

El derecho procesal electoral como garantía de la democracia en Colombia: incidencia de la acción de reclamación y solicitud de saneamiento de nulidad electoral en la conformación del congreso de la república periodo 2014-2018

Heriberto Pérez Triana

Trabajo de grado para optar el título de Magister en Derecho

Director

Dr. Jorge Luis Gómez Suarez

Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas.

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de ciencias jurídicas y políticas

Maestría en derecho con énfasis en derecho administrativo

2022

Agradecimientos

Agradezco primeramente a Dios por haberme permitido culminar este propósito que traerá para mi vida grandes bendiciones; a mi esposa Melida quien siempre ha estado conmigo apoyándome, a mis hijas María Alejandra y Daniela; mis dos grandes amores y a mi querida madre Emma (QEPD), fortaleza y vivencia en mis dificultades. A la directora de Maestría Dra. Viviana Andrea Cortes Uribe y desde luego al director Jorge Luis Gómez, sin su apoyo no hubiese sido posible este logro; reconozco mi gratitud a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Contenido

Introducción	7
1. Teoría de la eficacia jurídica en relación con la noción de vigencia y las disposiciones que gobiernan el estatuto de las reclamaciones en el código electoral colombiano	13
1.1. Eficacia jurídica en su relación con la seguridad jurídica	15
1.2. La eficacia jurídica en su relación con la vigencia	21
1.3. La derogatoria tácita en su dimensión de derogatoria orgánica.....	24
1.4. Reflexiones finales a modo de conclusión de este capítulo	30
2. Referentes normativos y jurisprudenciales de las reclamaciones en el proceso electoral con base en las decisiones en sede judicial para las elecciones del congreso de la república 2014-2018	32
2.1. Marco general del procedimiento dentro del debate electoral colombiano	33
2.2. Los referentes legales interpretados en las reclamaciones electorales en sede judicial	35
2.2.1. El carácter restringido de la acción de nulidad como una acción pública	36
2.2.2. La hermenéutica de las causales de nulidad	36
2.2.3. Requisitos de procedibilidad.....	39
2.2.4. Sobre las causales específicas.....	40
3. Efectos sociológicos de la eficacia jurídica en el marco de las causales de reclamación previstas en el código electoral y las causales de nulidad electoral frente a la protección de los derechos fundamentales	45
3.1. Efectos sociojurídicos de las decisiones controvertidas en sede administrativa y judicial.	47
3.1.1. Implicaciones de factor social.....	47

3.2. Los criterios hermenéuticos de la sede administrativa y la judicial	53
3.2.1. La falta de evidencia de criterios hermenéuticos puesta de manifiesto en la Resolución 3006 de 2014 del Consejo Nacional Electoral.....	53
3.2.2. Los reproches hermenéuticos presentados por el Consejo de Estado a la posición del Consejo Nacional Electoral.....	56
3.3. Sobre los factores de la eficacia jurídica.....	58
3.3.1. Sobre la seguridad jurídica.....	58
3.3.2. Sobre la eficacia entendida como vigencia – la derogatoria orgánica .	62
4. Conclusiones: tensión entre la administración, el juez constitucional y el juez contencioso – la sentencia 2014-00117 del Consejo de Estado.....	66
Referencias bibliográficas	79

Resumen

El marco jurídico que regula la reclamación y la solicitud de nulidad electoral es confuso para quienes se valen de estos mecanismos para garantizar sus derechos democráticos. La sede administrativa mantiene criterios disímiles en comparación con los mantenidos por el Consejo de Estado. Por esto, las controversias sobre los escrutinios implican comparecer a la Administración de Justicia, degenerando en una espera excesiva para conocer los resultados electorales, en ocasiones hasta pocos meses de finalizar el periodo. Tal situación pone de relieve el estudio de la eficacia jurídica de las normas electorales, las cuales parece estar en cuestión; sobre todo, en relación con la noción de vigencia. Las investigaciones disponibles sobre el tema se concentran en aspectos dogmáticos sobre las normas, sin plantear una posición concreta sobre el tema problemático. Esta es una de las razones que, por consiguiente, se propende a través del presente estudio validar si la normativa de la acción de reclamación electoral es eficaz, entendiendo por eficacia la noción de vigencia. Para dar cuenta de la hipótesis, primero, se determinarán los elementos de la eficacia con base en las decisiones en sede administrativa y en sede judicial para las elecciones de congreso de la república para la vigencia 2014-2018; segundo, para tal fin se establecerán y clasificarán los fundamentos jurídicos de las decisiones judiciales y administrativas sobre las reclamaciones frente a los escrutinios de la elección estudiada; y finalmente, se identificarán los efectos sociológicos y jurídicos que la falta de criterios en cuanto a la eficacia jurídica del Código Electoral genera en la salvaguarda de los derechos fundamentales constitucionales a la participación política y el debido proceso.

Palabras claves: *eficacia, vigencia, derogatoria orgánica, derecho electoral.*

Abstract

The legal framework that regulates the claim and request for electoral invalidity is confusing for those who use these mechanisms to guarantee their democratic rights. The administrative headquarters maintains dissimilar criteria in comparison with those maintained by the Council of State. For this reason, controversies over the scrutinies imply appearing before the Administration of Justice, degenerating into an excessive wait to know the electoral results, sometimes up to a few months after the end of the period. Such a situation highlights the study of the legal effectiveness of electoral norms, which seems to be in question; above all, in relation to the notion of validity. The available research on the subject concentrates on dogmatic aspects of the norms, without posing a specific position on the problematic subject. This is one of the reasons that, consequently, the present study aims to validate whether the regulations for the electoral claim action are effective, understanding the notion of validity as effectiveness. To account for the hypothesis, first, the elements of effectiveness will be determined based on the decisions at the administrative and judicial headquarters for the 2014-2018 parliamentary elections; second, for this purpose the legal foundations of the judicial and administrative decisions on the claims will be established and classified against the scrutiny of the election studied; and finally, the sociological and legal effects that the lack of criteria regarding the legal effectiveness of the Electoral Code generates in the safeguarding of the fundamental constitutional rights to political participation and due process will be identified.

Key words: *efficacy, validity, organic repeal, electoral law.*

Introducción

La acción de reclamación y de solicitud de saneamiento de nulidades, se presenta en el ordenamiento jurídico como una oportunidad procesal, publica que a su vez genera un mecanismo para garantizar la democracia durante la contienda electoral. La complementariedad del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) y de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) regulan estos medios atribuyendo competencias tanto a la sede administrativa como a la autoridad judicial, bajo presupuestos y requisitos de observancia del debido proceso; la garantía de los derechos fundamentales y el agotamiento de la vía gubernativa constituyó hasta 2014 requisito de procedibilidad¹. El acervo normativo arroja un manto de penumbra sobre los procedimientos que deben surtirse para el agotamiento de la vía administrativa, en la medida que no es claro *prima facie* cuál es el sistema derogatorio (explícito, implícito u orgánico) que se ha constituido en este entramado normativo. En efecto, se observa que el criterio procedimental de la sede administrativa difiere del mantenido por el Consejo de Estado; en particular, en la sentencia del 8 de febrero de 2018 de la sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. La sede administrativa, argumentando un tipo de derogatoria orgánica, considera que el artículo 164 del Código Electoral perdió vigencia con la entrada en vigor de la Carta Política de 1991. Por su parte, el Consejo de Estado afirma que, aun cuando el sistema electoral ha cambiado significativamente desde 1991, desconocer la vigencia del artículo 164 del Código Electoral es desconocer la voluntad de la ciudadanía. Así mismo, el artículo 192 del mismo estatuto electoral, enlista trece causales de reclamación las cuales

¹ Cuando fue declarado inexecutable.

constituyen una codificación estructurada, disponible para que los interesados en la contienda electoral acudan en sede administrativa a proponer las reclamaciones en el marco de los escrutinios practicados en las diferentes instancias, no obstante, algunas de estas reclamaciones se encuentran en denominado desuso, por la evolución del derecho; de tal suerte que los ciudadanos puedan, previa legitimación en la causa hacer uso de estos institutos jurídicos para que el juez electoral (Jurados de Votación, Comisiones Escrutadoras, Consejo Nacional Electoral); realicen el denominado principio de saneamiento garantizando la verdad de los resultados electorales, emitidos por los ciudadanos en las urnas. No obstante lo antedicho, y teniendo como premisa la evolución del derecho constitucional, el cual emerge a partir de 1991, y dado el Código Electora, es una norma anterior a la constitución, el Consejo Nacional Electoral en el marco de sus competencias ha emitidos actos administrativos como la resolución 754 de 2010, por la cual se estableció el protocolo de escrutinios y la reciente resolución 1706 de 2019 , mediante la cual se reglamentó un procedimiento administrativo, tendiente a llenar los vacíos del estatuto electoral vigente, es decir el decreto 2241 de 1986.

De otra parte, la ausencia de criterios unificados entre la sede administrativa y la sede judicial puede afectar, además de la seguridad jurídica, los principios esenciales del Estado Social de Derecho, como es la democracia y la participación política, consagrados en el artículo 1º y 40 de la Carta Política. Un caso paradigmático de esta situación lo constituyen las elecciones para integrar en Congreso en la vigencia 2014-2018. El trámite administrativo y judicial sobre las solicitudes nulidad y de reclamación electoral presentadas por algunos candidatos hizo que los resultados de esos comicios se conocieron finalmente el 8 de febrero de 2018, cinco meses antes de que finalizara el periodo para el cual habían sido elegidos. Así pues, aunque existe un marco normativo que, en principio,

está vigente, su aplicación disímil en sede administrativa respecto a la de la sede judicial genera que se ponga en entredicho la eficacia (entendida como vigencia) del marco jurídico. En efecto, no es suficiente que en vía gubernativa se aplique un conjunto de normas si esta aplicación será finalmente deslegitimada por el Consejo de Estado, en caso de que el interesado concurra a la vía judicial. En este orden de ideas, se formula la siguiente pregunta de investigación: ¿Qué determina la eficacia jurídica o falta de esta (entendida como vigencia) de las normas que regulan la acción de reclamación y de solicitud de saneamiento de nulidad electoral en el derecho electoral, con base en las decisiones en sede administrativa y en sede judicial (Consejo de Estado) para las elecciones al Congreso de la República 2014-2018?

Es común que en el ejercicio profesional del abogado se encuentren situaciones de incertidumbre jurídica sobre un aspecto de derecho. Las acciones encaminadas a garantizar la transparencia en el escrutinio están inmersas en contextos como el descrito anteriormente. Así, para los ciudadanos en general, como para los abogados y operadores jurídicos, la eficacia jurídica más allá de ser un concepto abstracto y teórico tiene injerencia en la práctica cotidiana. Un aporte que da luces a la solución del problema formulado consiste en la determinación de los aspectos de eficacia jurídica y, en particular, con las acciones encaminadas a garantizar la transparencia durante los escrutinios. Aunque existen trabajos sobre las irregularidades electorales en Colombia, algunos de estos se reducen a temas dogmáticos con énfasis en la hermenéutica de las normas jurídicas, muchas de las veces sin sustento teórico expreso. Otros trabajos son de tipo diagnóstico, con un marcado énfasis en la organización y los delitos electorales. En este orden de ideas, una aproximación científica como la que se propone aquí ofrecerá criterios de análisis para determinar soluciones concretas. Esto, en segunda instancia, favorecerá que se provean

elementos para garantizar la seguridad jurídica, elemento clave en el ejercicio profesional del abogado litigante y de la sociedad en su conjunto.

Finalmente, se quiere hacer una precisión sobre el marco teórico, el diseño metodológico y la hipótesis que se desea validarse. La investigación se enmarca en el paradigma sociológico, pues supera la aproximación dogmática al tema de estudio para identificar, analizar y explicar una situación jurídica determinada. El abordaje de la investigación parte de un fenómeno social específico – la efectividad del marco normativo que regula la etapa prejudicial para el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa por temas electorales. El resultado de la investigación ofrecerá una perspectiva teórica que permita a abogados, jueces, autoridades administrativas, entre otros, comprender la situación problemática y solucionarla mediante prácticas sustentadas en conclusiones científicamente demostrables. Dentro del paradigma sociológico se asumirá la perspectiva de los Estudios Críticos del Derecho (ECD), pues no se quiere hacer énfasis en el derecho directamente, sino en las prácticas jurídicas que se construyen en torno a ese cúmulo de normas que se denominan derecho. Mediante estas prácticas (legislativas, judiciales o administrativas) se “fuerza” al derecho para que diga lo que el usuario quiere que diga, lo cual se limita a las fronteras de cada campo jurídico. La ubicación dentro de un paradigma y una escuela, por supuesto, implica compromisos metodológicos. El método utilizado será de orden cualitativo en el marco de la interpretación. El resultado del ejercicio hermenéutico es la dación de significado, el cual surge en el ejercicio mismo de vivir en diferentes contextos. El investigador, entonces, ya no es una entidad abstracta, como si del ojo de Dios se tratara, sino que es un agente activo más dentro del objeto de investigación como sujeto de investigación.

En la medida que se desea identificar la eficacia (entendida como vigencia), la investigación se apoya en los postulados de Kaufmann (2006). Para este autor, la eficacia se relaciona con la seguridad jurídica, entendida como positividad, practicabilidad e invariabilidad (pp. 349-351). Este último involucra dos nociones complementarias, la invariabilidad temporal y la espacial. El problema jurídico detectado se relaciona con esta invariabilidad. Mientras que durante los escrutinios (criterio temporal) la autoridad administrativa (criterio espacial) tiene ciertos criterios interpretativos determinados, durante el control judicial (criterio espacial) de las decisiones administrativas, control que es posterior a la actuación administrativa (criterio temporal), se evalúa con criterios diferentes. Este enfoque lleva, entonces, a estudiar la noción de derogatoria. Esta puede ser expresa, tácita u orgánica. Esta última no ha tenido mayor desarrollo dogmático o legal, sino sobre todo de orden jurisprudencial. Sin embargo, este último tipo de derogatoria se configura cuando una norma posterior regula integralmente un asunto o una materia, haciendo que las normas anteriores pierdan vigencia, por entrar en conflicto con la nueva normatividad. Por esto, determinar una eventual derogatoria orgánica es un asunto hermenéutico; es decir ocurre el fenómeno de la obsolescencia de la norma, es decir ocurre, cuando las normas, a la luz de la realidad social, económica, cultural política e histórica actual, resultan inadecuadas, como podría afirmarse de las disposiciones que rigen el estatuto de las reclamaciones que actualmente orientan el quehacer del juez administrativo, así como la jurisdicción contenciosa.

Finalmente, la hipótesis que desea validarse con esta investigación se formula en los siguientes términos: La normativa relacionada con las reclamaciones electorales, así como las solicitudes de saneamiento de nulidad (acción de reclamación) son ineficaces por la diferencia en la aproximación hermenéutica al interior de sede administrativa y entre la

sede administrativa y judicial, impidiéndose, de este modo, la garantía consagrada en la Constitución Política de 1991, artículo 40, de la participación política. La validación de esta hipótesis implica el siguiente procedimiento. Primero, se hará una investigación documental para rastrear las causas, tensiones y en segundo lugar establecer los resultados de la pugna entre polos de poder, los cuales se encuentran en los documentos emanados de esos polos: sentencias y actos administrativos. Este material fue catalogado según existieran conceptos relevantes, pertinentes e importantes, mediante matrices conceptuales.

1. Teoría de la eficacia jurídica en relación con la noción de vigencia y las disposiciones que gobiernan el estatuto de las reclamaciones en el código electoral colombiano

Dentro de la teoría jurídica se presentan tres conceptos que, tradicionalmente, se han utilizado de manera ambigua. Estos conceptos son validez, vigencia y eficacia. La ambigüedad surge porque, en muchas ocasiones, son utilizados de manera sinonímica, de forma intercambiable, o porque se resalta algún aspecto de uno de ellos que parecería hacerlo coincidir con los demás. Considero que esta confusión está medianamente justificada en la medida que, si bien los conceptos son independientes, la plena comprensión de ellos demanda, no solo la buena comprensión de su definición, sino la profunda identificación de las relaciones que surgen entre ellos. El tema sobre la clasificación de lo que sea la validez, la vigencia y la eficacia de la norma ha llegado a debatirse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de todo ordenamiento jurídico; a tal punto que un grueso número de reclamaciones electorales presentadas por los apoderados, candidatos, testigos son rechazadas in limine, bajo distintos argumentos que de manera metódica y arbitraria en ocasiones adoptan las comisiones escrutadoras, las cuales amparadas bajo aspectos eminentemente exegéticos, carentes de análisis profundo, despachan desfavorablemente, con lo cual afecta el principio de verdad electoral, dando paso a la incertidumbre y al caos electoral que marca en muchas ocasiones la falta de transparencia e idoneidad de este instrumento jurídico y anulando la posibilidad de garantizar los principios y derechos establecidos en disposiciones de rango superior, que bien aplicados darían lugar a decisiones diferentes e incluso podrían acrecentar la seguridad jurídica en sede administrativa, la cual por razones de interpretación y argumentación, son llevadas a la

sedes contenciosa, como ocurre precisamente en lo que se demuestra con la presente investigación.

Aunque una interpretación armónica de la normativa electoral en relación con los escrutinios permite identificar las reglas vigentes, a juicio de quienes las aplican algunas están derogadas, otras carecen de validez o simplemente la eficacia es desconocida. El Consejo Nacional Electoral determinó que en la solicitud de nulidad de las decisiones administrativas sobre la elección de congresistas 2014-2018 no se había cumplido con los requisitos para que la solicitud prosperara. La jurisdicción constitucional, por su parte, estableció que la decisión del CNE no se ajustaba a derecho. Y la especialidad contenciosa administrativa determinó que tanto el órgano administrativo como los jueces constitucionales habían incurrido en interpretaciones equivocadas sobre las normas que regulan los escrutinios.

Esta diferencia de opiniones generó que los electores supieran los resultados de la votación de congresistas para el periodo 2014-2018 a pocos meses de que el periodo terminara. En otras palabras, quienes representaron al pueblo (una de las funciones de los congresistas) no fueron los elegidos por los votantes, y quienes gozaban del respaldo popular no pudieron ejercer sus derechos y prerrogativas. En este sentido, precisar las nociones de validez, vigencia y eficacia permite comprender lo que verdaderamente estuvo en juego en el resultado electoral del 2014: una cuestión de vigencia de la democracia. No es una reflexión académica, sino una precisión conceptual con influencia en las decisiones de los operadores jurídicos.

Desde el punto de vista de la eficacia normativa se relaciona, principalmente con la idea de vigencia. Si bien se reconoce que la idea de validez es fundamental, el análisis dogmático y jurisprudencial de esta noción desbordaría los alcances de esta investigación.

Por esto, en este capítulo nos concentraremos en los dos primeros conceptos. Esto no implicará, por supuesto, argumentar algún tipo de sinonimia entre eficacia y vigencia. Por el contrario, lo que se quiere mostrar es de qué manera los análisis sobre la eficacia jurídica demandan una reflexión fundamental sobre la vigencia. En particular, la vigencia entendida, no solo en su clasificación estándar a partir de la derogatoria expresa y la derogatoria implícita, sino en la versión que desde hace un par de décadas viene desarrollando la Corte Constitucional de Colombia, la derogatoria orgánica. ¿Este tipo de reflexión, podrá demostrarse? Primero la norma demanda, fija una noción seria de eficacia jurídica en su dimensionalidad de seguridad jurídica, frente a las disposiciones que gobiernan la acción de reclamación previstas en el código electoral.

1.1. Eficacia jurídica en su relación con la seguridad jurídica

A continuación, se identifica la relación entre la eficacia y la seguridad jurídica. La finalidad de esta reflexión no es solamente académica, sino que la teoría misma del concepto estudiado lo demanda. Hacer claridad sobre la noción de eficacia jurídica a partir de la arista de seguridad jurídica permitirá de manera más clara y natural llegar a la idea de vigencia, para enmarcar adecuadamente el análisis sociológico sobre la salvaguarda de los derechos constitucionales en escenarios de debate litigioso electoral. En este orden de ideas, lo que se hará a continuación es presentar un marco teórico sobre la eficacia jurídica entendida como vigencia de manera que; se diluciden las nociones esenciales de este marco teórico para que en el segundo capítulo se pueda hacer el análisis jurisprudencial de manera eficaz y, en el tercero; se pueda presentar los efectos sociológicos del tema investigado y finalmente; se llegue a la conclusión de la hermenéutica de los tres actores que participaron en las decisiones, tanto administrativas, como jurisdiccionales, para la conformación del Congreso 2014-2018.

La relación entre la eficacia jurídica y la noción de seguridad jurídica es ampliamente desarrollada por Arthur Kaufmann. Para este filósofo del derecho, la seguridad es un compuesto mixto de tres elementos: la positividad, la practicabilidad y la invariabilidad. No se pretende hacer un examen exhaustivo de cada uno de estos, pero es necesario fijar unas ideas básicas sobre los elementos, para comprender precisamente lo que se entenderá por eficacia jurídica en su dimensión de vigencia.

Contraria a una posición que apele a la idea de consuetudinario, para Kaufmann (2006) la positivación del derecho es uno de los elementos esenciales de su eficacia, por lo que es recomendable que emane de autoridad competente. El simple uso de una práctica, aunque sea por un largo tiempo, si bien puede ser considerado como fuente de derecho, genera inconvenientes para la seguridad jurídica, pues se incurre en riesgos de exactitud hermenéutica (p.350). Esta posición se sustenta en autores como Carl Schmitt o Hans Kelsen, como se explicará a continuación.

Aunque dentro de la ciencia jurídica se ha visto una distancia teórica entre los dos pensadores, Kelsen y Schmitt, lo cierto es que existen puntos de encuentro a partir de los cuales cada uno desarrolla su posición. En particular, comparten la idea de la positividad como medio idóneo de existencia normativa en el sentido que es capitalizado por Kaufmann posteriormente y que se indicó en el párrafo anterior. Sin que la discusión se adentre todavía en la cuestión de la validez legal, tema cardinal de los dos pensadores (Kelsen, 1965 y Schmitt, 1996), puede afirmarse que la positividad juega un papel principal en relación con la seguridad jurídica. En efecto, las exclamaciones normativas, aquellos actos de habla por los cuales la autoridad emite la descripción de un deber-ser, pueden contrastarse únicamente al compararlas con la de otra norma de carácter superior.

Así, para Kelsen (1986), la validez normativa pende de que una autoridad haya proferido (positivizado) la norma de acuerdo con una norma superior que le da validez (p.45). Del mismo modo, para Schmitt (1914), la positivación es necesaria, pues no es otra cosa que la de poner en signos claros y expresos la ley superior en la cual la sociedad descansa (p. 69).

Quizá pueda contraargumentarse que mientras Kelsen sustenta la validez en una norma superior, Schmitt considera que la positivización es un acto de desarrollo normativo. Esta objeción, que resulta válida en la medida que surge por una adecuada interpretación de los pensadores, es fácilmente respondida al revisar que no afecta en nada la importancia que cada autor asigna a la positividad jurídica. En efecto, tanto Kelsen como Schmitt se enfrentan con la tarea de responder si una norma es válida o no. Para responder esta pregunta, el primero considera que, una vez positivizada la norma – esto es, una vez sea proferida la norma – debe verificarse si la autoridad está legitimada para hacerlo o no; y esta verificación debe hacerse a la luz de una “ley” general que da fundamento, sin que esto implique una noción trascendente del derecho (Kelsen, 1986, p.53). Para Schmitt, por el contrario, la ley encuentra sustento en una “ley” general de fundamento con un tinte un tanto más trascendente (Schmitt, 1979, p. 123). En este sentido, la objeción parecería tener sentido; sin embargo, nuestro interés no es concentrarse en el aspecto de fundamento del derecho – que es el interés de Schmitt y de Kelsen – (Curcó, 2013, p. 81), sino en la visión que estos comparten sobre la necesidad de la positividad normativa.

En consecuencia, la positividad es uno de los elementos de la seguridad jurídica que, en el caso de Kelsen y Schmitt se relaciona con una idea superior sobre la cual la sociedad se asienta, con independencia de cuál es la idea que cada uno de estos pensadores identifica.

El segundo elemento que se aborda a continuación es el de la practicabilidad. Anteriormente, se estableció que la positividad se relaciona con la idea de seguridad jurídica, pues permite tener una fuente de interpretación, que es la preferencia de la autoridad competente. Ahora, mostraremos de qué manera la practicabilidad se relaciona con la puesta en marcha del ejercicio hermenéutico. Esto significa, con la forma en que “las situaciones de hecho jurídicamente relevantes tienen que ser reconocibles, en la medida de lo posible, libres de error” (Kaufmann, 2006, p. 350).

Tradicionalmente, se ha considerado que la hermenéutica es el ejercicio de subsunción de una lista de hechos a una norma jurídica, lo que demanda una aproximación interpretativa a las normas – los textos – (Kaufmann, 1977, p.140). Sin embargo, la actividad hermenéutica involucra, también, aproximaciones interpretativas a los hechos mismos que superan la simple preferencia lingüística de las normas (Kaufmann, 1977, p. 141). En este orden de ideas, las normas son solo prejuicios interpretativos en el sentido hermenéutico (Gadamer, 1965, p. 261) que ayudan en la aproximación a los hechos. Estos hechos serán interpretados a la luz de la subjetividad del interpretante, que por este solo hecho no incurre en una subjetividad de quien dice el derecho, sino que hace evidente una serie de elementos históricos y contextuales a partir de los cuales la interpretación fáctica es posible (Kaufmann, 1977, p. 142).

En otras palabras, la practicabilidad hace alusión a la posibilidad de que el legislador y el juzgador tenga la posibilidad de entender los hechos objetos del derecho para que, en su función esencial, cree derecho o diga el derecho. Esto implica que debe evitarse: “la tipificación vaga y [la] formalización de los supuestos de hecho legales que (...) puedan generar contradicciones con la justifica material” (Kaufmann, 2006, p. 350-351). Esto

puede lograrse mediante la revisión, no de la norma jurídica, sino “en los contenidos materiales de la vida social” (Kaufmann, 1977, p. 1369).

Es decir, el ejercicio hermenéutico no es la afinación de la interpretación de las normas, como podría pensarse a primera vista, sino la adecuada interpretación de la vida social que es en la que reposa el derecho (su surgimiento y su aplicación).

Cobra sentido entonces el reproche del juez contencioso en la sentencia Rad. 2014-00117 al juzgador constitucional de que este no reconoció lo que estaba en juego en su decisión. Esta surgió en el plazo perentorio de 10 días sin que el juez tuviera la oportunidad para analizar el acopio fáctico suficiente para tomar la mejor decisión posible. Por esto, se fundamenta la idea de que la practicabilidad es una dimensión hermenéutica del derecho. En efecto, una norma se hace practicable en la medida que sea lo suficientemente actualizada (desde una perspectiva histórica) para la plena comprensión de los fenómenos sociales.

Finalmente, además de la positividad y la practicabilidad, la invariabilidad se hace elemento esencial de la seguridad jurídica. Se entiende que el derecho es invariable cuando está protegido frente a las modificaciones normativas de ocasión (Kaufmann, 2006, p. 351). Esta visión sobre la invariabilidad halla sustento en la definición que Holmes da sobre el derecho: “las profecías de lo que las cortes harán, y no lo que pretenderán, es lo que yo quiero significar por Derecho” (Radbruch, 1946, p. 25). Estas ideas sugieren que el derecho, a la luz de la seguridad jurídica, debe permanecer estable en el tiempo. Pero esta estabilidad no da cuenta solo de la vigencia del texto jurídico, sino de su interpretación y aplicación. En el caso concreto de las reclamaciones prevenidas en el código electoral, estas, pese a mantener su vigencia, cuando se trata de aplicarlas, el jurado electoral, debe recurrir a fenómenos de interpretación, incluso apela a principios, entre ellos, el de

preclusividad; el principio de eficacia y principio de verdad electoral, entre otros, para determinar el alcance y garantizar una solución que si bien en el derecho electoral, no contempla un procedimiento, este debe crear su propia forma de solucionar el litigio. Ante tal circunstancia, el mismo Consejo Electoral, en el marco de sus atribuciones emite actos administrativos, previos al certamen electoral, con el fin de garantizar precisamente la aplicación de normas y procedimientos que dado lo obtuso del código electoral, resultan inaplicables.

Haciendo una síntesis de los tres elementos analizados hasta aquí: positividad, practicabilidad e invariabilidad; se presenta una idea de seguridad jurídica que ayudará a fundamentar la noción más general de eficacia jurídica en su dimensión de vigencia. Una norma debe ser positivizada. En el marco de esta investigación, ha de entenderse por positivización, no el hecho necesario de que la norma esté contenida de manera expresa en un documento, sino en el hecho de que la norma haya sido expresada por autoridad competente. Por ejemplo, podría ser una norma dictada por un cuerpo colegiado, como el Congreso de la República, o por una autoridad administrativa unipersonal, como la autoridad electoral nacional, o por un juez, ya sea colegiado, Tribunal Constitucional o unipersonal; como un juez de instancia municipal o de circuito. Cuando el acto de preferencia está sustentado en una autorización legal expresa, se dice que la norma proferida por alguno de esos órganos hace parte del ordenamiento jurídico y, por esto, la norma se ha positivizado.

Una vez positivizada la norma, es necesario que esta tenga un grado de practicabilidad. Esto significa que sea hermenéuticamente idónea para captar la realidad social que desea regular. En este sentido, la norma requiere, no solo la preferencia de autoridad competente, sino la actualización histórica y sociológica, de manera que sirva de

prejuicio interpretativo de un marco fáctico determinado a regularse. Tanto la autoridad administrativa como el parlamento, en su dimensión legislativa, deben captar la realidad social analizada para que las normas puedan aplicarse a ella de manera que se garantice la justicia material. Esta aproximación, debe ser general y en abstracto. Pero, además, los órganos juzgadores deben hacer una interpretación fáctica acorde a la realidad histórica de la norma a partir de la cual desean aproximarse a la controversia concreta que desean resolver. Esta aproximación, por el contrario, debe hacerse en el caso concreto.

Y, en último paso, la invariabilidad debe garantizar que la sociedad sepa a ciencia cierta la forma en que el legislativo y lo judicial entienden la realidad social, en su regulación y en su solución de controversias, para que los sujetos del derecho sepan de antemano, en qué tipo de sociedad están inmersos. Si bien la invariabilidad habla de la permanencia de la norma, esta no puede entenderse solo en su dimensión lingüística – la no derogatoria o modificación del texto – sino en la evolución histórica natural de su contenido hermenéutico.

1.2. La eficacia jurídica en su relación con la vigencia

La forma en que se presenta la discusión en torno a la positividad de la norma lleva a plantear el tema de la vigencia. Tanto Kelsen como Schmitt plantean la necesidad de que la promulgación normativa esté sustentada en una fuerza de autoridad, al estilo de una norma superior. Esta posición haría coincidir la noción de validez (tema de los dos pensadores) con la idea de vigencia, por lo menos si se entiende del modo siguiente: una norma está vigente siempre que haya sido dictada y promulgada por órgano competente siguiendo el procedimiento correspondiente (Rubio, 2005, p. 8). No obstante, se considera en este escrito que la cercanía entre los dos conceptos surge por su interrelación que existe

entre ellos, pero que, verdaderamente, lo que Rubio identifica como vigencia recae más en la noción de validez, y que la vigencia se relaciona con la eficacia, por lo menos como la entienden Gerlero, M. y Roldán, N. (2013), para quienes la vigencia o eficacia jurídica hace alusión a la relación entre “las expectativas formales e informales de los agentes de justicia y las normas formales e informales que se ponen en juego en el campo jurídico-social” (p. 8). Es decir, la vigencia, como se entenderá a continuación, tiene que ver con que una norma sea efectivamente considerada como aplicable en casos concretos por los operadores jurídicos.

En este orden de ideas, la positividad normativa no es el único requisito para la vigencia normativa. En efecto, una norma puede haber sido positivizada mediante autoridad y procedimiento legítimamente establecidos y aún así no estar vigente. Esta falta de vigencia puede estar determinada por varias razones. Una de ellas es la derogatoria de las normas, esto es, que la misma autoridad competente, siguiendo procedimientos establecidos, haya decidido reemplazar o eliminar la norma del marco jurídico aplicable. Otra es cuando el operador jurídico ha decidido no aplicar una norma pese a que sería aplicable en un caso concreto. Estas dos formas de analizar la vigencia normativa dimanar de una misma fuente (Henríquez, 2017), la cual se explicará a continuación.

De conformidad con la teoría estándar de la vigencia normativa, la derogatoria es el efecto que experimentan las normas jurídicas a partir de las decisiones legislativas por las cuales se quiere actualizar el ordenamiento jurídico. La vigencia se relaciona con un principio cronológico formal, por el cual se establece si una norma está vigente, dadas las decisiones posteriores del legislador sobre una materia de derecho (Henríquez, 2017, p. 309). Sin embargo, la aplicación de este principio no es ajeno a profundos debates, los cuales surgen, sobre todo, por la forma tácita de derogación. Mientras que la derogatoria

expresa es evidente y no genera discusiones ulteriores, pues el legislador es preciso en determinar cuáles artículos o cuerpos normativos han perdido vigencia, la derogatoria tácita se presta a confusiones en su aplicación, por la misma naturaleza en que esta se produce, pues recae en aspectos hermenéuticos (Bascuñán, 2000, p. 238). En efecto, mientras que el legislador deja poco margen interpretativo en los actos derogatorios explícitos, no sucede lo mismo en los actos derogatorios tácitos, pues estos habrá que analizarlos a la luz de la posible incompatibilidad, en la aplicación normativa, entre diferentes leyes que, en principio, están vigentes en el ordenamiento jurídico (Henríquez, 2017, p. 310).

La discusión anterior, es fundamental para los fines de esta investigación, pero será pospuesta para el siguiente numeral cuando se aborde la derogatoria orgánica como dimensión de la derogatoria tácita. Por ahora, para sentar mejor el marco conceptual y teórico en el cual se desarrollará esta investigación, se hará referencia a la otra dimensión de la vigencia normativa, que se ha denominado inaplicabilidad. Como se dijo anteriormente, la inaplicabilidad es una función que desarrolla, no el legislador, sino el operador jurídico (el juez), quien decide que, pese a la vigencia normativa de la ley analizada, esta puede resultar contraria a otras leyes. Si el juez, en el estudio de un caso concreto, encuentra que la norma cuya aplicación resolvería la cuestión litigada entra en conflicto con preceptos constitucionales, deberá declararlo así en la sentencia (Henríquez, 2017, p. 311). Pero también, en el caso que la norma en cuestión pueda ser interpretada de tal manera que su aplicación colisione con otras normas vigentes que resolverían el caso en un sentido diferente. Pero, se insiste, la cuestión sobre la aplicación o no aplicación de una norma jurídica se resuelve a partir de criterios hermenéuticos.

En síntesis, la eficacia normativa pende de la idea de vigencia. Si se entiende, como se viene haciendo, que la seguridad jurídica es la que garantiza que una norma sea eficaz, y

que la seguridad depende de la positivización, practicabilidad e invariabilidad, es necesario preguntarse por la forma en que estos tres conceptos se relacionan con la vigencia, que es el tema que ocupa la atención de este escrito. Se encontró que la vigencia normativa no es solamente la preferencia y sanción de las normas por la autoridad competente y siguiendo los procedimientos establecidos, que daría más cuenta de la validez, sino de las condiciones cronológicas que hace aplicables las normas legales en la solución de un caso concreto. Así, la noción de vigencia puede desmembrarse analíticamente para comprender mejor sus dimensiones, la derogatoria y la inaplicabilidad. La primera da cuenta de los efectos que experimenta una norma legal a partir de una decisión legislativa que pretende actualizar el ordenamiento jurídico. La segunda, es el resultado de las decisiones judiciales por las cuales, ya no se actualiza, sino que se armoniza el ordenamiento.

Contrario a lo que sucede con la derogatoria legislativa (o expresa), que no demanda interpretación hermenéutica más allá de la lectura exegética de la decisión derogatoria, la derogación tácita demanda un ejercicio hermenéutico a la luz del ordenamiento jurídico en su conjunto. En la medida que el legislador guarda silencio sobre qué normas son derogadas, o, simplemente, expresa su deseo mediante fórmulas como “deróguese las normas contrarias a la presente ley”, el ejercicio del operador jurídico se torna en un ejercicio interpretativo (Kennedy, 1999). Esto conduce, entonces, a analizar dos tipos de decisión derogatoria, la tácita en sentido amplio, y la orgánica como un tipo de derogatoria tácita en sentido restringido.

1.3. La derogatoria tácita en su dimensión de derogatoria orgánica

El tema de la derogatoria orgánica no encuentra mayor desarrollo científico hasta la fecha. Tradicionalmente, la derogatoria se ha entendido en su dimensión expresa o en su dimensión tácita, sin que la cuestión de lo orgánico haya sido relevante en la literatura. Sin

embargo, en el caso colombiano, esta discusión ha tomado gran relevancia a partir de las decisiones de la Corte Constitucional (Sentencia C-305, 2019). A continuación, se presentan las líneas generales que enmarcan la teoría de la derogatoria orgánica.

Sea lo primero indicar que, a juicio de la Corte Constitucional, la derogatoria orgánica es un tipo de derogación diferente de la derogatoria tácita. Aunque en este escrito no se comparte esta posición, como se explicará más adelante, primero se precisará los planteamientos teóricos del alto tribunal. Amparándose en los artículos 71 y 72 del Código Civil, y en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, la Corporación identifica los tres tipos de derogatoria, expresa, tácita y orgánica, respectivamente. Al margen de la derogatoria expresa, que no genera mayor confusión interpretativa, la derogatoria tácita y orgánica demanda análisis hermenéuticos. Según lo concibe la Corte Constitucional, la derogatoria orgánica se configura en el siguiente caso: “Cuando la nueva ley regula íntegramente la temática que la anterior regulaba” (Sentencia C-305, 2019). Contrario sensu, la derogatoria tácita se configura “cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles o que no pueden conciliarse con las de la ley anterior” (Sentencia, C-305, 2019). La diferencia, entonces, que la Corte encuentra entre las dos tipologías, que la llevan a identificarlas como diferentes, es que la primera; la orgánica, vincula temáticas jurídicas con leyes completas, mientras que la segunda; la tácita, relaciona disposiciones particulares entre sí.

A continuación, se desarrolla, la diferencia que la Corte ha identificado con base en diferentes artículos entre la derogatoria tácita y la derogatoria orgánica. Como se dijo anteriormente, la tácita hace relación a la colisión que surge entre disposiciones particulares haciéndolas incompatibles o irreconciliables. En la sentencia C-305 de 2019, por ejemplo, la Corporación Constitucional consideró que el aparte demandado del artículo 1750 había sido derogado tácitamente. Esto por la colisión existente entre dos disposiciones

particulares. En efecto, el análisis realizado por la Corporación se concentra en determinar si dos normas concretas – el inciso 4 del artículo 1750 del Código Civil y el inciso 3 del artículo 1504 del mismo Código – podían o no hacerse compatibles o reconciliables. Dado que el Tribunal estableció que el segundo precepto, según la modificación introducida por el Decreto Ley 2820 de 1974, no podía armonizarse con el aparte demandado, concluyó lo siguiente: “que el inciso 4 del artículo 1750 del Código Civil fue tácitamente derogado por el artículo 60 del Decreto Ley 2820 de 1974” (Sentencia C-305/19, 2019). Como se ve, tanto las consideraciones como la conclusión del Tribunal se basan en análisis particulares, dejando de lado la cuestión sobre temáticas generales o leyes completas, que será el tema de la derogatoria orgánica, y no de la tácita.

En armonía con la sentencia del 2019 antes reseñada, la Corte, en el año 2010, ya se había pronunciado en iguales términos sobre la derogatoria orgánica, cuando señaló que esta “implica que una ley nueva regule de forma integral una materia” (Sentencia, C-775/10, 2010). Esta afirmación es recogida del artículo 3 de la Ley 57 de 1887, por lo que es interpretada, también en esa oportunidad, como un tipo derogatoria diferente de la tácita, está contemplada en el artículo 72 del Código Civil, como se dijo anteriormente.

Lo llamativo de la sentencia de 2010, sin embargo, no radica en el hecho de que haya aceptado la existencia de este tercer tipo de derogatoria, sino la naturaleza que le atribuye. En efecto, afirma que la orgánica es un tipo de derogación que comparte características propias con la tácita y con la expresa, en la medida que haya que hacer un ejercicio hermenéutico exhaustivo, para determinar si alguna regulación ha quedado derogada, o si surge expresamente de la disposición legislativa (Sentencia, C-775/10, 2010). En el caso de esta última sentencia, la decisión inhibitoria tomada por la Corporación responde a la derogatoria orgánica, aunque no se exprese de esta manera.

Que la decisión constitucional de 2010 responda al reconocimiento de la derogatoria orgánica es una conclusión que surge de dos situaciones. En primer lugar, porque el análisis que realiza el juez colegiado, lo lleva a plantear una tensión entre la materia analizada con un marco normativo amplio -Decreto 2737 de 1989 y Ley 1098 de 2006- es de orden general y abstracto. Y, en segundo lugar, porque en cualquier momento de ese análisis no se pone en evidencia alguna tensión en que no se pueda reconciliar el precepto demandado con cualquier otra disposición concreta.

Cuando la Corte Constitucional analiza en la sentencia C-735 de 2010, si el precepto demandado está vigente, compara temáticas generales con marcos normativos completos. En particular, se concentra en el análisis de los efectos que produjo la expedición del Código del Menor en relación con el artículo 268 del Código Civil cuya exequibilidad se estudia en la sentencia. Para ello, estableció, en primer lugar, que “el Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, fue la primera regulación integral (...) para codificar los temas relacionados con los menores de dieciocho años” (Sentencia C-735/10, 2010). Acto seguido, determinó que las circunstancias reguladas mediante la expedición del Decreto fueron (i) la de abandono (ii) la de la sustracción del menor por parte de los padres biológicos y (iii) la de los costos del cuidado y la manutención del menor de dieciocho años. Estas circunstancias, según entiende la Corporación, son los supuestos fácticos cobijados en el artículo 268 estudiado. Una vez que se determina cuál es la materia estudiada, debe revisarse si un cuerpo normativo en su integridad la regula. Y, en el caso que se comenta aquí, la Corte estableció que tanto la primera como la segunda circunstancia fueron regladas por el Decreto 2737 de 1989 en los artículos 30, 31, 32, 36 y 57, mientras que la tercera lo fue por los artículos 79, 81, 133 del mismo Decreto. En este orden de ideas, lo que el Tribunal Constitucional estableció fue que dada una materia

general – la protección y cuidado del niño abandonado – fue integralmente regulada por una ley amplia general que modificó integralmente el ordenamiento jurídico.

A esto podría objetarse que, si bien el Decreto 2737 de 1989 modificó el artículo 268, pues el nuevo decreto organizó integralmente la materia regulada mediante el artículo demandado, lo cierto es que ese decreto fue expresamente derogado por la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. A la luz del argumento que se defiende en este artículo, esta afirmación no resulta ser una objeción que desarticule la línea argumentativa aquí diseñada, por dos razones. Primero, porque lo que se quiere mostrar es un estudio de caso de cuando la Corte Constitucional aplicó la noción de derogatoria orgánica para, desde allí, hacer más evidente su distinción y similitud con las demás clases de derogatoria. Es decir, si bien puede existir un tema sustancial aún no resuelto en relación con la vigencia normativa del abandono de los menores, los costos del cuidado y manutención de estos o la sustracción del menor por sus padres biológicos, lo realmente importante para el grueso argumentativo aquí construido es que la Corte Constitucional ha implementado análisis de derogatoria orgánica, cuyas características y propiedades quieren hacerse evidentes en este escrito.

La segunda razón por la que se considera que la eventual objeción no está llamada a prosperar es porque la misma Corte en la sentencia analizada establece que el Código de la Infancia y la Adolescencia regula, igualmente de manera integral, los temas relacionados con el cuidado y las circunstancias de peligro en que incurren los menores, materia que, a juicio del Tribunal, es la considerada en el artículo 268 demandado. Así afirma: “en aplicación del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes se desarrolló todo un sistema de protección (...) para desarrollar las llamadas situaciones de vulnerabilidad” (Sentencia. C-735/10, 2010). En otras palabras, lo que la Corte reconoció

en el acto de expedición de la nueva Ley 1098 de 2006 fue una regulación alternativa, general y abstracta, de la misma materia ya regulada en el artículo 268 del Código Civil, la cual fue posteriormente codificada por el Código del Menor (1989) y, que encontraba una nueva forma de reglarse (2010). En este sentido, la posible objeción realmente no es una afrenta a la línea argumentativa desarrollada hasta aquí.

Ahora bien, la segunda condición de la derogatoria orgánica es que el análisis de la temática y la nueva regulación es que no se evidencie necesariamente una tensión por falta de conciliación entre dos preceptos particulares. Esta condición está justificada en la medida que, como consecuencia de lo dicho hasta aquí, la Corte hizo un análisis general sobre dos regulaciones existentes – artículo 268 del Código Civil y el Decreto 2737 de 1989 y la Ley 1098 de 2006 – sin establecer conflictos entre un precepto particular de las normas de 1989 y de 2006 con el artículo demandado. Contrario sensu ocurrió en la sentencia C-305 de 2019, en que el Tribunal determinó que el artículo 1570 de manera concreta y específica había sido derogado por el decreto 60 del Decreto Ley 2028 de 1974. Por esto concluyó que “el Decreto 2737 de 1989 y la Ley 1098 de 2006, derogaron la norma acusada” (Sentencia. C-734, 2010), queriendo significar que se confirmó una derogatoria orgánica.

Finalmente, podría formularse otra objeción a este argumento, consistente en que, mediante los salvamentos de voto a la sentencia de 2010, se reconoció que, en la decisión, la Corte había malinterpretado la hipótesis establecida en el artículo 268 no se refiere a las hipótesis consagradas en el Código del Menor y en el Código de la Infancia y Adolescencia. En este escrito se afirma que esta objeción no está llamada a prosperar, pues, si bien pudo haberse dado una identificación equivocada de la materia regulada en los Códigos de 1989 y de 2006, lo cierto es que las consideraciones constitucionales surgieron

de los requisitos que se deben cumplir para establecer la derogatoria orgánica. De hecho, el magistrado que salvó su voto reconoce que la tesis de la derogatoria orgánica no es procedente, únicamente, porque “la hipótesis allí prevista [en el artículo 268 demandado] no se refiere a las situaciones de abandono reguladas por el Código del Menor y el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia” (Sentencia C-734/10, 2010), mas no porque, en el supuesto de que si pudiera establecer una adecuada técnica hermenéutica que llevara a que las hipótesis coincidieran, la derogatoria orgánica no se hubiera configurado. En breve, la disidencia del magistrado responde a cuestiones hermenéuticas de las normas analizadas, pero no a diferencias conceptuales con los demás miembros de la Corte Constitucional.

1.4. Reflexiones finales a modo de conclusión de este capítulo

En este aparte se quiso establecer la relación entre eficacia jurídica y vigencia normativa. Se considera que la segunda noción es un aspecto particular de la primera y que los análisis sobre eficacia pueden concretarse en los de vigencia, por lo menos si se quieren determinar efectos sociológicos del derecho, como es la intención en esta investigación. Para esto, se revisó, en primer lugar, la idea de seguridad jurídica. Se argumentó de qué manera esta idea se vincula con tres conceptos esenciales: la positividad, la practicabilidad y la invariabilidad. El primero hace relación a que una norma haya sido expedida por autoridad competente siguiendo la norma general de configuración política, idea inspirada en Kelsen y Schmitt. El segundo reclama una exigencia hermenéutica por la cual los supuestos fácticos puedan ser interpretados a la luz de los preceptos regulatorios. Y el tercero, que exista cierta durabilidad de las normas, por lo que la modificación o alteración no sea circunstancial, sino que responda a las necesidades sociales específicas.

A la luz del argumento que se defiende en este artículo, la seguridad jurídica, como una dimensión particular de la eficacia, se concreta en la idea de vigencia. Esta idea se

relaciona con la circunstancia de que una norma, una vez expedida por autoridad competente, no solo siga produciendo efectos jurídicos, sino también que pueda ser susceptible de ser aplicada para la solución de casos concretos particulares. En este sentido, una norma puede estar vigente, ya sea porque no ha sido declarada inexecutable por un juez con competencia constitucional, o porque ha sido derogada por la autoridad autorizada para ello. En particular, esta derogatoria puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando el legislador señale de manera directa cuáles preceptos o cuerpos normativos quedan sustituidos por pierden vigor con la expedición de una nueva norma. Por el contrario, la derogatoria tácita demanda un ejercicio hermenéutico para determinar si una materia ha sido regulada de manera integral por una nueva ley – caso de la derogatoria orgánica – o si un precepto no puede conciliarse o armonizarse con otro precepto particular – caso de la derogatoria tácita en sentido estricto.

En el caso colombiano, los tres tipos de derogatoria han sido aplicados. No obstante, es necesario precisar que, en el caso de la derogatoria expresa, esta es competencia exclusiva del legislador, en virtud de la autonomía de configuración normativa que se le asigna. En cambio, la derogatoria tácita y la orgánica, si bien pueden recaer en el legislativo, sobre todo en la primera de estas, es competencia exclusiva de autoridades judiciales la derogatoria orgánica. Por eso se sostiene en esta investigación que la derogatoria orgánica se diferencia de la tácita en sentido estricto. En la medida que una materia sea regulada por una ley en general, la técnica legislativa establece que se derogan las disposiciones contrarias a la nueva regulación, pero será tarea del operador jurídico establecer si cierta materia es efectivamente cobijada por las nuevas disposiciones. Así, este tipo de derogatoria es efectiva en la solución de casos particulares en sede judicial o administrativa.

En este sentido el legislador para mantener la vigencia del código ha expedido normas que le son supletorias o complementarias, para armonizar el entramado normativo electoral versus, postulados constitucionales, como, por ejemplo, las leyes, 130, de 1994, 136 y 163 de 1994, la ley 1475 de 2011 y los actos legislativos que han procurado poner a tono la normativa electoral, con la evolución social y los principios democráticos.

2. Referentes normativos y jurisprudenciales de las reclamaciones en el proceso electoral con base en las decisiones en sede judicial para las elecciones del congreso de la república 2014-2018

En este capítulo, se presentan los marcos normativos utilizados tanto por el Consejo de Estado, como por la autoridad administrativa correspondiente en que se han resuelto solicitudes de nulidad y reclamaciones electorales en relación con las elecciones del Congreso de la República 2014-2018. No se pretende hacer un ejercicio dogmático que indague cabalmente cuáles son las normas que se consideran vigentes en relación con el tema tratado en esta investigación, sino, solamente, aquellos referentes legislativos o jurisprudenciales en los que, tanto la jurisdicción contenciosa administrativa, como las autoridades administrativas, han basado y justificado sus decisiones. Esto, sin embargo, no será impedimento para que se desarrollen posiciones críticas frente a ese marco, que ha evolucionado con la participación de profesionales en derecho a través del ejercicio propio de su profesión en las contiendas electorales. En particular, para mostrar las conexiones que se presentan entre una y de otra de las fuentes utilizadas. No obstante, la intención que se persigue en este segundo momento de la investigación es meramente descriptiva.

2.1. Marco general del procedimiento dentro del debate electoral colombiano

Antes de iniciar la reflexión que se presenta, es necesario indicar que la legislación electoral colombiana es difusa. En primer lugar, por la ausencia de un código procesal electoral que se ajuste a la evolución jurídica tanto de la dogmática constitucional como de otros dispositivos jurídicos, como el Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo (CPACA) o el Código General de Proceso (CGP). Esto genera una incertidumbre sobre los momentos procesales dentro de un debate electoral que conlleva a que las autoridades, judiciales o administrativas, no tengan un marco de referencia uniforme para la resolución de los conflictos puestos en su conocimiento.

La incertidumbre generada por la ausencia de un marco procedimental claro en relación con las reclamaciones electorales instituidas en el Código Electoral Colombiano se profundiza con la expedición de la Constitución Política de 1991. A la luz de los principios que inspiran la Carta Política, con mayor profundidad en la garantía de derechos como contradicción, audiencia y defensa, elegir y ser elegido, publicidad, entre otros, las reclamaciones previstas en la legislación electoral especial, deben ceñirse a un nuevo derecho constitucional revitalizado. No obstante, las dificultades para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos en el marco de sus deberes democráticos, corresponde administrar justicia con total imparcialidad a los jurados de votación, las comisiones escrutadoras, ante quienes debe agotarse la vía gubernativa. Esto en virtud de la exégesis y la ritualidad del Código Electoral.

En Colombia, el proceso electoral se rige por el Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral). Este cuerpo normativo fue expedido por el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 96 de 1985. Por tal condición, genera dos

características que serán analizadas en el siguiente capítulo de esta investigación, pero que, de manera sucinta, vale la pena ponerlas en evidencia desde ahora. Una es que la expedición del Código Electoral es anterior a la suscripción de la Carta Política actual. Esta característica, aunque por sí misma no es contradictoria con los nuevos principios constitucionales, tal como se explicó en el primer capítulo, debe poner sobre aviso ante cualquier posible conflicto entre los principios que inspiraron su formulación y los principios que gobiernan el nuevo ordenamiento político y social. La segunda característica es que haya sido expedido por la Presidencia de la República, haciendo que la discusión democrática haya podido ser omitida y en un escenario más profundo, una ausencia total de debate político en el legislativo, quien probablemente hubiese podido haber diseñado un código electoral, no para el momento presente (1986), sino con una visión democrática mucho más amplia. Como se dijo, estos dos temas serán abordados en el tercer capítulo, pero se enuncian para enmarcar la discusión sobre los referentes legales y normativos que se desarrollan en el presente aparte.

En relación con la expedición del Código con anterioridad a la Carta Política de 1991, se tiene también una serie de reformas indirectas, como pasa a explicarse. En la investigación se han identificado reformas constitucionales con resonancia en aspectos electorales, por ejemplo, mediante los Actos Legislativos 1 de 2003; 1 de 2005 y 1 de 2009. También se encuentran reformas legales que regulan los mecanismos de participación ciudadana que, de manera directa, influyen en la interpretación sobre el Código Electoral. En particular, la Ley 134 de 1994, la Ley 1475 de 2011 y la Ley 1757 de 2015. No es el momento de revisar este cuerpo normativo, pues se hará en la sección siguiente, cuando se analice el uso que las autoridades, judicial y administrativa, han implementado el marco regulatorio del debate electoral.

En el caso concreto del Código Electoral, se ha encontrado que los artículos 122, 164, 192 y 193, que regulan las reclamaciones, para la fecha de 2014 no habían sido modificados, pero se encontraban, en algunos casos, en un llamado desuso, por la evolución jurídica del principio de contradicción. Sin entrar a fondo en esta materia, es necesario indicar que el desuso se ha generado, sobre todo, a raíz de la interpretación exegética que han realizado los jurados de votación y las comisiones escrutadoras. De esta manera, han incidido en la limitación del derecho de defensa, de audiencia y de contradicción. El malestar generado a partir de estas interpretaciones ha sido la causa principal de que se recurra al Juez Contencioso Administrativo, para que sea quien resuelva el conflicto, haciendo que la vía administrativa sea un requisito solamente formal, por lo menos en la contienda electoral de 2014.

La comparecencia ante los jueces, sin poder resolver las disputas en sede administrativa, generó, como se explicará más adelante, que los ciudadanos desconozcan la verdad electoral hasta bien avanzado el proceso legal de los congresistas, que hayan resueltas sus pretensiones *ad-portas* de la culminación de su periodo como congresistas. Esto conlleva, finalmente, la violación del principio de representación.

2.2. Los referentes legales interpretados en las reclamaciones electorales en sede judicial

Aunque coinciden los referentes legales interpretados, tanto en sede administrativa como en sede judicial, es necesario analizar si la forma de interpretación también lo hace o si, por el contrario, es divergente. Para establecer esto, se analiza, a continuación, los siguientes aspectos: el carácter restringido de la acción de nulidad electoral como una acción pública, la hermenéutica de las causales de nulidad, tanto genéricas como específicas, para incoar la acción de nulidad electoral, y los requisitos de procedibilidad.

2.2.1. El carácter restringido de la acción de nulidad como una acción pública

La nulidad electoral es un medio de control consagrado en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, en adelante), instituido en el artículo 139. De acuerdo con los requisitos subjetivos de quien pueda ejercerla, a luz de lo dispuesto por el Consejo de Estado (CE, en adelante), este medio de control constituye una verdadera acción pública (de manera restringida), en la medida que “puede ser incoado por cualquier persona – *sin necesidad de apoderado judicial*” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018) Su carácter restringido surge de dos hechos que, contrario a la acción pública en sentido amplio, imponen cargas a los accionantes. Por una parte, la nulidad electoral está restringida por un término de caducidad de treinta días y, por otra, impone cargas procesales, en la medida que deberá demandar, junto con el acto administrativo de elección, los actos administrativos anteriores en los que se resolvieron reclamaciones encaminadas a sanear la nulidad demandada (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

2.2.2. La hermenéutica de las causales de nulidad

El ordenamiento jurídico ha establecido unas causales genéricas de anulación de los actos administrativos. Estas causales, que cobijan cualquier acción de nulidad (CPACA, art. 137), no corresponden, por esto, de manera exclusiva a la nulidad electoral. No obstante, la Sección 5ª del CE ha interpretado dichas causales en términos concretos, desarrollo hermenéutico que se explica a continuación.

La causal consistente en expedir el acto administrativo con infracción de las normas en que debía fundarse, fue interpretada por CE a partir de tres tesis fácticas. Una, **(i)**, la falta absoluta de aplicación de la norma jurídica aplicable al caso concreto. O, cuando habiéndose aplicado la norma correspondiente, **(ii)** se hace de manera indebida, lo cual

puede suceder por una aplicación incompleta de la norma o por (iii) una interpretación equivocada de la disposición normativa. En síntesis, puede afirmarse que la causal consiste en el “desconocimiento de las disposiciones normativas que componen el marco jurídico del acto administrativo” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

La segunda causal analizada, la expedición del acto administrativo sin competencia, puede concretarse ya sea por falta de competencia material, territorial o temporal. Aquí es importante señalar que la competencia es, a la luz interpretativa del CE, “la aptitud atribuida a las autoridades electorales por la Constitución y la Ley” (Sentencia C.E, Rad. 2016-00254/16, 2016).

La causal de expedición del acto administrativo en forma irregular, por su parte, “se materializa cuando en el trámite de expedición de un acto administrativo se ostenta un vicio en su formación, es decir, se vulnera el debido proceso” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). Esta causal implica, en su configuración, que la irregularidad sea de tal trascendencia que influya de manera directa en el sentido de la decisión contenida en el acto administrativo. En la medida que es una causal que pretende la salvaguarda del debido proceso, debe verificarse, para que un acto administrativo sea nulo, que su expedición haya desconocido “normas adjetivas, siempre que el desconocimiento de estas afecte significativamente el sentido de la decisión, de manera que el cambio del sentido sea sustancial y trascendente” (Sentencia C.E, Rad. 2010-00007/10, 2010).

La expedición del acto administrativo con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa configura una causal de anulación del acto administrativo electoral, pues vulnera, igual que la causal anterior, el debido proceso. Con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (CC, en adelante), el CE decantó una definición del derecho de defensa en los siguientes términos: “[es el derecho a] el empleo de todos los medios

legítimos adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable” (Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-980). Pese a que el CE usa la aproximación anterior para sentar las bases hermenéuticas de la causal aquí analizada, lo cierto es que se queda corta en relación con el derecho de audiencia, que no es nombrado en este aparte de la sentencia estudiada (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

La expedición del acto administrativo mediante falsa motivación es otra de las causales genéricas consagradas en el artículo 137 del CPACA, que consiste en la evidente falta de congruencia entre “las razones, los motivos y los pensamientos que en la realidad debieron fundar el acto” (Consejo de Estado, 2015, Rad. 2015-00016). Así pues, la configuración de esta causal demanda que “los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa” o cuando se omitieron hechos que “sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente” (Consejo de Estado, 2004, Rad. 2004-92271).

Finalmente, la expedición del acto administrativo con desviación de las motivaciones propias de quien lo expidió constituye causal de nulidad general cuando (i) exista una “desviación hacia fines ajenos al interés general”, sobre todo cuando se buscan intereses particulares y (ii) se presente una “desviación hacia fines públicos”, siempre que sean diferentes a los que el ordenamiento jurídico ha señalado (Consejo de Estado, 2007, 2007-00712). Es decir, esta causal se configura cuando “las razones que tuvo en cuenta la administración para proferir el acto acusado no son aquellas que le están expresamente permitidas por el ordenamiento jurídico superior, sino otras distintas, con las cuales se desvía de su fin legítimo la competencia a ella atribuida” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018).

Como se indicó anteriormente, las causales analizadas corresponden a las genéricas, que se relacionan también con la nulidad electoral, pero que, dado su carácter genérico, deben interpretarse a la luz de los litigios electorales, como se hizo en los párrafos que anteceden. Esto, además, no es impedimento para que, por supuesto, las causales específicas de la nulidad electoral también puedan invocarse en este tipo de acciones. Dado el carácter específico de estas causales contenidas en el artículo 275 del CPACA, no se presenta, todavía, la forma en que han sido interpretadas por el CE. No obstante, es necesario indicar que las indicadas causales se han clasificado en subjetivas y en objetivas, dependiendo de que sean invocables a la luz de las características del sujeto cuya elección se demanda, o por las condiciones objetivas del proceso (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018), que son las que interesan para los fines de este trabajo: numerales 1, 2, 3, 4 y 7 del CPACA en el artículo 275.

2.2.3. Requisitos de procedibilidad

El análisis que se presenta a continuación está basado en las líneas hermenéuticas utilizadas en relación con el proceso electoral, en la elección para el Congreso de la Republica para el periodo constitucional 2014-2018. Por esto, es necesario hacer una precisión de vigencia en relación con los requisitos de procedibilidad para incoar la acción de nulidad electoral. Al iniciarse el trámite de la acción contenciosa de nulidad electoral que finalizó con la sentencia 2015-00117 del CE, estaban vigentes algunas normas relacionadas con los requisitos de procedibilidad (Ley 1437, art. 161, No. 6º). Sin embargo, estos requisitos fueron declarados inexecutable por la CC durante el trámite de la demanda (Sentencia C-283/17, 2017). Actualmente, esos requisitos carecen de vigencia. No obstante, a continuación, se presenta la forma en que dichos requisitos fueron interpretados por la Corporación Contenciosa Administrativa, porque era el marco jurídico vigente al momento

de la toma de la decisión judicial, por lo que servirá de referente para el análisis en esta investigación. Esto no impedirá que en el capítulo que sigue se hagan unos pronunciamientos sobre la declaratoria de la CC sobre la inexequibilidad de los requisitos de procedibilidad.

Los requisitos de procedibilidad de la acción de nulidad electoral estaban consagrados en los siguientes cuerpos normativos: el Acto Legislativo de 2009 (art. 8º) y la Ley 1437 de 2011 (art. 161, No. 6º). El primero de estos adicionó la Carta Política, al agregar el artículo 237, por el cual se exigía que los actos de elección popular, antes de ser puestos a consideración de la autoridad contenciosa administrativa con fines de declaratoria de nulidad, era necesario haber agotado, en sede administrativa, la solicitud de saneamiento e incluso de solicitud de nulidad, de los actos eventualmente demandados. Este precepto encontró eco en la disposición de orden legal (Ley 1437, 2011, art. 161), que precisaba que dicho sometimiento de los actos ante la autoridad electoral era de obligatoria observancia cuando se pretendiera la nulidad invocando las causales 3 y 4 del artículo 137 del CPACA. Por esto, pese a la declaratoria de inexequibilidad de este mandato legal por la CC, el CE estableció que debía, previo a la demanda ante lo contencioso administrativo, someterse “a examen de la autoridad administrativa electoral, por cualquier persona, las irregularidades presentadas (...) en el proceso de votación y en el escrutinio, conforme al artículo 161.6, *ibidem*” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018).

2.2.4. Sobre las causales específicas

El CE, para solucionar la eventual nulidad electoral surgida dentro del proceso electoral al Congreso de la República para el periodo 2014-2018, tuvo en cuenta las siguientes causales específicas de nulidad electoral: 2ª y 3ª. A continuación, se presenta la forma en que son interpretadas estas causales siguiendo la jurisprudencia de esa

corporación. Después, se precisa el marco hermenéutico de la noción de incidencia que, como se verá, es fundamental para la decisión final de la declaratoria de nulidad electoral, una vez los hechos objetivos se han verificado.

La causal consagrada en el numeral 2º del artículo 275 del CPACA hace referencia a la destrucción y pérdida de material electoral, o, en complemento, que tal destrucción y pérdida sea el resultado del ejercicio de la violencia o el sabotaje. Surgen en esta norma, a la luz del CE, dos supuestos que hay que analizar. El primero de ellos tiene que ver con la sola pérdida o destrucción del material electoral; el otro es que dicha pérdida o tal destrucción sea mediada por la violencia o el sabotaje.

Amparándose en la interpretación hecha por la CC al numeral 1º del artículo 223 del Decreto 01 de 1984, el CE asume una noción de pérdida o destrucción del material electoral que se encamina a la protección del derecho a conocer la verdad electoral. La interpretación a la que se adhiere el CE en el caso de las elecciones al Congreso de la República de 2014 porque existe un tránsito legislativo desde el numeral 1º al artículo 223 al numeral 2º del artículo 275 del CPACA. Hecha esta precisión, se encuentra que la máxima corporación constitucional sostiene que “la imposibilidad de confrontar el contenido de las actas de las tarjetas electorales, sea por destrucción de las últimas o de la mezcla con otras, impide al Estado garantizar la transparencia de las elecciones” (Sentencia C-142/01, 2001). En este orden de ideas, lo que el juez constitucional está protegiendo es que la voluntad popular manifestada en las urnas sea conocida efectivamente por las autoridades electorales; de esta forma, se busca que los llamados a convertirse en gobernantes, administradores, legisladores, entre otros cargos de elección popular, sean aquellas personas en las cuales el electorado depositó la confianza del mandato y la representación. En síntesis, “cuando no

es posible confrontar el contenido de los contenidos electorales con los votos físicos, se afecta la transparencia de las elecciones” (CE, 2014, 2014-000117).

Como se indicaba, la diferencia entre el anterior artículo 223 y el artículo 275, en cual se vierte parcialmente el anterior, es que en la norma del CPACA se hace alusión expresa a la violencia y al sabotaje como medios para lograr la pérdida y la destrucción del material electoral. ¿De qué manera el CE interpreta las nociones de sabotaje y violencia? El supuesto de sabotaje, cuya hermenéutica en la Corporación fue el resultado de un análisis de la voluntad del legislador, parte de la idea según la cual, ante la ausencia de fuerza, no deja de ser cierto que se realizan “prácticas disimuladas, sutiles, artificiosas, engañosas, subrepticias y demás” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). Por su parte, la violencia, aunque en el supuesto del artículo, pretende los mismos fines del sabotaje, se diferencia de este porque hace uso de fuerza ya sea física o psicológica

La causal 3ª, que se refiere a la falta de verdad y a la alteración de documentos electorales siempre que esa falta o alteración esté encaminada a alterar los resultados electorales, es una causal de tipo objetivo (Sentencia C.E, Rad. 2014-00062/15, 2015). Esta hace alusión, según interpreta el CE, a una intención malintencionada o dolosa para ocultar la verdad sobre las justas de votación. Esto no significa que la acción jurisdiccional, en el eventual análisis de la nulidad electoral, sea endilgar responsabilidades de ningún tipo a la persona o las personas que ocultaron la verdad para alterar los resultados (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). En este sentido, la interpretación adecuada del precepto implica que, efectivamente, se haya alterado el resultado en una dimensión tal que verdaderamente haga de la mutación una razón cierta de que los resultados hubieran sido diferentes. Un ejemplo que podría desarrollarse a partir de esta interpretación es el siguiente. Si un documento electoral es alterado de manera tal que la alteración no modifica

el resultado de las votaciones (quién es elegido y quién no), a juicio del CE no hay razones para su anulación. Por esto, es posible concluir que la intención malintencionada y dolosa de la que habla la corporación se configura cuando, en el acto de alteración de resultados, se vulnera efectivamente el derecho a elegir y a ser elegido (Sentencia C.E, Rad. 2014-00062/15, 2015): “porque los guarismos electorales (...) se modificaron sin ninguna explicación, por consiguiente, existe una alteración de la voluntad popular (...) que deben ser subsanadas siempre que constituyan junto con las demás irregularidades (...) suficiente incidencia [en los resultados]” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018).

Una causal similar a la anterior se encuentra contenida en el artículo 164 del Código Electoral. La similitud entre una y otra causal se basa en que las dos se fundan en alteraciones de los documentos electorales; sin embargo, pero a diferencia de la contenida en la CPACA, la que establece el Código Electoral se basa en que la eventual alteración no fue corregida pese a que el sujeto activo de la reclamación cumplió cargas procesales y sustantivas razonables, como es la justificación de la revisión del conteo de votos. En otras palabras, si la eventual alteración demanda un recuento de votos, la autoridad electoral debe proceder con ese recuento cuando la solicitud de hacerlo esté debidamente argumentada. Este tipo de argumentación, a la luz del artículo 164 estudiado se basa en un hecho objetivo, el cual es que las diferencias sean superiores o iguales al 10 por ciento entre un documento y la transcripción de los resultados en otro.

Finalmente, se hará un repaso sobre la noción de incidencia en el marco hermenéutico del CE. Como se insinuó antes en este numeral, no basta que exista un hecho objetivo que altere o modifique los resultados electorales, sino que se necesita que esa alteración y esa modificación incida efectivamente en el resultado electoral declarado por la autoridad administrativa correspondiente (CNE) (Sentencia Consejo Electoral, Rad. 2011-

01782/13, 2013). Este requisito de incidencia, sin embargo, no es un capricho del juez contencioso administrativo, sino que resulta ser un mandato legal contenido en el artículo 287 del CPACA. Por esto, no se quiere analizar de dónde surge la necesidad de la incidencia en la decisión de nulidad, que ya se sabe tiene fuente legal, sino la manera en que el CE ha interpretado este requisito. La Corporación asegura que

no basta únicamente con acreditar la existencia de una o varias irregularidades ocurridas en el procedimiento electoral para desvirtuar la presunción de ilegalidad del acto de elección, pues, además, se debe verificar la incidencia que tengan esas irregularidades en el resultado final (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

El análisis de la incidencia, que puede ser de carácter particular o general, consiste en la determinación, en varios niveles de certeza, del candidato o el partido que ha sido beneficiado o perjudicado con las irregularidades. Cuando la certeza es absoluta, se habla de una incidencia particular; en cambio, cuando el nivel de certeza tiende a desvanecerse y, por esto, deben aplicarse métodos estadísticos, se habla de una incidencia general. En este orden de ideas, la afectación directa o particular no genera mayor controversia argumentativa, pues se puede establecer que uno o varios candidatos o partidos políticos fueron afectados o beneficiados; caso contrario ocurre con la incidencia general, pues su determinación demanda “tomar el número de votos fraudulentos acreditados en una mesa de votación y distribuirlos de manera ponderada entre los candidatos que hayan obtenido votos en la mesa (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). Una vez establecido qué tanta incidencia pudo haber tenido la irregularidad, el juez contencioso administrativo debería fallar la nulidad o no del acto de elección.

En conclusión, a la luz de las reflexiones que anteceden puede afirmarse que el marco hermenéutico del CE en relación con las causales específicas de nulidad electoral,

contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 275 del CPACA, se caracteriza por los siguientes tres elementos. El primero tiene que ver con que las irregularidades sucedidas conlleven el ensombrecimiento de la voluntad popular (causales 2ª y 3ª conjuntamente). En este sentido, lo que se pretende salvaguardar es el derecho de rango constitucional de elegir y ser elegido. Por esto, es comprensible que el CE se base en la interpretación que hizo la CC sobre el particular. El segundo tiene que ver con que la irregularidad sea el efecto de una actividad violenta o de sabotaje. En este sentido, lo que se quiere evitar es que el actuar por fuera del derecho (desconocimiento de la racionalidad que este imprime a las conductas humanas) se logre alterar la verdad electoral. Este elemento, según se analizó, ha sido desarrollado hermenéuticamente exclusivamente por el CE. Finalmente, se tiene que las meras irregularidades no son causales de nulidad. Esto se entiende en la medida que la sola irregularidad no altera el resultado electoral final, que es la elección de ciertas personas a ciertos cargos. Por esto, es comprensible que deba existir una incidencia directa entre las irregularidades y los resultados finales contenidos en el acto de elección. Al igual que el elemento anterior, la interpretación de este ha sido desarrollada exclusivamente por el CE.

3. Efectos sociológicos de la eficacia jurídica en el marco de las causales de reclamación previstas en el código electoral y las causales de nulidad electoral frente a la protección de los derechos fundamentales

En los capítulos anteriores se revisó, primero, el marco teórico de la eficacia jurídica entendida como vigencia. Esto permitió establecer diferentes formas en que las normas pueden ser derogadas. Cuando el legislador deja sin efectos una norma por disposición legal directa en tal sentido, se encuentra la derogatoria expresa. Pero puede suceder que, a pesar de la carencia de pronunciamiento, el legislador deje sin efecto normas específicas,

por la simple razón de que algunas disposiciones entrarían en conflicto con las nuevas normas proferidas. En este caso, se establece una derogatoria explícita.

Esta última genera algunas dificultades porque, según se explicó, la derogatoria puede ser específica u orgánica. La derogatoria orgánica surge cuando se legisla íntegramente sobre una materia específica y, por esto, las normas que se pronunciaron sobre el particular quedan sin vigencia. Un ejemplo de esta situación se generó con la expedición de la Ley 100 de 1993 sobre seguridad social en la que el legislador estableció un nuevo marco normativo sobre el asunto y, de esta manera, dejó sin efectos cualquier otra norma que entrase en conflicto con la regulación, aunque no haya sido expresamente derogada por la Ley.

Después, en el segundo capítulo, se desarrolló el marco normativo en el cual se inscriben las decisiones sobre nulidad electoral del Consejo de Estado. Contrario al primer capítulo, que es de orden más teórico, el segundo puede considerarse de orden doctrinal y hermenéutico. Con base en la jurisprudencia de la Corporación se estableció la forma en que esta comprende dicho marco y la manera en que lo ha aplicado en la solución de controversias presentadas para su conocimiento. En general, se delinearon las disposiciones que permiten que los particulares aleguen la nulidad de las decisiones electorales. Esto es de suma importancia en la medida en que estos medios de control se presentan como mecanismos de salvaguarda de la democracia entendida como el derecho a elegir y ser elegido. Además, el trámite de las nulidades electorales en vía jurisdiccional genera un tiempo excesivo que impide que los resultados electorales se conozcan demasiado tarde, como sucedió en las elecciones al Congreso de 2014-2018. Esto es un factor adicional que podría vulnerar el derecho democrático y fundamental de elegir y ser elegido.

En este orden de ideas, en este tercer capítulo se quiere determinar los elementos de la eficacia jurídica o la falta de esta (entendida como vigencia) de las normas que regulan la acción de nulidad electoral. Para esto, el análisis se concentrará en las decisiones relacionadas con las elecciones parlamentarias para el periodo 2014-2018. Lo anterior permitirá responder la siguiente pregunta: ¿Qué determina la eficacia jurídica o la falta de esta (entendida como vigencia) de las normas que regulan la acción de nulidad electoral? No obstante, en primer lugar, se esbozarán los efectos sociológicos y jurídicos de las decisiones tomadas tanto en sede administrativa como en sede judicial a la luz la protección de los derechos fundamentales.

3.1. Efectos sociojurídicos de las decisiones controvertidas en sede administrativa y judicial

De acuerdo con el artículo 1º de la Carta Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, carácter democrático, que se define como el gobierno del pueblo y cuyos representantes son escogidos mediante el ejercicio del sufragio. A su turno, el ejercicio del sufragio constituye la base de la democracia representativa, razón por la cual el análisis de este apartado implica el establecimiento de causas de orden sociológico y jurídico que se derivaron de las decisiones en sede administrativo y judicial y sus implicaciones en el contexto social y jurídico tanto en el campo administrativo como constitucional. Así, se abordarán de forma ordenada los citados aspectos, considerados de vital importancia, antes de profundizar en los criterios hermenéuticos tenidos en cuenta por el fallador tanto en sede administrativa como en sede judicial.

3.1.1. Implicaciones de factor social

La organización del Estado colombiano conlleva el funcionamiento armónico de los diferentes órganos que lo componen. Este mandato constitucional no entra en oposición con

otros principios, tales como la separación y el equilibrio de poderes; por el contrario, ayuda a entender al Estado como un todo indivisible, sistemático para el cumplimiento de sus fines sociales (Lizarazo, 2014). Aspectos, entonces, como la independencia y la autonomía judicial, principios que caracterizan a la rama judicial del poder público deben armonizarse con el carácter unitario e indivisible de la organización democrática. A continuación, se quiere hacer un comentario sobre los efectos sociológicos derivados de un fallo judicial tardío con incidencia en derechos fundamentales y sociales, así como en intereses patrimoniales del Estado. Este se realizará con base en el colofón que delinea una tensión entre la necesidad del funcionamiento armónico de los órganos del Estado y los principios de independencia y autonomía judicial.

La autonomía y la independencia judicial es uno de los principios cardinales de la separación de poderes porque garantiza que un órgano independiente del que hace las leyes sea el encargado de aplicarlas (de juzgar con base en estas). Montesquieu (trad, 2003) detectó este principio para lo cual estableció la idea según la cual el hecho de que una entidad diferente del rey fuese quien aplicara el derecho significa que es el pueblo el responsable de hacerlo. En efecto, en la sociedad binaria en que vivió el pensador francés, las personas o pertenecían a la nobleza o al pueblo raso. En la medida que ya no sería la nobleza la que aplicaría el derecho, la función judicial se trasladó al otro sector de la sociedad, el pueblo. Este tránsito está más presente en la conciencia del sistema jurídico del *common law*, como es el caso de Estados Unidos, en el que el juez habla en nombre del pueblo, mientras que la fiscalía lo hace en representación del Estado.

Al margen del desarrollo histórico del principio de Montesquieu sobre la separación de poderes en cada sistema legal, es importante concentrarse en que el tránsito del poder de juzgar desde el rey al pueblo significó un reconocimiento de soberanía popular. Para

garantizar dicha soberanía, la teoría democrática ha desarrollado el principio de autonomía e independencia judiciales, con un amplio desarrollo jurisprudencia en el caso colombiano, que ubica dichos principios como garantía última de los derechos (Burgos, 2008). Para este pensador, la independencia garantiza que las decisiones de un juez no puedan ser deslegitimadas con base en posturas judiciales de sus superiores, homólogos y de las partes, sino única y exclusivamente a la luz del derecho positivo. Esta visión fue desarrollada en el contexto colombiano a través de la sentencia C-836 del 2011.

Armonizando el principio de Montesquieu, planteado anteriormente, y el desarrollo jurisprudencial colombiano de la autonomía judicial, se concluye que el pueblo, encarnado en la persona del juez, es soberano de aplicar el derecho para la solución de las controversias sociales. La separación de poderes, se explicó, reconoce el tránsito de la soberanía desde el rey al pueblo para que este aplique las leyes que aquel ha creado. Una vez que el pueblo ostenta la facultad de juzgar, dicha prerrogativa debe garantizarse, lo que se hace con base en que el único criterio para evaluar la legitimidad de la decisión del juez es el mismo derecho.

Uno de los mecanismos de control judicial se integra en el derecho procesal. Este derecho, que es de orden público y, por esto, de obligatorio cumplimiento, desarrolla el principio de perentoriedad, según el cual las actuaciones de los involucrados en la actividad judicial deben ceñirse a etapas y términos legalmente establecidos. La interposición de recursos, el acatamiento de las órdenes judiciales, la celebración de audiencias, entre otras actuaciones, requieren la observancia de los términos legales, so pena de claudicar la oportunidad y, de esta manera, enfrentar los efectos adversos de la omisión; por ejemplo, el rechazo de la demanda, el tener que asumir una decisión adversa por no presentar oportunamente los recursos, ser objeto de sanción por no comparecer a la audiencia, etc.

Las oportunidades y términos procesales son vinculantes tanto para las partes como para el operador judicial. De esta forma, lo que se pretende es que se garantice la seguridad jurídica. Los términos contenidos en la ley 1755 del 2015, o en el Código General del Proceso propenden para que las partes tenga pleno acceso a los derechos que dichas normas protegen: el acceso a la información, la tutela de los derechos, entre otros. En el caso del Código General del Proceso, el legislador estableció un término perentorio para que el juez emita sentencia de primera instancia, el cual es de un año desde la integración del contradictorio. En caso de no observar dicho término, el juzgador verá afectada su calificación anual de desempeño.

Un fallo tardío, como el del proceso 2014-00117 que ocupa la atención de esta investigación, puede vulnerar derechos fundamentales, derechos sociales, así como intereses patrimoniales del Estado. Al margen de los derechos generales que se vulneran en cualquier fallo tardío, como el de acceso a la Administración de Justicia, el de tutela efectiva de los derechos, etc., hay otros derechos que son vulnerados con ocasión del caso concreto: el derecho político de elegir y ser elegido, el catálogo de derechos sociales económicos y culturales, así como el detrimento patrimonial del Estado, como pasa a explicarse.

Los derechos fundamentales se vieron afectados por la tardanza del fallo del proceso 2014-00177 porque no se conoció la composición del Congreso para el periodo 2014-2018, sino al finalizar el periodo (menos de 6 meses antes de la nueva composición). Los partidos políticos que postularon candidatos, así como los mismos candidatos, no pudieron ejercer su derecho de elección porque la determinación tardía de la composición del Congreso hizo que la elección misma fuera meramente formal. No basta que una persona sea reconocida como congresista para un periodo determinado, sino que pueda

ejercer sus funciones como miembro del Congreso: participar en los debates legislativos, hacer el ejercicio de control político, participar e influir en la conformación de otros órganos del Estado, etc. La tardanza en un fallo que reconozca la conformación del Congreso impide que, desde el punto de vista sustancial, el Congreso actúe de acuerdo con la voluntad popular.

La falta de la participación de los verdaderos elegidos en un órgano colegiado como el Congreso, a causa de un fallo aplazado en el tiempo, implica el desconocimiento y la vulneración de derechos sociales. La participación en la actividad del Congreso lo hacen personas pertenecientes a partidos o movimientos políticos (elementos de la expresión democrática de un Estado), que defienden ciertas y determinadas banderas políticas, en oposición a otras defendidas por otros sectores de la sociedad. La actividad de las personas elegidas marca líneas de acción para el Estado colombiano, en la medida que desde el legislativo se diseñan políticas públicas sobre educación, salud, seguridad social, acceso a la riqueza, distribución del ingreso. Permitir que un grupo de personas (y ciertos partidos políticos) actúen en el Congreso a causa de la demora en un fallo judicial que determine la verdadera composición de las Cámaras conlleva, junto con la vulneración de derechos políticos, el desconocimiento de derechos sociales, pues los ideales, planes y programas que la sociedad reconoce como válidos (y que por eso apoyan en una elección) no tienen la oportunidad de ser debatidos en el trámite legislativo y de control político.

Asimismo, el Estado se ve en la imperiosa necesidad de desembolsar recursos a favor de quienes equivocadamente integran el Congreso a causa de un fallo tardío sobre la verdadera composición del órgano legislativo. Los congresistas, sus equipos de trabajo y sus partidos o movimientos políticos son financiados con recursos del erario. Las decisiones de las Autoridades gozan de la presunción de legalidad y acierto, por lo que una

resolución del Consejo Nacional Electoral que informe la conformación del Congreso es vinculante para el Gobierno y, por esto, esta rama del poder público debe garantizar la financiación de los diferentes agentes elegidos. No obstante, cuando la presunción de legitimación y acierto de la resolución del CNE quedó desvirtuada por efecto del fallo judicial, quienes gozan ahora del derecho pueden exigir, no ya su participación en el Congreso porque fueron elegidos para un periodo, y el tiempo no vuelve hacia atrás, pero sí sus réditos financieros, los cuales son extensivos a los partidos o los movimientos políticos que avalaron la candidatura. En este sentido, lo que hay es una nómina “paralela” porque se desembolsa por el mismo rubro un doble recurso, aunque dicho desembolso se haga en épocas diferentes.

Lo mismo sucede con el legítimo interés de quienes se postularon y por las causas señaladas no pudieron llevar al escenario del debate político, sus proyectos, ideas y en este caso las leyes que promovieron durante sus campañas, quedo acéfalo un pensamiento y un ideal que para los electores, resulta arbitrario, por cuanto para la época en que ingresaron los nuevos elegidos, el campo de acción legislativo resulto muy corto para aportarle al país dichos ideales que de contera, seguramente fueron el sustento de quienes habiendo depositado su voto, no vieron realizada la aspiración legal, como consecuencia de las fallas tanto en el órgano electoral, como de algunos jueces que intervinieron en las decisiones que finalmente fueron revocadas por el Consejo de Estado, como quedo dicho.

Para sintetizar este comentario, se mostró que la división del poder político es un ejercicio de distribución de la soberanía. La actividad judicial es una de las manifestaciones soberanas del pueblo, siguiendo los lineamientos de Montesquieu. Para garantizarla, la teoría jurídica y democrática ha desarrollado los principios de autonomía e independencia judicial que lo que buscan es que el único rasero para evaluar la actividad de los jueces sea

el derecho mismo. Por esto, el principio de perentoriedad se yergue como un elemento de salvaguarda social en la medida que permite que las decisiones resuelvan los conflictos de manera oportuna. Olvidar los términos judiciales a cargo del operador deviene en vulneraciones a derechos fundamentales y sociales, así como a intereses económicos del Estado. Lo anterior es aún más evidente en situaciones de derecho electoral en que se discute la composición del Congreso, en la medida que dicha composición es temporal y sin elementos de retroactividad.

3.2. Los criterios hermenéuticos de la sede administrativa y la judicial

En este aparte, se quiere delinear la comprensión que sobre las reclamaciones y solicitudes de saneamiento de nulidad realizan las sedes administrativas y judiciales respectivamente, en relación con los resultados de escrutinio. Para ello, se señala la forma en que el Consejo Nacional Electoral entiende la salvaguarda de la democracia mediante la garantía del debido proceso. Sin embargo, se mostrará que esta se concreta solo de manera formal, dejando de lado aspectos materiales o sustanciales. Después se indica la interpretación realizada por el Consejo de Estado. Allí se demuestra que esta corporación tiene una concepción de la salvaguarda democrática que implica la verdadera revisión material y sustancial de las reclamaciones.

3.2.1. La falta de evidencia de criterios hermenéuticos puesta de manifiesto en la Resolución 3006 de 2014 del Consejo Nacional Electoral

La seguridad jurídica, según se vio en el primer capítulo, es la certeza de la que deben gozar los particulares sobre la forma en que el Estado interpretará las normas. Es decir, provee un grado de exactitud a los particulares sobre la manera en que los hechos y actos serán tratados a la luz del ordenamiento jurídico. Esto implica que exista una armonía interpretativa en las diferentes sedes de aplicación normativa; esto es, el particular puede

estar seguro de que la interpretación de las disposiciones será la misma en sede administrativa que en sede judicial. Según las decisiones analizadas para efectos de esta investigación muestra que la seguridad jurídica no es un valor que pueda predicarse en el actuar electoral para la integración parlamentaria para el periodo 2014-2018, como pasa a explicarse.

Una vez surtido el trámite de escrutinios, el Consejo Nacional Electoral (CNE, en adelante) emitió la Resolución 3006 del 14 de julio de 2014. Esta Resolución resolvió los recursos y las solicitudes de saneamiento de nulidad, las cuales fueron presentadas por ciudadanos inconformes con el conteo de voto en las circunscripciones electorales correspondientes. En particular, consideraron que existían diferencias entre los formularios E-14 y E-24 que, a su criterio, no se justificaban. Estas diferencias, agregaron los recurrentes, afectaron los resultados electorales promulgados en la Resolución demandada.

El CNE estableció que los recursos y saneamiento de nulidad presentados en sede administrativa estaban infundados. En primer lugar, porque a pesar de existir diferencias entre los formularios, estos se justificaban. Segundo, al considerar imprecisa la causal de reclamación. Y tercero, por no satisfacer el requisito de audiencia pública en las reclamaciones. Estas consideraciones fueron ampliadas por el CNE en el juicio de nulidad de la mentada Resolución en sede del Consejo de Estado. Las afirmaciones del órgano electoral son dicientes en relación con la forma en que interpretan la normativa electoral. Basándose en la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual existen dos tipos de irregularidades durante los trámites de votación y escrutinio – las causales de reclamación y las causales especiales de nulidad del acto de elección –, el CNE indicó lo siguiente:

(...) el artículo 193 del Código Electoral prevé una “*identificación*” frente a las Comisiones Escrutadoras en donde es procedente presentar por primera vez las reclamaciones, de

conformidad con artículo 122, 192 y 164 *ibídem*; entendiéndose que las mismas pueden ser formuladas ante la comisión en donde se presentó la irregularidad alegada y, de esta manera, velar por el cumplimiento del derecho de segunda instancia del interesado (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

Según lo anterior, a juicio del CNE, las Comisiones Escrutadoras constituyen las instancias iniciales para poner en conocimiento de la autoridad administrativa las irregularidades electorales. Esto permitirá garantizar el debido proceso, en términos de segunda instancia, pues existirían otros estamentos de jerarquía superior que resolverían las apelaciones presentadas ante las Comisiones. Esta técnica de argumentación del CNE se repite en cada uno de los cargos endilgados a la Resolución. Consiste en verificar que se cumplió debidamente el debido proceso a los reclamantes, sin pronunciarse sobre el tema sustancial que revestían las solicitudes de saneamiento o las reclamaciones.

Por otra parte, el CNE consideró que no estaba facultado para revisar los escrutinios con base en las reclamaciones presentadas. Según su criterio, las revisiones tienen carácter “excepcional, subsidiario y solo por conocimiento directo o por vía de apelación” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018) En este orden de ideas, el tratamiento dado por el CNE a las reclamaciones presentadas y que resolvió mediante la Resolución 3006 de 2014 se basaron en consideraciones formales dejando de lado los aspectos sustanciales. En efecto, estableció que los alegatos de los ciudadanos interesados en las results de la votación “no cumplían con los presupuestos requeridos para activar dicha competencia” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018).

En este orden de ideas, se encuentra que no se evidencian criterios hermenéuticos claros en sede administrativa para la comprensión de la normativa electoral que vayan más allá de aspectos meramente procedimentales. Es decir, a la luz de la Resolución estudiada, la garantía democrática de elegir y ser elegido, que se concreta en el trámite electoral, se

basa a los ojos hermenéuticos del CNE en la garantía del debido proceso. Sin embargo, puede afirmarse que el debido proceso, en las decisiones del ente electoral, se materializa en la satisfacción formal de las etapas procesales administrativas, pero no en las consideraciones materiales. Esta afirmación se sustenta en la medida en que si bien durante el trámite de escrutinio (en las diferentes Comisiones Escrutadoras o en el mismo CNE) los ciudadanos pueden presentar reclamaciones que pongan en evidencia alteraciones significativas que eventualmente alteren los resultados de la elección, estas reclamaciones no fueron estudiadas de fondo, sino que se despacharon desfavorablemente en consideraciones de orden formal, como la debida argumentación o no de las reclamaciones presentadas.

3.2.2. Los reproches hermenéuticos presentados por el Consejo de Estado a la posición del Consejo Nacional Electoral

La Resolución 3006 de 2014 del Consejo Nacional Electoral fue demandada para que se declarara su nulidad. Los hechos que sustentaron las pretensiones fueron los mismos que se presentaron como solicitudes de saneamiento de nulidad y de reclamación en sede administrativa. Esto es, diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 que incidieron en el resultado consignado en el acto de elección. El Consejo de Estado resolvió la controversia declarando la nulidad parcial de la mentada Resolución. Para esto expuso los siguientes argumentos.

En primer lugar, tomó como sustento fáctico el hecho de que las resoluciones que contengan afirmaciones contrarias a la verdad son susceptibles de declararse como nulos. En efecto, el Consejo de Estado estableció que “los guarismos que arrojan los formularios E-24 se modificaron sin ninguna explicación, por consiguiente, existe una alteración del resultado de la voluntad popular” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018) En este orden

de ideas, no solo bastaba la revisión formal de la garantía del debido proceso, sino que existían efectivamente razones materiales justificadas para que los ciudadanos interpusieran acciones de reclamación y de saneamiento de nulidad en sede administrativa. Este hecho es tan elocuente que el mismo Consejo de Estado se abstuvo de analizar otras causales de nulidad electoral, pues el simple hecho que existiera una razón fue suficiente para la declaratoria de nulidad.

El Consejo de Estado, además de pronunciarse sobre asuntos materiales, revisó aspectos formales en las reclamaciones presentadas en sede administrativa. Para esto, analizó el artículo 164 del Código Electoral en el que se dispone que las solicitudes de recuento de votos deben presentarse de manera razonada, para pronunciarse sobre el contenido hermenéutico del término “*razonada*”. Un de los caracteres que reviste la *razonabilidad* estudiada es de orden objetivo:

Las comisiones escrutadoras no están autorizadas para negar las solicitudes de recuento que se basen en diferencias del 10% o más, entre las corporaciones de un mismo partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos y (...) los delegados del CNE, solo conocerán de las solicitudes de recuento por tales diferencias, por vía de apelación cuando hayan sido negadas por las comisiones escrutadoras municipales o distritales (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

Así pues, el porcentaje de la diferencia entre diferentes corporaciones que se evidencia con una sencilla operación aritmética, o la revisión de si el estamento de menor jerarquía negó el recuento solicitado, son criterios cuya razonabilidad salta a la vista y que no merecen mayor argumentación normativa o teórica sino la de señalar el caso para que la entidad correspondiente que conoce de la segunda instancia proceda a aceptar y a estudiar de fondo la solicitud.

En síntesis, el Consejo de Estado, después del trámite judicial estableció que las pretensiones de los demandantes estaban justificadas. Estas pretensiones, que coincidían con las presentadas en sede administrativa, fueron despachadas favorablemente en sede judicial al revisar aspectos tanto formales como sustanciales. En relación con los primeros, el Juez Contencioso determinó que se satisfacían de manera objetiva pues son el resultado de la aplicación de una operación aritmética sencilla que arroja un porcentaje. O que se verifica mediante la revisión sumaria del trámite surtido en las Comisiones Escrutadoras municipales o distritales. Así, la simple verificación procedimental garantizaba que la solicitud de saneamiento o de reclamación estuviera debidamente razonada.

3.3. Sobre los factores de la eficacia jurídica

Hasta aquí se quiere establecer los criterios hermenéuticos del Consejo Nacional Electoral y del Consejo de Estado en relación con la salvaguarda democrática. Esta se concreta en el ejercicio pleno del derecho a elegir y ser elegido. Mientras que el primero tiene una interpretación que puede denominarse como formal, el segundo hace una aproximación material o sustancial. Con base en estas líneas interpretativas, lo que se pretende en este aparte es indicar las consecuencias sobre la seguridad jurídica y la eficacia entendida como vigencia de la norma.

3.3.1. Sobre la seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un principio por el cual los ciudadanos tienen derecho a la certeza de la forma en que sus decisiones serán entendidas por el Estado. Así, no basta que la Administración de Justicia las comprenda en un sentido mientras que otro tipo de autoridades las comprendan en otro. Es necesario que exista una armonía entre las diferentes ramas del poder público en la forma en que se interpretan las normas y la manera

en que los hechos son tratados a la luz de ese cuerpo normativo. Esta armonía que sustenta la seguridad jurídica no se evidencia en relación con la democracia y el derecho a elegir y ser elegido, como pasa a explicarse.

Un ciudadano, según la Carta Política, tiene derecho tomar parte en las elecciones, asimismo, dispone que puede acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (expresado así en el artículo constitucional 40, #2 y #7). El desarrollo normativo de este precepto establece que no basta que el ciudadano pueda depositar el voto en los comicios, sino que se debe garantizar la voluntad popular manifestada en las urnas. Solo de esta manera tendría eficacia la norma constitucional. De cualquier otro modo, el derecho sería solo formal y no verificaría el carácter democrático del Estado colombiano.

El ordenamiento electoral ha establecido una serie de requisitos para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos en cada una de las etapas electorales, incluyendo la de escrutinios. Para esto, el Código Electoral dispuso diferentes acciones que el Consejo de Estado ha clasificado como (i) reclamaciones encaminadas al saneamiento de nulidades electorales y (ii) reclamaciones en sentido amplio. Las primeras están pensadas para que las controversias sobre el escrutinio puedan resolverse en la misma sede administrativa en que se efectúa el escrutinio, en atención a los principios de economía y celeridad establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En efecto, resolver este tipo de controversias ante el CNE es más célere y económico que el hecho de que los ciudadanos tengan que concurrir ante el Juez Contencioso para que dirima las controversias. Es decir, la salvaguarda de la democracia, según las disposiciones constitucionales y normativas (Código Electoral), corresponde de manera armónica a la Rama Judicial y al Consejo Nacional Electoral. En este sentido,

debería existir coherencia interpretativa entre uno y otro órgano. No obstante, esto no parece ser el caso.

Que la sentencia del Consejo de Estado dentro del trámite 2014-00117 haya declarado la nulidad parcial de la Resolución 3006 de 2014 del Consejo Nacional Electoral con base en criterios objetivos cuya observancia por el CNE fue echada de menos por el Consejo de Estado da cuenta de un estado de inseguridad jurídica en temas electorales. Para el CNE lo esencial del principio democrático es la verificación del debido proceso. Este principio procedimental se concreta, entre otros, en los siguientes elementos: “un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; [y] a impugnar la sentencia condenatoria” (Constitución Política, 1991). Es decir, debe garantizar la audiencia pública, la defensa y la contradicción. No obstante, estos derechos concretos no se garantizan mediante la autorización formal de que la persona pueda comparecer a la audiencia, a que presente pruebas, y a que se pronuncie sobre las pruebas en su contra. Se concreta, por el contrario, en que el juez o la autoridad administrativa se pronuncien de fondo sobre tales elementos. Así, es necesario que se garantice, no solo la instalación de la audiencia, sino que esta se desarrolle según los ritos legalmente establecidos; que se aporten las pruebas y que estas sean debidamente valoradas, y que se acepten los pronunciamientos sobre las pruebas en contra para que sean tenidos en cuenta al momento de la valoración fáctica. Estos requisitos, además, deben verificarse en la segunda instancia.

En el caso de la Resolución 3006 de 2014 del CNE, esta Corporación garantizó el aspecto formal del debido proceso, pero desconoció el aspecto material. En efecto, permitió que los ciudadanos presentaran sus reclamaciones o solicitudes de saneamiento de nulidad, así como los recursos correspondientes; además, verificó la apertura y el cierre de la

audiencia en los trámites en que esta ritualidad fuera necesaria. No obstante, impidió que las reclamaciones fueran debidamente estudiadas. Algunas de las reclamaciones fueron desestimadas por carecer, a juicio del CNE, de sustento fáctico o debida argumentación. Otras fueron despachadas sin verificar los hechos en que se inspiraban, como sí lo hizo el Consejo de Estado. Una revisión de los aspectos objetivos, como el porcentaje de disparidad de los registros de las diferentes corporaciones del Partido Mira, por ejemplo, hubiera permitido que el CNE resolviera la cuestión planteada por los ciudadanos.

Contrario sensu, el Consejo de Estado, no solo afirmó que el CNE desconoció la verdad material que fundamentaba la Resolución 3006 de 2014, sino que además señaló que el CNE había desconocido aspectos materiales en la garantía del debido proceso en asuntos electorales. Esto se pone en evidencia con el hecho de que la razón esencial para declarar la nulidad parcial de la Resolución demandada, a juicio del Consejo de Estado, es que faltaba a la realidad de los hechos.

Como se ve, existe una disparidad hermenéutica entre el Consejo de Estado y el Consejo Nacional Electoral sobre el significado de la garantía procedimental durante los comicios. Esto, en sí mismo, eventualmente vulnera el derecho democrático a elegir y ser elegido por falta de seguridad jurídica. La sentencia del Consejo de Estado data del 8 de febrero de 2018. Mediante esta, declaró “la elección como senadores de la República, para el periodo constitucional 2014-2018, de los tres primeros candidatos inscritos en la lista del Movimiento Mira” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). Sobre esta decisión es importante señalar los siguientes aspectos. En primer lugar, la elección para integrar el Congreso durante el periodo 2014-2018 se celebró el 9 de marzo de 2014. La Resolución que declaró la elección correspondiente es del 14 de julio siguiente. Los congresistas iniciaron funciones el 20 de julio posterior. Por esto, los parlamentarios elegidos ejercieron

el cargo hasta el 19 de julio de 2018, momento en que nuevos congresistas integrarían las Cámaras. Es decir, la decisión del Consejo de Estado surgió ad-ventas de la elección de un nuevo Congreso de la República, que tendría lugar el siguiente 11 de marzo de 2018. En este orden de ideas, a los ciudadanos representados por los congresistas vinculados con el proceso 2014-00117 no se les garantizó su derecho democrático” (Constitución Política, 1991); igualmente, a los congresistas se les vulneró el derecho a ejercer cargos públicos” (Constitución Política, 1991). Esto, sin considerar la incertidumbre jurídica que surgió durante las legislaturas del 2014-2018.

Como se explicó, la seguridad jurídica tiene que ver con que las personas tengan certeza de que las normas, decisiones y actuaciones sean respetadas de acuerdo con el marco normativo vigente. Entre otras cosas, que se sepa a ciencia cierta quiénes serán los representantes del pueblo y que estos puedan ejercer sus funciones en los periodos para los cuales fueron elegidos. Esto no fue el caso durante las elecciones parlamentarias del 2014-2018. Mientras que el CNE hacía una interpretación formalista de las normas electorales, interpretación que después fue desvirtuada por el Consejo de Estado, el Congreso de la República estuvo integrado, las decisiones fueron tomadas y deliberadas, por personas que no representaban totalmente a los electores.

3.3.2. Sobre la eficacia entendida como vigencia – la derogatoria orgánica

La actuación en sede administrativa garantiza la celeridad y el debido proceso en las decisiones que tomen las autoridades administrativas sobre las solicitudes, actuaciones y reclamaciones de los particulares. En parte, como se mostró en el capítulo segundo, el agotamiento de la vía gubernativa, entre otras funciones, tiene la de servir como requisito de procedibilidad para acceder a la Administración de Justicia. Dado que las decisiones administrativas relacionadas con lo electoral son susceptibles de revisión judicial ante el

Consejo de Estado para declarar eventualmente la nulidad según los criterios revisados en el capítulo anterior, se espera que la autoridad electoral tenga en cuenta al menos tres elementos al momento de tomar y fundamentar sus decisiones. Primero, el marco normativo vigente; segundo, la interpretación judicial emanada del Consejo de Estado, y tercero, la garantía del debido proceso como requisito sine qua non en sus actuaciones. En el caso bajo estudio se tiene que el CNE, si bien tiene en cuenta el marco normativo vigente sobre garantías electorales durante los escrutinios, la interpretación dada a este marco hace que puede considerarse derogado en sede administrativa, pues difiere de la interpretación del juez competente para revisar sus actuaciones. Esta idea se desarrolla en dos momentos, (i) sobre la vigencia en sí mismas considerada y (ii) sobre los criterios hermenéuticos que inciden en la vigencia normativa.

La vigencia normativa no tiene que ver solamente con el hecho de que las normas hayan sido expedidas por la autoridad correspondiente y que no se hayan derogado expresamente por el legislador, sino que se apliquen efectivamente en las controversias que surjan en el ámbito social. Esto tiene que ver con la eficacia de las normas. Una norma es eficaz cuando cumple el fin para el cual fue expedida. En caso contrario, la norma pierde eficacia y con esta su vigencia. Una de las razones para la falta de vigencia normativa es el tratamiento apenas formal que el CNE hace del marco de garantías electorales susceptibles de ejercerse en la etapa de escrutinios.

Si bien el CNE, como se evidencia en la Resolución 3006 de 2014 y en la sentencia 2014-00117 del Consejo de Estado, aplicó el marco normativo que garantiza los derechos de los electores y candidatos, su tratamiento fue apenas formal, como se explicó en el numeral 3.2.1. Esto hace que, aunque las normas estén vigentes, no cumplan sus fines especiales. En efecto, la garantía democrática de elegir y ser elegido, o de ejercer cargos

públicos, fue desconocida por la decisión formal contenida en la Resolución demanda. La revisión sin consideraciones materiales implica que los ciudadanos estén facultados para concurrir al Juez Contencioso para que se verifique la legalidad de las decisiones administrativas. Cuando estas decisiones son declarados nulas, como en el caso de esta investigación, conllevan una reorganización de la composición del Congreso con dos efectos: (i) las deliberaciones y decisiones se adelantaron sin la debida representación del pueblo y (ii) un grupo significativo de colombianos careció de representación democrática en el Congreso.

En este sentido, sobre la vigencia normativa se tiene lo siguiente. En primer lugar, de acuerdo con el marco normativo que rige la etapa de escrutinios, tanto el Consejo de Estado como el CNE reconocen el mismo marco legal. Sobre este, no existe disposición legislativa que declare expresamente su derogatoria. De hecho, con base en la investigación adelantada, no existen elementos de juicio que permitan concluir que podría configurarse algún tipo de derogatoria implícita. En este sentido, las normas contenidas en el Código Electoral están vigentes.

Pese a lo anterior, la aplicación normativa en sede administrativa difiere de la aplicación en sede judicial. Si bien estas dos ramas del poder público son autónomas e independientes, debe garantizarse el trabajo armónico entre estas para lograr los fines del Estado. Dado que este no fue el caso para las elecciones al Congreso 2014-2018, puede afirmarse que el marco normativo sobre garantías electorales ha caído en desuso en sede administrativa, por lo que la vigencia está puesta en cuestión. Sin embargo, este tipo de “derogatoria” no puede catalogarse ni como expresa ni como tácito, incluso considerando dentro de esta última la orgánica. Como se explicó en el primer capítulo, la derogatoria normativa, en cualquiera de sus vertientes, debe hacerse por el legislador competente. Así,

en el caso de las leyes, corresponde al Congreso declarar cuándo y con qué efectos una norma queda sin vigencia; o en el caso de los decretos, corresponde al Gobierno tomar esta decisión. Pero, como todo lo que se hace en derecho se deshace de la misma forma, la derogatoria debe hacerse mediante la expedición de una ley o un decreto que así lo determine. No podría hacerse por vía de hecho. En este orden de ideas, la falta de aplicación normativa con los mismos criterios en sede administrativa como en sede judicial, implica una falta de vigencia normativa parcial.

Ahora, en relación con la hermenéutica, como se explicó, la falta de aplicación normativa en sede administrativa puede predicarse por la diversidad hermenéutica que surge en esta sede en relación con la que se aplica en sede judicial. Si bien los criterios interpretativos se incluyen dentro de la garantía de autonomía e independencia, estos deben armonizarse en la medida que podría estarse ante una situación de doble juzgamiento por los mismos hechos. Para que la reclamación administrativa satisfaga el ser requisito de procedibilidad requiere que los hechos y las pretensiones presentadas en vía gubernativa coincidan con las argumentadas en sede judicial. Es decir, en una como en otra sede hay unidad de asunto. Además, deben ser presentadas por las mismas personas, por lo que hay unidad subjetiva. Las decisiones administrativas gozan de presunción de legalidad y acierto, mientras que las sentencias judiciales tienen efectos de cosa juzgada. En este sentido, tanto un tipo de decisión como el otro se presumen ajustadas a derecho.

La cuestión que surge a partir de la analogía que se establece entre las decisiones administrativas y las judiciales es que deberían basarse en los mismos marcos normativos para resolver las controversias surgidas. Esta base común implicaría que la jurisprudencia del Consejo de Estado debería ser vinculante, a manera de precedente judicial, para la toma de decisiones de la Autoridad Administrativa. Esto conllevaría que existiera una armonía

hermenéutica entre las dos sedes y que, por esto, el hecho de que la Autoridad Administrativa tomara una decisión que se alejara de la decisión judicial implicara el cumplimiento de los requisitos para alejarse del precedente.

4. Conclusiones

Tensión entre la administración, el juez constitucional y el juez contencioso – la sentencia 2014-00117 del Consejo de Estado

Se quiere a continuación, precisar la situación fáctica y jurídica del problema estudiado. Para esto se abordará el núcleo del problema de investigación; es decir, los problemas concretos que subyacen a la situación descrita y que, al ser objeto de análisis del Consejo de Estado, llevaron a esta corporación a determinar la composición del Congreso para el periodo 2014-2018. Además, se señalará lo que el Consejo Nacional Electoral desechó o no tuvo en cuenta, así como lo que sí tuvo en cuenta en el acto administrativo de la declaratoria de elección, resolución 2006 de 2014.

La confrontación entre diferentes agentes involucrados en el proceso electoral durante las elecciones para el Congreso 2014-2018 evidenciaron una tensión a nivel constitucional. Sea lo primero indicar que hubo tres actores involucrados. Por una parte, la autoridad administrativa conformada por el Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como las demás dependencias que hicieron parte del proceso ordinario de elección y escrutinio. Por otra, el juez constitucional, que mediante la potestad otorgada por el artículo 86 de la Carta Política, intervino para ordenar conductas que debían implementar las autoridades administrativas en el proceso de escrutinio. Y finalmente, el juez contencioso administrativo que, en uso de sus competencias legales, emitió la sentencia 2014-00117, por la cual resolvió la demanda de nulidad de la resolución 3306 de 2014.

El Código Electoral establece el trámite y las competencias para adelantar el proceso de elecciones, que consiste en el desarrollo legal del artículo 40 de la Constitución, consistente en el derecho a elegir y ser elegido. El citado código señala:

El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas (Código Electoral, 1986).

Para la salvaguarda de este derecho, además, la ley ha establecido mecanismos por los cuales los particulares pueden pronunciarse sobre las decisiones de las autoridades emitidas durante el trámite de escrutinios, con el ánimo de corregir yerros y que, de esta manera, se respete la voluntad popular manifestada en el acto de ejercicio del voto. Por ejemplo, las causales de reclamación: “El Consejo Nacional Electoral o sus delegados tienen plena competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho (...) que les presenten durante los escrutinios” (Código Electoral, 1986). Precepto este que se armoniza con el artículo 2º del mismo articulado que ordena a las Autoridades garantizar el ejercicio del sufragio, otorgando “plenas garantías a los ciudadanos en el proceso electoral y [señalando que] actuarán con imparcialidad” (Código Electoral, 1986).

En este sentido, el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil deben, además de adelantar el trámite electoral, garantizar que este sea transparente y que refleje fielmente la voluntad popular. Para ello, deberá ceñirse a las garantías legales y constitucionales correspondientes, tales como el debido proceso. Por esto, para las elecciones ciudadanas para la integración del Congreso de la República para el periodo 2014-2018 constituyeron un caso particular en que debía aplicarse el ordenamiento electoral vigente para la fecha.

En línea con lo anterior, en el trámite de escrutinios de las elecciones al Congreso, se presentaron situaciones que, a juicio de los interesados, constituían situaciones fácticas que configuraron causales de reclamación a la luz del artículo 192 del Código Electoral. Algunas de estas tuvieron que ver, entre otras, con “posibles errores aritméticos” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018), o con “pérdida o destrucción de los documentos, elementos o el material electoral” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

Los hechos anteriores son suficientes para enervar las reclamaciones contenidas en el artículo 192 del Código Electoral y, por esto, el Consejo Nacional Electoral, o sus delegados, deberían resolverlos en la oportunidad debida. En particular, en el caso de los errores aritméticos: “el Consejo Nacional Electoral podrá verificar los escrutinios hechos por sus delegados cuando hubiere comprobado la existencia de errores aritméticos” (Código Electoral, art. 183). Según se observa en la resolución 3006 de 2014, estas reclamaciones fueron abordadas por el Consejo Nacional Electoral, pero solo de manera formal, sin atender el fondo, pues “rechazó o declaró infundadas aquellas reclamaciones” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

En síntesis, sobre la conformación fáctica que consolidó la situación analizada se tiene lo siguiente. Las personas facultadas para votar en las elecciones al Congreso 2014-2018 concurrieron a las urnas el 9 de marzo de 2014. Durante el trámite de escrutinios, se presentaron situaciones que a juicio de algunos candidatos constituían causales de reclamación, por lo que ejercieron las prerrogativas contenidas en el Código Electoral. Con base en la competencia otorgada por este articulado, la Autoridad correspondiente consideró que las reclamaciones no eran procedentes por resultar infundadas.

Así, entraron en conflicto algunas normas legales y constitucionales, como pasa a explicarse. A nivel constitucional, deberían considerarse los derechos contenidos en los

artículos 29 (debido proceso) y 40 (derecho a elegir y ser elegido). De hecho, este último ha sido reconocido como un derecho constitucional fundamental en sí mismo porque “la participación política es un derecho que se extiende a los demás campos de la actividad del individuo” (Escobar, 2017, p. 23). En otras palabras, el artículo 40 constituye un derecho fundamental al afectar intereses personales de los ciudadanos en su diario vivir (Sentencia. T-717/04, 2004). Este derecho encuentra desarrollo legal en el Código Electoral, por lo que sustancialmente debería entenderse como una ley estatutaria. Este conflicto de derechos de orden constitucional facultó la intervención del segundo actor en la situación analizada, el juez de tutela.

La jurisdicción constitucional intervino a través del Consejo Superior de la Judicatura, que resolvió en segunda instancia la tutela presentada por los candidatos interesados en la revisión de las eventuales anomalías presentadas en el escrutinio. Grosso modo, la acción surgió porque, a juicio de los candidatos afectados, “se presentó, entre otras, la siguiente irregularidad consistente en una diferencia igual o superior al 10% entre las corporaciones de Cámara de Representantes y Senado de la República para el Movimiento MIRA” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). Con base en este hecho que consideraron vulnerador de los derechos al debido proceso (art. 29 CP) y el de elegir y ser elegido (art. 40 CP), solicitaron que se recontaran los votos depositados en 13.000 mesas de votación (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018).

Las condiciones propias del trámite de la acción de tutela favorecieron la toma de decisiones en la jurisdicción constitucional que tuvieron injerencia en el trámite electoral 2014-2018. En particular, la necesidad de que el fallo surja de manera expedita mediante un trámite preferente y especial que debe resolverse en el término de 10 días. Estas particularidades implicaron que las decisiones constitucionales fueran tomadas sin contar

con elementos de juicio suficientes para garantizar el trámite electoral de manera plena. Por lo menos así con lo consideró el Consejo de Estado:

se alteró todo un proceso electoral, situación que se encuentra perturbadora de la democracia participativa del país teniendo en cuenta que de una u otra manera afectaría la elección de Senadores de la República – elección de ámbito nacional, en la que cada ciudadano expresa en las urnas su voluntad para elegir a sus representantes en el Congreso (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

A juicio del juez contencioso administrativo, la intervención del juez constitucional fue desafortunada porque, antes de garantizar los derechos fundamentales (art. 29 y 40 de la Carta Política), se afectó significativamente la decisión sobre la composición del Congreso de la República. Intervenir en el trámite electoral implica, a los ojos del Consejo de Estado, que se tenga conciencia de “la importancia de no afectar, por medio de la acción de tutela (...) todo un proceso electoral”, dado que la acción de tutela no permite “realizar el estudio riguroso y minucioso que implica la materia” pues no pueden valorarse adecuadamente “los elementos de juicio necesarios para decidir como en derecho corresponda (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). Esto significa que la acción de tutela, dadas sus particularidades procesales, puede generar “graves alteraciones de impacto nacional, tal como sucedió en el caso concreto, en donde el demandante acudió al juez de tutela obviando la jurisdicción de lo contencioso administrativo” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

Lo anterior propone un conflicto a nivel de derechos fundamentales. El derecho electoral integra el derecho constitucional al ser uno de los pilares del estado democrático al incidir en los intereses de diversos miembros del estado, tanto colectivos como individuales: partidos políticos, individuos, grupos de ciudadanos, entre otros.

El derecho electoral va más allá de los sistemas electorales (...) por [este derecho] debemos entender tanto el conjunto de normas jurídicas que regulan las elecciones de los órganos representativos, como el conjunto de normas jurídicas que afectan al derecho del individuo a participar en la designación de esos órganos representativos (Álvarez, 1991, p. 10)

En este sentido, el derecho subjetivo al sufragio tiene connotaciones multidimensionales que trascienden el propio interés del candidato. No son solo las personas que presentan sus nombres a una candidatura quienes ven vulnerados sus derechos, sino que todo el orden estatal se ve afectado cuando el proceso de sufragio se altera por una decisión de tutela. Por esto, la responsabilidad de los jueces constitucionales va más allá de la simple constatación de una alteración a otros derechos, como el debido proceso.

En las elecciones del 2014, el Consejo Superior de la Judicatura, como juez constitucional, valoró la eventual vulneración del debido proceso a los candidatos que presentaron reclamaciones en sede administrativa; sin embargo, no tuvieron en cuenta (por incapacidad logística, humana y temporal) el cúmulo de pruebas necesarias para tomar la decisión que garantizara el sistema electoral como pilar democrático en la sociedad colombiana. El gran nivel de pruebas documentales que se requiere para valorar adecuadamente una eventual vulneración, la congestión judicial de los despachos y el corto término con que cuentan los jueces constitucionales para resolver los jueces de tutela hacen que la decisión tutelar no garantice la observancia del derecho electoral; en otras palabras, el derecho electoral, como derecho constitucional, no fue valorado adecuadamente por el juez de tutela porque éste no contó con los recursos necesarios para hacerlo.

Estas particularidades hicieron posible la intervención del tercer actor en la situación analizada, el juez contencioso administrativo, que se pronunció en la sentencia dentro del expediente 2014-00117. Lo que interesa revisar en este apartado final es qué tipo de enseñanzas hacia futuro surgen de la sentencia de la Corporación contenciosa, sobre todo en relación con los lineamientos que deberían observarse en el nuevo Código Electoral -P.L. 234 de 2020 Senado, y 409 de 2020 Cámara-, para lo cual el análisis configurado en este documento serviría como marco de referente para señalar uno de los desafíos que debería enfrentar cualquier normatividad sobre el particular. Normalmente, las discusiones más sobresalientes sobre el surgimiento de este nuevo Código se han concentrado en la participación de las minorías, la eventual corrupción electoral que puede surgir, el papel dado a la Registraduría Nacional del Estado Civil, pero no se ha encontrado, todavía, un análisis profundo sobre la efectividad de la normativa en relación con la garantía de los derechos al debido proceso y a elegir y ser elegido. Situación que estará en el crisol quizá cuando, una vez sancionado, se ponga en aplicación el Código en las siguientes elecciones y se revise si evitó o no que las discusiones que, en principio, podrían resolverse a nivel administrativo, antes de la resolución de nombramiento y posesión, y no con la necesidad de llegar al Consejo de Estado, después de un excursus constitucional, para que la Corporación contenciosa, previo a la finalización del periodo legislativo, indique la verdadera composición del Congreso de la República.

Los elementos que resultan relevantes a partir de la sentencia del Consejo de Estado son los siguientes: la idea de pureza del voto, la efectividad del sufragio, la transparencia, la igualdad y la libertad. Más allá de las disquisiciones sobre la situación fáctica revisada en sede contenciosa, que tuvo que ver con el análisis de la eventual revisión y recuento de votos a partir de irregularidades presentadas durante el escrutinio, el foco de interés en estas

reflexiones se centra en la dimensión teórica jurídica sobre la institución democrática de la elección, que hace parte integral de nuestro sistema nacional plasmado en la constitución.

La *pureza del voto*, así como la *efectividad del sufragio*, son entendidos por el Consejo de Estado, como el hecho que los datos contenidos en la resolución de elección “reflejen siempre la verdadera voluntad del elector depositada en las urnas” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). Es decir, la democracia que, en una de sus dimensiones se expresa en las urnas, en el ejercicio electoral de los asociados, logra su mayor expresión en que, efectivamente, aquella voluntad general (y no particular) esté reflejada en el resultado electoral corporeizado en la resolución que para tal fin emite el Consejo Nacional Electoral. A juicio de la Corporación contenciosa, dichas pureza y efectividad pueden verse seriamente vulneradas por la intervención del juez constitucional, lo que generó una alteración “de la democracia participativa del país teniendo en cuenta que de una u otra manera afectaría la elección de Senadores (sic) de la República” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). Es decir, a pesar de que la acción de tutela está diseñada para la garantía de los derechos constitucionalmente tutelados, la intervención del juez constitucional erró en dicha protección pues afectó la composición del Congreso de la República.

La posición del Consejo de Estado está en armonía con lo planteado por García Barragán (2018), para quien el voto, el poder de elección, es un fin en sí mismo al garantizar la prerrogativa ciudadana a la decisión, la igualdad y la libertad. En sus términos:

En todo sistema democrático el sufragio como poder, es reconocido desde su perspectiva jurídica, más que como participación efectiva; como una garantía de su ejercicio, contando con normas que aseguran el derecho a decidir, la libertad y la igualdad en su participación. Luego, el componente de derecho conlleva el poder de

decisión que se le confiere al individuo, para que constituye un fin en sí mismo, garantizando su libre intervención. (García de Barragán, 2018, p. 37)

Por lo anterior, el voto debe representar facultades y derechos ciudadanos propios del estado de derecho liberal: la libertad, la igualdad y la capacidad de decisión (Rousseau, trad.1996 [1762]). Lo anterior teniendo en cuenta que “la autodeterminación política, su posibilidad de decidir sobre el contenido de las normas a las que van a estar sometidos, se realiza, se ejercita, tomando parte en los procesos de elaboración y aprobación de las decisiones relativas al desempeño del poder” (Presno Linera, 2012, p. 120). En efecto, si los ciudadanos estarán sometidos al conjunto de leyes que se proferirán mediante el poder público, lo lógico en un Estado democrático, es que los mismos ciudadanos participen en la elaboración de tales normas. Dado el carácter representativo de las democracias actuales, el voto no es solo un acto de manifestación, sino la injerencia absoluta en la forma de conformar el poder público. La pureza del voto y la efectividad del sufragio se yerguen como elementos de derecho constitucional a la luz del Estado social de derecho.

La intervención del juez de tutela, en temas constitucionales, debería ser precavida y pausada. Si bien por orden superior, dicho juez cuenta con apenas 10 días para emitir el fallo que en derecho corresponda, no es viable que, dada la precisión y complejidad técnica, el inmenso acervo probatorio, entre otras particularidades, se emita un fallo que podría poner en vilo el interés general al garantizar el interés particular. En efecto, la acción de tutela es un proceso interpartes, en que se resuelve una disputa jurídica por la eventual amenaza y vulneración que de un derecho fundamental está experimentando un particular (Constitución Política, 1991) Sin embargo, el derecho a elegir y ser elegido, si bien connota una realidad meramente individual (la del elector y la del elegido), lo cierto es que en casos como la de la votación por el Congreso de la República se está ante una situación que

supera incluso los derechos fundamentales y tiene que ver, más bien, con la organización y los principios que inspiran nuestro Estado Social de Derecho, es un bien de interés general: “en aras de proteger un derecho fundamental particular se desconoció el interés general” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018).

El desconocimiento del interés general surgió porque la autoridad administrativa desconoció lo señalado en la ley ante las reclamaciones por eventuales nulidades. Si bien el Consejo de Estado no hace un pronunciamiento expreso sobre la tensión entre el juez constitucional y el ente administrativo, lo cierto es que allí se fragua una situación controvertida porque, como resultas del análisis de la sentencia, en la práctica la autoridad administrativa desconoce los preceptos legales. Situación está que podría afectar la *transparencia* del proceso. “[A]unque [los demandantes ante el Consejo de Estado] presentaron solicitudes de recuento ante las diferentes comisiones escrutadoras (...) con fundamento en el artículo 164 del Código Electoral (...) no obtuvieron respuesta favorable” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018). Incluso, los demandantes, previo a comparecer a la justicia contenciosa, invocaron el artículo 265.4 superior, pero la autoridad administrativa “decidió abstenerse de conocer sobre la solicitud de revisión del escrutinio y, en otras, no se pronunció” (Sentencia C.E, Rad. 2014-00117/18, 2018)

En aras de garantizar el debido proceso y el derecho a ser elegido, obligación que recae en el juez constitucional, quien conoció la tutela presentada por los candidatos, ordenó el recuento de votos. Esta posición constitucional, que, si bien tiene en la vista la garantía de derechos fundamentales, es errónea, en la medida que el juez de tutela ordenó más de lo que debería haber ordenado. Ante la eventual vulneración del debido proceso, la sentencia de tutela debió ordenar la garantía de ese derecho y, en consecuencia, ordenar hubiera pronunciamiento sobre la solicitud de saneamiento de la nulidad presentada por los

candidatos. Pero, a juicio del Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura (en función constitucional) extralimitó su actuar, al pronunciarse sobre hechos que desconocía. En efecto, ordenó el recuento, el cual depende de situaciones fácticas que deben estar probadas y que solo fueron corroboradas en sede contenciosa ante el Consejo de Estado. A voz de esta corporación:

Así, aunque el fallo de tutela señaló que el recuento recaía sobre los votos obtenidos por el Movimiento Mira y que ello debía realizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 164 del Código Electoral, se trató de una decisión que por la premura y urgencia no permitía al operador judicial el análisis profundo que amerita el tema, por lo que, lejos de proteger los derechos de los ciudadanos y evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ocasionó que aumentaran los acontecimientos desafortunados hasta el punto de obstaculizar incluso el análisis de legalidad de los actos demandados bajo el medio de control de nulidad electoral del presente asunto. (Sentencia C.E., Rad. 2014-00117/18, 2018)

En este orden de ideas, en aras de garantizar la pureza del voto y la efectividad del sufragio, el Consejo de Estado considera oportuno capacitar a los operadores judiciales sobre los alcances de la acción de tutela en contextos electorales. Sin embargo, la mera capacitación no es suficiente porque, si bien la capacitación podría hacer consciente las implicaciones que un fallo de tutela tiene sobre la composición del Congreso de la República, los jueces están obligados a fallar en derecho. Así, el tema está orientado más sobre la efectividad de la norma electoral en sede administrativa. Como se ve, ante la eventual circunstancia fáctica que generó la demanda ante el Consejo de Estado, los candidatos (incluso como requisito de procedibilidad) tuvieron que presentar reclamaciones ante las diferentes instancias electorales, las cuales fueron, en algunos casos negadas, pero en otros (y esto es lo verdaderamente relevantes) omitidas de pronunciamiento, lo que ocasionó la intervención del juez de tutela.

La negativa de unas solicitudes y el desconocimiento por falta de pronunciamiento de otras por parte del Consejo Nacional Electoral connota la arbitrariedad de este organismo, afectando la *transparencia* y la *igualdad*. La omisión de pronunciamiento conlleva la intervención inmediata del juez constitucional porque, con ese actuar, se desconoce un derecho fundamental (el debido proceso), y la negativa en otras solicitudes demostró, a la luz de las resultas de la sentencia del Consejo de Estado en la sentencia analizada, que no era más que un capricho no fundamentado por el CNE. Sobre esta situación es que este estudio ha centrado su atención, en la medida que no existe una armonía entre la hermenéutica administrativa del Código Electoral y la hermenéutica del Consejo de Estado. Ante las mismas situaciones fácticas, el mismo acervo probatorio, el mismo marco jurídico, las diferentes sedes llegaron a conclusiones diferentes.

En síntesis, el Código Electoral, tiene un desafío inmediato y urgente: garantizar la pureza del voto y la efectividad del sufragio. Si bien los temas relacionados con la participación de minorías, el papel preponderante o no de ciertas entidades administrativas, entre otros dispositivos que se vinculan con la expedición del nuevo Código son de importancia relevante, consideramos que hay otros factores no solo importantes y urgentes. Que el voto y el ejercicio social del sufragio sea una manifieste la verdadera voluntad de los electores nos parece una tarea acuciante. Entre esto, que los actos de elección manifiesten la verdadera composición de los cuerpos de representación democrática de manera veraz y *oportuna*. La necesidad de agotar instancias administrativas, constitucional y judiciales conlleva una demora injustificada y que afecta el sustrato democrático de nuestro Estado Social de Derecho.

La no garantía de la pureza y la efectividad de la que estamos hablando, surge por el desconocimiento de principios como *transparencia* e *igualdad*. Las autoridades

administrativas y judiciales deberían trabajar armónicamente, pese a su independencia, en aras del bien del común. El sufragio lo entendemos como la manifestación más específica del carácter democrático de nuestro Estado, en la medida que garantiza la participación representada de nuestros intereses. Demorar la conformación del Congreso vulnera dicha representación y transparencia porque ante la eventual falla del acto de elección, estarían representando personas que carecen de legitimidad fáctica de representación, mientras que otros, que sí la tienen, están relegados del ejercicio representativo democrático.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Conde, E. (1991). Los principios del derecho electoral. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 9*.
- Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 29. De los principios fundamentales. Political Database of the Americas.
- Bascuñán Rodríguez, A. (2000). Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita. En *Anuario de filosofía jurídica y social: derecho y cambios culturales* (Vol. 18.) (pp. 227-261.)
- Burgos, J. (2008, 10 de noviembre). Independencia judicial en Colombia: una descripción descriptiva a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 1994-2007. *Novum Jus* 2(1). 153-182.
- Caenegem, R.C. Van (1973). *The Birth of Common Law*. Cambridge. Irish Jurist.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (2011). artículo 139. Nulidad electoral. Página del Senado de República de Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr003.html#139
- Código Electoral Colombiano. (1986) Ley 2241. Artículos 122, 164, 192 y 193.
- Código General del Proceso. (2012) Ley 1564
- Congreso de Colombia. Acto legislativo 01 de 2009. por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia. Art. 8. “ Corregido un yerro mediante el Decreto Nacional 3259 de 2009. El artículo 237 de la Constitución Política tendrá un nuevo numeral, así: 6. "Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley.”

Congreso de la República de Colombia. (2011, 18 de enero). Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Secretaría del Senado de la República

Consejo de Estado (2010, 25 de febrero de 2010). Sentencia C.E, Rad. 2010-00007/10. Procede la Sala a resolver la acción de simple nulidad interpuesta por Jorge Humberto Valero Rodríguez respecto de algunos apartes del Decreto No. 3782 de 2007, expedido por el Presidente de la República.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=70179>

Consejo de Estado (2018, 08 de febrero) Sentencia C.E. 2014-00117/2014-00109 Sobre las casillas de los votos en blanco.
https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_3e6d0860a3c3486bacce59bd0d78d9da/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-2014-00117-2014-00109-de-febrero-8-de-2018

Consejo de Estado (2018, 8 de febrero). 11001-03-28-00-2014-00117-00 Análisis del código electoral y el artículo 164.
<https://jurisprudencia.ramajudicial.gov.co/WebRelatoria/ce/index.xhtml>

Consejo de Estado. (2015, 22 de octubre). Sentencia C.E, Rad. 2014-00062/15- Profiere la Sala sentencia de única instancia dentro de los procesos electorales acumulados interpuestos por los señores BLANCA OLIVA CASAS (201400048), HENRY HERNANDEZ BELTRAN (201400062) y ANDRES FELIPE VILLAMIZAR ORTIZ (201400064), cuyo trámite se cumplió en su totalidad.
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vR62vt_capoJ:www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-28-000-2014-00062-00.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-d

Consejo de Estado. (2016, 29 de septiembre). Sentencia C.E., Rad. 2014-00117/18.Diferencia con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Consejo Electoral (28 de agosto de 2013) Sentencia Consejo Electoral, Rad. 2011-01782/13.TRASHUMANIA ELECTORAL - Evolución Jurisprudencial
https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YzX_D9xdPfEJ:https://vlex.com.co/vid/647688605+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-d

Consejo Nacional Electoral resolución (2009, 9 de abril). Resolución 754 de 2010
https://www.redjurista.com/Documents/resolucion_754_de_2010_cne_-_consejo_nacional_electoral.aspx#/

Corte Constitucional. (2001, 9 de agosto). Sobre la doctrina probable y la Constitución política. Sentencia C-836/01. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

Corte Constitucional. (2004, 2 de agosto). CONSEJO DE ADMINISTRACION DE CONJUNTO RESIDENCIAL-Miembros deben ser elegidos de acuerdo al cociente electoral. Sentencia T-717/04. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-717-04.htm>

Corte Constitucional. (2010, 1 de diciembre). Derecho al debido proceso y ayudas tecnológicas en procesos sancionatorios. Sentencia C-980/10.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-980-10.htm>

Corte Constitucional. (2010, 13 de septiembre). Sobre el derecho a la educación y los hechos superados en Derechos de peticiones. Sentencia T-734/10.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-734-10.htm>

Corte Constitucional. (2010, 13 de septiembre). Sobre la acción de tutela contra particulares y el estado de indefensión. Sentencia C-735/10.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-735-10.htm>

Corte Constitucional. (2010, 29 de septiembre). Declaración de inhibición de la Corte sobre normas preconstitucionales sobre el abandono de NNA .Sentencia C-775/10.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-775-10.htm>

Corte Constitucional. (2014, 13 de marzo). Deber de garantizar el acceso a los servicios de salud libre de tramites y procedimientos administrativos engorrosos e innecesario.

Sentencia C-142/14. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-142-14.htm>

Corte Constitucional. (2017, 3 de mayo). Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011. Sentencia C-283/17. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30032464>

Corte Constitucional. (2019, 10 de julio). Demanda de inconstitucionalidad contra código civil.

Sentencia C-305/19. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-305-19.htm>

Curcó, F. (2013). La polémica Kelsen-Schmitt: un debate jurídico en torno a la modernidad.

Dianoia Vo. LVIII No. 71. 79-103.

Escobar Martínez, L.M. (2017). *La participación política en Colombia 1991 – 2017: la transición democrática para construir la paz. Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales*. Centro de Estudios de Democracia y Asuntos Electorales (CEDAE)

Gadamer, G. (1965). *Verdad y método*. Vol. 7 Ediciones sígueme.

- García de Barragán, L.V. (2018). *Delitos electorales en Colombia: en búsqueda de una perspectiva penal electoral*. Centros de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales y Centro de Análisis y Asuntos Políticos. Cedae.
- Gerlero, M. y Roldán, N. (2013) Sociología jurídica y democratización del Poder Judicial : la vigencia jurídica de la inclusión social en el relato del servicio de justicia. *Jornadas de Sociología de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la U.N.Cuyo* Universidad Nacional de Cuyo https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/6225/gerleroroldanponmesa11.pdf
- Henríquez Viñas, M. (2017). ¿Derogación tácita o inaplicabilidad de preceptos legalespreconstitucionales? *Estudios Constitucionales*, Año 15 (1), 307-328. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SzNEoNOGmFoJ:https://vlex.com.co/vid/653841109+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co&client=firefox-b-d>
- Kaufmann, A. (1977). (2016, 26 de julio) Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica. *Anales de la cátedra Francisco Suárez* (50), 133-142.
- Kaufmann, A. (2006). *Filosofía del Derecho*. Universidad del Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1965). *Teoría general del Estado*. UNAM, México.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría pura del derecho*. UNAM. México.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Lizarazo, G. (2014). *El principio de colaboración armónica: ópticas, problemas y posibles soluciones al conflicto*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Maestría en Derecho Administrativo (tesis de grado).
- Montesquieu, Charles (1748). Trad, 2003. *Del espíritu de las leyes*. Alianza.

- Presno Linera, M.A. (2012). El derecho de voto como derecho fundamental. UNAM – Instituto de investigaciones jurídicas. *Revista mexicana de derecho electoral* No. 2, 109-151.
- Radbruch, G (1945). *Oliver Wendell Holmes: la biografía de un jurista norteamericano*.
- Rousseau, J. (trad, 1991) (1762.) *El contrato social*. Artemis.
- Rubio Correa, M. (2005). La vigencia y la validez de las normas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho, Themis* 51, 7-18.
- Schmitt, C. (1914). *El valor del Estado y la importancia del individuo*. J.C.B. Mohr. Tubinga.
- Schmitt, C. (1979). *El nomo de la tierra en el derecho de gentes del “jus publicum europeum”*. Centro de estudios constitucionales.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Tecnos.