridades judiciales, que ejercen control de legalidad por vía de acción de las decisiones adoptadas por las primeras, en especial en sede de nulidad electoral, cuando las determinaciones inciden en los resultados de los certámenes democráticos.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 15 de junio de 2017. Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00080-00. Demandante: Sandra Elena García Tirado. Demandados: Representantes a la Cámara por Bolívar. M.P. Rocío Araujo Oñate.

Ello implica que no toda irregularidad en el proceso de votación y escrutinios tiene incidencia para generar una decisión adversa en el contencioso electoral, como parece indicarlo el proyecto, toda vez que él mismo no contiene condiciones para entender cuándo una reclamación persista. Ello entraña un riesgo enorme para la configuración de la declaratoria de los resultados electorales y, por consiguiente, para la certeza de la voluntad popular, con forme se ilustra a continuación:

- El diseño del proyecto así establecido, no tiene en cuenta que las causales de nulidad electoral no pueden ser subsumidas en las de reclamación frente a las etapas preclusivas del escrutinio. El proyecto deja por fuera de protección judicial las causas especiales de nulidad de los actos electorales, que no son afines con las reclamaciones que persisten. Por ejemplo, el sabotaje, la violencia sobre los electores, la corrupción al elector, el cómputo con violación del sistema constitucional o legal para la distribución de curules y la trashumancia.
- Producto del trámite electoral se expiden actos administrativos que se presumen ajustados al ordenamiento jurídico, cuyo fundamento principal es la configuración de la voluntad popular, que por su relevancia sólo pueden dejarse sin efectos por una autoridad judicial, en el marco de un procedimiento de la misma naturaleza y con fundamento en las causales previstas en la Constitución y en la ley.
- Debido a los plazos perentorios en los que debe surtirse el proceso electoral y la naturaleza administrativa de las autoridades que intervienen en él, son limitadas las facultades que éstas tienen para resolver con suficiencia y profundidad las controversias que sobre ellas se erijan, las cuales son de significativa complejidad y deben atenderse con los estándares del debido proceso convencional, constitucional y legal y la tutela judicial efectiva.

Este aspecto no lo concreta el proyecto, pues no señala un plazo para definir estas inconformidades, dejando, como ya lo advertimos, sin definición los resultados electorales hasta tanto la Corte Electoral dicte una decisión de fondo. Tampoco define qué sucede si la Corte Electoral no puede resolver la controversia por fuera del plazo que se señala para tal fin y las corporaciones públicas como consecuencia de ello, no pueden instalarse.

Ello implica un resquebrajamiento de las garantías procesales y sustantivas previstas por el ordenamiento convencional, constitucional y legal por cuanto el trámite del contencioso electoral objetivo prevé etapas, recursos, decreto y práctica de pruebas que el proyecto no estima.

3.2. Revisión de la inscripción de candidaturas, revocatoria de inscripciones y el contencioso electoral por razones subjetivas

El artículo 10 del Informe de Ponencia para primer debate adiciona el artículo 245B de la Constitución Política, el cual se señala que quedará así:

“Artículo 245B: La Corte Electoral tendrá, de conformidad con la ley, las siguientes atribuciones especiales para cuyo ejercicio gozará de autonomía: 1. Conocer de las controversias que surjan sobre la validez de la inscripción de candidatos a cargos de elección popular. Estas deben estar resueltas antes de la elección si se presentaron al momento del registro o antes de la posesión si se presentaron después de la elección con ocasión de los resultados”.

Lo anterior tiene que ver con lo previsto en el artículo 12 del proyecto, que señala lo siguiente: “El artículo 265 de la Constitución Política quedará así: El Consejo Electoral Colombiano tendrá las siguientes facultades: (...) “17. Realizar la inscripción de candidaturas a cargos de elección popular haciendo la verificación del cumplimiento de los requisitos e inhabilidades establecidos en la Constitución y la Ley.”

Significa que el Consejo Electoral Colombiano debe revisar el cumplimiento de requisitos e inhabilidades de los candidatos, para lo cual debe pronunciarse, en uno de dos posibilidades que ofrece la norma: i) negando su inscripción, cuyo límite se encuentra en el artículo 396 de la Ley 599 de 2000, que prescribe el delito de denegación de inscripción o, ii) la rechaza en forma motivada conforme con el artículo 32 de la Ley 1475 de 2011.

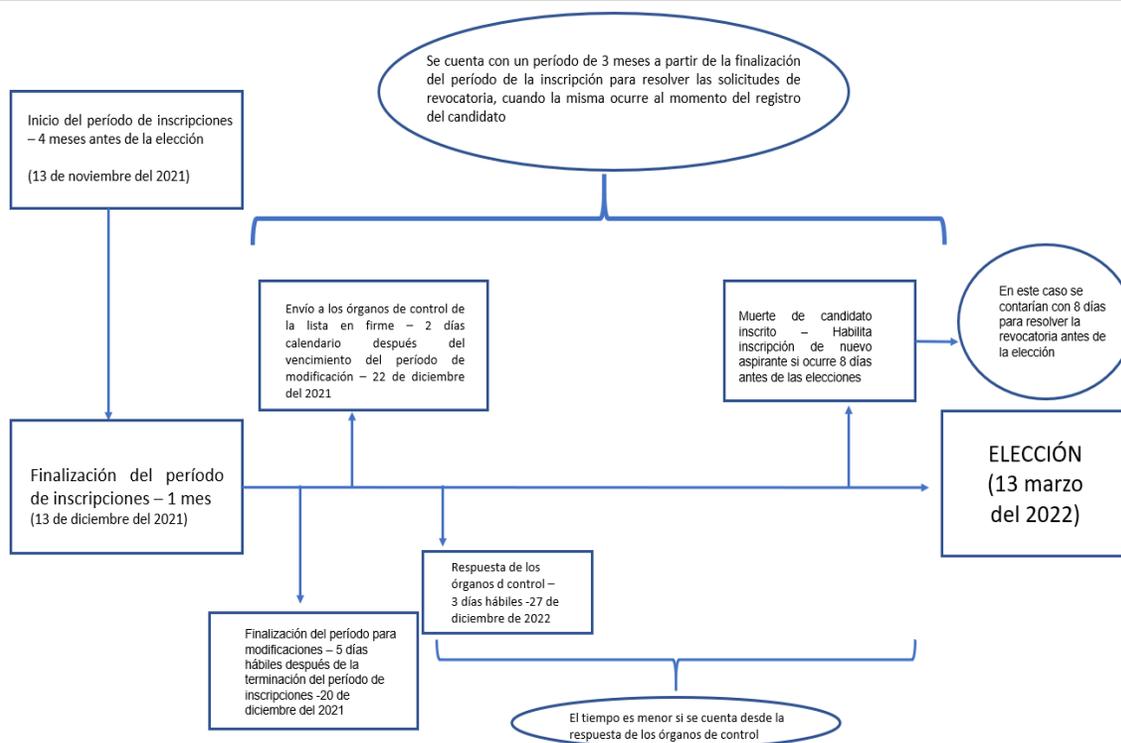
Al prescribir el proyecto esta competencia en cabeza del Consejo Electoral Colombiano y, la atribución de la Corte Electoral de pronunciarse sobre la controversia sobre la validez de la inscripción, persiste una competencia dual, como existe en la actualidad. Este aspecto del sistema es criticado en la exposición de motivos y por tanto esta observación no es solucionada en el proyecto.

Tampoco es posible en los lapsos referidos en el proyecto de la norma citada, resolver inhabilidades y doble militancia, quedando por tanto indefinida la inscripción, la participación del candidato y de las organizaciones políticas, vulnerando con ello el derecho fundamental de elegir y ser elegido.

De proceder la inscripción de la candidatura en la que persista su controversia, la competencia la adquiere la Corte Electoral. Sin embargo, el término que se señala en la ponencia, conllevará a que en un término improrrogable se evalúen las condiciones de inelegibilidad de cada caso, sacrificando en mucho las garantías procesales que deben mediar en las actuaciones judiciales.

Teniendo en cuenta el calendario electoral que rige las elecciones de Congreso de la República, a manera de ejemplo se presentan los siguientes escenarios:

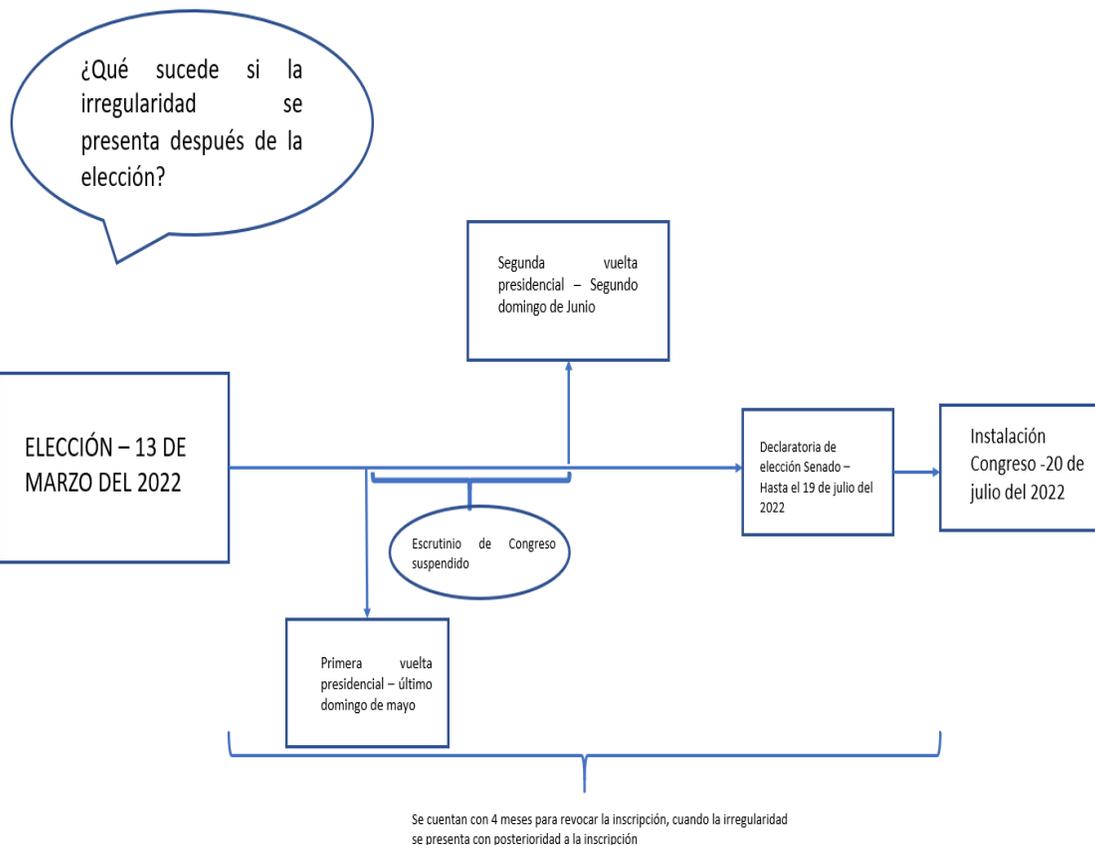
A. Cuando la causal de inelegibilidad se presenta al momento de la inscripción



Como se observa en el gráfico, si la causa de la revocatoria de la inscripción se presenta al momento de esta, se cuenta con un término en el mejor de los escenarios de 3 meses para decidirla, lapso en el cual se deben preservar las garantías fundamentales.

No obstante, ese término en la mayoría de los casos puede verse reducido, toda vez que, en los casos de modificación de las listas, muerte del candidato, incumplimiento de la cuota de género, entre otros factores, las candidaturas pueden modificarse y por ello, aparecer nuevos actores en la contienda, ciudadanos frente a los cuales, el control de su inscripción debe hacerse en un período mas corto que el señalado.

B. Cuando la inhabilidad se presenta con la elección



En este caso, se evidencia de forma general que la autoridad electoral cuenta con 4 meses para decidirla (lapso que se comprende entre la elección y la fecha en que deben estar instaladas las corporaciones públicas), mas es necesario tener en cuenta, el período en que la comisión escrutadora debe suspender sus funciones frente a la consolidación de la información del Congreso, dado que debe atender, conforme las reglas del proceso electoral, la declaratoria de la elección del presidente de la República.

Esto entraña ciertamente una falta de seguridad jurídica en las candidaturas y una falta de solución al problema que en la actualidad se presenta frente al efecto de la cosa juzgada de una revocatoria de una inscripción.

Por ello, el Consejo de Estado propuso frente a la reforma de 2017 la institución del amparo electoral para que fuera esta corporación judicial, quien decidiera las controversias por falta de requisitos y calidades y con efecto de cosa juzgada dicho contencioso, antes de la elección.

Si se conceden tres meses al juez electoral entre la conformación de la controversia y la fecha de la posesión para resolver las inhabilidades, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede resolver este asunto, en primera instancia, antes de las elecciones. De declararse la nulidad electoral por esta causal, en primera

instancia, no se expediría el acto de confirmación de la elección y éste estaría sujeto a la firmeza de la sentencia.

Para explicar lo anterior, se debe tener en cuenta que el contencioso electoral subjetivo establece con grado de certeza si los candidatos se encuentran incurso en causales de inelegibilidad, con plena garantía de los derechos fundamentales y subjetivos de los involucrados.

Además, frente a las irregularidades acreditadas se adoptan, de manera definitiva, los correctivos del caso, el más relevante de ellos, anular la elección y establecer la manera como se garantiza la voluntad popular.

El trámite administrativo encausado por el Consejo Nacional Electoral, de conformidad con el artículo 265.12 de la Constitución Política, tiene la facultad de revocar la inscripción de candidaturas, ante la existencia de plena prueba de la violación del régimen de inhabilidades, que reviste una hipótesis casi de imposible acontecimiento. Ello se explica porque se trata de una fuerte limitación al derecho de participación en política, que solo un juez con altos estándares de protección, autonomía e independencia puede garantizar.

De allí, que la revocatoria de inscripción sea una institución que requiere plena prueba, como una acción preventiva de la democracia para evitar que los ciudadanos elijan personas que se encuentran en forma notoria inmersos en una causal de inhabilidad.

En este escenario, si se observa el calendario electoral, el CNE solo cuenta, en el mejor de los casos, con 3 meses para decidir si se mantiene o no la candidatura. Este acto administrativo lo revisa la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, mediante el contencioso subjetivo.

Esto implica que las controversias relativas a la configuración de situaciones de inhabilidad, en las que no existen suficientes elementos probatorios o se presentan divergencias interpretativas, no puede resolverlas en la actualidad el CNE, por cuanto se requiere del trámite del proceso judicial, el que con las características propias pueda garantizar el debido proceso, sin convertir este contencioso en un aparente escenario judicial que no ofrezca las debidas garantías al candidato ni a los electores.

Por ello, la verdadera solución a este problema es el establecimiento de un amparo electoral judicial, en la forma descrita anteriormente.

3.3. Conclusiones parciales

- La nueva estructura que se propone para el contencioso electoral objetivo y subjetivo implica un remarcado retroceso en punto de las garantías necesarias que deben existir en una democracia, precisamente para los candidatos y para los resultados democráticos, así mismo significa una depreciación de la juridicidad que debe envolver estos procesos.
- Sin mayores fundamentos, se traslada una de las competencias de la Sección Quinta del Consejo de Estado y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a la pretendida Corte Electoral, generando los problemas enunciados y no solucionando las vicisitudes actuales que se reconducen en exclusivo a la revocatoria de inscripciones.
- Se parte del desconocimiento de la complejidad de los asuntos que se tramitan tanto en sede administrativa como judicial, que lleva a plantear como mandatos la adopción de decisiones en términos o periodos que no se compaginan con el calendario electoral ni con las problemáticas que tienen lugar en éste, al parecer, privilegiando desproporcionadamente que de manera expedita se cuente con actos de elección incontrovertibles, en detrimento de una verdadera constatación de los requisitos legales y constitucionalmente establecidos para la validez de las designaciones, el control imparcial e independiente de los actos de la administración previos a la conformación del mismo, las garantías mínimas de los elegidos y lo más relevante, la protección material de la voluntad popular.
- Desde ningún punto de vista conviene al Estado democrático concentrar todas las competencias asignadas a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Consejo Nacional Electoral y a la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo no solo porque se aminoran las garantías a los candidatos como a los elegidos y a los electores, sino porque se sacrifica la verdad electoral.
- El mantenimiento de un juez electoral autónomo e independiente y separado de la organización electoral corresponde al máximo estándar de transparencia y garantía a los derechos políticos, pues no sólo ha tenido en cuenta las características propias del acto electoral, sino los de contenido electoral.

4. Déficit de las garantías constitucionales y legales a los sujetos procesales e intervinientes

4.1. En el proceso de nulidad electoral

En la actualidad, los procesos de nulidad electoral por mandato constitucional (párrafo del artículo 264), deben decidirse en el término máximo de 12 meses en los procesos de dos instancias, y de 6 meses en los de única.

Como se indicó con anterioridad, en desarrollo de esta norma constitucional la Ley 1437 de 2011 contiene disposiciones especiales para tramitar la materia que compone el contencioso electoral, (subjeto y objetivo) en los vicios presentados antes de la elección.

No obstante, dicha regulación especial, sin perder de vista el mandato constitucional de decidir en los referidos plazos las controversias de naturaleza electoral, también pretende garantizar los derechos fundamentales de los demandantes, los demandados y los intervinientes, en el marco de un proceso de naturaleza pública, convencional, constitucional y legal; es decir, con un fortalecimiento de las garantías procesales propias de la tutela judicial efectiva y los principios del derecho electoral.

Esta norma procedimental actual permite que los ciudadanos en general, puedan acudir a los jueces para controlar los actos electorales, aspecto que, en la reforma no se advierte, en tanto, al concentrar las etapas del proceso con las de juzgamiento, deja por fuera la participación efectiva de las personas que quieran intervenir en la consolidación y juzgamiento de los actos de elección por voto popular.

Lo anterior se demuestra en el hecho que los formularios que contienen la consolidación de la votación (E-14, E-24 y E-26) son proferidos por los escrutadores competentes, escenarios que impiden, tratándose de las reclamaciones, que puedan ser postuladas por personas ajenas a las legitimadas por la ley, esto es, candidatos, partidos, apoderados, entes de control, lo que conlleva a limitar el derecho ciudadano de participación activa en el control político de los actos de esta índole.

Para garantizar los derechos de los ciudadanos en el ejercicio de su control social, la norma de procedimiento actual, prevé:

- La demanda, que debe presentarse en el término perentorio de 30 días, es la única oportunidad para solicitar la suspensión provisional del acto acusado (arts. 276 y 277 de la Ley 1437 de 2011).
- De la suspensión provisional debe correrse traslado por el término de 3 días, salvo en los casos de urgencia, aspecto previsto en los artículos 233 y 234 de la Ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia de la Sección Quinta del

Consejo de Estado, como una garantía del derecho a la defensa del elegido y de las autoridades que intervinieron en la expedición del acto acusado.

- Con el fin de garantizar la notificación de la demanda a todos los interesados en los eventos en que se invocan causales objetivas de nulidad electoral, que pueden significar cambios en la composición de la corporación de elección popular respectiva, se exige la publicación de 2 avisos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción, medida que también pretende que la ciudadanía en general y las agrupaciones políticas interesadas acudan al proceso (art. 277 de la Ley 1437 de 2011).
- Tratándose de causales subjetivas de nulidad electoral, se impone la notificación personal de los demandados (los elegidos) o en su defecto por aviso. Además, mediante la primera modalidad se garantiza la vinculación de las autoridades que intervinieron en la expedición del acto o en su adopción y del Ministerio Público (art. 277 de la Ley 1437 de 2011).
- El término para contestar la demanda es de 15 días siguientes a la notificación respectiva (art. 279 de la Ley 1437 de 2011), plazo razonable para oponerse a los cargos formulados contra el acto de elección, formular excepciones previas o mixtas, recaudar y aportar el material probatorio pertinente, solicitar su decreto y/o tachar de falsos o desconocer los elementos de juicio de la contraparte si a ello hubiere lugar.
- Debido al corto tiempo que existe para ejercer el medio de control de nulidad electoral, se garantiza la posibilidad de reformar la demanda, pero solo una vez dentro de los 3 días siguientes a la notificación del auto admisorio y con la advertencia que la proposición de nuevos cargos no puede realizarse por fuera del término de caducidad (art. 278 de la Ley 1437 de 2011).
- Para la resolución de las excepciones previas o mixtas, la fijación del litigio y las peticiones probatorias se contempla la celebración de una audiencia inicial (art. 283 de la Ley 1437 de 2011), de la cual se puede prescindir en los eventos de que trata el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, para que dichas decisiones se adopten por escrito.
- Contra decisiones de significativa importancia como el rechazo de la demanda o su reforma, la negativa del decreto de pruebas, las que decretan nulidades o la medida cautelar, el rechazo de la intervención de terceros o la terminación anticipada del proceso, entre otras, existe el

recurso de apelación o súplica, según la instancia correspondiente (art. 243, 246 de la Ley 1437 de 2011).

- Para el debate probatorio se prevé la existencia de una audiencia, con el fin de que los sujetos procesales ejerzan el derecho de contradicción (art. 285 de la Ley 1437 de 2011), etapa de la cual también se puede prescindir en los eventos señalados en el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 para proferir sentencia anticipada.
- Se concede el término de 20 días para alegar de conclusión en la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que se reducen a 10 cuando se dispone que se presenten por escrito (art. 181 y 286 de la Ley 1437 de 2011).
- Se permite solicitar la aclaración y/o adición de la sentencia (arts. 290 y 291 de la Ley 1437 de 2011). También la apelación (en los procesos de 2 instancias) dentro los 5 días siguientes a la notificación. Asimismo, dentro del término de ejecutoria se puede solicitar la nulidad del fallo pero solo por las circunstancias consagradas en el artículo 294 de la Ley 1437 de 2011.

Como puede constatarse, en aras de administrar justicia con plena garantía de los derechos fundamentales de todos los involucrados y brindar las oportunidades correspondientes para que el juez tenga el conocimiento necesario que le permita adoptar decisiones fondo que velen por la verdad electoral y que verifiquen el cumplimiento de las reglas convencional, constitucional y legalmente establecidas para el certamen democrático, se han establecido de manera detallada mecanismos procesales como los enunciados.

En ese orden de ideas, la propuesta de decidir demandas de nulidad electoral, inclusive en procesos de dos instancias, en el plazo de 4 meses, implicaría un rediseño total del trámite judicial, y por consiguiente, una reducción significativa de los términos para contestar la demanda, reformarla, solicitar, presentar y practicar pruebas, alegar de conclusión, interponer recursos, resolver nulidades, excepciones y proferir el fallo.

En suma, para que se predique la existencia de un trámite con las garantías constitucionales mínimas y, además, que propicie verdaderos espacios de deliberación, que brinden los elementos necesarios para expedir decisiones debidamente fundadas, que respondan a la realidad y garanticen la voluntad popular.

Aunque no se desconoce la necesidad de decisiones expeditas en el trámite judicial de nulidad electoral, tal fin no puede significar la restricción desproporcionada de la tutela judicial efectiva, del derecho de defensa y del

derecho de contradicción, como de los espacios necesarios para que la ciudadanía y las autoridades judiciales analicen la validez de los procesos electorales y sus resultados, máxime cuando de la discusión correspondiente depende la presunción de legalidad de decisiones que materializan la conformación del poder político en el país.

Ahora bien, en respaldo de la reducción del término para decidir los procesos de nulidad electoral, eventualmente puede argumentarse que la Corte Electoral conocerá y decidirá los asuntos relativos a la validez de las inscripciones, antes de las elecciones y a más tardar hasta las posesiones, lo que evitará que por dichas circunstancias se presenten con posterioridad demandas de nulidad electoral, según lo proyectado.

Sin embargo, frente a dicha propuesta, tampoco se precisa mediante qué mecanismos y en qué tiempo interviene la Corte Electoral, si éstos son o no independientes de las demandas que arropan el contencioso electoral subjetivo, quiénes son los legitimados, qué términos tienen para acudir a la jurisdicción, etc.

Además, como se indicó líneas atrás, el ejercicio de tal función en el término propuesto, desconoce de un lado, el corto tiempo que transcurre desde la firmeza de la inscripción de las candidaturas y las elecciones, inclusive las posesiones, y de otro, la complejidad y cantidad de los asuntos que pueden presentarse alrededor de la validez de aquéllas, circunstancias que dificultarían ostensiblemente la adopción de decisiones consonantes con la realidad, que materialmente den cuenta de la infracción o cumplimiento del ordenamiento jurídico por el acto de elección y que estén precedidas del respeto de las garantías mínimas de las partes involucradas.

4.2. En el proceso de pérdida de investidura

Se propone que la Corte Electoral asuma el conocimiento de los asuntos de pérdida de investidura y del cargo.

Actualmente, las demandas presentadas en ejercicio de este medio de control contra congresistas, debido a las significativas consecuencias que se predicen de una decisión que acceda a lo pretendido, son conocidas por los 27 magistrados de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en salas especiales de decisión y por la Sala Plena la segunda instancia, con exclusión de los magistrados que participaron en la primera instancia, lo que garantiza que cada controversia sea objeto de una rigurosa discusión con varios puntos de vista, y que para su adopción se requiera un consenso mayoritario (14 votos) lo que resulta muy significativo al interior de una corporación numerosa.

Con la propuesta, este tema queda reservado a lo sumo a 3 togados para la primera instancia y 4 magistrados para la segunda instancia, lo que en principio constituye una reducción protuberante en el margen de garantía de los derechos fundamentales en controversia, una mengua de las exigencias existentes para la discusión del asunto y la adopción de las decisiones.

Lo anterior aunado, a que la garantía de la doble instancia en una corporación de solo 7 magistrados, implica en la segunda la disminución de la participación de éstos en el análisis del caso, porque en virtud del principio de imparcialidad, quienes conformaron la primera instancia no pueden intervenir en el trámite posterior¹⁶.

Añádase a lo expuesto, que el origen de la Corte Electoral es principalmente político, comoquiera que su designación estaría a cargo del Congreso de la República en pleno, por lo que aquélla en asuntos de pérdida de investidura, entre otros, sería el juez de su elector, circunstancia que prima facie no se compagina con el principio antes señalado, y que en la actualidad no es obstáculo, debido a que en la elección de los magistrados del Consejo de Estado no interviene la rama legislativa del poder público.

4.3. En los procesos que se discuten asuntos de responsabilidad disciplinaria y fiscal

Se le atribuye a la Corte Electoral, la potestad de conocer previa acusación de la Procuraduría General de la Nación o de la Contraloría General de la República, sobre las sanciones disciplinarias o fiscales de funcionarios elegidos popularmente cuando impliquen separación temporal o definitiva del cargo e inhabilidades generales y especiales.

Aunque se supondría que los magistrados del referido alto tribunal principalmente tienen conocimiento y/o experiencia en asuntos electorales, pues serían parte del órgano de cierre de la jurisdicción en la materia, en virtud del numeral antes señalado también tendrían que conocer de cuestiones que pertenecen a otras áreas del derecho, que por su amplitud requieren conocimientos especializados y que actualmente son materia de análisis de las Secciones Primera y Segunda del Consejo de Estado.

Es decir, la Corte Electoral tendría que tener conocimientos especializados en materia disciplinaria, fiscal, de contratación, entre otros, que subyacen a las sanciones impuestas.

¹⁶ Como actualmente ocurre de conformidad con el artículo 2 de la Ley 1881 de 2018.

Conlleva lo anterior, concentrar en una alta corte de solo 7 magistrados, el conocimiento de temas de diversa naturaleza, en detrimento de la especialidad como un criterio en virtud del cual se pretende la corrección de las decisiones judiciales y, por ende, evitar la comisión de errores debido al desconocimiento o inexperticia en los temas objeto de análisis.

5. Falta de técnica en la estructuración de la reforma constitucional

La materialización de una reforma constitucional debe partir de un conocimiento pormenorizado de la normatividad que podría verse afectada con los cambios introducidos, no sólo para evitar que la Constitución presente antinomias, sino para evaluar el impacto de éstos en otras instituciones que podrían verse afectadas, aunque expresamente no se haga alusión a ellas.

Asimismo, dicho conocimiento evita que de manera innecesaria se haga alusión en la Constitución a asuntos que cuentan con desarrollo suficiente a nivel legal, o que por su naturaleza pueden requerir de cambios constantes, que no podría efectuarse con facilidad si son incluidos en la Carta Superior.

También, debe evaluarse el impacto que tiene la modificación constitucional en las normas de inferior jerarquía, por ejemplo, la derogatoria de éstas, el surgimiento de temas que requieren desarrollo legal o reglamentario y la necesidad de un régimen de transición.

La falta de técnica en la estructuración de las propuestas de reforma constitucional se ve reflejada en aspectos como:

- Falta de claridad en las ramas del poder público. El Consejo Electoral Colombiano, se encuentra ubicado en el Título V, Capítulo 1 de la estructura del Estado, como perteneciente a la organización electoral, y por consiguiente, entre los órganos autónomos constitucionales. Al mismo tiempo, se encuentra en el proyecto instaurada parte de la rama judicial del poder público.
- Incluir en el artículo 108 superior como causal de pérdida de la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos, “*si estos se abstienen de utilizar algún mecanismo de democracia interna para la elección de los candidatos a cargos y corporaciones públicas de elección popular*”, aunque a través de los artículos 10 y 12 de la Ley 1475 de 2011, se regularon las sanciones aplicables a la agrupaciones políticas y sus directivos, entre otras conductas, por incumplir las disposiciones relativas a su funcionamiento, dentro de las cuales se encuentran las atinentes a los mecanismos de democracia interna que deben aplicar.

- Teniendo en cuenta lo anterior, no se advierte imperativo que, a través de una reforma constitucional, se establezca como sanción frente al desconocimiento de dichos mecanismos, la pérdida de la personería jurídica, pues para tal cambio simplemente podría adicionarse la ley estatutaria que se ocupó de la regulación de las sanciones, con lo cual también se garantizaría que éstas estén contenidas en una sola normatividad.
- Crear nuevas autoridades y potestades, cambiando sus nombres, transferir las competencias de unas a otras, crear nuevos mecanismos de control, reducir los términos de éstos, entre otros asuntos, sin consagrar regímenes de transición y/o mandatos para que se expidan las normas adjetivas respectivas que materialicen los cambios pretendidos, en especial, significarían cambios demasiado significativos en las reglas democráticas, de la contienda electoral y del control de legalidad de los actos electorales y de contenido electoral.
- La pretensión de contar con decisiones definitivas frente a las causales de inelegibilidad, antes de las elecciones, desconoce la complejidad del contencioso electoral subjetivo.
- En lo que se refiere al contencioso electoral objetivo es mucho más dispendiosa la revisión y siempre requiere de lapsos considerables, lo que impediría saber los resultados electorales antes de la instalación y puesta en funcionamiento de cada periodo constitucional de las corporaciones públicas.

Al respecto, piénsese en las complicaciones y poca probabilidad de establecer los resultados electorales cuando en una elección se presentan varias reclamaciones persistentes -Senado de la República- y la autoridad electoral debe decidir las con plenas garantías y con carácter de cosa juzgada, antes de la posesión de los elegidos, (entre el 13 de marzo día de las elecciones y 19 de julio día anterior a la instalación del Congreso), teniendo en medio las elecciones presidenciales de 1 y 2 vuelta, según el caso.

- Resulta contrario a la realidad una justicia electoral que dicte las sentencias en menos de 4 meses (teniendo en cuenta el escrutinio presidencial y demás vicisitudes que se presenten frente a las Cámaras) la Corte Electoral¹⁷ tendrá que dictar sentencias con efecto de fuerza de cosa juzgada e incontrovertible para los ciudadanos, respecto de los cuales existen controversias jurídicas sobre la legalidad de la designación.

¹⁷ Proyecto de Acto Legislativo acumulado

- También la propuesta desconoce el calendario electoral, el cual cuenta con términos preclusivos y de obligatorio cumplimiento y que se encuentran establecidos en la Ley Estatutaria que los reglamenta, que hacen poco viable que antes de las elecciones se resuelvan de fondo, de manera clara, precisa y congruente la totalidad de cuestionamientos que se pueden presentar antes de los comicios.
- Si lo pretendido es realizar una reforma significativa sobre el procedimiento de consolidación de la voluntad popular, los mecanismos administrativos y judiciales para protegerla y las autoridades a las que se les encomienda esta tarea, imperativamente debe partirse de un conocimiento del trámite electoral, el proceso contencioso electoral y sus vicisitudes, lo cual se ha querido ilustrar sucintamente en los anteriores términos.

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE AL 026 DE 2022 PROPUESTO POR EL GOBIERNO NACIONAL

En su artículo 1, por medio del cual se pretende modificar el artículo 40 de la CP, se hace referencia a que “Con la excepción de la sanción de pérdida de investidura, las limitaciones de los derechos políticos de las personas solo podrán ser proferidas por una autoridad judicial competente **en proceso penal**”

De la lectura de la reforma pretendida, resulta claro, que el contencioso electoral, se erige en nuestro ordenamiento jurídico, como el mecanismo de control con que cuenta cualquier persona, para que se estudie la legalidad de los actos electorales; su consecuencia, cuando éstos son producto del descornamiento de las normas que lo gobiernan, es la afectación directa del derecho del elegido.

Así las cosas, bajo este entendimiento, la razón de ser del medio de control de nulidad electoral desaparece en tanto no tendría por no pertenecer a la jurisdicción penal, cómo controlar la legalidad de los actos emanados de la voluntad popular.

Al respecto, se debe recordar, que la dimensión del derecho político, no se circunscribe únicamente a los ungidos con el apoyo ciudadano, en tanto, la misma norma que se pretende modificar, resalta que: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.”

De lo anterior se puede colegir, que al pretender adicionar el artículo referido, en donde se enlistan de forma enunciativa, algunos de los derechos políticos mas relevantes, se tendría que, cualquier acto que los afecte, deba ser decidido por la jurisdicción penal.