

CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Desconocimiento de reserva de ley estatutaria en norma sobre requisito de procedibilidad de acción de nulidad electoral el haber sometido previamente el vicio ante autoridad electoral/CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Funcionamiento de la reclamación previa como requisito para acceder a la justicia contenida en norma acusada, resulta inconstitucional

Le correspondió a la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿El numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 desconoce la reserva de ley estatutaria prevista en el literal c) del artículo 152 de la Constitución Política, en lo relativo a las funciones electorales, al tratarse de una ley ordinaria y disponer que cuando se invoquen las causales 3 y 4 del artículo 275 de la misma ley, es requisito de previo para poder demandar la elección, el haber sido sometido el asunto a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente, antes de la declaratoria de la elección, por cualquier persona? (ii) ¿La carga de someter la situación que podría constituir un vicio de la elección al examen de la autoridad administrativa electoral competente, de manera previa a la presentación de la demanda, constituye un obstáculo inconstitucional al acceso a la justicia, en cuanto resulta ser de imposible cumplimiento?. Para responder a estos problemas jurídicos, la Corte analizó, por una parte, el contenido y la extensión de la reserva de ley estatutaria en lo relativo a la función electoral y, por otra parte, la constitucionalidad de las condiciones y cargas para el acceso a la justicia. La Sala plena concluyó que la norma acusada contenida en la Ley 1437 de 2011 reguló competencias en materia de escrutinios diferentes a las previstas en el Código Electoral y, por consiguiente, desconoce la reserva de ley estatutaria, por cuanto adiciona causales de reclamación susceptible de ser presentadas durante el escrutinio a cargo de las autoridades electorales. (...) Igualmente, precisó que, de acuerdo con la normatividad vigente, a parte de la inconstitucionalidad derivada del desconocimiento de la reserva de ley estatutaria, el funcionamiento de la reclamación previa como requisito para acceder a la justicia resulta inconstitucional.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por formulación de un cargo diferente

FUNCION ELECTORAL-Reserva de ley estatutaria

FUNCIONES ELECTORALES-Definición

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE FUNCION ELECTORAL-Alcance

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE FUNCION ELECTORAL-Jurisprudencia constitucional

LEY ESTATUTARIA-Contenido y alcance

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN FUNCIONES ELECTORALES-Alcance de la regulación

CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Requisito de procedibilidad de acción de nulidad electoral el haber sometido previamente el vicio ante autoridad electoral, constituye regulación indirecta de reclamaciones dentro del escrutinio

ACCESO A LA JUSTICIA-Condicioness y cargas/DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Margen de configuración legislativa/DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA-No solo implica que las condiciones y cargas sean previstas por el legislador, sino que éstas sean realizables y proporcionadas y que exista certeza respecto de la manera de cumplirlas/CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE DESARROLLO DE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD PREVISTO EN ARTICULO 237 DE LA CONSTITUCION POLITICA-Límites

El derecho fundamental de acceso a la justicia no sólo implica que las condiciones y cargas sean previstas por el legislador, sino que éstas sean realizables, razonables y proporcionadas y que exista certeza respecto de la manera de cumplirlas, de suerte que el no cumplimiento dependa exclusivamente de la voluntad consciente del justiciable, o de su falta de cuidado o diligencia, mas no de la ausencia de claridad o de la complejidad del sistema. Las cargas confusas o excesivamente difíciles para el acceso a la justicia, que impiden que incluso la persona medianamente diligente esté en capacidad de cumplirlas para poder acceder a la justicia, resultan a todas luces inconstitucionales. Esto quiere decir que (i) el legislador tiene competencia para desarrollar el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 237 de la Constitución Política. Sin embargo, su competencia se encuentra doblemente limitada: por una parte, (ii) la regulación concreta de dicho requisito de procedibilidad debe realizarse

mediante una ley estatutaria al regular una materia relativa la función electoral, por otra, (ii) la configuración normativa concreta de las condiciones para el cumplimiento de dicha carga procesal extrajudicial, debe ser objetiva y clara para los justiciables, de tal suerte que en su articulación con los procedimientos de votación, escrutinio y declaración de la elección, existan las oportunidades claramente establecidas para cumplir adecuadamente este requisito previo para demandar la nulidad de la correspondiente elección.

Expediente: D-11676

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.

Actor: Alfredo Beltrán Sierra

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., tres (03) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la prevista en el artículo 241.4 de la Constitución, una vez cumplidos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Mediante providencia del 7 de octubre de 2016, el Magistrado sustanciador dispuso: admitir la demanda contra la norma en mención, al constatar que, respecto de estos cargos, se reunían los requisitos exigidos por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991; correr traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que emitiera su concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; fijar en lista el proceso con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma y comunicar, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, la iniciación del mismo al Presidente de la República, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta, así como al Presidente del Congreso y

al Ministro de Justicia y del Derecho.

Se invitó a participar en el presente juicio al Ministerio del Interior, a la Defensoría del Pueblo, a la Policía Nacional, a la Alcaldía Mayor de Bogotá, a la Alcaldía de Medellín, a la Alcaldía de Barranquilla, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Jurisprudencia y a la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario, a la facultad de derecho de la Universidad de la Sabana, a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, a la facultad de derecho de la Universidad Libre, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas, a la Facultad de Derecho de la Universidad del Cauca, a la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte, a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la presente demanda.

#### A. NORMAS DEMANDADAS

El siguiente es el texto del numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con su publicación en el Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Se resaltan los apartes demandados:

LEY 1437 DE 2011

(enero 18)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

“ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

(...)

6. Cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este Código, es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente.”.

## B. LA DEMANDA

Solicita el actor que se declare la inconstitucionalidad del numeral 6º de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la materia objeto de regulación requiere de un desarrollo mediante ley estatutaria, como lo exige la Constitución Política en el art. 152 literal c), en cuanto su contenido se refiere a una típica función electoral. Por lo tanto, manifiesta el demandante que mientras la mencionada ley no se expida, no es posible al juez electoral exigir la satisfacción de tales requisitos de procedibilidad a cumplirse ante la autoridad administrativa encargada de realizar el procedimiento de escrutinio y declaración de las elecciones de carácter popular. En su concepto, es a la ley estatutaria a la que compete determinar cuáles son las irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio que pueden ser objeto de conocimiento de la autoridad administrativa electoral, para luego precisar las causales de nulidad electoral que han de requerir el cumplimiento de dicho requisito para poder acceder a la justicia administrativa. El demandante aclara, no obstante, que el objeto de la demanda no es cuestionar este requisito como tal, pues es un requerimiento de orden constitucional, que debe cumplirse, sino la determinación mediante una ley ordinaria de las hipótesis en las que el juez electoral lo debe exigir como un requisito para la admisión de la demanda de nulidad electoral.

Señala que esta Corte ha reiterado, entre otras, en las sentencias C-226 de 1994 y C-811 de 2011, que la función electoral, en especial su determinación, dada su importancia, requiere de la discusión y procedimiento agravado propio de leyes estatutarias para regular todos los aspectos que toquen con la democracia como lo son, el proceso de escrutinio y declaración de la elección en cabeza de los órganos administrativos electorales, específicamente el Consejo Nacional Electoral; organismo que actualmente cumple unas funciones, al igual que sus delegados, típicamente electorales, que en lo que interesa en la demanda, versan sobre su competencia para conocer de las reclamaciones que se presentan desde el momento del escrutinio hasta el momento de declarar la elección. En este sentido, manifiesta que las competencias del Consejo Nacional Electoral, en especial las relacionadas con la definición

de los escrutinios deben estar reguladas únicamente mediante una ley estatutaria, que actualmente es inexistente. Para el demandante, esta ley debería incluir todo lo relativo al desarrollo de votaciones, escrutinio y declaración de elección, así como el procedimiento a seguir para hacer reclamaciones en caso de hechos que puedan alterar la verdad electoral, que por su naturaleza de típica función electoral, requieren de una ley estatutaria.

Sostiene que resulta preocupante que el referente normativo que desarrolla el numeral 3º del art. 265 constitucional sea el Código Electoral, Decreto 2242 de 1986, norma preconstitucional que en su art. 192 regula la competencia de las autoridades electorales para conocer y decidir sobre las reclamaciones presentadas al momento del escrutinio. Este Decreto establece doce causales de reclamación, que son las únicas circunstancias que en la actualidad pueden dar origen a reclamaciones ante el órgano administrativo electoral, y consecuentemente, no podrá este órgano conocer de hechos diferentes a los enumerados en el Código Electoral, salvo que emplee la facultad de revisión, que tampoco ha sido objeto de regulación por parte del legislador estatutario. Resalta, además, que ese artículo no prevé hechos o circunstancias que en los términos de la norma acusada deben ser objeto del requisito de procedibilidad. Entonces, concluye el actor que actualmente, salvo las normas preconstitucionales, no existe una normativa que establezca cuáles son los hechos o causas que activan la competencia constitucional del órgano electoral para atender los litigios y controversias originadas con el proceso de escrutinios hasta la declaración de la elección. Por ende, la falta de regulación estatutaria en la materia impide que se pueda exigir, por parte del juez electoral, el requisito constitucional que introdujo el numeral 7º del artículo 237, del Acto Legislativo 01 de 2009, y a su juicio, este requisito de procedibilidad fue el que en principio pretendió regular el legislador ordinario en las normas acusadas en la demanda.

Explica el demandante que la primera de las normas a las que remite la norma controvertida (numeral 3º Art. 275 de la Ley 1437 de 2011) requiere, como se ha dicho, de una regulación previa por parte del legislador estatutario que determine y estipule en qué casos y cómo se puede reclamar ante la autoridad electoral en razón de la alteración de los documentos con el propósito de afectar los resultados electorales o cuando ellos pueden contener datos contrarios a la verdad.

La segunda de éstas (numeral 4º Art. 275 de la Ley 1437 de 2011), resulta a juicio del actor de imposible cumplimiento toda vez que en la práctica, no existe un momento previo que

permita a los interesados reclamar sobre el procedimiento empleado para la adjudicación de las respectivas curules, pues este es un acto concomitante con la declaración de elección, que una vez hecha conlleva a que el órgano electoral pierda competencia para pronunciarse sobre el mencionado acto. En el mismo orden de ideas, plantea que el cumplimiento del requisito de procedibilidad desconoce la competencia de los órganos electorales, quienes por disposición constitucional, va hasta la declaración de la respectiva elección, situación que se presenta inmediatamente después de emplear el sistema electoral respectivo, razón por la cual es al juez electoral y no al órgano administrativo electoral al que le corresponde conocer de esta circunstancia, sin tener que cumplir dicho requisito, dado que no hay un espacio para ello. En fin, para el actor interponer recursos ante dicho órgano, sin que ello sea posible, se erige en una barrera de acceso a la administración de justicia al negar toda posibilidad de acudir al juez electoral para que este conozca de las irregularidades. Así, insiste que la organización de esa etapa previa, que posibilite la reclamación, es una materia reservada a una ley estatutaria.

7. Finalmente, concluye la demanda que, a pesar de la inexistencia de ley estatutaria que regule este elemento de la función electoral, actualmente los jueces electorales han dejado de valorar un 98% de las acusaciones en estas causas, por la aplicación del requisito de procedibilidad, que a su juicio no puede ser exigido.

## C. INTERVENCIONES

### 1. De entidades públicas

#### a. Defensoría del Pueblo

La Defensora delegada para asuntos constitucionales<sup>1</sup>, solicita la inhibición de la Corte Constitucional en el presente caso.

Considera que la demanda no reúne los requisitos mínimos exigidos por esta Corte para realizar un juicio de fondo. En concreto, sostiene que la demanda carece de certeza, claridad y especificidad. Considera la interviniente que no existe claridad respecto de si existen causales diferentes de reclamación ante la autoridad electoral a las señaladas en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 o también deben considerarse las que incluyó el legislador en el artículo 175 del CPACA. Considera que la demanda carece de certeza ya que el requisito

de procedibilidad es una norma de carácter procesal que puede ser analizada sin necesidad de recurrir a las causales de reclamación, como indebidamente lo realiza el demandante. A su juicio, la falta de certeza se concreta en el hecho de acusar la norma relativa al requisito de procedibilidad, pero argumentar la inconstitucionalidad de las causales de reclamación administrativa. Para la Defensoría del Pueblo, el demandante cuestiona, en realidad, las causales de reclamación, mas no el hecho de que su ejercicio sea requisito para poder demandar. En este sentido, considera que la demanda no es clara al resultar sin coherencia argumentativa. La demanda carecería también de especificidad, al no haber concretado la argumentación respecto del numeral 6 del artículo 161 del CPACA, sino respecto de las causales de reclamación.

#### b. Consejo de Estado

El Presidente del Consejo de Estado y la Presidenta de la Sección 5 de la Sala de lo contencioso administrativo<sup>2</sup> intervinieron para coadyuvar la demanda de inexecuibilidad o, de manera subsidiaria, para solicitar una declaratoria de exequibilidad condicionada, bajo el entendido de que dicha disposición sólo puede ser aplicada de forma restrictiva.

Precisan que en el seno del Consejo de Estado ha existido una controversia entre dos posturas a este respecto: una que propugna por no exigir el cumplimiento de dicho requisito de procedibilidad y otra que aboga por una aplicación restringida del mismo. La primera postura es liderada por el consejero Alberto Yepes Barreiro quien considera que resulta inaplicable por no haber sido creado por una ley estatutaria y porque su regulación impide su aplicación. La tesis de la aplicación restringida fue mayoritaria en el Auto de la sección 5 del 27 de agosto de 2015, rad 63001-23-33-000-2015-00318-01, cuyos demandados fueron los concejales de Armenia.

La tesis de la inaplicabilidad explica que (i) su desarrollo es insuficiente y (ii) al restringir el acceso a la justicia y desarrollar la función electoral, el trámite de ley estatutaria es imperativo. Explican que el requisito de procedibilidad fue creado en abstracto por el artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2009, pero no desarrolló con la profundidad requerida para que pueda cumplir los fines para los cuales fue prevista. En particular, no se precisa quién debe cumplir este requisito, ante quién debe ejercerse, ni cuál es el trámite que debe surtir y el artículo 161 del CPACA, demandado, no desarrolla dichos elementos. Esto ha generado

confusión en la ciudadanía ya que la falta de regulación lo hace inoperante. Esto ha generado problemas para el juez al momento de determinar el cumplimiento de dicho requisito previo para demandar, ya que cada ciudadano lo cumple “a su manera” y una cantidad importante de demandas electorales han sido rechazadas, como da cuenta el Auto de ponente del 22 de septiembre de 2014, rad 11001-03-28-000-2014-00115-00, CP Alberto Yepes Barreiro, demandados Senadores de la República por la Circunscripción Especial Indígena para el período 2014-2018. En particular, en esa elección, más del 43% de los cargos formulados no fueron estudiados por no haber cumplido con el “agotamiento” de esta exigencia, lo que demuestra que la ciudadanía no sabe cómo “agotar” el requisito de procedibilidad. De esta manera, el “medio de control” de nulidad electoral no estaría cumpliendo su propósito como herramienta de defensa del orden jurídico.

En cuanto a la reserva de ley estatutaria, consideran que se explica por ser una limitante del acceso a la justicia, al tiempo que restringe el derecho a elegir y ser elegido y desarrolla temas esenciales de la función electoral. Explican que si bien otros requisitos como la conciliación o el agotamiento de la vía gubernativa no requieren de ley estatutaria, éste sí, al limitar a la vez el derecho a elegir y ser elegido y desarrollar una verdadera función electoral atribuida a las autoridades electorales.

No se trata, para los intervinientes, de un asunto meramente procesal, sino de la esencia de la función electoral al establecer las irregularidades que deben ser examinadas por el Consejo Nacional Electoral y otras instancias. Explica que dicho Consejo pretendió regular la competencia a través de la Resolución 754 de 2010 que estableció un protocolo de revisión de escrutinios, pero ésta resultó anulada por el Consejo de Estado mediante sentencia del 18 de octubre de 2012, justamente por desconocer la reserva de ley estatutaria.

De manera subsidiaria a la solicitud de inexecutable, la executable condicionada respondería a la segunda tesis existente en el Consejo de Estado, esto es, la que propugna por una aplicación restringida del numeral 6 del artículo 161 del CPACA. Esta tesis explica que el CPACA desarrolló el mandato del constituyente de establecer un requisito de procedibilidad en la materia y, además, esta norma desarrollaría la necesidad de racionalizar el acceso a la administración de justicia. Así, la norma constitucional sería suficiente al establecer los elementos esenciales del requisito cuestionado y no sería necesario que una ley estatutaria desarrollara dicho requisito. Explica que este requisito no puede ser

confundido con la vía gubernativa, ya que no se exige luego de la adopción del acto administrativo, sino de manera previa. Dicha reclamación sería un límite razonable al acceso a la administración de justicia y se situaría en el justo medio entre el trámite administrativo y el proceso judicial.

A continuación, los intervinientes realizan una descripción de las diferencias entre la nulidad simple y la nulidad electoral y resaltan las especificidades del proceso de nulidad electoral. En este sentido expresan que “Con el requisito de procedibilidad, la jurisdicción tiene la certeza de que la organización electoral ha tenido la oportunidad de verificar y sanear la irregularidad en el escrutinio o en la votación, permitiendo así una mayor exactitud en la definición de quienes regirán los destinos del país”. Al mismo tiempo este requisito permitiría a las autoridades electorales defender la juridicidad de la elección, al conocer directamente las razones de inconformidad de los ciudadanos. Se trata de un primer filtro que haría más eficiente el control judicial realizado con posterioridad. Explican que este requisito de procedibilidad es especial y único y debe respetar las reglas propias del contencioso electoral.

En síntesis, esta tesis sostiene que al ser un requisito establecido constitucionalmente, es de eficacia directa y no requiere desarrollo legal, pero el juez ha necesitado establecer unos parámetros para determinar que dicha carga para el acceso a la justicia se ha cumplido:

1. Debe haber prueba escrita donde conste haber realizado la reclamación
2. Sólo se aplica respecto de las causales objetivas de nulidad, como son las falsedades en los documentos electorales y, por lo tanto, no se aplica a las causales de reclamación de que se ocupa el Código Electoral que tienen régimen propio
3. Basta con haber sometido la reclamación a la autoridad, es decir, formular la petición
4. Sólo se predica de elecciones de votación popular; no se aplica para las elecciones dentro de las corporaciones electorales
5. En los escrutinios nacionales, la denuncia de los hechos ante el Consejo Nacional Electoral constituye una forma de cumplir este requisito.

### c. Consejo Nacional Electoral

El Asesor Jurídico y de Defensa Judicial del Consejo Nacional Electoral<sup>3</sup>, solicita que la norma demandada sea declarada constitucional. Fundamenta su solicitud en el hecho de que la norma tiene fundamento constitucional en el párrafo del artículo 237 de la Constitución, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2009. A juicio del interviniente, esta reforma significó una ampliación de las competencias de las comisiones escrutadoras las que se encontraban limitadas a las causales taxativas del Código Electoral, Decreto 2241 de 1986 y ahora resolverán reclamaciones relativas a las irregularidades en el proceso de votación o de escrutinio, hasta ese entonces de competencia exclusiva de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El requisito constitucional de reclamación previa busca proteger la legalidad de las elecciones, antes de la declaratoria de la elección, por lo que consulta el principio democrático al garantizar la legitimidad de los elegidos. El interviniente resalta el valor normativo directo de la Constitución Política, de acuerdo con la sentencia C-335 de 2008. Por esta vía sostiene que dicho requisito sería exigible incluso si no lo hubiera previsto el CPACA. Para sustentar esta posición, el interviniente cita ampliamente el Auto del 4 de diciembre de 2014 proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, rad 11001-03-28-00-2014-00048, reiterado en el Auto del 5 de mayo de 2016, rad 05001-23-33-000-2015-02594-01.

Explica que la norma cuestionada no desarrolla la función electoral entendida como aquella atribución asignada en democracia a los ciudadanos para que a través del voto manifieste sus preferencias electorales. En este sentido, se trata de una función ligada al derecho a elegir y ser elegido. Ahora bien, en el sentir del interviniente, la norma demandada se refiere a un momento posterior a la función electoral, referida a la función de los organismos electorales de contabilizar los resultados y resolver aspectos de hecho y de derecho relativos a los resultados que deben ser declarados. En este sentido, considera que la regulación de estos trámites no debe ser realizada mediante ley estatutaria. Sostiene que si la regulación de la acción de nulidad electoral no debe estar sometida a ley estatutaria, tampoco la reclamación administrativa, ya que se trata de formas de controlar y controvertir la regularidad de las elecciones.

Para el interviniente, la reforma del 2009 amplió el concepto de contencioso electoral al desarrollado ante las autoridades electorales. Así, constitucionalmente existiría un concepto amplio de contencioso electoral, no restringido al control jurisdiccional. Realizó un recuento de la evolución del contencioso electoral en Colombia empezando por un contencioso electoral político, a cargo del Congreso de la República, pasando por el Gran Consejo Electoral y finalmente, por su atribución en 1932 al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos para valorar los aspectos de derecho, mientras que el Gran Consejo Electoral mantenía funciones en lo relativo a los aspectos de hecho de las elecciones. Este sistema cambió en 1985 con la expedición del Código Electoral que atribuyó funciones al Consejo Nacional Electoral para resolver los aspectos de hecho y de derecho, situación que sólo varió con la reforma constitucional del 2009. A partir de entonces, al ejercer el mismo tipo de control que el Consejo de Estado, el CNE ejercería una función jurisdiccional desde el punto de vista material, lo que tendría fundamento en el sistema de funciones jurisdiccionales de la administración. Al tiempo, el interviniente considera que se trata de funciones “cuasijudiciales” a cargo de autoridades como el Consejo Nacional Electoral, que no requieren ser atribuidas mediante ley estatutaria.

#### d. Ministerio de Justicia

La Directora de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico<sup>4</sup> solicita que la Corte Constitucional se declare inhibida para proferir una sentencia de fondo. Sustenta su solicitud en el hecho de que la norma cuestionada reproduce la previsión constitucional del artículo 237-7. En este sentido, no sería posible considerar que dicha norma es inconstitucional. No obstante, considera que si no se profiere una sentencia inhibitoria, debe declararse la constitucionalidad de la norma controvertida. Considera que al reproducir la previsión constitucional, el legislador no sobrepasó los límites de su potestad de configuración normativa. Se trata, a su juicio, de un instrumento importante para la efectividad de la nulidad electoral y, por lo tanto, la materia no tiene reserva de ley estatutaria. Sustentó su afirmación en apartes de la sentencia C-145 de 1994 donde la Corte reconoció que es posible que ciertas materias electorales, de manera excepcional, puedan ser desarrolladas mediante leyes ordinarias.

#### 2. Intervenciones de universidades

#### a. Universidad del Rosario

Uno de los docentes de carrera de la Universidad<sup>5</sup> interviene para solicitar la prosperidad de la demanda formulada. Considera que la norma acusada regula de manera íntegra, estructural y completa el derecho fundamental al debido proceso en lo relativo al ejercicio de la acción de nulidad electoral, por lo que sostiene que de acuerdo con las sentencias C-646 de 2001 y C-678 de 2002 la norma cuestionada debió ser expedida bajo el trámite de una ley estatutaria al afectar el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso en lo relativo a la nulidad electoral.

Precisa que en lo relativo a las funciones electorales, la Corte Constitucional ha resaltado la presencia de una reserva forzada amplia de ley estatutaria, que comprende no sólo los elementos básicos de la función electoral, sino que impone dicha reserva para desarrollarlos con exhaustividad y sistematización, conforme con la sentencia C-226 de 1994. Por demás, también lo relativo a la participación ciudadana requiere el trámite de ley estatutaria, con fundamento en la sentencia C-580 de 2001.

A juicio del interviniente, la ley estatutaria se imponía ya que la norma cuestionada establece límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afectan el núcleo esencial de los derechos en cuestión y de la materia reservada: la función electoral. Robustece su argumentación mediante la referencia a la sentencia del Consejo de Estado del 18 de octubre de 2012, exp. Acumulado 11001-03-28/-000-2010-00014-00 en donde se lee que “es función exclusiva y excluyente del legislador estatutario regular y desarrollar la facultad de revisar los escrutinios y los documentos electorales a que se refiere el artículo 265, numeral 4 de la Constitución Política, en tanto se trata de una típica función electoral” (subrayas fuera del texto).

Por otra parte, sostiene que el cumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en los numerales 3 y 4 del artículo 275 del CPACA no siempre resulta técnicamente posible. Para explicar esto, el interviniente pone de presente cómo el Acto Legislativo 01 de 2009 atribuyó esta función al Consejo Nacional Electoral. Explica que para sortear los problemas derivados de la preclusión de las instancias en los procedimientos de escrutinios, el Consejo Nacional Electoral expidió, autorizado por el mismo Acto Legislativo, la Resolución 552 de 2010 que definió el alcance de su facultad de revisión. Esta resolución fue declarada ajustada al

ordenamiento, por la Sección 5 del Consejo de Estado, “en el entendido que el artículo 10º de la Resolución N° 0552 de 2010, expedida por el CNE, es ajustado a derecho con el condicionamiento que la revisión de escrutinios y documentos electorales a cargo del Consejo Nacional Electoral, tiene el alcance de poder operar, únicamente, cuando a ello le sea indispensable acudir de manera excepcional por parte de esta autoridad administrativa electoral, en virtud a que en el escenario de conocer directamente o vía recurso de apelación de una causal de reclamación, o, cuando se trate del sometimiento a examen de alguna irregularidad en la votación o en el escrutinio para efectos de poder cumplir con el requisito de procedibilidad de la acción judicial de nulidad electoral. Y únicamente procederá a terminarlos, siempre y cuando exista norma legal o reglamentaria que así lo autorice, o, cuando por motivos de orden público en la circunscripción territorial, de conformidad con los requisitos y el procedimiento expuesto en la parte motiva del presente fallo”6. Considera que en razón de este condicionamiento, la revisión del Consejo Nacional Electoral puede realizarse incluso si las instancias electorales ya están precluidas. Además, explica que en virtud del inciso 1 del artículo 2 de la Resolución 552 se autoriza, sin limitación alguna, para realizar recuento de votos y la destrucción aleatoria de votos cuando no concuerden con el número de votantes, lo que implica un nuevo conteo.

En lo que respecta a la primera causal relativa a las inconsistencias en el conteo y declaración de resultados, para mayor claridad, el interviniente describe el proceso electoral que varía de acuerdo con la elección de la que se trate, lo que implica mayores o menores revisiones y recuentos, incluso por parte del Consejo Nacional Electoral, para el caso de las elecciones nacionales y mecanismos de participación democrática del orden nacional. Explica que al introducir la revisión de escrutinios, a través no solo de la revisión de los actos administrativos (actas de escrutinio), como lo prevé el Código Electoral, sino también directamente del escrutinio de los jurados, mediante la apertura de las cajas cerradas, para realizar un recuento de tarjetas, los resultados pueden cambiar en cualquier momento, lo que implica que “el interesado en agotar el requisito de procedibilidad, no solamente no tendrá información oportuna de los cambios que están acaeciendo en alguna instancia, sino que solo durante las audiencias de escrutinio, será notificado en estrados y en una instancia a la que no puede tener apelación”. Esto quiere decir que, en la práctica, en razón de los distintos trámites y posibilidades de recuento, las partes no pueden hacer uso de la posibilidad de reclamar y cumplir el requisito de procedibilidad controvertido.

Respecto de la segunda causal referida por la norma cuestionada, es decir, la relativa a los errores en la aplicación del sistema de reparto electoral de curules o cargos a proveer, explica el interviniente que para establecer la cifra repartidora, mínima para acceder al reparto de curules, se hace necesaria la utilización de herramientas tecnológicas en razón de la complejidad del sistema. Esto quiere decir que “un candidato o una campaña en una audiencia de escrutinio no cuenta con la capacidad para realizar en la misma las operaciones que demanda el sistema” Por esta razón, el artículo 1 de la Resolución 552 de 2010 precisa que los resultados se anotarán únicamente en el software de la Registraduría y el defectuoso funcionamiento del mismo implica la suspensión del escrutinio. Además, el parágrafo del artículo 42 de la Ley 1437 de 2011 ordena que las comisiones escrutadoras entreguen copias de las actas parciales en cada jornada. Concluye el interviniente que los testigos electorales, en razón de la complejidad del sistema, no podrán detectar con facilidad un error en la aplicación de las fórmulas en la audiencia misma porque la información sólo se entrega al final de la jornada. Esta situación genera que, en la práctica, el derecho a reclamar no sea ejercible ya que la reclamación debe ser hecha durante la audiencia, so pena de que las actas queden en firme, consolidadas y las credenciales entregadas.

Precisa que el escrutinio es el procedimiento administrativo que termina con la expedición del Acta de escrutinio, acto administrativo demandable que realiza el cómputo de votos, aplica el sistema electoral y declara la elección. La situación descrita, a juicio del interviniente, contraría el derecho a un recurso judicial efectivo como lo exige el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### b. Universidad de Caldas

Luego del vencimiento del término para intervenir<sup>7</sup> fue recibido el concepto de la Universidad de Caldas.

#### c. Universidad Nacional

Luego del vencimiento del término para intervenir<sup>8</sup> fue recibido el concepto de la Universidad de Caldas.

### 3. Intervenciones ciudadanas y de partidos políticos

#### a. Polo democrático alternativo

El partido manifestó no tener interés en realizar pronunciamiento alguno en el caso bajo examen.

#### D. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuradora General de la Nación (e), mediante el concepto 006214, solicita que la norma sea declarada exequible ya que, a su juicio, la norma no regula la función electoral, sino una típica función judicial, al tratarse de un requisito de procedibilidad. Además, sostiene que respecto de las causales de nulidad electoral en lo relativo a la ausencia de ley estatutaria, la Corte debería inhibirse por carencia de certeza.

Refiere que la sentencia C-220 de 2015 abordó el mismo problema jurídico aquí planteado y aunque se trató de un fallo inhibitorio, las consideraciones expuestas resultan aquí relevantes.

Considera la vista fiscal que, a pesar de ser cierto, como lo afirma el demandante, que la reserva de ley estatutaria en materia de la función electoral también se refiere a la regulación de la expresión orgánica del principio democrático que se encuentran instituidos para dar eficacia al derecho al voto, esto no quiere decir que dicha reserva se extienda hacia otras funciones estatales, a pesar de estar relacionadas con el voto o la participación democrático, como en este caso, la función judicial. En su concepto, la norma no desarrolla la función electoral, sino prevé un requisito de procedibilidad de la reclamación jurisdiccional. Por estas razones, solicita la declaratoria de exequibilidad de la norma demandada y la inhibición “respecto a la ausencia de leyes estatutarias post-constitucionales que reglamenten las funciones electorales”.

#### II. CONSIDERACIONES

##### A. COMPETENCIA

1. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241.4 de la Constitución Política, este tribunal es competente para conocer de la presente demanda, por dirigirse contra preceptos contenidos

en la Ley 1437 de 2011. Es decir, se trata de una norma con rango y fuerza de ley, controlable, por lo tanto, por esta Corte.

1. La constitucionalidad del artículo demandado ya fue declarada por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-007 de 2017, en la que se resolvió el siguiente problema jurídico: “¿Los artículos 74 al 82 y 161, incisos 2 y 6 de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” que establecen los recursos en sede administrativa y los requisitos para demandar en sede judicial administrativa regulan de manera integral elementos estructurales del derecho de petición y por lo tanto están sujetos a la reserva de ley estatutaria?”. En dicha sentencia se declaró la exequibilidad de la norma que se encuentra aquí demandada, pero respecto del cargo relativo a la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales. Como ratio decidendi dicha sentencia consideró que “(...) las disposiciones objeto de análisis no corresponden a asuntos concernientes al núcleo esencial o los elementos estructurales del derecho fundamental de petición, ni pretenden ser una regulación integral, sistemática y completa en la materia. Así, la premisa de interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria compele a favor de la cláusula general de competencia atribuida al Congreso de la República mediante el artículo 150-2 de la Constitución. En esa medida, los artículos 74 al 82 y 161 inciso 2 y 6 de la Ley 1437 de 2011, adoptados mediante ley ordinaria serán declarados exequibles por el cargo analizado”. De lo expuesto se evidencia que la cosa juzgada predicable de la sentencia C-007 de 2017 es relativa, es decir, que se contrae a los cargos examinados. Por consiguiente, al tratarse ahora de cargos de inconstitucionalidad diferentes a los ya examinados por este tribunal, no existe cosa juzgada que inhiba la competencia de la Corte Constitucional para pronunciarse respecto del nuevo cargo.

## B. LA APTITUD DE LA DEMANDA

1. Dos de los intervinientes solicitan la inhibición de la Corte Constitucional, porque consideran que la demanda carece de algunos de los requisitos exigidos para que un cargo de inconstitucionalidad pueda ser juzgado de fondo por esta Corte. Por una parte, el concepto remitido por la Defensoría del Pueblo considera que la demanda controvierte las

causales de nulidad electoral a las que refiere el numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, es decir, los numerales 3 y 4 del artículo 275, mas no el hecho de que su ejercicio sea requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral. Por esta razón la interviniente sostiene que la demanda adolece de falta de especificidad porque afirma controvertir el numeral 6 del artículo 161 del CPACA, en cuanto los numerales 3 y 4 del artículo 275 del mismo Código son inconstitucionales. Esta solicitud de inhibición no es de recibo en cuanto parte de una indebida interpretación de la demanda: el demandante explica claramente que las causales de nulidad a las que la norma demandada remite no presentan ninguna objeción en cuanto a su constitucionalidad y, por esa razón, no son parte de su solicitud de inconstitucionalidad, pero lo que a su juicio desconoce tanto la reserva de ley estatutaria, como el derecho fundamental de acceso a la justicia, es el hecho de exigir que en esas hipótesis la reclamación administrativa previa sea un requisito de procedibilidad para poder demandar la nulidad de la elección. Por esta razón, a pesar de explicar el funcionamiento de la reclamación administrativa previa en las hipótesis de los numerales 3 y 4 del artículo 275, su objeto consiste en demostrar por qué imponer la carga de realizar la reclamación antes de demandar, resulta inconstitucional. Esto explica, a la vez, que no sea necesario integrar al presente juicio de constitucionalidad el artículo 275 de la Ley 1347 de 2011 ya que, a pesar de que la norma demandada recurra a la remisión, la norma a la que remite no es necesaria para darle sentido a la norma cuya constitucionalidad es cuestionada en cuanto la cuestión a examinar no se refiere a los eventos en los que es necesario reclamar previamente ante la autoridad electoral, sino su condición de requisito previo para demandar. No todas las normas a las que remite aquella que es objeto de demanda de inconstitucionalidad, o que son necesarias para interpretarla, constituyen con ella, automáticamente, una unidad normativa a efectos de control. Debe recordarse que la técnica de la integración de la unidad normativa, prevista en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991 es una facultad excepcional, en nombre de la regla de la justicia rogada que rige el control de constitucionalidad mediante acción ejercido por esta Corte, que sólo es procedente en algunos eventos, que no corresponden al presente en este juicio de constitucionalidad<sup>9</sup>.

1. Por otra parte, el Ministerio de Justicia considera que la demanda es inepta porque no es posible dudar de la constitucionalidad de una norma que únicamente reproduce el numeral 7 del artículo 237 de la Constitución. Esta conclusión resulta en cierta forma coincidente con la

presente en la sentencia C-220 de 2015 en cuya oportunidad esta Corte se inhibió de proferir una decisión de fondo respecto de la misma norma aquí demandada, también cuestionada por desconocimiento de la reserva de ley estatutaria y en cuya ocasión se consideró que: “la ciudadana Useche Aroca no justifica de manera suficiente por qué dentro de la regulación del procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, el Congreso no podía reproducir el citado requisito de procedibilidad, con dos precisiones que no lo modifican en su esencia, sino que tenía que hacerlo por medio de ley estatutaria” (negritas no originales). Ahora bien, la inhibición de la Corte de la que se apartó la ponente de la sentencia<sup>10</sup>, no cerró la discusión, sino consideró que, en esa ocasión, la argumentación era carente de especificidad y suficiencia<sup>11</sup>. La misma sentencia inhibitoria reconoce que la Ley 1437 no reproduce de manera idéntica el numeral 7 del artículo 237 de la Constitución Política y califica las diferencias que existen entre la norma constitucional y la de rango legal, como precisiones.

1. En efecto, el párrafo del numeral 7 del artículo 237 de la Constitución dispone que es función del Consejo de Estado: “Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley. Párrafo. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral” (negritas agregadas). Por su parte, la norma demandada dispone que “Cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este Código, es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente” (negritas agregadas). El simple cotejo normativo da cuenta de que la semejanza normativa no significa coincidencia, sino que la norma legal desarrolla la previsión constitucional, al agregarle elementos allí no previstos, es decir que la precisa y le da contenido. En este sentido sí resulta admisible, desde el punto de vista de la técnica del contencioso constitucional, examinar la constitucionalidad de la norma de rango legal bajo examen la que, además, ha sido objeto de excepciones de inconstitucionalidad por parte del Consejo de Estado, como se

verá más adelante.

### C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. El accionante cuestiona la constitucionalidad del numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 al considerar que, a pesar de que esta ley ordinaria desarrolla directamente una previsión constitucional que se encuentra en el numeral 7 del artículo 237 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2009, la misma resulta por sí sola inaplicable y, al tratarse de una norma relativa a la función electoral, su desarrollo estaría reservado a una ley estatutaria, de acuerdo con el literal c) del artículo 152 de la Constitución Política. Además, sostiene que las hipótesis en las que impone la carga de formular la reclamación previa ante la autoridad electoral son, en algunos casos, irrealizables y, por lo tanto, su exigencia como requisito de procedibilidad para demandar la nulidad electoral, se constituye en un obstáculo insalvable para el acceso a la justicia, conclusiones que comparte y desarrolla el concepto de la Universidad del Rosario. El Consejo Nacional Electoral sostiene que, a pesar de que la reserva de ley estatutaria en lo relativo a la función electoral es bastante amplia, no concierne todos los aspectos relativos a la misma y, en el caso bajo examen, la interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria impone concluir que la regulación controvertida podía ser realizada por una ley ordinaria. Por su parte, el Consejo de Estado pone de presente las dos posiciones jurisprudenciales que se han presentado en su jurisprudencia: una que considera que al tratarse de una función electoral, su regulación mediante una ley ordinaria resulta inconstitucional y otra que, a pesar de no considerarla per se inconstitucional, acude a una interpretación restrictiva para evitar que este requisito impida el acceso a la justicia. También explica que en vigencia de la Ley 1437 de 2011, un número importante de demandas de nulidad electoral han sido rechazadas por no cumplimiento de este requisito de procedibilidad, cuando no se ha acudido a la excepción de inconstitucionalidad.

1. En estos términos, le corresponde a la Corte Constitucional resolver los siguientes problemas jurídicos:

6.1 ¿El numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 desconoce la reserva de ley estatutaria prevista en el literal c) del artículo 152 de la Constitución Política, en lo relativo a las funciones electorales, al tratarse de una ley ordinaria y disponer que cuando se invoquen las causales 3 y 4 del artículo 275 de la misma ley, es requisito de previo para poder demandar la elección, el haber sido sometido el asunto a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente, antes de la declaratoria de la elección, por cualquier persona?

6.2 ¿La carga de someter la situación que podría constituir un vicio de la elección al examen de la autoridad administrativa electoral competente, de manera previa a la presentación de la demanda, constituye un obstáculo inconstitucional al acceso a la justicia, en cuanto resulta ser de imposible cumplimiento?

1. Para responder a estos problemas jurídicos, la Corte analizará, por una parte, el contenido y la extensión de la reserva de ley estatutaria en lo relativo a la función electoral (sección D) y, por otra parte, la constitucionalidad de las condiciones y cargas para el acceso a la justicia (sección E).

#### D. LA RESERVA DE LEY ESTATUTARIA EN MATERIA DE LA FUNCIÓN ELECTORAL

1. En nombre del principio democrático y para realizar distintas finalidades esenciales dentro de la ingeniería constitucional, la Constitución de 1991 reservó ciertas materias al desarrollo mediante leyes, e incluso algunas de ellas las excluyó de la posibilidad de delegación de funciones legislativas al Presidente de la República<sup>12</sup>. Determinó además que ciertas materias debían ser el objeto de leyes especiales, tales como las orgánicas (artículo 151 de la Constitución) y las estatutarias (artículo 152 de la Constitución).

1. Mediante leyes estatutarias, el Congreso de la República debe desarrollar ciertas materias que el constituyente de 1991<sup>13</sup>, como el de 2004<sup>14</sup> consideró como particularmente sensibles en el Estado Social y Democrático de Derecho, razón por la cual (i) agravó el procedimiento legislativo (dichas leyes deben ser aprobadas en una sola legislatura), (ii)

exigió mayoría absoluta de los miembros del Congreso para su adopción parlamentaria y (iii) previó un control de constitucionalidad automático, posterior a su adopción, pero previo a la sanción presidencial, por parte de la Corte Constitucional (artículo 153 de la Constitución).

1. Al tratarse de una reserva de ley especial, determinada por las materias objeto de la ley, la jurisprudencia de esta Corte ha caracterizado el vicio que consiste en regular dichas materias mediante leyes ordinarias, como un vicio de competencia<sup>15</sup>. Esto quiere decir que no se trata de uno de los vicios de forma, los que se someten a un término de caducidad<sup>16</sup> y, según las circunstancias, pueden ser subsanables.

1. En estos términos, resulta necesario determinar el contenido y la extensión de la reserva de ley estatutaria en lo relativo a las funciones electorales, con el fin de identificar si la norma bajo examen es de aquellas que por su contenido debe formar parte del ámbito de regulación de las mismas y, por lo tanto, debió haber sido tramitada como una ley estatutaria.

a) La definición de “funciones electorales” y la extensión de la reserva de ley estatutaria

1. La expresión “funciones electorales” es un concepto jurídico complejo. El primer dato que se encuentra de la función electoral es el artículo 179 de la Constitución Nacional de 1886 que disponía: “El sufragio se ejerce como función constitucional. El que sufraga o elige no impone obligaciones al candidato, ni confiere mandato al funcionario electo”. A pesar de que la Constitución Política de 1991 no reprodujo dicha norma y, en su lugar se refirió al derecho ciudadano a elegir y ser elegido (artículo 40 #1), al deber ciudadano de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país (artículo 95 #5); al sufragio como un derecho y un deber ciudadano (artículo 258) y como un mecanismo de participación ciudadana (artículo 103), el artículo 152 utilizó la expresión “funciones electorales” dentro de los asuntos sometidos a reserva de ley estatutaria. Esto indica que, para la Constitución Política de 1991, el concepto de funciones electorales es amplio y no se subsume únicamente en el voto

popular, sino que la reserva de ley estatutaria cubre también aspectos directamente relacionados con el ejercicio de la función electoral radicada en cabeza de los ciudadanos.

1. La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar el alcance de esta reserva de ley estatutaria. Así, en la sentencia C-145 de 1994 se declaró la inconstitucionalidad de varias normas incluidas en la Ley 84 de 1993 “por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral” por regular, mediante una ley ordinaria, aspectos permanentes y necesarios para el ejercicio adecuado de la función electoral. En dicha oportunidad se evidenció el vínculo entre la función electoral y otras materias de la reserva de ley estatutaria, tales como los mecanismos de participación democrática, el régimen de los partidos y movimientos políticos y el estatuto de la oposición, pero se resaltó que la función electoral es un concepto amplio, con identidad propia, que se refiere a la función mediante la cual las sociedades democráticas se autogobiernan, ya que mediante su ejercicio los ciudadanos conforman y controlan los órganos representativos, eligen a sus autoridades y toman de manera directa determinadas decisiones por medio de referendos, consultas y otros mecanismos de democracia participativa<sup>17</sup>, ejercicio que realizan como poder electoral constituido<sup>18</sup>. También esta sentencia diferenció la extensión de la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales porque ésta debe ser interpretada de manera restrictiva, teniendo en cuenta que muchas leyes ordinarias, como es el caso de algunos códigos, regulan necesariamente aspectos de los derechos fundamentales. No obstante, en lo que concierne a la reserva en lo relativo a las funciones electorales, la Corte ha distinguido y ha señalado que en materia de función electoral hay que ser más exhaustivos, en los siguientes términos:

“(...) la regulación de la ley estatutaria debe ser mucho más exhaustiva por las siguientes razones:

De un lado, porque es la propia Constitución la que ordena regular las funciones electorales mediante ley estatutaria y no solamente los aspectos esenciales de las mismas.

De otro lado, porque -como se ha señalado anteriormente en esta sentencia- una definición restrictiva de la noción de funciones electorales haría perder su especificidad normativa al mandato constitucional del artículo 152 literal c, ya que las funciones electorales se disolverían en los mecanismos y derechos de participación.

En tercer término, porque no se puede aducir que una reglamentación exhaustiva de las funciones electorales vacía al Legislador ordinario de su competencia -como sí sucede en el caso de los derechos fundamentales- puesto que las funciones electorales son un campo jurídico delimitado.

Finalmente, pero no por ello menos importante, porque esta concepción amplia de la reserva de ley estatutaria en materia de funciones electorales encuentra una sólida justificación democrática y constitucional cuando se analiza el sentido de las reglas electorales en el funcionamiento del principio democrático. Es sabido que la democracia, como procedimiento formal para la adopción de decisiones, se fundamenta en el predominio del principio de mayoría en el juego político. Esto significa que por regla general las decisiones colectivas son adoptadas por las mayorías. Sin embargo, lo cierto es que el funcionamiento adecuado del procedimiento democrático basado en la alternancia de mayorías, requiere el reconocimiento por los actores sociales y políticos de reglas básicas previas, encaminadas no sólo a garantizar la igualdad y universalidad del sufragio sino también a proteger los derechos de las minorías en la dinámica democrática” (negrillas no originales)<sup>19</sup>.

La sentencia explicó el fundamento de la reserva de ley estatutaria en cuanto a las funciones electorales, en razón de su vínculo con la convivencia pacífica:

“Estas reglas electorales son entonces los acuerdos esenciales que permiten que las sociedades resuelvan sus desacuerdos, con base en el juego del principio de mayoría y sin recurrir a la violencia. Cuando esas reglas electorales quedan ellas mismas sometidas al dominio de las mayorías, pueden convertirse en instrumento de poder de estas mayorías y

de exclusión de las minorías de la dinámica política. Por eso, como lo han mostrado múltiples analistas, los temas electorales, cuando no han sido el fruto de amplios acuerdos políticos sino instrumentos utilizados por ciertos sectores para excluir a sus oponentes, han generado recurrentes fenómenos de violencia no sólo en Colombia sino en numerosos países. Esto explica entonces que sea constitucionalmente legítimo someter la adopción, reforma o derogatoria de las reglas electorales, incluso en ciertos aspectos que pueden parecer puramente procedimentales, a requisitos de trámite más fuertes que los propios de las leyes ordinarias, puesto que de esa manera se evita que una determinada mayoría pueda alterar en beneficio propio las normas que regulan la función electoral para desconocer los derechos de las minorías y perpetuarse en el poder. Y no se puede aducir que ello podría conducir a una tiranía de las mayorías cualificadas y a una petrificación del ordenamiento legal o de la dinámica política -como sí sucedería si se diera una extensión indebida del campo estatutario en materia de derechos fundamentales-, puesto que las reglas electorales son precisamente la base del juego democrático mismo” (negritas no originales).

1. A partir de este razonamiento, la sentencia C-145 de 1994 concluyó el carácter amplio de la reserva de ley estatutaria:

“(…) concluye la Corte Constitucional que a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales, en el caso de las funciones electorales, la ley estatutaria debe regular no sólo los elementos esenciales de las mismas sino todos aquellos aspectos permanentes para el ejercicio adecuado de tales funciones por los ciudadanos, lo cual incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, como la fijación de las fechas de elecciones, el establecimiento de los términos de cierre de las inscripciones de candidatos o registro de votantes, la organización de las tarjetas electorales o de los sistemas de escrutinio, etc. Por su propia naturaleza, la ley estatutaria de funciones electorales es entonces de contenido detallado. Esto no impide que de manera excepcional ciertas materias electorales puedan ser reguladas mediante leyes ordinarias. Así, hay disposiciones que corresponden a aspectos puramente operativos para facilitar la realización de una elección concreta y guardan conexidad con el tema electoral sin ser en sí mismas funciones electorales, como la autorización de una apropiación presupuestal para financiar unas

elecciones determinadas. Tales materias pueden ser reguladas mediante leyes ordinarias y no requieren del trámite de una ley estatutaria”<sup>20</sup>.

1. No obstante, la misma sentencia reconoció la dificultad de la definición concreta de lo que corresponde o no al desarrollo legislativo de las funciones electorales, por lo que concluyó que en cada caso esta Corte deberá determinar si la materia bajo examen se encuentra sometida a la reserva de ley estatutaria de funciones electorales <sup>21</sup>.

1. Igualmente en la sentencia C-156 de 1996, este tribunal constitucional concluyó que la responsabilidad de garantizar el orden público durante las elecciones es una función de gobierno y difundir los mecanismos de participación democrática es una función propia del ejecutivo y, por lo tanto, su regulación no corresponde a aspectos relacionados con las funciones electorales, por lo que su regulación no requiere de una ley estatutaria ya que:

“(…) ni la función gubernamental que propende la garantía de la paz y el orden público durante los procesos electorales ni la que busca asegurar la efectiva participación ciudadana en los mismos desbordan el campo propio de la actividad que constitucionalmente corresponde al Ejecutivo, pues el ámbito de ellas no coincide con el específico de las autoridades electorales, cuya misión no es ni puede ser la de brindar a los ciudadanos garantía alguna en materia de orden público -pues ella es exclusiva del Gobierno- sino la de preparar, coordinar, ejecutar y verificar el trámite mismo de las elecciones, inspeccionar y vigilar la organización electoral, establecer y divulgar sus resultados y asignar las correspondientes credenciales, resolver sobre los recursos que se interpongan y velar por el cumplimiento de las normas vigentes, todo dentro de un concepto funcional que toca directamente con los procesos electorales en su condición de tales, según las reglas de la Constitución y la ley. (...) Obsérvese que las funciones previstas en los artículos acusados no son funciones electorales, pues si lo fueran su inconstitucionalidad provendría no solamente del choque material con las normas constitucionales que señalan la competencia de las correspondientes autoridades, sino de la violación del artículo 152, literal c), que exige para su señalamiento la expedición de una ley estatutaria” (subrayas agregadas; negrillas originales)<sup>22</sup>.

1. También, luego de afirmar que “todas las normas que se ocupen de la reglamentación de los órganos de administración electoral y de los procesos electorales mismos han de ser materia de leyes estatutarias. A este principio escaparían únicamente aquellos aspectos que fueran absolutamente accesorios e instrumentales”<sup>23</sup>, la sentencia C-484 de 1996 concluyó que la creación de una circunscripción especial para las comunidades negras del país, en cuanto elemento técnico del sistema electoral, se encuentra reservada a la regulación propia de la ley estatutaria en materia de funciones electorales ya que: “La creación de una circunscripción especial constituye un acto que afecta directamente los resultados de los procesos electorales, pues a través de ella se modifica – en mayor o menor medida – la forma en qué surge la representación política (...) el establecimiento de la circunscripción electoral nacional especial para las comunidades negras habría debido decidirse a través de una ley estatutaria. Las circunscripciones son parte integral de ese todo coherente que regula lo relacionado con las elecciones, pero además determinan fundamentalmente los resultados que arroja el sistema electoral”.

1. Mediante la sentencia C-337 de 1997 se declaró la constitucionalidad de otorgar estímulos o beneficios para que los particulares ejerzan la función electoral que les corresponde en desarrollo del principio democrático y la soberanía popular, al considerar que:

“Es claro que el Congreso de la República tiene competencia para regular las funciones electorales (C.P. art. 152 literal c) como ya lo ha hecho; y si bien tal competencia no le habilita para prohibir o sancionar la abstención, nada obsta desde el punto de vista constitucional, para que cree incentivos legales destinados a favorecer a aquellos que cumplan con el deber ciudadano de participar, a través del ejercicio del voto, en la vida política del país (C.P. art. 95), siempre y cuando todas las personas llamadas a sufragar permanezcan iguales ante la ley que cree los incentivos, sea que voten por uno u otro candidato, que voten en blanco y, aún, que no hubieran podido sufragar por fuerza mayor o caso fortuito” (negrillas no originales)<sup>24</sup>.

Esta jurisprudencia fue reiterada mediante la sentencia C-224 de 2004.

1. En la sentencia C-431 de 1997 se puso de relieve que no toda función atribuida al Consejo Nacional Electoral se refiere a la función electoral de los ciudadanos, la que debe ser regulada mediante una ley estatutaria y es entonces necesario realizar un examen de la relación estricta entre la función constitucional de este órgano como órgano rector de los procesos electorales y las funciones que le sean atribuidas por el legislador. Por consiguiente, consideró esta Corte que la función atribuida al CNE de actuar como junta directiva del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil no exigía el trámite de ley estatutaria, al no tratarse ésta de una función relativa a la función electoral:

“a juicio de la Corte, las normas referentes al Fondo Rotatorio de la Registraduría no tenían que incluirse necesariamente en una ley estatutaria, como lo dice el actor, ya que su ámbito de actividad -de carácter típicamente administrativo- no hace parte de las “funciones electorales” a las que se refiere el artículo 152 de la Constitución Política, aunque guarde relación con ellas” (negritas no originales)<sup>25</sup>.

1. La sentencia C-448 de 1997 declaró la inexequibilidad de apartes de la ley 136 de 1994, relativa a los municipios, por regular aspectos como la fecha de las elecciones de los alcaldes y la provisión del cargo en caso de faltas absolutas de los mismos, al tratarse de asuntos de carácter permanente necesarios para el ejercicio de la función electoral:

“(…) la Corte encuentra que la fecha de iniciación del período del alcalde electo y la unificación del momento de las elecciones del alcalde y los miembros de las corporaciones públicas territoriales no son temas únicamente operativos en la función electoral, puesto que la periodicidad y las exigencias cronológicas del proceso electoral son aspectos básicos que determinan el sistema político y el gobierno democrático. Se trata pues de materias que deben ser reguladas a través de ley estatutaria, por ser una reglamentación permanente de las funciones electorales” (negritas no originales)<sup>26</sup>.

1. Ahora bien, la sentencia C-055 de 1998 advierte cómo el adecuado ejercicio de la función

electoral requiere de instrumentos y de instituciones que lo hagan posible, razón por la que dicha función, como la organización electoral, deben ser consideradas expresión del principio democrático:

“(...) esta función electoral, que articula al pueblo -como fuente soberana de todo poder (CP art. 3º)- con las instituciones que de él emanan, requiere para su adecuado desarrollo de instrumentos materiales y de una serie de instituciones que se responsabilicen de que la voluntad popular se pueda manifestar en forma genuina y que sus decisiones sean respetadas (...) Esto explica entonces que las funciones electorales y la organización electoral deban ser consideradas como la expresión orgánica e institucional del principio democrático”<sup>27</sup>.

En realidad, líneas más abajo, la misma sentencia cita actas de la Asamblea Nacional Constituyente, donde se pone en evidencia que la organización electoral tiene bajo su responsabilidad directa el adecuado ejercicio de la función electoral:

“Es de la esencia de un Estado de Derecho como del sistema de gobierno que se adopte, que exista una función electoral, y que esa función tenga unos órganos encargados de regularla, hacerla cumplir y protegerla.

Ahora, tal y como está estructurada la organización de quienes tienen a su cargo el desarrollo de la función electoral, ésta no pertenece a ninguna de las tradicionales ramas del poder público; no encaja en ninguna de las tres o en todas, si las consideramos en conjunto; desde luego que en ellas se hace uso de esta función, pero de manera secundaria y ellos obedece al principio según el cual, el poder es uno solo, distribuido en ramas para que en ejercicio de las competencias a cada una de ellas asignadas lo ejerzan primordialmente en una de sus facetas, y sin perjuicio de que en forma secundaria realicen otra u otras.

Desde el punto de vista funcional, y contra el pensamiento de muchos respetables autores, la función electoral es distinta de las demás funciones del Estado, por su naturaleza, por sus

objetivos y por la forma como se ejecuta. El acto electoral no es la aplicación de la ley, ni su creación; es sí el acto por medio del cual se integran los órganos de decisión en la dirección del Estado; por eso es distinto, de naturaleza y fines diferentes.

Con el ejercicio de la función electoral, se confiere legitimidad en sus orígenes a los órganos del Estado y se da certeza y seguridad a las decisiones que estos adopten; casi que pudiéramos decir que quien la ejerce, desempeña la máxima autoridad del Estado; y su ejercicio es el cumplimiento de una atribución constitucional generadora de una situación de derecho, pues confieren nada menos que poder público. Por eso es una función pública. En ella se asienta la legitimidad del poder, la estabilidad de las autoridades y la convivencia pacífica en la sociedad”<sup>28</sup>.

1. En la sentencia C-401 de 2001, se precisó que la reserva de ley estatutaria en cuanto a las funciones electorales no cubría los aspectos logísticos o administrativos internos de las entidades de la organización electoral, tales como el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil y, por lo tanto, una reforma a la estructura administrativa de estas entidades, no está sometida a reserva de ley estatutaria y, por lo mismo, podría ser objeto de delegación legislativa al Presidente de la República<sup>29</sup>.

Una decisión equivalente se adoptó en la sentencia C-402 de 2001<sup>30</sup>.

1. La sentencia C-515 de 2004 consideró como parte de la reserva de ley estatutaria en materia de funciones electorales, la regulación de los trámites y condiciones para el reembolso de gastos de campaña:

“(…) el artículo 13 de la Ley 844 de 2003 tenía que ser expedido de acuerdo con los procedimientos establecidos para las leyes estatutarias (...) el contenido del artículo 13 no se refiere a aspectos absolutamente accesorios e instrumentales, sino que determina los requisitos para poder acceder a la reposición de gastos y establece quién asume la responsabilidad por los informes presentados sobre los ingresos y gastos de las

campañas”<sup>31</sup>.

En el mismo sentido, la sentencia C-523 de 2005 declaró inexecutable un decreto ley estatutario relativo a la financiación de campañas en el ámbito departamental y municipal, proferido en desarrollo de una atribución constitucional, por no haber sido enviado al control previo de constitucionalidad ante esta Corte<sup>32</sup>. También la sentencia C-443 de 2011 reiteró, de manera amplia, que “(...) Dentro de las funciones electorales, y en pos del objetivo que por medio de ellas se busca alcanzar, las campañas electorales juegan un papel fundamental en la implementación de la estructura orgánica que permitirá la conformación democrática de algunos órganos públicos (...) la interpretación sistemática de la Constitución ha servido para concluir que los temas comprendidos en las funciones electorales, dentro de los que se cuentan la financiación de las campañas electorales, caen dentro de la órbita competencial de la ley estatutaria” (negritas no originales)<sup>33</sup>.

1. Mediante la sentencia C-616 de 2008, la Corte Constitucional reiteró el alcance de la reserva de ley estatutaria. En esa ocasión, luego de confirmar el carácter amplio de la reserva de ley estatutaria en esta materia, en el entendido de que “todas las disposiciones que se ocupen de la reglamentación de los órganos de administración electoral y de los procesos electorales han de ser promulgadas mediante este tipo legislativo, regla de la cual sólo estarían exceptuados los aspectos que fueran absolutamente accesorios e instrumentales”<sup>34</sup>, concluyó que la regulación de la elección de los consejos de juventud debía tramitarse como ley estatutaria al tratarse de un mecanismo de participación democrática<sup>35</sup>, pero no por referirse o desarrollar la función electoral, ya que no se trataba de la conformación de un órgano del poder público:

“(...) la reserva de ley estatutaria reforzada en materia de la regulación de las funciones electorales ha sido aplicada respecto de disposiciones relacionadas con la elección de los miembros de las corporaciones públicas de carácter representativo o mandatarios locales o nacionales pertenecientes a la rama legislativa o ejecutiva del poder público, o para la elección de los representantes del Estado Colombiano en instituciones que hacen parte del Sistema Andino de Integración.

En esa medida la reserva de ley estatutaria reforzada en materia de la regulación de funciones electorales no puede ser extendida a las normas que regulen cualquier proceso electoral, pues esta interpretación restringiría en exceso la potestad de configuración del Legislador, además que desconocería la finalidad perseguida por el literal c del artículo 152 constitucional, cual es establecer un procedimiento legislativo agravado para la expedición de las disposiciones que establecen las reglas para la conformación del poder político” (negritas no originales)<sup>36</sup>.

De acuerdo con esta sentencia, en materia de conformación del poder público, sólo se encuentra sometida a reserva de ley estatutaria la regulación de la elección de autoridades y corporaciones de elección popular señaladas en la Constitución y no la de cualquiera otra elección. Cabría precisar, igualmente, que de conformidad con los artículos 3 y 40 de la Constitución, el ejercicio y el control del poder político mediante la participación directa de los ciudadanos constituye ejercicio de función electoral y, por lo mismo, su regulación se encuentra sujeta a reserva de ley estatutaria, como ocurre con el componente electoral de los mecanismo de participación directa cuya decisión se adopta en las urnas, y la revocatoria del mandato de los elegidos, entre otros mecanismos y procedimientos de participación ciudadana en el ejercicio y control del poder político.

1. La sentencia C-1017 de 2012 se refirió a la función electoral atribuida por la Constitución a órganos o autoridades públicas, en este caso al Congreso de la República, oportunidad en la cual indicó que por las especificidades propias de dicha función, se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Congreso de la República: “En varios preceptos constitucionales se otorgan al Congreso o a sus cámaras, facultades expresas para intervenir en la designación de autoridades de otros órganos del Estado y, del mismo modo, la ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso y de cada una de sus cámaras, se refiere a la función electoral y a su desarrollo acorde con un procedimiento especial (Ley 5ª de 1992, arts. 6.5, 20, 21, 22, 136, 306, 314, 316, 317, 318 y 319)” (negritas no originales)<sup>37</sup>.

1. También en la sentencia C-256 de 2014 se concluyó que la elección de representantes colombianos al Parlamento Andino, materializa el ejercicio de la función electoral:

“El proyecto que se analiza regula la forma de designación de los representantes

colombianos al Parlamento Andino. En vista de ello, el proyecto debía cumplir con los trámites propios de las leyes estatutarias, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del art. 152 de la Carta, que dispone que las funciones electorales se regularán mediante leyes estatutarias” ya que “a través de la normatividad estudiada, se consagran las reglas electorales encaminadas a la designación de un cuerpo colegiado supranacional y, por tanto, teniendo en consideración la reserva reforzada en materia de funciones electorales, ello debía ser tramitado con las mayorías y procedimientos establecidos para las leyes estatutarias”<sup>38</sup>.

1. También el Consejo de Estado ha precisado que “La función electoral, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta, en otras palabras, su propósito es concretar la democracia participativa y el diseño institucional, entre otros”<sup>39</sup>.

1. Esto quiere decir que la reserva de ley estatutaria en materia de la función electoral concierne en esencia a la actividad de particulares en su calidad de tales (ciudadanos en su calidad de electores, al ejercer la función electoral, y partidos o movimientos políticos en la postulación de candidatos y la realización de campañas en la contienda electoral).

1. La amplitud de las actividades directamente relacionadas con la función electoral explica que la jurisprudencia de esta Corte haya concluido que la reserva de ley estatutaria en la materia, prevista en el literal c del artículo 152 de la Constitución Política, no pueda ser objeto de la interpretación restrictiva que rige en cuanto a la reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales y, por el contrario, deba ser entendida de manera suficientemente amplia para que se cumplan los objetivos queridos por el Constituyente: lo que ocurre en materia de derechos y deberes fundamentales, la amplitud de la reserva de ley estatutaria no vacía la competencia del legislador ordinario, teniendo en cuenta el carácter delimitado de las actividades y órganos que se involucran en las funciones electorales, es decir, que no se corre el riesgo de limitar excesivamente las competencias del

Congreso de la República en las que la ley ordinaria es la regla general.

b) El requisito de procedibilidad desarrollado en el artículo 161, numeral 6, de la Ley 1437 de 2011, constituye regulación indirecta de reclamaciones dentro del escrutinio.

1. A primera vista podría sostenerse que al prever como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral el haber sometido previamente el vicio ante la autoridad electoral, la norma bajo examen no tiene por objeto la regulación de una materia relacionada con las funciones electorales. Por una parte, el objeto de la norma, incluida en la segunda parte de la Ley 1437 de 2011, que tiene por objeto la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es la previsión de un aspecto del régimen procesal del acceso al contencioso electoral judicial. Es decir que la norma no pretende atribuir funciones a autoridades administrativas, sino determinar los requisitos previos para demandar. Por otra parte, la función de las autoridades electorales de examinar las objeciones o reclamaciones relativas a las irregularidades en la votación o en el escrutinio fue atribuida directamente por el párrafo del numeral 7º del artículo 237 de la Constitución Política<sup>40</sup>, según el cual “Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral”. Además, es también la Constitución la que atribuye al Consejo Nacional Electoral la función de efectuar el escrutinio de toda votación nacional, conocer y decidir los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados durante los escrutinios que les corresponda y, además, de oficio o a solicitud de parte, revisar escrutinios y documentos electorales correspondientes a cualquier etapa del proceso electoral con el objeto de garantizar la verdad de los resultados<sup>41</sup>.

1. Ahora bien, analizando en profundidad la cuestión bajo examen es posible constatar que la norma bajo examen sí reguló funciones de las autoridades electorales, en materia de escrutinios, por las siguientes razones:

1. La norma que regula en la actualidad las funciones de las entidades públicas de la organización electoral en materia de escrutinio es el Código Electoral<sup>42</sup>, Decreto Ley 2241 de 1986, norma preconstitucional que, por lo tanto, no le resulta exigible, a posteriori, el haber sido tramitada como ley estatutaria<sup>43</sup>. En efecto, este Código regula lo relativo a las funciones administrativas que consisten en resolver reclamaciones que se pueden formular en la etapa del escrutinio, las que deben ser resueltas antes de la terminación del mismo. Esta función atribuida a las autoridades electorales constituye regla permanente indispensable para el ejercicio de la función electoral. Por una parte, se prevé la posibilidad de que los testigos electorales formulen reclamaciones ante los jurados de votación, por cuatro causales (artículo 122); reclamaciones de las que se dejará constancia en los documentos electorales, para ser resueltas por las comisiones escrutadoras distritales o municipales, mediante una decisión apelable (artículo 166). Por otra parte, existe la posibilidad de formular reclamaciones directamente ante las comisiones escrutadoras (artículo 167) o directamente ante el Consejo Nacional Electoral, cuando sea éste el órgano escrutador en las elecciones nacionales. En esta segunda hipótesis, los legitimados para formular las reclamaciones por alguna de las doce causales de reclamación (artículo 192), son los candidatos inscritos en la respectiva elección, sus apoderados o los testigos electorales. Este Código preconstitucional no dispone en norma alguna que la formulación de dichas reclamaciones constituya una carga cuyo cumplimiento sea necesario para poder demandar judicialmente la nulidad electoral, ni permite su presentación por ciudadanos distintos a los que ella habilita para tal fin.

1. Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2009 modificó la Constitución Política e incluyó un párrafo al artículo 237 de la Constitución Política para disponer que cuando las causales de nulidad electoral se refieran a irregularidades durante la votación o en el escrutinio, es requisito de procedibilidad haberlas sometido previamente a la autoridad electoral correspondiente. También modificó el numeral 4 del artículo 265 de la Constitución para prever que será función del Consejo Nacional Electoral revisar, de oficio o por solicitud, los escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los

resultados.

1. La norma ahora demandada, numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, desarrolló la previsión constitucional mencionada al disponer que la reclamación previa deberá realizarse cuando la causal de nulidad alegada sea la prevista en los numerales 2 y 3 del artículo 275 de la misma ley.

1. Esta descripción normativa presenta entonces el siguiente panorama: (i) la función de resolver las reclamaciones formuladas se encuentra prevista en el Código Electoral, que es una norma preconstitucional, razón por la cual no le sería predicable el vicio del desconocimiento de la reserva de ley estatutaria. (ii) La reforma constitucional realizada en 2009 confirió un sustento constitucional expreso a esta función y dispuso, además, que la presentación de la reclamación constituía un requisito de procedibilidad de las acciones de nulidad electoral cuando las causales se refirieran a irregularidades acaecidas durante la elección o el escrutinio. (iii) El CPACA enlistó las causales de nulidad electoral y dispuso cuáles de dichos vicios debían ser puestos previamente a consideración de la autoridad electoral, en desarrollo del mandato constitucional del artículo 237. Esto quiere decir que si existiera coincidencia entre los vicios que la Ley 1437 de 2011, ley ordinaria, dispuso que debían ser sometidos previamente ante la autoridad electoral y las causales de reclamación que ya preveía el Código Electoral, se concluirá que en realidad la norma demandada no atribuyó funciones distintas a las ya asignadas a las autoridades electorales. Por el contrario, si tal coincidencia no existe, será lógico concluir que la Ley 1437 de 2011 reguló competencias en materia de escrutinios diferentes a las previstas en el Código Electoral y, por consiguiente, desconoce la reserva de ley estatutaria, por cuanto adiciona causales de reclamación susceptibles de ser presentadas durante el escrutinio a cargo de las autoridades electorales. El siguiente cuadro permitirá establecer la comparación en cuestión:

#### CAUSALES DE RECLAMACIÓN PREVISTAS EN EL CÓDIGO ELECTORAL -

Decreto Ley 2241 de 1986

## CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

### CAUSALES DE NULIDAD QUE DEBEN SER SOMETIDAS PREVIAMENTE ANTE LA AUTORIDAD ELECTORAL – Ley 1437 de 2011

ARTÍCULO 122. “Los testigos electorales supervigilarán las elecciones y podrán formular reclamaciones escritas cuando el número de sufragantes de una mesa exceda el número de ciudadanos que podrán votar en ella; cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinios se incurrió en error aritmético al computar los votos; cuando, con base en las papeletas de votación y en las diligencias de inscripción, aparezca de manera clara e inequívoca que en el acta de escrutinio se incurrió en error al anotar el nombre o apellidos de uno o más candidatos; y cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos (...)” (negritas agregadas).

ARTÍCULO 192. El Consejo Nacional Electoral o sus Delegados tienen plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos y apreciando como pruebas para resolver únicamente los documentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones que se les formulen con base en las siguientes causales:

1ª. Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados conforme a la ley.

2ª. Cuando la elección se verifique en días distintos de los señalados por la ley, o de los señalados por la autoridad con facultad legal para este fin.

3ª. Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos.

4ª. Cuando se hayan destruido o perdido los votos emitidos en las urnas y no existiere acta de escrutinio en la que conste el resultado de las votaciones.

6ª. Cuando el número de votantes en una cabecera municipal, un corregimiento, una inspección de policía o un sector rural exceda al total de cédulas aptas para votar en dicha cabecera, corregimiento, inspección de policía o sector rural, según los respectivos censos electorales.

7ª. Modificado por el art. 15, Ley 62 de 1988. Cuando los pliegos se hayan introducido al arca triclave extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violencia, fuerza mayor o caso fortuito, certificados por funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos.

8ª. Cuando el acta se extienda y firme en sitio distinto del lugar o local en donde deba funcionar la respectiva corporación escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente.

9ª. Cuando las listas de candidatos no se hayan inscrito o modificado en la oportunidad legal o cuando los candidatos no hubieren expresado su aceptación y prestado el juramento correspondiente dentro de los términos señalados por la ley para la inscripción o para la

modificación, según el caso.

10. Cuando en un jurado de votación se computen votos a favor de los candidatos a que se refiere el artículo 151 de este Código.

11. Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinios se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella.

12. Cuando con base en las papeletas de votación y en las diligencias de inscripción aparezca de manera clara e inequívoca que en las actas de escrutinios se incurrió en error al anotar los nombres o apellidos de uno o más candidatos.

Acto Legislativo 01 de 2009, artículo 8°. Artículo corregido por el artículo 1° del Decreto 3259 de 2009. El nuevo texto es el siguiente: Artículo 8°. El artículo 237 de la Constitución Política tendrá un nuevo numeral, así: “Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley. Parágrafo. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral” (negrillas agregadas).

ART 265 Acto Legislativo 01 de 2009, artículo 12. El artículo 265 de la Constitución Política quedará así: El Consejo Nacional Electoral “3. Conocer y decidir definitivamente los recursos que se interpongan contra las decisiones de sus delegados sobre escrutinios generales y en

tales casos hacer la declaratoria de elección y expedir las credenciales correspondientes”.

(...)

6. Cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este Código, es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente.”.

Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.

4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.

1. Esta comparación normativa permite sostener que (i) la mayoría de las causales de reclamación del Código Electoral consisten en “irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio”, en los términos del artículo 237 de la Constitución Política; mientras que (ii) las irregularidades que según el CPACA deben ser puestas previamente en conocimiento de la

autoridad electoral, no corresponden a las causales de reclamación del Código Electoral, lo que significa que la Ley 1437 adicionó nuevas causales de reclamación susceptibles de ser presentadas a las autoridades de la organización electoral. En efecto, si bien podría pensarse que existe coincidencia parcial entre la causal 3 de nulidad, que consiste en que los documentos contengan datos contrarios a la verdad y las causales de reclamación 11 y 12, relativas al error aritmético y al error en los nombres, en realidad la causal de nulidad no se refiere a los simples errores que podrían ser vicios insustanciales, sino falsedades o alteraciones de los documentos electorales, lo que no se encuentra actualmente previsto como causal de reclamación electoral. Por su parte, la causal de nulidad prevista en el numeral 4, que consiste en un indebido cómputo o distribución de curules o cargos a proveer, de acuerdo con el sistema constitucional o legalmente previsto para ello, no coincide con ninguna de las causales de reclamación, teniendo en cuenta que lo que prevé actualmente el Código Electoral, son irregularidades previas a las operaciones complejas de aplicación de la fórmula de distribución y asignación de cargos o curules.

1. Esto no quiere decir que las causales de nulidad electoral previstas en el artículo 275 del CPACA debían ser tramitadas necesariamente como ley estatutaria, pero deben corresponder a requisitos y condiciones previstas en el ordenamiento jurídico para la validez de las elecciones. Así, al prever que algunas de esas causales debían ser conocidas previamente por la autoridad electoral, mediante una ley ordinaria, el legislador desconoció la reserva de ley estatutaria en materia de funciones electorales, prevista en el literal c del artículo 152 de la Constitución Política. Por consiguiente, la norma que indirectamente atribuye estas funciones a las autoridades electorales, (numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011), deberá ser declarada inexecutable. Resulta necesario advertir que si la Corte Constitucional aceptara el argumento según el cual la norma no tiene relación con las funciones electorales, ya que su objeto es regular un aspecto del acceso a la justicia en materia electoral, se estaría permitiendo que la amplia reserva de ley estatutaria que existe en la materia, pudiera ser burlada o desconocida por normas que en apariencia tienen un objeto diferente, pero cuyo efecto real y práctico es atribuir funciones a las autoridades electorales que por su naturaleza se encuentran sometidas a dicha reserva de ley estatutaria. Tampoco resulta admisible el argumento según el cual la norma bajo examen no puede ser declarada inexecutable al tener un claro y expreso fundamento constitucional. A pesar del indiscutible efecto normativo

directo de la Constitución Política, la previsión del párrafo del artículo 237 de la Constitución Política requiere ser desarrollada o precisada por otras normas para ser operativa y la concretización de dicho mandato que efectuó la norma aquí cuestionada, debía ser tramitada como una ley estatutaria.

1. Ahora bien, a pesar de que la norma bajo examen será declarada inexecutable por el vicio material de desconocimiento de la reserva de ley estatutaria, aún resulta necesario resolver el segundo cargo formulado por el actor, que conduce a preguntarse si, incluso si se tratara de una ley estatutaria ¿Ésta sería constitucional a la luz del derecho fundamental de acceso a la justicia?

#### E. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CONDICIONES Y CARGAS PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

1. El acceso a la justicia es un derecho fundamental previsto en el artículo 229 de la Constitución Política y que se fundamenta en la cláusula de Estado Social de Derecho, en el que la resolución de los litigios y controversias que surgen de la vida en sociedad debe encontrar vías institucionalizadas que contribuyan a realizar el sometimiento de las actuaciones públicas y privadas al ordenamiento jurídico, el valor de la justicia material, la efectividad de los derechos constitucionales, así como los valores y fines constitucionales de paz y convivencia pacífica. A pesar de que el recurso a medios alternativos de resolución de contenciosos tenga también un fundamento constitucional, es responsabilidad del Estado garantizar, en todo caso, la posibilidad de acceder a los mecanismos estatales de resolución de situaciones contenciosas en condiciones de igualdad para todas las personas, de eficacia y eficiencia. Por esta razón, el derecho de acceso a la justicia también es conocido como el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>44</sup>. La efectividad del derecho de acceso a la justicia implica, a la vez, tanto una regulación jurídica adecuada de las condiciones para la formulación de pretensiones al sistema y para el desarrollo procesal del contencioso, con las garantías propias del debido proceso, regulación que debe ser de rango legal<sup>45</sup>, como una importante actividad prestacional para la oferta adecuada del engranaje institucional encargado de decidir las pretensiones, bajo condiciones adecuadas de cobertura territorial y

suficiente, para que las decisiones se adopten en un plazo razonable y sean ejecutables<sup>46</sup>. Estos elementos son los que ponen de relieve el carácter de servicio público esencial reconocido a la justicia.

1. Ahora bien, el derecho fundamental de acceso a la justicia no implica que el establecimiento de condiciones, cargas y requisitos para la presentación de las demandas sea en sí mismo limitaciones reprochables desde el punto de vista constitucional, al no tratarse de un derecho absoluto. El legislador cuenta con un amplio margen de configuración procesal<sup>47</sup> para racionalizar el acceso a la justicia, en la búsqueda de materializar diferentes valores constitucionales, tales como la seguridad jurídica, el adecuado funcionamiento de la administración de justicia<sup>48</sup>, la autonomía competencial de las autoridades públicas o para garantizar el debido proceso. Todas estas condiciones, al constituir límites al acceso a la justicia, deben ser razonables y proporcionadas y, en todo caso, a pesar de que pueden significar limitaciones, éstas no pueden ser absolutas, de tal suerte que tengan por efecto negar o excluir cualquier posibilidad de acceder al sistema, que no pueda ser superada con una mediana diligencia<sup>49</sup>. De esta manera, el legislador tiene competencia para fijar, por ejemplo, términos de caducidad, requisitos de la demanda, así como condiciones previas, que se convierten en requisitos de procedibilidad, tales como la formulación de reclamaciones o solicitudes, la realización de pagos o el ejercicio de recursos administrativos. La constitucionalidad de dichas condiciones se determina no sólo a través de las finalidades que persigue, sino del efecto que provoca respecto del acceso a la justicia, ya que la limitación no puede ser desproporcionada, ni menos aún, constituirse en un obstáculo insuperable que desconozca este derecho fundamental.

1. En el caso bajo examen, el establecimiento mismo de la reclamación previa ante la autoridad electoral no es objeto de discusión constitucional, ya que se trata de un requisito de procedibilidad establecido por el parágrafo del artículo 237 de la Constitución Política. Sin embargo, como quedó explicado anteriormente, el numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, norma bajo control de constitucionalidad, desarrolló la previsión constitucional para

hacerla operativa y, de esta manera, concretizó las dos hipótesis en las que la reclamación previa ante la autoridad electoral constituían un requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral: cuando se alegue que (i) “Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales” o se considere que (ii) “Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer”.

1. La reclamación previa ante las autoridades electorales es un instrumento que consulta el adecuado funcionamiento del sistema electoral ya que, por una parte permite que dichas circunstancias puedan ser corregidas o saneadas directamente por las autoridades electorales, antes de declarar la elección correspondiente y, en esta medida se trata de instrumentos para que la voluntad popular sea declarada fielmente y los resultados sean legítimos y respetados. En esta medida, dicho requisito se fundamenta directamente en el principio democrático y en la cláusula de Estado Social de Derecho. Por otra parte, la reclamación previa ante la autoridad electoral busca racionalizar el debate en sede judicial, ya que permite que el objeto del litigio esté previamente determinado por la reclamación administrativa formulada y por la decisión administrativa respecto de la misma. Contrario a lo sostenido por el Consejo Nacional Electoral, la realización de dichas actividades de control administrativo no constituyen funciones jurisdiccionales de la administración, previstas en el artículo 116 de la Constitución, las que son excepcionales y requieren atribución formal y expresa, ni funciones “cuasi judiciales”, sino una importante función administrativa atribuida constitucionalmente a las autoridades electorales, necesaria para el adecuado ejercicio de la función electoral.

1. Ahora bien, de acuerdo con la normatividad vigente, a parte de la inconstitucionalidad derivada del desconocimiento de la reserva de ley estatutaria, el funcionamiento de la reclamación previa como requisito para acceder a la justicia resulta inconstitucional:

1. En primer lugar, a pesar de que la norma demandada dispone que el requisito de procedibilidad puede ser cumplido mediante la reclamación propuesta por “cualquier persona”, de acuerdo con el Código Electoral los únicos legitimados para formular las correspondientes reclamaciones son los testigos electorales debidamente autorizados, los candidatos o sus representantes (artículos 122 y 192 del Código Electoral). Esto significa que un tercero, por ejemplo, un ciudadano que ha participado o no en la correspondiente votación, no podría cumplir el correspondiente requisito de procedibilidad y su acceso a la justicia dependerá de que alguno de los legitimados lo haya cumplido, teniendo en cuenta que la norma bajo examen dispone que “es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente” (negritas no originales). Esta limitación contraría el carácter público de la acción de nulidad electoral, el que se fundamenta en el derecho político a interponer acciones en defensa de la Constitución y de la ley (numeral 6 del artículo 40 de la Constitución<sup>53</sup>) y, por consiguiente, se constituye en este caso en una limitación inconstitucional del derecho fundamental de acceso a la justicia, ya que podría interpretarse, de acuerdo con el Código Electoral, que el legitimado para demandar, no podrá cumplir directamente el requisito de procedibilidad que se le impone.

1. En segundo lugar, en lo que respecta a la carga de reclamar previamente por falsedad o alteración de los documentos electorales, debe tenerse en cuenta que existe la posibilidad de revisar los documentos electorales y de proceder a recuentos, tanto directamente por parte de los jurados de votación y las comisiones escrutadoras<sup>54</sup>, como de oficio o a petición de parte por parte del Consejo Nacional Electoral<sup>55</sup>, lo que significa que los mismos pueden ser objeto de cambios durante todo el procedimiento. Esto implica que es perfectamente posible que la reclamación contra un documento electoral por alteración o falsedad, haya sido corregida en algunas de dichas revisiones, o que el vicio ocurrió en una de las posteriores revisiones y modificaciones, por lo que el acceso a la justicia implicaría la puesta en conocimiento de los diferentes documentos electorales para poder ser efectivamente objeto de reclamación.

1. En tercer lugar, en lo que concierne a la segunda causal de reclamación que constituye carga para el acceso a la justicia, varios de los intervinientes explican cómo, en razón de las complejidades del sistema de conteo de votos, todas las operaciones electorales, sin excepción, son registradas en el programa informático correspondiente<sup>56</sup>, y sólo al final de la jornada, son publicados los correspondientes documentos electorales. Por demás, la complejidad de los sistemas de asignación de curules, tales como el de la cifra repartidora, exige el recurso a soportes informáticos lo que impide, de facto, que la reclamación que constituye requisito de procedibilidad pueda ser realizada oportunamente, en la audiencia en la que se conocen dichos documentos (actas) al ser notificados por estrados, ya que debe formularse antes de la declaratoria de la elección, la que ocurre luego de la publicación de los documentos. En este sentido, teniendo en cuenta que la reclamación debe ser formulada inmediatamente en la audiencia misma en la que se notifican por estrado los resultados, so pena de adquirir firmeza, a pesar de la complejidad del examen de la pertinencia y adecuación de los mismos, constituye una barrera de facto de acceso a la justicia, ya que impide formular una adecuada reclamación en tiempo, la que constituye requisito previo para demandar la nulidad.

1. Esto quiere decir que las dificultades operativas para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad, en razón de su configuración procesal práctica, se erigen en un obstáculo inconstitucional para el acceso a la justicia. Prueba de esto es que el Consejo de Estado en su intervención en el presente juicio de constitucionalidad pone de presente cómo un número importante de demandadas electorales han debido ser rechazadas por no cumplimiento de este requisito de procedibilidad<sup>57</sup>, salvo en los casos en los que ese tribunal ha recurrido a inaplicar la norma aquí demandada, en nombre de la excepción de inconstitucionalidad<sup>58</sup> o en los que según las circunstancias, el demandante logró cumplir con esta carga<sup>59</sup>. Varios conceptos emitidos por el mismo Consejo Nacional Electoral, ponen de presente la imposibilidad de que el mismo ejerza la facultad constitucional de revisar, de oficio o a petición de parte, los escrutinios y los documentos electorales<sup>60</sup>.

1. Es cierto que partiendo de las dificultades encontradas para el cumplimiento de este

requisito de procedibilidad, algunas sentencias proferidas por la sección quinta del Consejo de Estado, han intentado suplir los vacíos de la regulación y, por lo tanto han determinado las condiciones en las que, a su juicio, debe entenderse cumplida esta carga procesal previa<sup>61</sup>. Sin embargo, debe recordarse que el establecimiento de las condiciones para el acceso a la justicia es una materia que goza de reserva de ley, razón por la cual no es posible establecer dichos elementos por vía jurisprudencial, tal como ocurría con la teoría jurisprudencial de los móviles y las finalidades y que condujo a su declaratoria de inconstitucionalidad<sup>62</sup>, antes de su legislación en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, declarado en esto exequible mediante la sentencia C-259 de 2015 al considerar que “es claro que el Legislador tenía la potestad libre de determinar los alcances del artículo 137 del CPACA y de considerar pertinente la positivización de la teoría de los móviles y las finalidades consolidada por el Consejo de Estado, junto con las recomendaciones propuestas por la Corte Constitucional en relación con el acceso a la justicia”. Esto quiere decir que independientemente de la razonabilidad de las condiciones establecidas jurisprudencialmente para el cumplimiento del requisito de procedibilidad para el acceso a la justicia, que se encuentra ahora bajo control de constitucionalidad, éstas deben ser establecidas de manera clara y objetiva por el legislador y no le compete al juez, suplir las falencias del mismo mediante condiciones no establecidas por la ley.

1. El derecho fundamental de acceso a la justicia no sólo implica que las condiciones y cargas sean previstas por el legislador, sino que éstas sean realizables, razonables y proporcionadas y que exista certeza respecto de la manera de cumplirlas, de suerte que el no cumplimiento dependa exclusivamente de la voluntad consciente del justiciable, o de su falta de cuidado o diligencia, mas no de la ausencia de claridad o de la complejidad del sistema. Las cargas confusas o excesivamente difíciles para el acceso a la justicia, que impiden que incluso la persona medianamente diligente esté en capacidad de cumplirlas para poder acceder a la justicia, resultan a todas luces inconstitucionales.

1. Esto quiere decir que (i) el legislador tiene competencia para desarrollar el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 237 de la Constitución Política. Sin embargo, su

competencia se encuentra doblemente limitada: por una parte, (ii) la regulación concreta de dicho requisito de procedibilidad debe realizarse mediante una ley estatutaria al regular una materia relativa la función electoral, por otra, (ii) la configuración normativa concreta de las condiciones para el cumplimiento de dicha carga procesal extrajudicial, debe ser objetiva y clara para los justiciables, de tal suerte que en su articulación con los procedimientos de votación, escrutinio y declaración de la elección, existan las oportunidades claramente establecidas para cumplir adecuadamente este requisito previo para demandar la nulidad de la correspondiente elección.

1. En estos términos, el numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 será declarado inexecutable por desconocer la reserva de ley estatutaria prevista en el literal c del artículo 152 de la Constitución Política, relativa a las funciones electorales y porque su configuración actual desconoce el derecho político a ejercer acciones en defensa de la Constitución o la ley, previsto en el numeral 6 del artículo 40 de la Constitución, así como el derecho fundamental de acceso a la justicia, previsto en el artículo 229 de la Constitución.

En mérito a las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Único.- Declarar INEQUIBLE el numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Vicepresidente

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (E)

HERNÁN CORREA CARDOZO

Magistrado (E)

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (E)

Con salvamento de voto

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (E)

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIAN

Secretaria General (E)

1 Andrea Liliana Romero López.

2 Danilo Rojas Betancourth y Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

3 Sandra Marcela Parada Aceros.

4 Diana Alexandra Remolina Botía.

5 Carlos Ariel Sánchez.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5, Fallo del diecinueve (19) de septiembre de dos mil once (2011). Expediente Número: 11001-03-28-000-2010-00041-00.

8 El término venció el 2 de noviembre de 2016 y la intervención fue recibida el 9 de noviembre de 2016. Folios 88 y 89 del expediente. Consideran que no existe vulneración a la reserva de ley estatutaria, ya que la función electoral se refiere a las funciones contenidas en el título IX de la Constitución. A su juicio, no toda materia que se relacione con los asuntos

de reserva de ley estatutaria, debe surtir dicho trámite, lo que desconocería la regla general del trámite mediante leyes ordinarias. Los intervinientes explican que en materia de la función electoral, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la presencia de una reserva reforzada de ley estatutaria que, aunque amplia, se limita a las elecciones de gobernantes, de acuerdo con la sentencia C-616/08. Por consiguiente, sostienen que este requisito de procedibilidad no debió dársele el trámite de una ley estatutaria porque no se refiere a los asuntos previstos entre los artículos 258 a 266 de la Constitución y no regula lo relativo a la elección de los gobernantes nacionales y territoriales o de los miembros de las corporaciones públicas.

9 Entre otras decisiones, a este respecto pueden consultarse las sentencias C-349/04, C-538/05, C-539/99, C-595/10, C-881/14, C-286/14, C-041/15, C-410/15, C-619/15.

10 “A mi juicio, en el evento de que la Corte hubiera dado aplicación al principio pro actione, habría encontrado que la demanda instaurada contra el numeral 6 del artículo 161 del CPACA contenía los elementos mínimos para abordar y proferir una sentencia de fondo. Resulta muy diciente que en el curso del proceso, salvo la Contraloría General, ninguno de los intervinientes ni el Procurador General de la Nación en su concepto, hicieron observación alguna respecto de la aptitud de la demanda que, en mi concepto, suscitaba una duda razonable sobre la constitucionalidad de la disposición acusada y aportaba argumentos para hacer la confrontación de la norma legal acusada con la normatividad superior”: Aclaración de voto de la Magistrada (e) Martha Victoria Sáchica Méndez a la sentencia C-220/95.

11 “No obstante, la ciudadana no avanza más allá de esta exposición general, y no explica de manera concreta y específica, el porqué, el establecimiento de un requisito de procedibilidad como el que se prevé en el numeral 6 del artículo 161 del CPACA para instaurar la acción de nulidad del acto de elección por voto popular, encaja en una de las ocho reglas jurisprudenciales que enuncia en la demanda y por tanto entra dentro del ámbito de las funciones electorales que requiere para su regulación de ley estatutaria y no simplemente del procedimiento administrativo previo a acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, materias propias del legislador ordinario”.

12 “Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar

impuestos”: inciso 3 del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución”: parte final del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución.

13 “Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) Administración de justicia; c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) Estados de excepción”.

14 “f) Acto Legislativo 02 de 2004, artículo 4°. Adiciónanse al artículo 152 de la Constitución un literal f) y un párrafo transitorio, así: La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.

15 Corte Constitucional, sentencia C-448/97. “Se está, entonces, en presencia de un vicio de competencia derivado de las materias mismas para las cuales el constituyente consagró un tipo especial de ley, cuyo trámite legislativo puede ser impecable, pero que al regularse por ley ordinaria cuestiones reservadas al legislador estatutario, deviene en inconstitucional, por violación de esta reserva”: Corte Constitucional, sentencia C-220/15.

16 “3. Las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto”: numeral 3 del artículo 242 de la Constitución.

17 “(...) al ejercer esos derechos, los ciudadanos desarrollan la función electoral por medio de la cual las sociedades democráticas se autoorganizan y se autogobiernan, ya que mediante los procedimientos electorales los ciudadanos conforman y controlan los órganos representativos así como toman de manera directa determinadas decisiones por medio de referendums, consultas y otros mecanismos de democracia participativa. Las funciones electorales son entonces la expresión orgánica del principio democrático”: Corte Constitucional, sentencia C-145/94.

18 En el plebiscito, “(...) el pueblo se pronuncia como electorado, en los términos y las condiciones y con los efectos que la Constitución y la ley han previsto, y, por consiguiente, como poder constituido, subordinado a tales términos y condiciones, sin que para fijar el alcance de su pronunciamiento, quepa acudir a los calificativos aludidos, en la medida en que

no se está ante una decisión soberana, ni siquiera constituyente, como sería el caso, este último, si el pueblo fuese convocado a un referendo reformativo de la Constitución”: salvamento parcial de voto y aclaración de voto del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez a la sentencia C-379/16.

19 Corte Constitucional, sentencia C-145/94.

20 Corte Constitucional, sentencia C-145/94. Esta posición jurisprudencial fue confirmada mediante la sentencia C-226 de 1994 en la que se sostuvo que “la regulación por medio de leyes estatutarias es de contenido detallado y exhaustivo”.

21 “Es obvio que este criterio general según el cual toda regulación permanente de las funciones electorales es de reserva de ley estatutaria no siempre es de fácil aplicación. Por eso corresponde al juez constitucional desentrañar y precisar en aquellos casos difíciles los elementos conceptuales que sirvan para resolver los problemas de constitucionalidad sometidos a su decisión”.

22 Corte Constitucional, sentencia C-156/96, relativa a la Ley 199 de 1995.

23 Corte Constitucional, sentencia C-484/96.

24 Corte Constitucional, sentencia C-337/97, desarrollada por la sentencia C-041/04.

25 Corte Constitucional, sentencia C-431/97.

26 Corte Constitucional, sentencia C-448/97.

27 Corte Constitucional, sentencia C-055/98.

28 Informe Ponencia sobre la Estructura del Estado. Gaceta Constitucional Nº 59 del 25 de abril de 1991, páginas 12 y 13.

29 “Frente a las anteriores precisiones y definiciones jurisprudenciales cabe considerar si las materias a que se refiere el numeral acusado del Artículo 1º de la Ley 573 de 2000 pueden catalogarse como “funciones electorales”, para los efectos del Artículo 152 de la Constitución, literal c) y por tanto de acuerdo con el Artículo 150-10 no podrían ser objeto de facultades extraordinarias. Sobre el particular la Corte considera que lo relativo a la

estructura del Consejo Nacional Electoral y de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la determinación de la planta de personal y a la creación, fusión y supresión de cargos si bien son materia propias de la ley, como ya se estableció, pueden ser regladas por ley ordinaria pues mediante ella no se incide de manera directa en el ejercicio de las funciones electorales. Tampoco se reglamenta propiamente el funcionamiento de los órganos electorales ni los procesos electorales sino que se provee al soporte administrativo necesario pero “instrumental” de los mismos, aspecto este que de acuerdo con la sentencia que viene de transcribirse no pertenece al contenido de la ley estatutaria pues no dice relación con el ejercicio mismo de la función electoral; su regulación, en fin no afecta, por principio, el necesario equilibrio de mayorías y minorías”: Corte Constitucional, sentencia C-401/01.

30 “(...) aun cuando la jurisprudencia le otorga a leyes estatutarias sobre funciones electorales un alto grado de exhaustividad, lo cierto es que éste atributo no puede interpretarse con tal rigor que lleve a concluir que inclusive lo relacionado con aspectos administrativos internos de los organismos que integran la organización electoral, que por su naturaleza son por completo ajenos a la función electoral propiamente dicha también deben ser objeto de regulación por medio de una ley estatutaria”: Corte Constitucional, sentencia C-402/01.

31 Corte Constitucional, sentencia C-515/04.

32 Corte Constitucional, sentencia C-523/05.

33 Corte Constitucional, sentencia C-443/11.

34 Corte Constitucional, sentencia C-616/08.

35 “(...) los Consejos de la juventud son una instancia de participación, concertación, vigilancia y control de la gestión pública, a los que hace referencia el inciso final del artículo 103 de la Constitución política”: Corte Constitucional, sentencia C-616/08.

36 Corte Constitucional, sentencia C-616/08.

38 Corte Constitucional, sentencia C-256/14.

39 Consejo de Estado, Sección 5, sentencia del 4 de febrero de 2016, rad.

11001-03-28-000-2014-00110-00, actor:

Carlos Nery López Carbone. Demandados: Representantes a la Cámara por el Departamento del Magdalena. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección 5, sentencia del 3 de junio de 2016, rad. 13001-23-33-000-2016-00070-01, actor: Pedro Gómez Meza. Demandados: concejales del Municipio de Cartagena.

40 Que resulta del artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2009, corregido por el artículo 1° del Decreto 3259 de 2009. En la sentencia C-599/10, esta Corte se inhibió de proferir un fallo respecto de este artículo del Acto Legislativo 01 de 2009, en razón de la ineptitud sustancial de la demanda.

41 Artículo 265 de la Constitución, que resulta del artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009.

42 La sentencia C-155/05 consideró que el reglamento del Consejo Nacional Electoral modificó el Código Electoral y, por lo tanto, se trataba de una norma “materialmente estatutaria”.

43 Las normas preconstitucionales son objeto de confrontación con la Constitución actual en cuanto a los vicios materiales, más no en cuanto a los aspectos de procedimiento, los que deben respetar la norma constitucional que en su momento se encontraba en vigor. Así, por ejemplo, esta Corte ha considerado respecto de la regulación preconstitucional del derecho fundamental de petición que:

“el anterior Código Contencioso Administrativo, a pesar de contener una regulación sobre el ejercicio del derecho de petición, no fue tramitado por una ley estatutaria. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que: (i) esta regulación se trataba de una norma preconstitucional- Decreto Ley 1 de 1984, proferida en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 11 de la Ley 58 de 1982-, y por tanto, dentro del ordenamiento constitucional colombiano no existía la figura de las leyes estatutarias. En consecuencia, la norma fue expedida de conformidad con el procedimiento establecido para el momento de su expedición”: Corte Constitucional, sentencia C-818/11.

44 “El derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal

de recursos y procedimientos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos y eficaces”: Corte Constitucional, sentencia C-1195/01.

45 “El acceso a la administración de justicia es un derecho de configuración legal, sometido a las consideraciones del legislador en torno a su regulación y ejecución material”: Corte Constitucional, sentencia C-279/13.

46 El derecho de acceso a la justicia implica “al menos tres obligaciones, a saber: (i) la obligación de no hacer del Estado (deber de respeto del derecho), en el sentido de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización y de evitar tomar medidas discriminatorias respecto de este acceso; (ii) la obligación de hacer del Estado (deber de protección del derecho), en el sentido de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho; y (iii) la obligación de hacer del Estado (deber de realización del derecho), en el sentido de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo su goce”.

47 “Ciertamente, en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 2° del artículo 150 Superior, la regulación de los procedimientos judiciales, su acceso, etapas, características, formas, plazos y términos es atribución exclusiva del legislador, el cual, atendiendo a las circunstancias socio-políticas del país y a los requerimientos de justicia, goza para tales efectos de un amplio margen de configuración”: Corte Constitucional, sentencia C-426/02.

48 Concebir que el derecho de acceso a la administración de justicia implica que no es posible establecer limitaciones o reglas para su funcionamiento “(...) evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia”: Corte Constitucional, sentencia C-652/97.

49 “Siendo el acceso a la administración de justicia también un derecho de configuración legal, los cauces que fije el legislador en torno a la regulación y ejecución material del mismo, que incluyen la posibilidad de establecer limitaciones y condicionamientos para el uso adecuado del servicio, deben respetar siempre su núcleo esencial y ajustarse a las reglas que sobre el tema ha definido la Constitución, sin que resulten admisibles aquellas medidas

excesivas que no encuentren una justificación razonable y que, por el contrario, tiendan a obstaculizar la efectividad y operancia del derecho fundamental en cuestión y la prevalencia de los demás derechos fundamentales”(negritas no originales): Corte Constitucional, sentencia C-426/02.

50 Justamente esta Corte declaró la constitucionalidad del término de caducidad de la acción de nulidad electoral que los demandantes consideraban como excesivamente corto, al considerar que el legislador no había tomado una decisión irrazonable o desproporcionada, en el ejercicio de su amplio margen de configuración normativa en materia procesal: Corte Constitucional, sentencia C-781/99. También se declaró la exequibilidad del término para corregir la demanda en dicho proceso porque “Aunque esta Sala encuentra que la referencia al término de caducidad para reformar la demanda, cuando se trate de adicionar nuevos cargos, es constitucional, considera necesario enfatizar que, en razón de que se trata de un término reducido, el juez administrativo debe hacer uso de sus facultades oficiosas para desplegar una actividad probatoria calificada dentro del trámite del proceso electoral”: Corte Constitucional, sentencia C-437/13. El legislador cuenta con una competencia amplia para “(i) fijar nuevos procedimientos judiciales; (ii) determinar la naturaleza de dichos procedimientos; (iii) eliminar etapas procesales; (iv) requerir la intervención estatal o particular en el curso de las actuaciones judiciales; (v) imponer cargas procesales a las partes; o (vi) establecer los términos y plazos para el acceso a la administración de justicia”: Corte Constitucional, sentencia C-159/15.

51 Corte Constitucional, sentencia C-599/92.

52 Artículo 161 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011.

53 “Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”.

54 Artículos 122, 163, 164 y 182 del Código Electoral.

55 “En desarrollo de la facultad prevista en el numeral 4 del artículo 265 de la Constitución, el Consejo Nacional Electoral podrá, de oficio o a petición de parte interesada, asumir el conocimiento directo de cualquier escrutinio zonal, municipal, distrital o departamental en el

estado en que se encuentre, revisar las actuaciones realizadas y corregir los errores hallados. Finalizada la revisión el CNE podrá remitirlo nuevamente a los escrutadores iniciales o terminar directamente el respectivo escrutinio”: artículo 10 de la Resolución 552 de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

56 “Los resultados de los escrutinios se anotarán única y exclusivamente en el software suministrado por la Registraduría Nacional del Estado Civil. En caso de que por cualquier motivo este software no funcione, se suspenderá el escrutinio hasta que los responsables de soporte técnico lo habiliten. Solamente con autorización expresa del Consejo Nacional Electoral podrán efectuarse tales operaciones en un medio distinto al del software suministrado”: artículo 1 de la Resolución 552 de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

57 Por ejemplo: Consejo de Estado, auto del 4 de diciembre 2014, rad. 11001-03-28-000-2014-00048-00(S), actor: Blanca Oliva Casas. Demandado: Representantes a la Cámara por el Distrito Capital De Bogotá donde se confirmó el rechazo de la demanda por no cumplimiento de este requisito. También: Consejo de Estado, auto del 28 de enero de 2016, rad. 63001-23-33-000-2015-00318-01, actor: Érica Fernanda Falla García. Demandado: Concejo del Municipio de Armenia – Quindío, con salvamento de voto del magistrado Alberto Yepes Barreiro, donde explica por qué no es jurídicamente válido exigir el cumplimiento de dicho requisito de procedibilidad y la decisión que considera adecuada, debió recurrir a la excepción de inconstitucionalidad para permitir la admisión de la demanda.

58 Por ejemplo: Consejo de Estado, Sección 5, auto del 29 de septiembre de 2014, rad. 11001-03-28-000-2014-00115-00, actor: Juvenal Arrieta González. Demandado: Senadores de la Republica por la Circunscripción Nacional Especial Por Comunidades Indígenas.

59 Por ejemplo, se verificó el cumplimiento de este requisito en: Consejo de Estado, Sección 5, sentencia del 4 de febrero de 2016, rad. 11001-03-28-000-2014-00110-00, actor: Carlos Nery López Carbono. Demandados: Representantes a la Cámara por el Departamento del Magdalena.

60 “(...) es del caso resaltar que debido a la falta de regulación y desarrollo por medio de Ley Estatutaria, en la actualidad no es posible ejercer la atribución especial conferida en el numeral 4 del artículo 265 de la Constitución”: Conceptos emitidos como respuesta a

peticiones, emitidos por el CNE en las siguientes fechas: 29 de febrero de 2016 en respuesta a Kenneth Torres Mora; 2 de marzo y 23 de diciembre de 2016 a Rosalba Jiménez Amaya y 18 de abril de 2016, a Ángel Antonio Tapia Ariza .

61 La parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado que considera que dicho requisito de procedibilidad es exigible determina que :

“1.- Su acreditación dentro del proceso de nulidad electoral necesariamente está sujeta a la prueba documental, y para ello debe acompañarse copia de la respectiva petición con constancia de haberse radicado ante la autoridad electoral;

2.- A través del requisito de procedibilidad solamente se pueden denunciar irregularidades en la votación y los escrutinios, esto es, aquellas anomalías que constituyan causales objetivas de nulidad, como podrían ser las falsedades en los documentos electorales. Por lo mismo, no aplica frente a las causales de reclamación de que se ocupa el Código Electoral, cuyo régimen legal propio se conserva incólume;

4.- El requisito en cuestión tan solo debe agotarse en las elecciones por votación popular, esto es, en los certámenes electorales que se llevan a cabo para escoger la fórmula presidencial, senadores de la República, representantes a la cámara, diputados, concejales, ediles y jueces de paz. A contrario sensu, no aplica para aquellas elecciones que se cumplen al interior de corporaciones electorales como el consejo superior de las universidades estatales o las Altas Cortes y

5.- En los escrutinios nacionales que están a cargo del Consejo Nacional Electoral el requisito de procedibilidad bien puede agotarse ante esa entidad mediante la denuncia de las irregularidades en la votación y los escrutinios”:

Consejo de Estado, auto del 19 de marzo de 2015, rad. 2014-0110-00, actor: Carlos Nery López Carbono. Demandados: Representantes a la Cámara Departamento del Magdalena. Esta decisión es confirmado por el auto de la misma sección del 28 de enero de 2016, rad. 6300123330002015-00318-01, actor: Érica Fernanda Falla García. Demandado: Orley Ortigón Gallego – Concejal de Armenia (Quindío), SV Alberto Yepes Barreiro. También: auto

de la sección 5 del 5 de mayo de 2016, rad. 05001-23-33-000-2015-02594-01, actor: Oscar Andrés Pérez Muñoz y otros. Demandado: Junta Administradora Local De Bello.

62 “(...) independientemente de las tesis que hayan sido expuestas en el seno del máximo órgano de la jurisdicción administrativa para delimitar la procedencia de la acción de nulidad contra actos de contenido particular, la formulación y exigencia de requisitos adicionales no contenidos en el texto de la norma acusada ni derivados de su verdadero espíritu y alcance, representan, sin lugar a dudas, una carga ilegítima para los administrados que afecta y restringe de manera grave el ejercicio de sus derechos fundamentales de acceso a la justicia y al debido proceso”: Corte Constitucional, sentencia C-426/02.

{p}