



# DA. DEMOCRACIA ACTUAL

Una publicación especializada  
de la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia.



**REGISTRADURÍA  
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**

Bogotá, Colombia

**Num. 1** Diciembre 2016

## DEMOCRACIA ACTUAL

Publicación Especializada  
de la Registraduría Nacional del Estado Civil

### DIRECTOR

Juan Carlos Galindo Vácha

### SUBDIRECTORA

Aura Ximena Osorio Torres

### COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Juan Carlos Galindo Vácha (Registraduría Nacional del Estado Civil)  
Jesús Caldera Infante (Abogado constitucionalista)  
Nicolás Farfán Namén (Registraduría Nacional del Estado Civil)  
María Lourdes González Chávez (Universidad Autónoma de México)  
Víctor Alejandro Wong Meraz (Universidad Autónoma de México)  
Juan Pablo Vidal Kling (Registraduría Nacional del Estado Civil)  
Beldys A. Hernández Albarracín (Colombia Diversa)  
Mávil Nicolás Giraldo Chica (Colombia Diversa)  
Felipe Quiñones Paredes (Registraduría Nacional del Estado Civil)  
Carlos Alberto Leyva Namen (Registraduría Nacional del Estado Civil)  
Francisco José Cháux Donado (Pontificia Universidad Javeriana)  
María Victoria Tafur Garzón (Registraduría Nacional del Estado Civil)  
Clemencia Castellanos Cuesto (Registraduría Nacional del Estado Civil)  
Carol Villamil Ardila (Partido Mira)

### SECCIONES

#### Registraduría en cifras

Silvia María Hoyos Vélez

#### Reseñas

Aura Ximena Osorio Torres  
Gerardo Andrés Sanabria Muñoz  
Erika Patricia Sarquis Matta

#### Historia – Recordando la RNEC

María Cristina Manzano Noguera  
William Enrique Muñoz Quintero  
María Camila Cárdenas Rojas

#### Índice Temático

Carlos José Sandoval González

#### CONSEJO EDITORIAL

Carlos Antonio Coronel Hernández  
Carlos Alberto Rojas Moreno  
Silvia María Hoyos Vélez  
Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo  
Hernando Yepes Arcila  
Carlos Gallón Giraldo  
Piero Corvetto Salinas  
Manuel Tenorio Adame  
Erika Patricia Sarquis Matta  
María Cristina Manzano Noguera

#### COORDINADORA EDITORIAL

María Cristina Manzano Noguera

### DISEÑO E IMPRESIÓN

Imprenta Nacional de Colombia

PERIODICIDAD: Anual

NÚMERO DE EJEMPLARES 1.000

ISSN:XXXXXXXXXX

REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

#### DEPÓSITO LEGAL

Para sus contribuciones, suscripciones o canjes dirigirse a: Registraduría Nacional del Estado Civil – Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales (CEDAE) Avenida calle 26 n.º 51 – 50 oficina 310, Teléfono: 2202880, extensión 1376.

#### Página web

<http://www.registraduria.gov.co/democraciaactual>

#### Correo electrónico

[democraciaactual@registraduria.gov.co](mailto:democraciaactual@registraduria.gov.co)

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores.

Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.



**REGISTRADURÍA  
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**

**DIRECTIVOS**

<b>JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA</b>	<b>Registrador Nacional del Estado Civil</b>
CAROLINA ROBLEDO LEEB	Secretaria Privada
ORLANDO BELTRÁN CAMACHO	Secretario General
JEANETHE RODRIGUEZ PÉREZ	Jefe Oficina Jurídica
CÁSTULO MORALES PAYARES	Jefe Oficina de Planeación
ALFREDO BERNARDO POSADA VIANA,	Jefe Oficina de Control Interno
JOHN FRANCISCO AGUILERA DÍAZ	Jefe Oficina Control Disciplinario
SILVIA MARÍA HOYOS VÉLEZ	Jefe Oficina de Comunicaciones y Prensa
CARLOS ANTONIO CORONEL HERNÁNDEZ	Registrador Delegado en lo Electoral
NICOLÁS FARFÁN NAMÉN	Director de Gestión Electoral
LUIS ALBERTO MARTÍNEZ BARAJAS	Director de Censo Electoral
CARLOS ALBERTO ROJAS MORENO	Registrador Delegado para el Reg. Civil y la Identificación
YOUSSEF SEFAIR SILVA	Director Nacional de Identificación
CARLOS ALBERTO MONSALVE MONJE	Director Nacional de Registro Civil
CARLOS ALIRIO GARCÍA ROMERO	Gerente de Informática
MIGUEL ALFONSO CASTELBLANCO GORDILLO	Gerente de Talento Humano
CARLOS ALFONSO GARZÓN SABOYA	Gerente Administrativo y Financiero
SONIA FAJARDO MEDINA	Directora Financiera
LUIS FERNANDO GARCÍA CERÓN	Director Administrativo
JAIME HERNANDO SUÁREZ BAYONA	Registrador Distrital
ANDRÉS FORERO LINARES	Registrador Distrital
AURA XIMENA OSORIO TORRES	Coordinadora CEDAE
ADRIANA SANCLEMENTE ALZATE	Asesora Relaciones Internacionales
MARÍA CRISTINA MANZANO NOGUERA	Asesora del Despacho
ERIKA PATRICIA SARQUIS MATTÁ	Asesora del Despacho



# CONTENIDO

## EDITORIAL

### ANÁLISIS DOCTRINAL

La democracia como derecho fundamental y la ruptura del orden constitucional.....	9
La tarjeta electoral y las distorsiones del derecho a elegir y ser elegido en elecciones en el Congreso .....	55

<b>REGISTRADURÍA EN CIFRAS</b> .....	69
--------------------------------------	----

### ARTÍCULOS DE REVISIÓN

Derecho jurisprudencial frente a la evolución de los derechos de las personas homosexuales en Colombia.....	75
Del derecho a la identidad y el derecho a ser registrado. Un panorama de la realidad actual colombiana .....	91
La consulta popular.....	110
Atribución de funciones jurisdiccionales a la Dirección Nacional de Registro Civil .....	132
La importancia de la democratización de los partidos políticos.....	145
Dificultades en la presentación de las solicitudes de saneamiento de nulidad como requisito de procedibilidad.....	160
Ingeniería de la democracia.....	180
¿Cuál ha sido el impacto en la participación política en Colombia.....	196
Los retos del sistema electoral colombiano en un escenario de posacuerdo .....	207
La diversidad y el registro civil en Colombia .....	217

### RESEÑAS

Balance del derecho electoral colombiano .....	237
Hacia un nuevo derecho electoral .....	243
Régimen jurídico de las elecciones en Colombia .....	247
El registro civil en Colombia. Doctrina, jurisprudencia y normatividad Aspectos prácticos relevantes.....	252

### HISTORIA

Recordando la Registraduría Nacional del Estado Civil .....	254
La biblioteca de la Registraduría Nacional del Estado Civil, escenario académico para los servidores y ciudadanos en Colombia.....	256

<b>ÍNDICE TEMÁTICO</b> .....	266
------------------------------	-----

# EDITORIAL

Al amparo del programa TODOS SOMOS DEMOCRACIA, iniciado por la Registraduría Nacional del Estado Civil hace un año, con el propósito de mejorar la participación política en los procesos electorales y de participación ciudadana, de inculcar valores cívicos y democráticos en niños y jóvenes, se inscribe este nuevo proyecto de la entidad.

Estamos dando vida a un instrumento especializado que nos acercará a la comunidad académica nacional e internacional, frente a las diferentes áreas misionales de la Entidad, tales como los procesos electorales, el registro civil y la identificación, también para brindarle a la colectividad, en general, variados e interesantes artículos e investigaciones de hondo contenido académico.

Surge así la Revista *Democracia Actual*, como un medio de divulgación doctrinal, lo cual busca convertirse rápidamente en referente mundial, en la que grandes figuras patrias y extranjeras darán a conocer sus puntos de vista mediante artículos de investigación, de análisis, de debate, en temáticas relativas a la

democracia, en general, a los sistemas políticos y gubernamentales, regímenes electorales, partidos políticos, procesos de elección y entre mecanismos de participación ciudadana, y otros de interés general. Esta nueva revista incluirá también información referente a las principales reformas constitucionales y legales que ocurran en el mundo, además los análisis jurisprudenciales y doctrinales en tales tópicos que tanto interesan a la comunidad en general. Tendrá una aparición anual y gozará de presentaciones en forma impresa y digital.

*Democracia Actual* cuenta con un Comité de Redacción de gran nivel, en el que nombres tales como Carlos Antonio Coronel Hernández, Carlos Alberto Rojas Moreno, Silvia María Hoyos Vélez, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Hernando Yepes Arcila, Carlos Gallón Giraldo, Piero Corvetto Salinas, Manuel Tenorio Adame, Erika Patricia Sarquis Matta, María Cristina Manzano Noguera, brindarán sus reconocidas luces a lo largo de este académico trasegar, oportuno consejo y nos ayudarán en el mantenimiento de

los altos estándares que pretende esta publicación. ¡A todos ellos nuestro reconocido y anticipado agradecimiento por su tiempo y dedicación.

Este proyecto surge entonces como un propósito y esfuerzo de la Registraduría Nacional del Estado Civil para consolidarse como pilar de la democracia en Colombia, porque además de brindar sus servicios de identificación a los colombianos y de organizar sus procesos electorales, genera espacios variados para el diálogo, la reflexión y la discusión de los grandes temas nacionales.

Auguramos el mayor éxito a este proyecto y los invitamos para que participen en este escenario académico, con el fin de brindar sus opiniones, aportes, réplicas y críticas en los espacios que la revista abrirá para todos los lectores.

¡Buen viento y buena mar!

**JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA**  
Registrador Nacional del Estado Civil



*"Si no hay comida cuando se tiene hambre, si no hay medicamentos cuando se está enfermo, si hay ignorancia y no se respetan los derechos elementales de las personas, la democracia es una cáscara vacía, aunque los ciudadanos voten y tengan parlamento"*

(Nelson Mandela, Ushuaia, Argentina, 24 de julio de 1998).



# LA DEMOCRACIA INTEGRAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y LA RUPTURA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL QUE AMENZA EL ORDEN DEMOCRÁTICO EN VENEZUELA<sup>1</sup>

## THE INTEGRAL DEMOCRACY AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND THE RUPTURE OF CONSTITUTIONAL ORDER THAT THREATENS THE DEMOCRATIC ORDER IN VENEZUELA

**Jesús Caldera Infante (Chucho)<sup>2</sup>**

Abogado Constitucionalista

- 1 Las siguientes ideas (inéditas) forman parte del trabajo de tesis doctoral en la investigación adelantada por el autor para optar al título de Doctor en Derecho (con énfasis en Derecho Constitucional) de la Universidad Santo Tomás de Colombia, ya depositada y en espera de su próxima sustentación ante el jurado evaluador sobre *La democracia como derecho fundamental*. Su texto recoge en parte, argumentos del contenido de la comunicación que el autor elevó al conocimiento del Dr., Luis Almagro Lemes, Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA) y del H.E., Juan José Arcuri, Embajador-Representante permanente de Argentina, Presidente del Consejo Permanente de la OEA y de la Comisión General y demás embajadores integrantes del Consejo Permanente de la OEA, en fecha 7 de julio de 2016, intitulado: *Consideraciones sobre la ruptura del orden democrático y del orden constitucional en Venezuela y la necesidad de activar la acción colectiva de defensa de la democracia prevista en las Cláusulas Democráticas de la OEA, CAN, Unasur y Mercosur*.
- 2 Abogado y líder político venezolano, egresado de la Universidad de los Andes (ULA, Mérida, Venezuela, 1991). Título revalidado legalmente en la República de Colombia (2008). Especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional (Universidad Javeriana, Colombia), Magister Scientiarum en Desarrollo Regional Sostenible (ULA, Venezuela) y doctorante en Derecho, (Universidad Santo Tomás, Colombia). Profesor de pregrado y posgrados en la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad Santo Tomás (Colombia) donde enseña Derecho Constitucional Económico y Teoría y Filosofía del Derecho. Consultor del Observatorio de Responsabilidad Social para América Latina (ORSAL) de la UNESCO en temas de democracia, desarrollo, sustentabilidad y gobierno. Ha ocupado relevantes cargos públicos en Venezuela. Ex-candidato la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela en 2006. Residente en Colombia, donde vive en calidad de exiliado político, junto a su familia, desde hace más de 9 años. Presidente de la Fundación Nueva Gobernanza para el desarrollo de la Democracia y la Sustentabilidad. [capidi@gmail.com](mailto:capidi@gmail.com)

## RESUMEN

Este artículo parte del presupuesto de considerar la democracia como un derecho humano fundamental. Se reconoce el derecho a la democracia integral en sus aspectos procedimentales o instrumentales (toma de decisiones, formación del principio de la mayoría, selección de gobiernos, expresión formal de la soberanía popular, etc.), pero no se agota en ellos, puesto que su médula está conformada por un elenco de derechos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales, etc.). La democracia no se concibe desde una visión reduccionista, desde lo meramente instrumental, no es simplemente elecciones ni competencia por el poder político, sino, en esencia, respeto, garantía y protección del goce efectivo de un haz de derechos, igualmente fundamentales, que forman su ámbito de protección a favor de la persona humana y el logro de su dignidad humana como sus beneficiarias.

Por otro lado, se plantea la tesis de la ruptura del orden constitucional en Venezuela a través de casos concretos que afectan gravemente el orden democrático; y por ello se acude a un detallado estudio sobre las cláusulas democráticas previstas en los tratados de CAN, MERCOSUR, UNASUR y OEA, en los cuales se pueden encontrar instrumentos y herramientas que contribuyan al restablecimiento de orden democrático.

## PALABRAS CLAVE

Democracia, derechos fundamentales, cláusulas democráticas, orden constitucional, acción colectiva, participación política.

## ABSTRACT

It is assuming that considers democracy as a fundamental human right. It recognizes the right to full democracy in its procedural or instrumentals aspects (decision making, formation of the majorities principle, select of governments, formal expression of popular sovereignty), but it's not exhausted in them, because its base is made up of a cluster of rights (civil, political, economic, social, cultural, environmental). Democracy can't be conceived from a reductionist view from the instrumental aspect, isn't simply competition for political power, is essentially respect, guarantee and protection of the effective enjoyment of a bundle of rights, which form its scope of protection for the human person and the achievement of their dignity. The tesis of the ruptura of constitutional order in Venezuela arises though specific cases that serious-

ly affect the democratic order and therefore goes to a detailed study of the planned democratic clauses in CAN, MERCOSUR, UNASUR and OEA treaties where can find instruments and tools-taht contribute to the restoration of democratic order.

## KEY WORDS

Democracy, fundamental rights, democratic clauses, constitutional order, collective action, political participation.

El presente artículo es fruto de las inquietudes intelectuales y actuaciones fácticas del autor como protagonista de la vida política venezolana reciente, en apoyo y en defensa del orden constitucional y la vigencia del orden democrático en Venezuela, como expresión de la protección del derecho fundamental a la democracia severamente amenazado y coartado en la Venezuela de estos días de autoritarismo y militarismo rampante que nos confiere con carácter vinculante a los pueblos de América en general y a los venezolanos en particular la propia Carta Democrática Interamericana (CDI) y las Cláusulas Democráticas (CD) vigentes en los Sistemas de Integración Regional de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), Mercado Común del Sur (Mercosur) y Unión de Naciones Suramericanas (Unsur), definiendo el examen colectivo que corresponde a los Estados y la implementación de la denominada *acción colectiva en defensa de la democracia*, en pleno proceso de aplicación contra el régimen venezolano en la actualidad por parte de la OEA (bajo conocimiento de la Asamblea General, por vía del Consejo Permanente y demás órganos e instancias de esta), que evalúan la imposición de alguna de las medidas que contempla la acción colectiva prodemocrática,

invocada por el Secretario General de la OEA, Doctor Luis Almagro, en días recientes, como respuesta a las gravísimas violaciones que desde el Gobierno venezolano se ejecutan sin recato contra los principios y reglas del ordenamiento constitucional que amenazan y vulneran el sistema democrático venezolano, actuando soportado en la inteligencia y claridad del artículo 20 de la referida CDI, cuya aplicación sigue en curso, sin conocerse el veredicto sobre dicha petición a la fecha de entrega de este artículo.

## I INTROITO

### **LA DEMOCRACIA INTEGRAL: EL DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL A LA DEMOCRACIA RECONOCIDO EN LAS CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS DE LA OEA Y LA CAN A LA PERSONA HUMANA CUYO EJERCICIO HA QUEDADO RELEGADO A LOS ESTADOS Y LOS GOBIERNOS**

Las ideas centrales del presente artículo jurídico forman parte de la investigación

académica doctoral acometida por el autor, quien considera la democracia como un derecho humano fundamental, es decir, el derecho a la democracia integral que reconoce la importancia de sus aspectos procedimentales o instrumentales (toma de decisiones, formación del principio de la mayoría, selección de gobiernos, expresión formal de la soberanía popular, etc.), pero que no se agota en ellos, puesto que su médula normativa de carácter axiológico y dogmática está conformada por un elenco de derechos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales, etc.) igualmente fundamentales, de los que resulta instrumento y finalidad indispensable para su goce efectivo mediante refuerzos mutuos y recíprocos en el contexto de la teoría de la integralidad de los derechos humanos, vista bajo el Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH), esto es, una democracia integral, una democracia holística o democracia basada en el enfoque de derechos humanos, D+EBDH.

Se reconoce en la doctrina y la normatividad que regula el derecho a la democracia, asumido como iusfundamental, el vínculo entre democracia y Estado social de derecho, por una parte, y su interdependencia e interrelación con el goce de los derechos humanos<sup>3</sup>, lo que permite dar una conceptualización de la democracia atendiendo los dictados del Enfoque Basado en Derechos Humanos, dando cabida a la definición propia de **Democracia Integral**, o D+EBDH,

3 El núcleo esencial de la democracia, como derecho, fue ampliado por la reciente Resolución 19/36 de 2012 del Consejo de Derechos Humanos (ONU) a partir de la interrelación entre democracia, derechos humanos y Estado (social y democrático) de derecho.

que reúne sus facetas instrumental y sustancial, entendida en sentido ampliado y en sentido abreviado, así: La democracia integral en sentido ampliado

Es un derecho fundamental cuyo goce es funcional a la garantía, promoción y respeto de la dignidad humana mediante la realización de sus contenidos normativos<sup>4</sup> (expansión de oportunidades, desarrollo de las capacidades, libre elección de un proyecto de vida valioso sin daños e iguales condiciones materiales e inmateriales que permitan la participación efectiva en la sociedad) conformado, en su núcleo esencial, por un haz de derechos, igualmente fundamentales, equiparados en valor y jerarquía, indispensable para su realización o goce, interdependiente o interrelacionado, orientados al logro de la vida digna (buena) de las personas, el respeto al prójimo y el bien común dotado de mecanismos jurídicos e institucionales para su protección en el marco del Estado social de derecho.

#### La democracia integral en sentido abreviado

**Es un derecho fundamental cuyo goce es funcional al logro** del contenido normativo de la dignidad humana mediante la realización de todos los derechos humanos, por todas las personas, mediante el desarrollo del proyecto de vida valiosa sin daños que, en condi-

4 El contenido normativo de la dignidad humana está desarrollado dogmáticamente, *inter alia*, en las sentencias T-881 de 2002 y T-227 de 2003, Corte Constitucional de Colombia, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

ciones de igualdad, cada cual decida libremente elegir en el marco del Estado social de derecho, **dotado de mecanismos jurídicos e institucionales para su protección.**

Así, la democracia iusfundamental o D+EBDH, es decir, nuestra definición de **democracia integral**, puede entenderse en línea de aproximación conceptual a la definición de **democracia “holística”** en los términos del Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/22/29 de 17 de diciembre de 2012), basada bajo un enfoque de derechos humanos y de la integralidad de derechos fundamentales. La democracia, asumida como un derecho humano fundamental, desde la perspectiva de la doctrina de la integralidad de los derechos fundamentales y bajo Enfoque Basado en Derechos Humanos, denominada *democracia integral o D+EBDH*, está conformada tanto por el aspecto procedimental (necesario para la conformación del principio de mayorías) como por la faceta sustancial (haz de derechos fundamentales que integran su núcleo esencial complejo o ensamblado) en relación funcional al logro del contenido normativo de la dignidad humana, como medio y fin, para que la persona desarrolle su plan de vida valioso, sin daños, cuente con bienes y servicios, materiales e inmateriales, adecuados para funcionar efectivamente en sociedad y participe en la formación, ejecución y control del poder político, para conseguir vida buena y contribuir al bien común, en el Estado social y democrático de derecho.

La democracia integral es entendida como derecho fundamental<sup>5</sup>, porque en sus aspectos instrumentales y sustanciales cumple, desde un examen taxonómico, con los criterios fijados por la Corte Constitucional colombiana para calificar los derechos fundamentales, pudiendo enunciar que

- i) *Está intrínsecamente relacionada y es funcional al logro de la dignidad humana* en su triple concepción como valor, principio y regla constitucional porque el goce efectivo del derecho fundamental a la democracia es presupuesto esencial que permite la realización del plan de vida valioso y sin daños de la persona humana y debe garantizar los bienes, materiales e inmateriales necesarios, para su funcionamiento efectivo en la sociedad y, particularmente, como medio y fin para que concretamente pueda ejercer de modo efectivo su participación en la formación, ejecución y control del poder político;
- ii) Existen consensos normativos y de dogmática constitucional sobre su reconocimiento e importancia iusfundamental y sobre su contenido esencial o ámbito de protección. El consenso de dogmática constitucional y expresión

5 Las sentencias T-227 de 2003 y T-881 de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett en ambos fallos y, de reciente data, la sentencia T-428 de 2012, de la misma Corporación Judicial, M. P.: María Victoria Calle Correa, demuestran que existe un reconocimiento de la dignidad humana como criterio de identificación, esto es, como un presupuesto ontológico de los derechos fundamentales. Obsérvese que la dignidad humana ha sido reconocida y entendida en su triple dimensión como valor, principio y derecho fundamental, según la dogmática jurisprudencial, inter alia, de la sentencia C-336 de 2008, Corte Constitucional, M. P.: Clara Inés Vargas H., que señaló: los deberes que le corresponden al Estado social de derecho por el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento.

de dicho criterio cualificador de los derechos fundamentales se demuestra con el análisis de la preceptiva (principios y reglas propias de cada sistema) que existe en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales (Pactos, Tratados, Convenios, Acuerdos, Cartas, Resoluciones, Declaraciones, Decisiones, etc.) sobre el derecho de los pueblos y las personas a la democracia junto a fallos vinculantes de distintas Cortes o Tribunales constitucionales o de protección de derechos humanos, a nivel regional y nacional, que permite afirmar que existe un consenso en la dogmática (*consensus iuris*, en términos de Cicerón y Arendt) sobre el contenido esencial del derecho, las acciones o medidas colectivas para su protección y las sanciones frente a su incumplimiento. Se confirma la existencia del núcleo o contenido esencial, ámbito de protección, de naturaleza compleja u omnicompreensiva, de la democracia como derecho fundamental, destacando de modo particular el tratamiento que se le concede en los preceptos de la Carta Democrática Interamericana, la CAPPDH, las Cláusulas Democráticas de la OEA, CAN<sup>6</sup>, Mercosur y Unasur, decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que definen los elementos esenciales de la democracia para el hemisferio<sup>7</sup>, en armonía con las

Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ya citadas, y fallos de la Corte Constitucional colombiana (verbigracia, sentencia C-141 de 2010)<sup>8</sup>; y

- iii) Se puede traducir en un derecho subjetivo (donde existe una relación jurídica en la que quien ocupa la posición jurídica de titular son los pueblos de América, que se hace corpóreo en cada persona; como obligados *prima facie* están los Estados y sus Gobiernos y como contenido principal de la obligación democrática está garantizar su núcleo esencial complejo y multifacético, exigible y justiciable, conformado por un haz de derechos fundamentales de naturaleza política, civil, económica, social y cultural que se realizan de manera interrelacionada e interdependiente en la medida en que se goza del derecho fundamental a la democracia y viceversa), estatuido a favor de las personas, reconocido en una serie de disposiciones especiales (Cláusulas Democráticas) a nivel global, continental y local que integran, a juicio del autor, el **corpus iuris prodemocrático**, es decir, el **derecho de la democracia**<sup>9</sup>.

8 Todas estas normas jurídicas integran el ordenamiento legal interno colombiano.

9 Es decir, como se explica en la tesis doctoral, el derecho a la democracia integral afirma que existe un derecho regional de la democracia que, en su conjunto, configura el derecho regional prodemocrático o *ius cogens prodemocrático regional*. Asimismo, existen presupuestos axiológicos, normativos y dogmáticos para configurar autónomamente el concepto de derecho a la democracia, derecho de la democracia y, por su relación con las acciones colectivas en defensa de la democracia, se construye el concepto de **derecho procesal democrático**, a nivel nacional y, en el contexto de los espacios de integración, del **derecho procesal democrático comunitario** dando contenido, en su conjunto, a un naciente **corpus iuris pro democrático comunitario** o *ius cogens prodemocrático comunitario*.

6 Con el reconocimiento del derecho a la democracia en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, se concluye que existe, igualmente, en *status nascendi* un **derecho de la democracia andino** o **derecho democrático comunitario andino**.

7 Véase el ordenado, actualizado y sistemático recuento que hace Aguiar (2012, 2014) sobre el particular.

El derecho fundamental a la democracia integral, inherente al logro del contenido de la dignidad humana, es de las personas y a ellas debe garantizársele su disfrute efectivo (*ius pro homine o pro personae*), sin menoscabo alguno, ni concesiones interpretativas a favor del gobernante de turno, en un Estado concreto, como el venezolano, incurriendo en “*interpretatio contra proferentem*”, también denominada “*interpretatio contra stipulatorem*” porque, en lugar de obrar ante la duda a favor de las personas que integran un determinado pueblo de América, afectado en el goce del contenido esencial del derecho fundamental a la democracia, aplicando el *indubio pro operario o indubio pro personae*, acuden algunos voceros del Gobierno o del Estado responsable de la negación o conculcación del derecho a pedir que los órganos competentes de la OEA (o del Mercosur, la Unasur o de la CAN) se abstengan de ejercer la acción colectiva prodemocrática, piden que estos omitan todo tipo de pronunciamiento o que escondan la cabeza o jueguen a la indiferencia regional ante los ataques que se lanzan desde el poder, del Gobierno y del Estado, contra el goce del derecho fundamental a la democracia en Venezuela, valiéndose para ello de la inveterada alegación del respeto a la soberanía nacional y la independencia y autodeterminación que tienen como Estado soberano, ocultando con ello la privación, negación y transgresión que el propio Estado y su Gobierno ejecutan contra el goce efectivo del haz de derechos humanos, igualmente, fundamentales, que integran el derecho fundamental a la democracia integral como expresión manifiesta de la soberanía popular irrenunciable de las personas beneficiarias

de ese derecho, dado que las personas no tienen alimentos, carecen de medicamentos, miles han perdido la vida a manos del hampa sin que se haga justicia frente a los responsables o están sometidos a sistemas de distribución estatal bajo condiciones de racionamiento sin garantizárseles un mínimo de vida digna, privándoseles de alcanzar florecimiento humano y vida buena.

Cabe destacar que un autor que ha tratado sobre el derecho a la democracia, considerándolo como *derecho fundamental*, centrado en la importancia del principio de separación funcional de las ramas del poder público y el control ciudadano e institucional sobre el poder político, es el reconocido tratadista venezolano Allan R. Brewer Carías, en su artículo “Sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: del reconocimiento del Derecho a la Constitución y del Derecho a la Democracia”, publicado en la *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia) n.º 119:93-112, julio-diciembre del año 2009, ampliando así los argumentos que el mismo autor consignó en el “Prólogo, sobre el derecho a la democracia y el control del poder”, del libro de Asdrúbal Aguilar *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, 19 y ss., del también tratadista venezolano Asdrúbal Aguilar (2008, 2012, 2014) quien, al igual que Brewer C., ha venido consolidando una noción de la democracia como derecho humano, siendo de gran valía su estudio sobre la dogmática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (entre 1987-2014) sobre el punto en comento.

## II LA DEMOCRACIA INTEGRAL

### COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU CONTENIDO ESENCIAL

La democracia es mucho más que comicios, elecciones o votaciones. Es la realización del haz de derechos fundamentales que integran su ámbito de protección o contenido esencial en relación de funcionalidad al goce del contenido normativo de la dignidad humana para que la persona realice, sin intromisiones ni daños, su plan de vida valioso, cuente con bienes materiales e inmateriales suficientes para funcionar en sociedad, alcanzar fulgor humano y ser agente protagónico de la formación, ejecución y control del poder político para su bien y el bien común de su prójimo.

**El núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia según la Resolución 19/36 de 2012 del Consejo de Derechos Humanos (ONU):** Sobre la reconocida interdependencia, mediante refuerzos mutuos, entre democracia, derechos humanos y Estado (social y democrático) de Derecho, cimentadora de la naciente definición de la *democracia desde la perspectiva de la integralidad* y enfoque basado en derechos humanos - D+EBDH de finida como *democracia integral u holística que, como derecho fundamental autónomo, con su goce redundante en condición de posibilidad, como medio y fin, para el goce efectivo, interdependiente y simbiótico de los derechos humanos en relación de funcionalidad al logro del contenido de la dignidad humana, siguiendo*

do la precitada Resolución 19/36 del Consejo de Derechos Humanos (ONU)<sup>10</sup>, se arriba a la **definición *lato sensu* del núcleo esencial complejo, omnicompreensivo o continente de la democracia integral o D+EBDH como derecho fundamental** conformado por las facultades para realizar actividades, desarrollar y observar conductas, concedidas a las personas en el Estado social de derecho, que no pueden ser desnaturalizadas por actuaciones del poder estatal, ni siquiera del legislador, porque ponen en peligro de destrucción la garantía del contenido esencial del derecho fundamental a la democracia (integralmente concebida, D+EBDH).

**Existen varias resoluciones de la Comisión (ahora Consejo) de Derechos Humanos de la ONU sobre derecho a la democracia:** En materia de ***derecho a la democracia***, ha sido la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (ahora Consejo) el ente que ha aprobado un conjunto de resoluciones con efectos vinculantes (en virtud de provenir de un organismo rector en materia de protección de derechos humanos sobre tratados, acuerdos, protocolos o convenios suscritos y ratificados por Colombia), que son:

- i) **La primigenia y paradigmática Resolución 1999/57, de 27 de abril de 1999, sobre la Promoción del Derecho a la**

<sup>10</sup> El reconocimiento de la democracia ha sido reiterado por la Asamblea General de la ONU. Sobre el punto pueden verse sus resoluciones 49/30, de 7 de diciembre de 1994; 50/133, de 20 de diciembre de 1995; 51/31, de 6 de diciembre de 1996; 52/18, de 21 de noviembre de 1997; 53/31, de 23 de noviembre de 1998; 54/36, de 29 de noviembre de 1999; 55/43, de 27 de noviembre de 2000; 56/96, de 14 de diciembre de 2001; 56/269, de 27 de marzo de 2002; 58/13, de 17 de noviembre de 2003; 58/281, de 9 de febrero de 2004 y 60/253, de 2 de mayo de 2006. De particular relevancia, la Declaración de Doha aprobada por la Sexta Conferencia Internacional de las Democracias Nuevas o Restauradas (A/61/581, anexo).



**Democracia**, la cual fue aprobada por cincuenta y un votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones en su 55.º período de sesiones, que **confiere el rango de derecho a la democracia**, que ratifica la interdependencia entre el goce del derecho a la democracia y la realización de los derechos humanos y el derecho al desarrollo;

- ii) La 2000/47, de 25 de abril de 2000, sobre la Promoción y Consolidación de la Democracia;
- iii) La 2001/41, de 23 de abril de 2001, sobre Continuación del Diálogo sobre las Medidas para Promover y Consolidar la Democracia;
- iv) La 2002/46, de 23 de abril de 2002, relacionada con Nuevas Medidas para Promover y Consolidar la Democracia<sup>11</sup>;
- v) La 2003/36, de 23 de abril de 2003, sobre la Interdependencia entre la Democracia y los Derechos Humanos;
- vi) La 2004/30, de 19 de abril de 2004, titulada “Incremento de la función de las organizaciones e iniciativas regionales, subregionales y de otro tipo al promover y consolidar la democracia”;

vii) La 2005/32, del 19 de abril de 2005, sobre “La democracia y el Estado de Derecho”, todas de la Comisión de Derechos Humanos-ONU; y

Viii) La Resolución 19/36 de 2012, sobre la interdependencia entre democracia, derechos humanos y Estado (social) de derecho.

La Resolución 2003/36 1. *Declara* que los elementos esenciales de la democracia incluyen el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otros; la libertad de asociación y la libertad de expresión y de opinión, y también comprenden el acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas libres e imparciales por sufragio universal y mediante voto secreto como expresión de la voluntad popular; un sistema pluralista de organizaciones y partidos políticos; la separación de poderes; la independencia del poder judicial; la transparencia y la rendición de cuentas en la Administración Pública; y unos medios de comunicación libres, inde-

**La democracia no se concibe desde una visión reduccionista desde lo meramente instrumental, no es simplemente elecciones ni competencia por el poder político, sino, en esencia, respeto, garantía y protección del goce efectivo de un haz de derechos, igualmente fundamentales.**

11 La Resolución establece como **elementos esenciales constitutivos (núcleo esencial) de la democracia** el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales; la libertad de asociación; la libertad de expresión, de opinión; el acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas libres, justas e imparciales y basadas en el sufragio universal y mediante voto secreto como expresión de la voluntad de la población; un sistema pluralista de organizaciones y partidos políticos; la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en la vida política de sus países; la separación e independencia de poderes; la transparencia y la rendición de cuentas en la Administración Pública; y unos medios de comunicación libres, independientes y pluralistas. **Su valor dogmático ha sido reconocido y establecido para el área andina por el artículo 14 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos** (CAPPDH, 2002).

pendientes y pluralistas; 2. **Reafirma su convicción de que la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son interdependientes y se refuerzan mutuamente**; de que la democracia se basa en la libre expresión de la voluntad de la población para la determinación de sus propios instrumentos políticos, económicos, sociales y culturales y su plena participación en todos los aspectos de sus vidas; 3. **Reafirma también que la democracia facilita el disfrute progresivo de todos los derechos económicos, sociales y culturales**; 4. **Reconoce** el carácter global de la democracia como sistema de gobierno que abarca cuestiones de procedimiento y de fondo, instituciones oficiales y procesos oficiosos, mayorías y minorías, mecanismos y mentalidades, las leyes y su aplicación, el Gobierno y la sociedad civil; 5. **Subraya** la necesidad de la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres para participar en la vida política y pública; 6. **Reconoce** el papel que desempeñan las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil en el fomento de la democracia; 7. **Observa** que **los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporan muchos de los principios, reglas, normas y valores de la democracia** y pueden orientar el desarrollo de tradiciones e instituciones democráticas nacionales; 8. **Reconoce** que **la democracia es un proceso siempre perfectible, que deberá valorarse por el grado en que se apliquen sus principios, reglas, normas y valores y contribuya al pleno disfrute de todos los derechos humanos**; 9. **Toma nota con satisfacción** de que el progreso registrado en muchos países del mundo en la instauración de sociedades

democráticas ha supuesto un disfrute más pleno de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en esos países (negritas y subrayas incorporadas). **Su valor dogmático ha sido reconocido y establecido, para el área andina, por los artículos 2, 3, 4 de la CAPPDH (2002).**

Así las cosas, la democracia no se concibe desde una visión reduccionista desde lo meramente instrumental, no es simplemente elecciones ni competencia por el poder político, sino, en esencia, el respeto, garantía y protección del goce efectivo de un haz de derechos, igualmente fundamentales, que forman su ámbito de protección a favor de la persona humana y el logro de su dignidad humana como sus beneficiarias.

**El núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia, complejo u omnicompreensivo, bajo enfoque de derechos humanos, es decir, democracia integral o D+EBDH, fijado en la novísima Resolución 19/36 de 2012, sobre la Interdependencia entre Democracia, Derechos Humanos y Estado (social) de derecho**, que debe respetar todo Estado parte de la ONU y, por ende, de la OEA, consiste en garantizar, respetar y proteger los siguientes derechos específicos:

“16. **Exhorta** a los Estados a que no ceden en sus esfuerzos por fortalecer el Estado de derecho y promover la democracia:

a) Defendiendo la separación de poderes mediante la adopción de medidas constitucionales, legislativas, judiciales y otras de carácter institucional apropiadas;

- b) Defendiendo la independencia y la integridad del poder judicial;
- c) Velando por que la ley se aplique con suficiente seguridad jurídica y previsibilidad para que no se cometan arbitrariedades;
- d) Adoptando medidas activas y coherentes para sensibilizar más a la población sobre sus derechos humanos y sus posibilidades de pedir una reparación, como disponen la ley y los instrumentos y mecanismos internacionales de derechos humanos, cuando se vulneran sus derechos;
- e) Colaborando con las organizaciones e instituciones de la sociedad civil y permitiendo que participen en el debate público sobre decisiones que puedan ayudar a promover y proteger los derechos humanos y el Estado de derecho y sobre cualquier otra decisión relevante;
- f) Asegurando que la población y los grupos de la sociedad tengan más acceso a información que sea comprensible sobre el ejercicio de sus derechos;
- g) Adoptando medidas activas, como la identificación y eliminación de obstáculos y barreras a la accesibilidad, para proporcionar igualdad de acceso a las personas con discapacidad, a fin de asegurar su plena participación en todos los aspectos de los procesos democráticos;
- h) Adoptando medidas apropiadas y dando los pasos adecuados para modificar la legislación electoral a fin de que la población pueda votar y participar en las elecciones sin restricciones irrazonables;
- i) Estableciendo instituciones nacionales de derechos humanos acordes con los Principios de París o reforzando las ya existentes;
- j) Garantizando que ninguna persona o institución pública o privada esté por encima de la ley, al velar por que:
  - i) Se respeten y apliquen sin discriminación a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción los principios de igual protección ante la ley y ante los tribunales recogidos en el ordenamiento jurídico;
  - ii) No se tolere que las violaciones de las normas de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario queden impunes y se investiguen y sancionen debidamente dichas violaciones, entre otras cosas enjuiciando a los autores de todo delito empleando los mecanismos nacionales o, cuando proceda, los mecanismos internacionales, con arreglo a las obligaciones y los compromisos internacionales de los Estados en materia de derechos humanos;
  - iii) Todos los funcionarios públicos, con independencia de su cargo, rindan cuentas plenamente y sin demora, de conformidad con el derecho interno aplicable y con las obligaciones internacionales, de toda infracción que cometan;
  - iv) No haya ningún tipo de discriminación en la administración de justicia;
  - v) Se elaboren y apliquen como es debido estrategias y medidas gene-

rales de lucha contra la corrupción para preservar la independencia e imparcialidad del poder judicial, y se garantice la integridad moral y la responsabilidad de los miembros de los poderes judicial, legislativo y ejecutivo;

vi) El Ejército rinda cuentas ante las autoridades nacionales civiles correspondientes;

vii) Los tribunales militares o especiales sean independientes, competentes e imparciales, respeten las debidas garantías procesales y aseguren la celebración de un juicio justo de conformidad con el derecho interno, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y el derecho internacional humanitario;

k) Respetando la igualdad de protección ante la ley:

i) Garantizando el derecho a la vida y el derecho a la libertad y la seguridad de la persona sin discriminación alguna, velando por que se respete plenamente el derecho de toda persona a ser reconocida como tal ante la ley;

ii) Asegurando el acceso igual de toda persona a información sobre los derechos, así como la igualdad de acceso a los tribunales, incluso por vías no judiciales;

iii) Tomando medidas activas para mejorar el acceso a la justicia de

**Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus Gobiernos, la obligación de promoverla y defenderla.**

todas las personas, incluidas las minorías, que vean impedido el pleno ejercicio de sus derechos humanos por falta de información o de recursos, entre otras razones, o por medidas discriminatorias o arbitrarias;

iv) Incorporando el principio de igualdad de hombres y mujeres ante la ley;

v) Garantizando el derecho a un juicio justo y a las debidas garantías procesales sin discriminación alguna, incluido el derecho a la presunción de inocencia mientras no se demuestre la culpabilidad con arreglo a la ley, y el derecho de toda persona que haya sido condenada por la comisión de un delito a que el fallo condenatorio y la condena sean revisados por un tribunal superior de conformidad con la ley;

vi) Promoviendo constantemente la independencia, imparcialidad e integridad del poder judicial;

vii) Garantizando a las víctimas de violaciones de los derechos huma-

nos el derecho a un recurso efectivo, incluida una reparación, que determinen las autoridades competentes y se ajuste a las obligaciones internacionales;

viii) Alentando la formación continua de los funcionarios públicos, el personal militar, los expertos parlamentarios, los abogados, los jueces de todos los niveles y el personal judicial, con arreglo a su ámbito de competencia, sobre las obligaciones y compromisos internacionales en materia de derechos humanos, en particular en lo que se refiere a los aspectos y procedimientos legales relacionados con la igualdad ante la ley;

ix) Apoyando la adopción de enfoques incluyentes y democráticos en la elaboración y revisión de las leyes y normativas fundamentales que sustentan la democracia y el Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales;

17. *Exhorta* a los Estados miembros a que aumenten la cohesión y la solidaridad sociales, como elementos importantes de la democracia mediante:

a) El desarrollo y el fortalecimiento de las capacidades institucionales y educativas, a nivel local, regional y nacional, para mediar en conflictos, resolver controversias en forma pacífica y evitar y suprimir el empleo de la violencia para afrontar tensiones y desacuerdos sociales;

b) La mejora de los sistemas de protección social, incluidos los servicios sociales apropiados y necesarios;

c) El fomento del diálogo social y la colaboración tripartita con respecto a las relaciones laborales entre el Gobierno, los sindicatos y las organizaciones de empresarios;

d) El fomento del empoderamiento político y económico de la mujer, entre otras cosas aumentando su representación en los parlamentos, los gobiernos y la fuerza de trabajo, reflejando así la igualdad entre hombres y mujeres<sup>12</sup>.

**El derecho de los pueblos de América a la democracia, así como el núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia, complejo u omnicomprensivo, que estatuye la Carta Democrática Interamericana y sirve de sustento a la acción colectiva prodemocrática, es compatible con el enfoque basado en derechos humanos (D+EBDH – democracia integral), está contenido en los siguientes dispositivos normativos de la Carta:**

12 Véase Resolución 19/36 del Consejo de Derechos Humanos (ONU), del 23 de marzo de 2012, sobre los **Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho** aprobada en la Asamblea General de la ONU. Los elementos definitorios del ámbito de protección complejo, *la democracia integral u holística que, como derecho autónomo, con su goce deviene en condición de posibilidad, como medio y fin, para el goce efectivo, interdependiente y simbiótico de los derechos fundamentales en relación de funcionalidad al logro del contenido de la dignidad humana*, basados, igualmente, en la “convicción de que la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son interdependientes y se refuerzan mutuamente; de que la democracia se basa en la libre expresión de la voluntad de la población para la determinación de sus propios instrumentos políticos, económicos, sociales y culturales y su plena participación en todos los aspectos de sus vidas” atendiendo la directriz normativa del párrafo 2 de la Resolución 2003/36 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre “La interdependencia entre la democracia y los derechos humanos” y demás normas y principios dogmáticos ya citados en el contexto del derecho autónomo a la democracia desde la perspectiva de derechos humanos (D+EBDH).

Artículo 1. Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus Gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Artículo 2. El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3. Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los Gobiernos en

la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

Artículo 5. El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia. Se deberá prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades.

Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia (subrayas y negrillas fuera de texto).

El concepto normativo RUPTURA DEL ORDEN DEMOCRÁTICO O, TAMBIÉN, RUPTURA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL al que refieren las Cláusulas Democráticas de Unasur, Mercosur, la CAN y la misma Carta Democrática Interamericana (CDI), a juicio de la Corte Constitucional colombiana, se configura cuando i) se desconocen los derechos fun-

**damentales y se agrede la dignidad humana; ii) se desconoce el principio de la soberanía popular como potestad del constituyente primario por parte del Ejecutivo y cuando iii) se desconoce el principio de separación funcional de las ramas que integran el Poder Público, como acontece en nuestra sufrida Venezuela.** Este concepto de doctrina constitucional que profirió la Corte Constitucional colombiana el año 2004, en tiempos en que Venezuela formaba parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) (antes de denunciar el Tratado), en la sentencia C-644 de 2004, sobre la constitucionalidad del Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena denominado **“Sobre compromiso con la Democracia”**, ha definido así lo que se entiende por **Ruptura del Orden Democrático:**

“(…)

33. En el artículo 2.º se establece que las disposiciones contenidas en el Protocolo objeto de revisión serán susceptibles de aplicación, cuando se produzca la ruptura del orden democrático en cualquiera de los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

Esta disposición se encuentra ajustada a la Carta Fundamental no solo porque permite la defensa del orden democrático al interior de nuestro ordenamiento constitucional, como lo ordenan los artículos 1.º y 2.º del Texto Superior, sino también porque a través de la acción exterior del Estado, en el adelantamiento de un proceso de integración económica, reafirma dicho fin mediante el aumento oportuno de herramientas para la defensa

de los principios inherentes a la democracia, entre ellos la protección de las libertades públicas y de los derechos individuales, económicos y sociales de todos los ciudadanos.

Se critica de la norma su falta de precisión en el término ‘*ruptura del orden democrático*’. **Sin embargo, con fundamento en el numeral 29 de esta providencia, es posible concluir que dicha noción responde a la técnica de los conceptos jurídicos abiertos e indeterminados y, por lo mismo, es susceptible de ser definido a partir del cotejo del acatamiento a sus principales principios, como lo son, entre otros, la dignidad y los derechos fundamentales, el principio de soberanía popular y la separación funcional del poder público** (artículos 1.º, 2.º, 3.º y 113 de la Constitución Política).

Dichos principios que rigen la consolidación de la democracia también se encuentran previstos, como ya se expuso, entre otros, en la Resolución 1080 de 1991 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en el Protocolo de Washington de 1992 (Ley 10 de 1995) y en la **Carta Democrática Interamericana adoptada el 11 de septiembre de 2001** por la Asamblea general de la OEA. Valga la pena recordar que el concepto de democracia que contiene la citada Carta se expone resumidamente en sus artículos 3.º y 4.º, en los siguientes términos:

***“Artículo 3.º Son elementos de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamenta-***

les; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4. Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los Gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

**De manera pues que el concepto “ruptura del orden democrático” puede ser definido a partir de los principios contenidos en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales que pregonan por la defensa de la democracia, tales como la Carta Democrática Interamericana de la OEA, recientemente reiterada en la Declaración de Nuevo León del 13 de enero de 2004, en el marco de la Cumbre Extraordinaria de las Américas realizada en Monterrey, México.**

(...)” (negritas y subrayas fuera de texto).

De otra parte, la Carta Democrática Panamericana, suscrita sin reservas por Venezuela, en su artículo 20 contempla la figura convencional, no menos estricta, **con textura**

**El derecho a la democracia, por supuesto, solo puede configurarse en Estados democráticos de derecho, siendo inconcebible en los regímenes autoritarios.**

**abierta e indeterminada**, de la **alteración del orden constitucional**, como término análogo, aunque menos rígido, que el concepto de ruptura del orden democrático, así:

Artículo 20 En caso de que en un Estado Miembro se produzca **una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático**, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente. El Consejo Permanente, según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática... (subrayas y cursivas propias).

Cabe anotar que el maestro de derecho público venezolano Allan R. Brewer Carías, en su artículo “Sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: del reconocimiento del derecho a la Constitución y del derecho a la democracia”, publicado en la



Revista Universitas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia) n.º 119 pág. 104, julio-diciembre del año 2009, indicó:

“Pero en segundo lugar, además del derecho a la Constitución, en las nuevas tendencias del derecho constitucional derivado igualmente de la propia concepción de dicho Estado democrático de derecho, también puede identificarse el derecho a la democracia, de lo que resulta que ésta debe ser considerada no sólo como un régimen político determinado, sino como un derecho ciudadano en un Estado constitucional. La consecuencia de ello es, además, que los derechos políticos han comenzado a dejar de estar reducidos a los que generalmente se habían establecido expresamente en las constituciones, como son los clásicos derecho al sufragio, al desempeño de cargos públicos, a asociarse en partidos políticos y, más recientemente, a la participación política. En el mundo contemporáneo, por tanto, se puede hoy también hablar de otros derechos políticos que se derivan del régimen democrático, como es el mencionado derecho ciudadano a la democracia o a un régimen político en el cual se garanticen sus elementos esenciales, tal como fueron enumerados por la Carta Democrática Interamericana de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 2001, y que son los siguientes: 1) el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2) el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; 3) la

celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; 4) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y 5) la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3.º). En democracia, sin duda, el ciudadano tiene derecho a todos esos elementos esenciales, los cuales, incluso, en muchas constituciones se han configurado como derechos políticos individualizados, como es el caso del derecho a ejercer funciones públicas, del derecho al sufragio o del derecho de asociación en partidos políticos. Sin embargo, considerados en su conjunto, y destacándose en particular entre ellos, el relativo a la separación de poderes, se pueden configurar, globalmente, como integrando un derecho a la democracia que está destinado a garantizar el control efectivo del ejercicio del poder por parte de los gobernantes, y a través de ellos, del Estado.

Este derecho a la democracia, por supuesto, sólo puede configurarse en Estados democráticos de derecho, siendo inconcebible en los Estados con regímenes autoritarios donde precisamente los mencionados elementos esenciales no pueden ser garantizados por la ausencia de controles respecto del ejercicio del poder, aun cuando pueda tratarse de Estados en los cuales, en fraude a la Constitución y a la propia democracia, los Gobiernos puedan haber tenido su origen en algún ejercicio electoral”.

El mismo Allan R. Brewer Carías (2009, p. 105), en el artículo en cita, puntualiza que la democracia es un derecho fundamental en sí mismo que posibilita el control ciudadano sobre el ejercicio del poder, al señalar que

“Doscientos años después, pero con su origen en aquellos postulados, en el orden constitucional interno de los Estados democráticos de derecho, es posible entonces identificar un derecho a la democracia conformado por los mencionados elementos esenciales que se complementan con sus componentes fundamentales, enumerados también en la misma Carta Democrática Interamericana, y que son los siguientes: 1) la transparencia de las actividades gubernamentales, 2) la probidad y la responsabilidad de los Gobiernos en la gestión pública, 3) el respeto de los derechos sociales, 4) el respeto de la libertad de expresión y de prensa, 5) la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y 6) el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad (art. 4.º). Al igual que algunos de los mencionados elementos esenciales de la democracia, muchos de estos componentes fundamentales también se han configurado en las constituciones como derechos ciudadanos individualizados, como por ejemplo el conjunto de derechos sociales y la libertad de expresión del pensamiento. **Sin embargo, también considerados en**

**su conjunto, junto con los elementos esenciales, estos componentes fundamentales de la democracia permiten reafirmar la existencia del derecho ciudadano a ésta, como derecho fundamental en sí mismo, lo que implica sobre todo la posibilidad ciudadana de controlar el ejercicio del poder”** (negritas fuera de texto).

El iuspublicista venezolano Aguiar (2014, pp. 78-83), en autorizada opinión que se cita en extenso, por su singular trascendencia dogmática, basada en fallos vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explica la conclusión a la que llega sobre los elementos que configuran la democracia representativa y los elementos esenciales para su goce (núcleo medular o ámbito de protección del derecho fundamental a la democracia) a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la **Carta Democrática** Interamericana, así:

“132

A tenor de sus descriptores normativos en la Carta Democrática Interamericana como de sus interpretaciones según el principio ordenador pro homine et libertatis y de las enseñanzas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (A. Aguiar, *Digesto de la democracia*, Caracas, 2014), los elementos esenciales de la democracia representativa y los componentes fundamentales de su ejercicio, sin que se les entienda numerus clausus, son básicamente doce.

Elementos esenciales  
de la democracia representativa:

a. Respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Corte ha dicho que la democracia representativa se asienta en el Estado de Derecho y éste presupone la protección vía ley de los derechos humanos (OC-6/86, párr. 29), que no pueden interpretarse para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, tal y como reza el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

b. Acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho. El principio de legalidad, como lo reafirma la misma Corte, se encuentra en casi todas las Constituciones elaboradas desde finales del siglo xviii, que es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación (OC-6/86 ídem). No obstante, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, a través del voto o el mismo dictado de las leyes (caso Gelman versus Uruguay, párr. 239).

c. Celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo. Los ciudadanos en una democracia, lo señala la Corte de San José, tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica –según la misma Corte– que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representan, como se lee en el fallo del Caso Yatama versus Nicaragua (2005, párr. 198).

d. Régimen plural de partidos y de organizaciones políticas. Al respecto, la jurisprudencia interamericana observa que no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No obstante, reconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia a cuyo efecto observa que deben tener propósitos compatibles con el respeto de los derechos y libertades para ser reconocidos como tales (caso Yatama, cit., párrs. 215 y 216).

e. Separación e independencia de los poderes públicos. El estándar dicho es

característico del Estado democrático; no solamente implica una especialización de las labores estatales de acuerdo a como hayan sido asignadas sino que a su vez implica la existencia de un sistema de frenos y contrapesos, mediante el cual se constituya un control y fiscalización recíproco entre cada rama del poder (caso del Tribunal Constitucional versus Ecuador, 2013, voto juez Ferrer, párr. 15); y supone su carácter finalista: como lo es proteger a la persona humana y sus derechos, que no al Estado mismo o a cada uno de sus poderes en sí. De donde se colige que ningún poder del Estado –salvo la ley y como lo declara la Corte– puede predeterminar la conducta de los otros en un régimen democrático de separación de poderes y de distribución de funciones (caso Myrna Mack versus Guatemala, 2003, voto García Ramírez, párr. 86). Por lo mismo, la separación de poderes guarda una estrecha relación, no sólo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos (caso de la Corte Suprema de Justicia versus Ecuador, 2013, párr. 179).

134

#### Componentes fundamentales del ejercicio de la democracia

a. Transparencia de las actividades gubernamentales. Ella ha lugar o se propicia, según la Corte, a través de la opinión pública que no sólo fomenta la transparencia sino que promueve la responsabilidad los funcionarios sobre su ges-

ción política, de donde debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público (caso Herrera Ulloa, 2004, párr. 127). En efecto, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales. No sólo eso. El acceso a la información bajo control del Estado, que sea de interés público, –lo señala la Corte– puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control (caso Claude Reyes versus Chile, 2006, párr. 86).

b. Probidad de los Gobiernos. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el asunto vuelve hacia los predios de la libertad de expresión por ser una de las formas más eficaces para denunciar la corrupción, siendo que en una democracia la regla debe ser la publicidad de los presuntos actos de corrupción y ello necesariamente importa en una sociedad democrática (caso Ricardo Canese versus Paraguay, 2004, párrs. 72 y 93).

c. Responsabilidad de los gobernantes en la gestión pública. La obligación de garantizar los derechos humanos, que

es propósito de la democracia y del Estado de Derecho, no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental y asimismo la posibilidad de que el Estado también responda por los actos u omisiones de cualquier autoridad pública que comprometan tales derechos (caso La Masacre de Pueblo Bello, 2006, párr. 111). Pero para alcanzarlo, según la Corte, es incompatible con el Estado de Derecho que los secretos escapen de la ley, esto es, que el poder tenga ámbitos en los que no es responsable porque no están regulados jurídicamente y que por tanto están al margen de todo sistema de control (caso Myrna Mack, cit., párr. 181).

d. Respeto a los derechos sociales. El Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana, es preciso al observar, en primer término la interdependencia entre los derechos sociales y los derechos políticos, a un punto tal que su reafirmación y desarrollo la juzga fundamental para la consolidación del régimen democrático representativo de gobierno; al ser unos y otros de tales derechos su sentido y propósito final dentro de la concepción moderna que posterga la lejana y clásica visión del Estado minimalista y de abstención. Al efecto, la Corte, señala que dichos derechos tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos, y que son motivo de continua transformación para su plena rea-

lización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días (caso Suárez Peralta versus Ecuador, 2013, voto Ferrer, párr. 105).

e. Libertad de expresión y de prensa. Es tal libertad, lo ha dicho repetidamente y hasta la saciedad la Corte, una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática (OC-5/85, párr. 70), un elemento fundamental sobre el cual se basa su existencia y condición para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Sin una libertad de expresión efectiva, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia comienzan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad (caso Canese, cit., párrs. 82 y 86).

f. Subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida. El caso paradigmático de la experiencia latinoamericana es la tutela por el elemento militar de nuestras sociedades, sobre lo civil y lo político. De allí que, con vistas al fortalecimiento democrático de nuestras sociedades, la Corte reitera sobre el carácter restrictivo y excepcional que tiene la jurisdicción penal militar en un Estado democrático

de Derecho, sólo competente para la protección de intereses jurídicos especiales vinculados con las funciones que la ley civil asigna a las fuerzas militares (caso La Masacre de Pueblo Bello, cit., 2006, párr. 189); pero incompetente para conocer cuando los militares en actividad violan los derechos humanos.

g. Respeto al Estado de Derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad. Entendida la idea del bien común como el conjunto de las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal, viene de suyo como imperativo, en criterio de la Corte, la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se promueva la plena realización de los derechos de la persona humana (OC-6/86, párr. 31)".

### III DE LA RUPTURA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL QUE AMENAZA Y VULNERA EL ORDEN DEMOCRÁTICO VENEZOLANO AL AFECTAR EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA DEMOCRACIA INTEGRAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Afirmado lo anterior, es factible y viable (válido) que el actual Secretario General

de la OEA, Doctor Luis Almagro L., acuda a pedir ante el Consejo Permanente la activación de la acción colectiva en defensa de la democracia venezolana siguiendo el artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana, con el irrefutable argumento de que, en el caso venezolano actual, dichos presupuestos fácticos se dan, por analogía, para la configuración de la ALTERACIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL QUE AFECTE GRAVEMENTE SU ORDEN DEMOCRÁTICO de manera similar a los presupuestos que conforman la RUPTURA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL, como lo ha dicho la dogmática de la Corte Constitucional colombiana, que se produce en Venezuela todos los días y en incontables episodios antidemocráticos cuando

i) Por actos expresos del Ejecutivo se desconocen los derechos fundamentales y se agrede la dignidad humana de los venezolanos mediante la ejecución del poder político, contando con el apoyo de las Fuerzas Armadas para discriminar, humillar, consentir la impunidad o someter la libertad de la población mediante la privación de sus más elementales necesidades (comida, medicinas, libertad, vida, seguridad, etc.), que son controladas por el Gobierno para generar sumisión y dominación con fines políticos o se mantiene en cautiverio a líderes disidentes, con fines de silenciarlos, violando de plano sus derechos esenciales. El actual Gobierno de Venezuela, en su apuesta sectaria por mantenerse en el poder, a cualquier costo, ha renunciado a la obligación proteger,

respetar y garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales que le imponen los Tratados, Acuerdos y Convenios Internacionales sobre la materia (Bloque de Constitucionalidad) y la Constitución Nacional;

- ii) Se desconoce el principio de la soberanía popular como potestad del constituyente primario por parte del Ejecutivo cuando se cercena la libertad de actuación de la Asamblea Nacional, se deja sin representación política a un Estado (Amazonas) para generar incertidumbre y desbaratar el quorum calificado que el pueblo libremente le otorgó al Parlamento y, con ello, poner a ganar al Gobierno en estrados judiciales lo que perdió por voluntad del pueblo o cuando se mantienen prisioneros a Diputados electos por el pueblo que están amparados de fuero parlamentario y deberían haber sido puestos en libertad; derecho este que el Gobierno pretende canjear a cambio de obligar (chantajear) a la oposición representada en la MUD a cambio de que estos renuncien a la activación del referendo revocatorio, este mismo año, o se sumen a la farsa de la mal llamada Comisión de la Verdad promovida e integrada por leales e incondicionales al gobierno de turno, por solo citar ciertos ejemplo entre la infinidad de flores que adornan el pantano en que devino lo que Michelangelo Bovero denomina la kakistocracia (gobierno de los peores, de los malos) venezolana;
- iii) Desde el Gobierno se desconoce el principio de separación funcional de las ra-

mas que integran el Poder Público dada la obsecuencia y obediencia del Tribunal Supremo de Justicia (y su arrodillada Sala Constitucional), ilegalmente conformado por fichas partidistas del Gobierno, que opera, al igual que las Fuerzas Armadas, como peón de brega del Ejecutivo, siguiendo sus directrices, irrespetando la autonomía del Parlamento y su potestad de inspección y control sobre la gestión pública (constitucionalmente destituyó al Ministro de Alimentación, Rodolfo Marco Torres, mediante voto calificado de censura, y sigue en ejercicio del cargo por la truculencia de un Decreto de Emergencia Económica); impide la potestad de configuración legislativa cuando desconoce de plano las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional para castrar su poder de control político ante los Estados de Excepción del Ejecutivo (en Venezuela, desde Chávez a la fecha, en 17 años, el Ejecutivo ha tenido más facultades legislativas excepcionales, por leyes de habilitación o delegación del Parlamento de su bolsillo, que la propia Asamblea Nacional), amputar su facultad contralora y de investigación o fiscalización para amparar los desafueros de un Gobierno que no rinde cuentas a nadie y anular la voluntad del soberano que votó masivamente en diciembre pasado y, con su voto, quiso que la oposición agrupada en la MUD fuera mayoría calificada en el hemiciclo para que, conforme a la Constitución, como expresión directa del pueblo soberano, legislara, controlara y fiscalizara a un

Gobierno groseramente autoritario, abiertamente militarista y nítidamente antidemocrático.

De otra parte, a diferencia de lo que alega el señor embajador de Venezuela ante la OEA, Doctor Bernardo Álvarez, por Venezuela formar parte del referido organismo hemisférico, como suscriptor del Tratado de conformación, siendo que no ha denunciado su vigencia, debe como Estado, sin menoscabo de su soberanía interna, a través de su Gobierno e instituciones, cumplir con las obligaciones internacionales que la compelen a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y la vigencia de la democracia, por fuerza de los tratados y convenios internacionales que le son aplicables como parte de la comunidad estatal americana. Igual valentía debería tener el Gobierno a la hora de cuestionar el protectorado, coloniaje o el penoso vasallaje al que se reducen los Convenios con Cuba, donde la soberanía nacional, por conveniencia ideológica, ha quedado reducida a una opereta o mofa bufa.

Es de hacer notar que los mismos principios han sido destacados por la jurisprudencia colombiana<sup>13</sup> para las Cláusulas Democráticas de la Unasur y el Mercosur que rigen igualmente en Venezuela. En estos documentos, vigentes en la normatividad de Venezuela, pueden ser invocados de manera complementaria ante la OEA, y en ellos **se define que**

**un Gobierno deja de ser democrático cuando atenta contra el contenido esencial de la democracia misma, representado en los principios, valores y reglas de la propia democracia (contenido o núcleo esencial),** que apunta a una vida de respeto por la libertad y la igualdad de las personas, en armonía con lo establecido en los artículos 3.º y 4.º de la Carta Democrática Panamericana.

## IV

### **FALTA DE LEGITIMATIO AD CAUSAM DEL PUEBLO (LA PERSONA) PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN COLECTIVA PRODEMOCRÁTICA Y LA IMPORTANCIA DEL ROL QUE LES ASIGNA A LOS ESTADOS MIEMBROS Y AL SECRETARIO GENERAL DE LA OEA EL ARTÍCULO 20 DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA**

Pese a que la Carta reconoce el derecho de los pueblos de América a la democracia, sin embargo, la redacción de las Cláusulas Democráticas **no les permite protagonismo directo a las personas como titulares del derecho fundamental a la democracia, para ejercerlo ante los foros regionales** (OEA, CAN, Unasur, Mercosur) y para enervar los ataques a su contenido (provenientes del Estado, su Gobierno y sus agentes) mediante el ejercicio directo de la acción colectiva prodemocrática, dejando la legitimación por

<sup>13</sup> Véase, entre otras, la sentencia C-644 de 2004, M. P.: Drigo Escobar Gil, en la que declaró la exequibilidad de la Ley 846 de 6 de noviembre de 2003, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena, 'Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia', hecho en Oporto, Portugal, el diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998)" de la Corte Constitucional de Colombia, que le atribuye carácter dogmático vinculante a la Carta Democrática Interamericana.



activa y la capacidad de realizar todo tipo de actuaciones en manos de los Estados y sus Gobiernos, ignorando u omitiendo que sus representantes o agentes son los que, en la mayoría de los casos, como usufructuarios del poder político, valiéndose de la influencia que de él dimana, impiden el goce del abanico de derechos fundamentales que integran el núcleo esencial complejo del derecho a la democracia, deviniendo en un derecho fundamental que –dejando de cumplir el enunciado deóntico de las Cláusulas Democráticas que lo configuran, *exempli gratia*, la Carta Democrática Interamericana– corre el riesgo de ser inefectivo, ineficaz, un derecho aéreo o de papel, sometido a una suerte de limbo jurídico sometido al juego de intereses políticos particulares, locales o regionales que más se antojen a acomoden a la visión coyuntural de los Jefes de Estado o de Gobierno de momento, lo que interfiere su realización, porque a la persona humana, como parte de los pueblos de América, no se le reconoce legitimidad de acción internacional, motivo por el cual no lo puede ejercer la persona beneficiaria de él, **salvo la vía excepcional del artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana**, que faculta, claramente y sin titubeos, al Secretario General de la OEA a activar el mecanismo de la acción colectiva prodemocrática, obrando en representación del organismo y como vocero de las personas (**expresión de soberanía popular**) de un Estado determinado donde se evidencie una situación de ruptura del orden constitucional que amenace o exponga a peligro de destrucción el orden democrático; actuación extraordinaria que está obligado o compelido a desarrollar aun

contra la voluntad institucional (**expresión de soberanía nacional**) del Estado-Gobierno venezolano agresor del núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia integral o D+EBDH.

Como se puede apreciar, en las Cláusulas Democráticas de la OEA, CAN, Mercosur y Unasur, existe una desigualdad de trato inadmisibles entre la persona, beneficiaria del derecho fundamental a la democracia, quien NO puede reclamarlo y ejercerlo en caso de violación a su contenido esencial frente al Estado, y su Gobierno (sujetos obligados de la relación jurídica democrática), al que se le reconoce legitimidad procesal internacional, que obra de manera omnimoda, omnipotente y exclusiva, como usufructuario del poder y la influencia que deriva del referido usufructo ilimitado del poder político que usa a veces para destruir la propia democracia; agente este al que se le reconoce legitimación por activa para defender sus actuaciones (por aberrantes y antidemocráticas que ellas sean) y puede ejercitar toda suerte de gestiones para ahogar los reclamos de las personas de su territorio, silenciadas y sin protagonismo alguno, cuando de defender el contenido del derecho fundamental a la democracia integral se trata.

He allí la importancia del artículo 20 de la Carta Democrática Interamericana<sup>14</sup> **para**

14 Carta Democrática Interamericana, artículo 20: En caso de que en un Estado Miembro se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático, cualquier Estado Miembro o el Secretario General podrá solicitar la convocatoria inmediata del Consejo Permanente para realizar una apreciación colectiva de la situación y adoptar las decisiones que estime conveniente. El Consejo Permanente, según la situación, podrá disponer la realización de las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática. Si las gestiones diplomáti-

**cualquier Estado miembro** de la OEA o, en su defecto, **el Secretario General de la OEA**, asumiendo, en la *praxis*, el protagonismo que no se les permite a las personas titulares del derecho a la democracia, sea vocero y representante de las personas beneficiarias (despojadas de legitimidad activa), quienes son, en la letra, beneficiarias del derecho fundamental a la democracia integral, pero están impedidas de exigir el cumplimiento por el Estado-Gobierno venezolano, obligado de la relación jurídica democrática, que obra de manera despótica, desconoce el contenido esencial de la democracia integral como derecho fundamental, sin que tenga un contrapeso institucional en el foro regional hemisférico que haga frente a la arbitrariedad de su incumplimiento de las obligaciones democráticas que tiene ante los venezolanos (silenciados y anónimos en materia de legitimación activa en el seno de la OEA), quienes, *ante la indiferencia de algún Estado miembro del bloque hemisférico*, **únicamente contamos con la valentía y pundonor del Secretario General de la OEA** para que funja como nuestro agente en esta singular e histórica **actio popularis prodemocrática** que ha desencadenado su petición de activación de la **acción colectiva en defensa de la democracia venezolana**, siendo que su actuación no debe ser vista como una manifestación

de voluntad individual<sup>15</sup>, sino como la del agente protector de la democracia en el hemisferio americano, quien, por mandato de la Carta Democrática Interamericana (artículo 20), tiene la potestad, facultad o mandato (como cualquier jefe de Estado o Gobierno miembro de la OEA) de fungir, en las actuales circunstancias, como una especie de **amicus curiae** del pueblo venezolano (aunque la acción colectiva prodemocrática, en puridad jurídica, no es un juicio o litigio, pero sí un procedimiento reglado en la Carta), en aras de la concreción o materialización corpórea del goce efectivo del contenido esencial del derecho fundamental a la democracia en la esfera vital de las personas que a quienes favorece, como beneficiarias del referido derecho, funcionalmente establecido para el logro de su dignidad humana en la medida que permite el desarrollo de sus planes de vida valiosos, sin daños, y poder gozar de bienes materiales e inmateriales suficientes para funcionar en la sociedad y alcanzar el fulgor o esplendor humano que hoy, debido a la opresión política, el despotismo económico, el desbordado autoritarismo militarista y la persecución a la oposición, el Gobierno venezolano, desconociendo el contenido esencial del derecho superior a la democracia, el Estado-gobierno venezolano no les

---

cas resultaren infructuosas o si la urgencia del caso lo aconsejare, el Consejo Permanente convocará de inmediato un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para que ésta adopte las decisiones que estime apropiadas, incluyendo gestiones diplomáticas, conforme a la Carta de la Organización, el derecho internacional y las disposiciones de la presente Carta Democrática. Durante el proceso se realizarán las gestiones diplomáticas necesarias, incluidos los buenos oficios, para promover la normalización de la institucionalidad democrática.

---

15 Supuestamente movido por animadversiones, ejercicios imperiales, intromisiones e injerencias indebidas o por afanes mediáticos por el cargo que ostenta como erráticamente lo tilda el Gobierno venezolano del Presidente Nicolás Maduro y sus defensores. Igual crítica hubiese merecido el Estado miembro del bloque hemisférico (o su gobierno) que hubiere osado invocar la activación de la acción colectiva prodemocrática frente a las graves y patéticas alteraciones del orden constitucional que afectan gravemente el orden democrático en Venezuela, donde el Estado y su Gobierno incumplen con los deberes y obligaciones del contenido esencial del derecho fundamental a la democracia con énfasis en derechos humanos, esto es, la democracia integral o D+EBDH.

reconoce, respeta ni garantiza. Entonces, por mandato del artículo 20, ya aludido, el Secretario General de la OEA, como *amicus curiae* del pueblo venezolano, como titular del derecho fundamental a la democracia, es el portaestandarte, garante y defensor del contenido esencial de nuestro derecho fundamental a la democracia, plenamente facultado para ejercer la legitimación activa, en su nombre y representación, a pedido de la Asamblea Nacional de Venezuela, estando habilitado (*legitimatio ad causam*) para ejercer vocería y presentar ante el Consejo Permanente o la Asamblea General de la OEA, según sea el caso, los alegatos y probanzas que no pueden ejercer el pueblo y las personas venezolanas directamente<sup>16</sup>, así como para que, como agente defensor de la democracia hemisférica, demuestre el incumplimiento, por parte del Estado y Gobierno venezolano, de las obligaciones y deberes que le impone la relación jurídica democrática ante el respeto y goce efectivo del haz de derechos fundamentales que integran contenido esencial complejo del

## A la hora de calificar la democracia como derecho autónomo cabe la doctrina de la integralidad de los derechos humanos, aplicable al reconocimiento de los derechos fundamentales

derecho fundamental a la democracia a favor del logro del contenido normativo de la dignidad humana de todas las personas de Venezuela.

Por ello, con la trascendente actuación institucional de alguno de los **Estados miembros** o, en su defecto, del Secretario General de la OEA, en defensa de la democracia, como derecho de las personas que integramos el pueblo venezolano, en este caso, se evita que devenga o se reduzca a un **nudo derecho del pueblo y las personas a la democracia, un derecho aparente o putativo, puesto que el usufructuario del poder político, es decir, el Estado y su Gobierno, está obligado a respetar, garantizar y proteger su núcleo esencial complejo, funcional al logro del contenido de la dignidad humana como medio y fin para el goce efectivo de los derechos de su ámbito de protección, mediante refuerzos recíprocos, simbióticos, interrelacionados e interdependientes para la realización de los planes de vida valiosa, sin daños de las personas, la materialización de su fulgor humano y su efectivo funcionamiento en la sociedad democrática.**

A la hora de calificar la democracia como derecho autónomo, cabe la doctrina de

16 Por fallas de técnica legislativa de la Carta Democrática Interamericana que amerita, en el seno de la OEA, una urgente revisión y reforma para que se le reconozca legitimidad internacional (*legitimatio ad causam*) para el ejercicio de la acción colectiva prodemocrática a las personas, a los partidos, organizaciones y movimientos políticos y las organizaciones de defensa de la democracia en defensa del contenido esencial del derecho fundamental a la democracia y la exigencia del cumplimiento de las obligaciones y deberes democráticos por parte de los sujetos obligados de la relación jurídica democrática (Estados y gobiernos, *prima facie*) poniendo énfasis en su papel como instrumento y fin destinado al logro del contenido de la dignidad humana, bajo enfoque en el goce de los derechos humanos, esto es, la realización de la democracia integral o D+EBDH compuesta por aspectos instrumentales y un haz de derechos fundamentales que tienen en su goce efectivo el elemento indispensable de su propia realización, interdependiente e interrelacionada, mediante refuerzos mutuos. Este proceso de reforma, luego de dirimida la suerte de la acción colectiva prodemocrática liderada por el Secretario General de la OEA en el caso de insatisfacción del derecho fundamental a la democracia por la ruptura del orden constitucional y democrático que hoy vive, con signos trágicos, el pueblo venezolano.

la integralidad de los derechos humanos, aplicable al reconocimiento de los derechos fundamentales, según la cual, gracias a la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, todos tienen la misma jerarquía y valor jurídico<sup>17</sup>, siendo todos igualmente fundamentales, adicionado a que la democracia es vista desde el enfoque basado en derechos humanos (D+EBDH), dando lugar a la concepción de la democracia integral. Si los derechos que integran el núcleo esencial de la democracia son todos fundamentales y se la concibe como derecho autónomo funcional al logro de la dignidad humana, a la luz de una serie de disposiciones y normas constitucionales, su categoría normativa, como derecho autónomo, es igualmente fundamental, puesto que la democracia, como derecho continente, tiene igual jerarquía que los derechos contenidos en su ámbito de protección, es decir, fundamental o I+EBDH.

De otra parte, para fines del presente documento, se han tomado como referencia los fallos y sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Interamericana de Justicia, sin que ello sea obstáculo para afirmar la vigencia y aplicabilidad de las normas en comento en los demás países de los Bloques de Integración regional o subregional (OEA, CAN –sin Venezuela–, Mercosur, Una-

sur) donde aquellas rigen y deben ser acatadas y respetadas por los Gobiernos de los países miembros y dan lugar a la activación de **la acción colectiva prodemocrática en caso de que el contenido de las Cláusulas de Condicionalidad Democrática** sea amenazado o vulnerado mediante la configuración de la ruptura (golpe de Estado) de la continuidad del Gobierno electo popularmente o también en caso de configurarse los supuestos que constituyan amenazas o vulneraciones contra el **orden democrático per se** o el **orden constitucional** establecidos en las aludidas Cláusulas Democráticas<sup>18</sup>.

## V LAS CLÁUSULAS DEMOCRÁTICAS

### PREVISTAS EN LOS TRATADOS DE CAN, MERCOSUR, UNASUR Y OEA

Adicionado a lo anterior, cabe citar las denominadas Cláusulas de Condicionalidad

<sup>17</sup> Así lo corrobora la novísima sentencia T-095 de 2016 de la Corte Constitucional (M. P.: Alejandro Linares C.) en su consideración jurídica: “29. En el Título II, Capítulo 1 de la Constitución Política consagran los derechos fundamentales nominados y positivizados. Para la jurisprudencia constitucional la noción de derechos fundamentales se ha consolidado, en primer lugar, a partir de una construcción tradicional de los derechos que se deriva de los principios de indivisibilidad, integralidad y universalidad, los cuales ordenan la protección igualitaria de todos los derechos que sean necesarios para preservar la dignidad humana” (negritas y subrayas incorporadas).

<sup>18</sup> Véase la reciente sentencia T-095 de 2016 de la Corte Constitucional (M. P.: Alejandro Linares C.), que dice: “Sin embargo, a partir de la sentencia T-227 de 2003[25], la Corte ha establecido que el concepto de derechos fundamentales deviene de su relación con la dignidad humana, para lo cual el juez constitucional debe evaluar la existencia de un consenso –dogmático, legislativo, constitucional o de derecho internacional de los derechos humanos– y valorarlo en concreto. Empero, la ‘fundamentabilidad’ de un derecho dependerá de la posibilidad de ‘traducción en derechos subjetivos’, a partir de lo cual sería posible determinar el titular (legitimación por activa), el destinatario de la orden (legitimación por pasiva, o el obligado) y el contenido del derecho[26]. (...) En síntesis, **el fundamento de los derechos constitucionales se desprende de su relación con la dignidad humana**, por lo cual **es necesario evaluar la existencia de consensos ya sean dogmáticos, legislativos o de derecho internacional para valorar qué es un derecho fundamental, quién es el titular de los mismos y cuál es el contenido del mismo**. En virtud de lo anterior, para la procedencia de la acción de tutela, es relevante determinar la existencia de un derecho constitucional fundamental cuya protección se pueda solicitar por medio de dicho mecanismo” (negritas, cursiva y subrayas incorporadas).

Democrática o **Cláusulas Democráticas** previstas en los Tratados de Unasur, Mercosur y OEA, de los que forma parte Venezuela, que determinan como presupuesto de admisión y permanencia dentro de los Bloques de Integración regionales y continental, respectivamente, que todo Estado miembro cumpla a cabalidad, entre otros, con los **tres elementos sustanciales que configuran el orden constitucional y democrático**, a saber:

a) Garantía y protección a la dignidad humana, que refiere al respeto que merece la persona por el hecho de serlo, consistente en que pueda desarrollar en libertad un plan de vida y que cuente con condiciones materiales y espirituales básicas para el despliegue de su capacidad creadora;

b) Respeto inalterado al principio de soberanía popular, que radica en que la soberanía popular, expresada en comicios, debe ser acatada por todos los órganos del Estado, máxime cuando, como en el caso del Legislativo, deriva directamente de la decisión del pueblo; y

c) Respeto invariable al principio de separación de poderes, como fórmula imprescindible para un sistema de controles institucionales que impidan el predominio del Ejecutivo (Gobierno) sobre las demás ramas del poder público.

En una Nación que forme parte de la OEA, CAN, Unasur o Mercosur donde se ultrajen, irrespeten o desconozcan estos presupuestos cardinales de la vida política, se puede asegurar que existe ruptura del orden

constitucional y del orden democrático, sin lugar a dudas, pudiendo activarse la acción colectiva de defensa de la democracia en cualquiera de ellos, cumpliendo con los mecanismos convencionales pactados entre los países miembros de dichos sistemas de integración. Y ese es, tristemente, el caso de la Venezuela de hoy. Entonces existe vulneración del orden democrático cuando desde el Gobierno se irrespetan la dignidad de la persona humana; se irrespetan los derechos fundamentales de las personas; se desconoce el principio de soberanía popular y de sumisión del poder constituido frente al pueblo soberano; o se desconoce la separación de las ramas del poder público, en especial cuando se ultraja la independencia del poder judicial.

El orden democrático y el orden constitucional son bienes jurídicos públicos, de naturaleza política, protegidos por las denominadas Cláusulas sobre Compromiso Democrático o Cláusulas Democráticas (CD), previstas en los siguientes instrumentos internacionales:

a) Carta Democrática Interamericana (Lima, 2001);

b) Protocolo sobre Compromiso con la Democracia de la Comunidad Andina de Naciones (Oporto, 1999);

c) Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (art. 13 y ss.);

d) Protocolo sobre Compromiso con la Democracia del Mercosur (Ushuaia 1999 y su reforma de Montevideo 2011, también llamado Ushuaia II);

**Los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales (ONU, 1966) se encuentran una serie de normas y disposiciones como la primigenia Resolución 1999/57**

- e) Protocolo sobre Compromiso con la Democracia de la Unasur (Georgetown, 2010, vigente desde 2014); y
- f) Resoluciones de la Comisión (ahora Consejo) de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas sobre el derecho de los pueblos a la democracia y el deber estatal de promoverla y garantizarla (resoluciones 1999/57, 2000/46 y 2003/36).

**El orden democrático** se entiende integrado, en su parte esencial, a la luz de dichas normas dotadas de eficacia vinculante (*erga omnes*), por

- El respeto y logro de la dignidad humana;
- El respeto y logro de los derechos humanos fundamentales;
- El respeto inquebrantable de la soberanía popular; y
- La separación funcional e independencia tangible del poder público, que son concentraciones en su rama ejecutiva<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> En los términos de la sentencia C-538 de 2010 de la Corte Constitucional de Colombia, que interpretó y declaró la constitucionalidad del Protocolo sobre Compromiso Democrático de Unasur, que considera conformado, protegido y asegurado el orden democrático cuando el Gobierno de un país miembro del Bloque actúa a favor del logro de la dignidad humana, la realización de los derechos funda-

A su turno, el **orden constitucional**, además de lo anterior, también comprende el respeto por los procedimientos y las fórmulas que consagra la Carta Magna para el ejercicio racional del poder político; el respeto por la forma republicana y federal de gobierno; el respeto por la alternancia del poder y la incolumidad de las minorías políticas como opción futura de poder; la intangibilidad de la Constitución, que no puede ser sustituida o desconocida por ningún acto de ninguna de las ramas del Poder Público; la sujeción del poder político a la racionalidad de los dispositivos de la Constitución como marco jurídico, democrático y participativo y el cumplimiento de los deberes estatales de respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales como límite del poder político y razón de ser del Estado social y democrático de derecho, distinto al Estado de terror o de arbitrariedad, que caracteriza los autoritarismos, de cualquier ralea.

Ahora bien, cónsonos con el desiderátum hasta ahora expuesto, en materia de normatividad, tenemos que, además de los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales (ONU -1966), se encuentran una serie de normas y disposiciones (irradiadas por el respeto de la dignidad humana), como la **primigenia Resolución 1999/57 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (CDH-ONU), sobre Promoción del Derecho a la Democracia; la Resolución 2002/46 de la CDH-ONU, omisión de De-**

mentales, el respeto sacrosanto a la soberanía popular y el respeto, visto en la praxis, por la separación funcional (independencia y autonomía) del poder público sin concentraciones en su rama ejecutiva.

**rechos Humanos de las Naciones Unidas sobre “Nuevas medidas para promover y consolidar la democracia”, reconocida con fuerza dogmática en la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de 2002 (CAPPDH)<sup>20</sup>, y la Resolución 2003/36 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre “La interdependencia entre la democracia y los derechos humanos”**, para examinar los elementos constitutivos del núcleo esencial complejo de dicho derecho fundamental y el Protocolo de Washington de 1992 de la Organización de Estados Americanos (OEA), sobre Protección de Gobiernos Electos Democráticamente<sup>21</sup>, con fuerza vinculante o erga omnes a nivel continental (eficacia de norma de lege lata, pilar que he venido denominando en mis estudios y trabajos académicos como el **DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEMOCRACIA O IUS COGENS PRODEMOCRÁTICO**), que dio paso a

la discusión y aprobación de la Carta Democrática Interamericana<sup>22</sup> aprobada en Lima, Perú, 2001, y a las Cláusulas Democráticas de la CAN, Mercosur y Unasur, respectivamente, todas vigentes.

En línea a lo anterior, provenientes del seno de la CAN, están las normas del “Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena ‘Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia’ ”<sup>23</sup>, la Carta Social Andina (1992) que refiere a la democracia y, de modo particular, la CAPPDH (2002)<sup>24</sup>. Este último

20 Define el núcleo esencial de la democracia como derecho de los pueblos andinos. Forma parte de la dogmática vigente en el sistema andino de integración por su recepción en el artículo 14 de la CAPPDH (2002).

21 La Corte Constitucional, en sentencia C-187 de 1996, M. P.: Carlos Gaviria Díaz, declaró la exequibilidad de la Ley 210 del 15 de septiembre de 1995, “Por medio de la cual se aprueba el Protocolo de reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos ‘Protocolo de Washington’, suscrito en Washington el 14 de diciembre de 1992”. Dice la Corte: Protocolo de Washington. El artículo 9.º que se introduce a la Carta de la OEA no vulnera la Constitución Colombiana, pues la facultad de suspensión que se otorga a la Asamblea General y que conduce a la no participación del Estado respectivo en las sesiones de la Asamblea, de los Consejos y de los demás cuerpos del Organismo Internacional no es en manera alguna incompatible con el respeto a la soberanía y a la autodeterminación de los pueblos que predica el artículo 9.º Superior. Además, las medidas que puede llegar a adoptar la Asamblea de la Organización dentro del marco normativo del Protocolo de Washington se circunscriben al ámbito propio de ésta, en consecuencia, no implican injerencia alguna en los asuntos internos del Estado correspondiente, ni tienen la virtualidad de vulnerar el núcleo de su autonomía y libertad. Se trata, simplemente, de la aplicación de sanciones previamente establecidas por la citada organización internacional a los miembros de la misma que lesionen los principios básicos que la gobiernan y por los cuales los Estados expresaron su voluntad de asociarse y trabajar conjuntamente.

22 La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia C-644 de 2004, M. P.: Rodrigo Escobar Gil, en la que declaró la exequibilidad de la Ley 846 de 6 de noviembre de 2003, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena, ‘Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia’, hecho en Oporto, Portugal, el diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998)”, al referirse al valor dogmático y la aplicabilidad de la CDI, indicó: “Recientemente, la CDI aprobada el 11 de septiembre de 2001, en el artículo 1.º reafirma el derecho de los pueblos de América de gobernarse conforme a los pilares y principios de la democracia, y así mismo, establece la obligación de las autoridades de cada Estado de promover y defender los elementos esenciales dicho régimen político. De conformidad con la citada Carta, ‘el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de Derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos’ (artículo 2.º). En aras de propender a la defensa del régimen democrático, la Carta establece en el artículo 19 que la ruptura del orden democrático o la alteración del orden constitucionalmente establecido que afecte gravemente la estabilidad democrática de un Estado miembro constituye, mientras persiste, ‘un obstáculo insuperable para la participación de su gobierno en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, de las Comisiones, Grupos de Trabajo y demás órganos de la organización’. Disposición que resulta acorde a lo previsto en el artículo 9.º del Protocolo de Washington, declarado exequible por esta Corporación en Sentencia C-178 (sic) de 1996”. La sentencia correcta a la que debió citarse por parte de la aludida Corte es la C-87 de 1996 de la misma entidad judicial.

23 Aprobado en Oporto, Portugal, el diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998), fue promulgado como norma interna por el Congreso de Colombia mediante la Ley 846 de 6 de noviembre de 2003, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena, ‘Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia’. Para el caso colombiano, recibió la sentencia de constitucionalidad favorable C-644 de 2004 de la Corte Constitucional, M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Venezuela denunció el Tratado del Acuerdo de Cartagena y ya no forma parte de la CAN.

24 Dada y firmada en Guayaquil el 26 de julio del año 2002, siguió la senda antes fijada por la CDI (Lima, 2001). Su entrada en vigor se basa en la Decisión 586 de 2003 del Consejo

instrumento textualmente reconoce, desde el punto de vista dogmático, el derecho de los pueblos andinos a la democracia (artículo 13); le confiere carácter normativo a la Carta Democrática Interamericana (artículo 4.º); define los elementos esenciales, esto es, el núcleo básico o ámbito de protección del derecho a la democracia (artículo 14) a partir de la reivindicación regulatoria de la Resolución 2002/46 de la CDH-ONU sobre “Nuevas medidas para promover y consolidar la democracia” y asume la aplicación del **criterio de universalidad, interrelación, interdependencia e indivisibilidad tanto de los derechos políticos y civiles como de los económicos, sociales y culturales** (artículo 3.º).

Para abundar en el análisis del punto relativo al núcleo esencial o ámbito de protección del derecho a la democracia (elementos esenciales), se observará que la **CAPPDH (2002) establece:**

Artículo 14. Reiteran su compromiso con el contenido de la CDI y de la Resolución 2002/46 de la CDH-ONU sobre “Nuevas medidas para promover y consolidar la democracia”, especialmente en lo referente **a los elementos esen-**

**ciales constitutivos de la democracia:** el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, la libertad de asociación, la libertad de expresión, de opinión, el acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el Estado de Derecho, la celebración de elecciones periódicas libres, justas e imparciales y basadas en el sufragio universal y mediante voto secreto como expresión de la voluntad de la población, un sistema pluralista de organizaciones y partidos políticos, la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en la vida política de sus países, la separación e independencia de poderes, la transparencia y la rendición de cuentas en la Administración Pública, y unos medios de comunicación libres, independientes y pluralistas (subrayas incorporadas).

En materia de núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia, se ha de tener en cuenta, adicionalmente, lo dispuesto en la parágrafo 1 de la Resolución 2003/36 del Consejo de Derechos Humanos-ONU sobre “*La interdependencia entre la democracia y los derechos humanos*” que

1. Declara que **los elementos esenciales de la democracia** incluyen el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otros; la libertad de asociación y la libertad de expresión y de opinión; también comprenden el acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el Estado de derecho, la celebración de elecciones periódicas libres e imparciales por sufragio universal y mediante voto secreto como

---

Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. Su carácter vinculante ha quedado diferido por el parágrafo del artículo 96 de la Carta hasta tanto el referido Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores decida otorgarle dichos efectos. Su exigencia, no obstante, es posible tanto en la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la CAN como en la jurisdicción nacional por tratarse de normas comunitarias sobre derechos humanos. **No sobra advertir que toda decisión del Consejo y de la Comisión será directamente aplicable, salvo que su texto disponga que requerirá de acto expreso de incorporación al Derecho interno** (artículo 3.º Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina), caso en el cual nos ubicaríamos ante las denominadas obligaciones non self-executing. La Carta no estableció tal restricción, razón por la cual su contenido normativo es aplicable tanto en la jurisdicción interna como en el Tribunal de Justicia de la CAN, quedando diferido su carácter vinculante, lo que no es óbice para invocar su aplicación.



expresión de la voluntad popular, un sistema pluralista de organizaciones y partidos políticos, **la separación de poderes, la independencia del poder judicial**, la transparencia y la rendición de cuentas en la Administración Pública y unos medios de comunicación libres, independientes y pluralistas (subrayas y negrillas incorporadas).

Igualmente, el Protocolo de Ushuaia I del Mercosur sobre Compromiso con la Democracia de 1992<sup>25</sup>, instrumento modificado por el Protocolo de Montevideo de 2011 (conocido como Ushuaia II), en el que se configuran, de manera genérica aunque sin una depurada técnica legislativa, los novedosos presupuestos normativos vinculantes (normas de *lege lata* o *erga omnes* para Venezuela y cualquier país que haga parte del Tratado) que determinan que la democracia (la continuidad del Gobierno legítimo, el orden democrático, el orden constitucional y los principios y valores de la democracia), es un bien jurídico tutelable, sin dejar de lado su exigibilidad y defensa por medios políticos y diplomáticos. Esta norma viene a conformar el naciente derecho de la democracia regional (*corpus iuris prodemocrático comunitario*) o, si se prefiere, *ius cogens pro democrático suramericano*, junto a la Cláusula Democrática de la OEA (Protocolo de Washington de 1992) y de la Unasur<sup>26</sup> (Georgetown 2010,

vigente desde marzo de 2014, Quito), y define desde lo jurídico-regulatorio, con una clara orientación política, que **la acción colectiva prodemocrática** estará en manos (legitimados activos) de las cabezas de los Gobiernos de los Estados parte (o en su defecto en sus Cancilleres) con la lamentable omisión legislativa que dejó sin protagonismo o participación (en los esquemas formales o institucionales para la activación del mecanismo de protección) a las personas, partidos, movimientos o grupos políticos a los que no les otorgan ni reconocen subjetividad o legitimidad de petición y actuación prodemocrática, lo cual no deja de ser una notoria paradoja, ya que algunos de los líderes del bloque de integración subregional se ufanan de promover el protagonismo político de los pueblos.

No obstante, el pueblo, las personas, los partidos, movimientos u organizaciones políticas, las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación tienen la capacidad política de denunciar y cuestionar, en el plano interno y en el supranacional, mediante acciones políticas (protestas, movilizaciones populares y hasta con la desobediencia civil activa, llegadas las circunstancias) para que los Presidentes o, en

*Unasur sobre Compromiso con la Democracia*, suscrito en Georgetown, Guyana, el 26 de noviembre de 2010. Declarada exequible en la sentencia C-246 de 2013, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, entró en vigencia en el bloque regional el 19 de marzo de 2014. El tratado de incorporación a dicho bloque regional de integración conforma el ordenamiento interno mediante la Ley 1440 de 28 de enero de 2011, "Por medio de la cual se aprueba el 'Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas', hecho en Brasilia, Brasil, el veintitrés de mayo de dos mil ocho" con sentencia de constitucionalidad favorable C-633 de 2011, M. P.: Juan Carlos Henao P. Al referirnos a él, se usará entrecorrida la expresión (Quito, 2014) teniendo como referencia el lugar y fecha de su entrada en vigor, aclarando que dicho Protocolo (Cláusula Democrática) fue aprobado en Georgetown, Guyana, en 2010.

25 Integra la normatividad interna por la Ley aprobatoria 1208 del 14 de julio de 2008 del "Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, hecho en Ushuaia, Argentina, el 24 de julio de 1998". Declarada exequible por la sentencia C-538 de 2010, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

26 Forma parte del ordenamiento mediante la Ley aprobatoria 1571 del 2 de agosto de 2012, "Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo de

su defecto, los Cancilleres soliciten la celebración de las reuniones conducentes a verificar la ocurrencia de las amenazas inminentes o la consumación de la violación del contenido de las Cláusulas Democráticas de los sistemas de integración continental (OEA, donde el Secretario General del organismo tiene importantes facultades según la CDI) o regional (CAN, Mercosur y Unasur) para activar la acción colectiva prodemocrática.

La Cláusula Democrática de la Unasur (Quito, 2014) es el último instrumento regulatorio de la democracia a nivel subregional, que es objeto de estudio, dotada de carácter vinculante (*lege lata*), que, siguiendo los pasos de la Cláusula Democrática de MERCOSUR, también configura, de manera genérica y sin una depurada técnica legislativa, los novedosos presupuestos normativos que determinan que la democracia es un bien jurídico-político objeto de protección, conformado por los supuestos de la continuidad del Gobierno legítimo, la defensa del orden democrático, la garantía del orden constitucional y la defensa y protección de los principios y valores de la democracia.

“Artículo 1. El presente Protocolo se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos” (cursivas agregadas).

La anterior limitante, que reduce a la única legitimación de los Estados el ejercicio de la acción regional prodemocrática, contando con el visto bueno del Estado parte respon-

sable de los agresiones a la democracia, impide que situaciones de alevosa afectación del derecho a la democracia (como las antes ejemplificadas), por parte del Gobierno de turno de alguno de los Estados parte, sean denunciadas por las personas y los partidos o movimientos políticos afectados, haciendo que pasen desapercibidas o no sean ventiladas ni sancionadas por el Consejo de Mercado Común, restándole efectividad práctica a dicha norma regional de naturaleza vinculante frente a este tipo de ataques al orden constitucional y al contenido esencial del derecho a la democracia. Se cita:

ARTÍCULO 1.º “El presente Protocolo se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y la vigencia de los valores y principios democráticos”.

Por su parte, en el ámbito del Mercosur (Ushuaia II, 2011), afina los distintos mecanismos de intervención en el desempeño de la acción regional prodemocrática, la cual los pone en cabeza de los Presidentes de los Estados miembros o, en su defecto, en los Ministros de Relaciones Exteriores de aquellos; determina el lugar de reunión del Consejo del Mercado Común, que será el órgano comunitario facultado para conocer y decidir de manera colegiada y por consenso sobre la sustanciación de la misma y establece el lugar de reunión del órgano competente.

Así las cosas, **el núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia en Ushuaia**

II (2011) es más completo y descriptivo y comprende dentro de su contenido esencial (bienes jurídicos tutelados) varios supuestos normativos, de naturaleza compleja o multifactorial, que dotan de mecanismos de protección de la democracia como derecho fundamental, trascendiendo la mera protección del Gobierno de turno que sea depuesto o que esté amenazado con ser derribado por medios inconstitucionales, habiendo ensanchado los supuestos de protección de la democracia a situaciones distintas, como lo son las amenazas o transgresiones al orden democrático, al orden constitucional o a los principios y valores esenciales de la democracia, cuando indica que la Cláusula se aplicará:

#### **A. EN CASO DE RUPTURA O AMENAZA DE RUPTURA DEL ORDEN DEMOCRÁTICO**

Como serían el caso de asonadas, golpes de Estado, insurrecciones militares o populares, etc. La acción puede ser pedida por el Presidente de un país amigo (Argentina, Paraguay) en cualquiera de los casos (Unasur, Mercosur) el canciller de dicho país.

**En este acápite se pueden observar, grosso modo, las actuaciones del Tribunal Supremo de Justicia como agente de la ruptura del orden democrático y constitucional en Venezuela.**

El caso de una patética situación de ruptura del orden democrático y del orden constitucional, a criterio del autor, se da cuando, desde el referido ente judicial, que funciona como oficina jurídica del Gobierno o Ejecutivo en manos del cuestionado presidente Nicolás Maduro Moros, se pretende:

- 1) Desconocer la soberanía popular expresada en la urnas el 6D que pretende ser desconocida por una controvertida decisión judicial de la Sala Electoral del TSJ, que funciona como dependencia del Gobierno, adoptada al margen del más elemental respeto a los procedimientos constitucionales y legales, en época de vacaciones judiciales, suscrita por magistrados de inocultable filiación política a favor del Gobierno, uno de los cuales (Cristian Zepa) acaba de ser designado sin cumplir con las formalidades constitucionales previstas para la provisión de tales magistraturas. La decisión cautelar que suspende la proclamación de los Diputados electos del estado Amazonas, deleznable e inconstitucional, deja sin representación popular a dicha entidad regional, desconoce la soberanía popular de los amazonenses, buscando romper la mayoría calificada obtenida por la Unidad Democrática, con el objeto de impedir que sus diputados ejerzan en la Asamblea Nacional las potestades electorales y de remoción de altos funcionarios del Estado que le asigna la Constitución. Además, se inmiscuye, al margen del derecho, en la independencia y autonomía de funcionamiento de otra rama del poder público, para cumplir un encargo partidista del PSUV, elevado a su conocimiento con base en pruebas ilegales (obtenidas sin autorización judicial), poniendo en duda las conclusiones de la misión electoral de Unasur que determinó que no hubo irregularidades durante las elecciones parlamentarias en comento.

2) Desconocer las competencias constitucionales de la AN para ejercer el control político de los decretos de emergencia conforme a la Carta Magna (art. 339) y la Ley de los Estados de Excepción, al resucitar un decreto de emergencia fenecido, caduco, de imposible restablecimiento judicial, dado que al desaprobalo el Parlamento Nacional decayó el trámite en la Corte Constitucional, que ya no tenía materia sobre la cual decidir. El TSJ, Sala Constitucional, revivió un decreto fenecido, alegando que el “control político de la Asamblea sobre los **decretos que declaran estados de excepción no afecta la legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídica de los mismos**”, por lo cual aseguró que el Decreto 2184 “entró en vigencia desde que fue dictado y su legitimidad, validez, vigencia y eficacia jurídico-constitucional se mantiene irrevocablemente incólume”. Con ello, a través de un criterio de interpretación, de un plumazo, derogó la Carta Política y consumó un golpe judicial, desde arriba, contra la Constitución. Tal proceder del TSJ es una clara situación de usurpación de autoridad, de abuso de poder, de extralimitación de atribuciones, absolutamente ineficaz y nulo de pleno derecho (artículo 138 de la Constitución).

3) Se aprecia, con fecha 1.º de marzo de 2016, otra desbordada y arbitraria interpretación de la Sala Constitucional del TSJ, integrada por militantes del Gobierno, elegidos sin cumplir con los requisitos constitucionales y legales para su nombramiento, en su mayoría, que pretende amputar a la AN al menoscabar las facultades constitucionales y le-

gales para revisar sus propias decisiones administrativas e impedir, al margen de la Constitución, que ejerza actividades de control político y de inspección y fiscalización de sus propios actos y de los actos de las demás ramas del poder público, incluyendo al Ejecutivo, al que obedece y cumple con sumisión. Ello configura, por parte del TSJ, una clara situación de usurpación de autoridad, de abuso de poder, de extralimitación de atribuciones, absolutamente ineficaz y nulo de pleno derecho (artículo 138 de la Constitución). El acto administrativo de nombramiento por parte del Legislativo fue dejado sin efecto por la plenaria de la Asamblea Nacional en días recientes.

4) Se evidencian, asimismo, cuando acontecen, como en el caso venezolano de esta oscura hora de autoritarismo, violaciones al principio de separación de poderes, demostrable con la pérdida de la independencia del Poder Judicial, como la ha advertido la Comisión Especial de la AN a cargo del caso. Se han subvertido los básicos procedimientos o mecanismos constitucionales para la designación de magistrados del organismo cúspide del Poder judicial, que para no verse afectados en el ejercicio fraudulento de sus cargos, como fórmula para atomillarse en ellos, sin pudor alguno, obrando como juez y parte, dado que están sentenciando en causa propia (sin inhibirse o separarse del conocimiento del recurso de interpretación), decidieron impedir que la AN revoque su írrito, nugatorio e ineficaz nombramiento. Olvidan, los seudomagistrados, que los

actos ineficaces, efectuados contra el derecho, como los de su elección, no producen efectos jurídicos y pueden ser desobedecidos, por la AN y por el pueblo, en aplicación de los artículos 25, 333 y 350 de la Carta Magna.

- 5) Los precarios magistrados de la Sala Electoral del TSJ adoptaron una medida cautelar que pretende mutilar la mayoría calificada de la alternativa democrática en la AN para usufructuar sus mandato de 12 años en el TSJ y boicotear, desde arriba, las funciones constitucionales del Parlamento, configurándose lo que atinadamente ha denominado la MUD como un **“golpe de Estado judicial”**.
- 6) El nombramiento de nuevos magistrados del TSJ, quebrantando los procedimientos constitucionalmente establecidos, es una clara situación de usurpación de autoridad, de abuso de poder, absolutamente ineficaz y nulo de pleno derecho (artículo 138 de la Constitución), siendo que la ineficacia implica la inexistencia del acto, reputado como nunca surgido en la esfera del derecho, motivo por el cual no requiere ser declarada o reconocida por autoridad judicial alguna porque los actos ineficaces nunca producen efectos jurídicos.
- 7) **La ruptura del orden democrático y constitucional se aprecia cuando**, desde el Gobierno y el poder judicial, arrodillado ante aquel, se modifica el modelo republicano de gobierno mediante mecanismos extraconstitucionales (Parlamento Comunal, Gran Congreso del Pueblo, Decretos de Excepción y de

Emergencia Económica sin el lleno de los requisitos constitucionales, sin cumplir con los rituales constitucionales y legales del poder sometido al derecho, sin tener la aprobación por parte de la Asamblea Nacional como rama autónoma del poder público) para desconocer el principio de la soberanía popular expresada en los recientes comicios (diciembre de 2015), en los que el pueblo determinó que la Unidad Democrática tuviese mayoría calificada a partir del 5E en la casa donde se hacen la leyes, ahora puesta en cuestión, mediante un amañado entramado de felonías, artimañas y leguleyadas de bajo tronío judicial.

- 8) La negativa y obstrucción por cuatro rectoras afines al Gobierno de turno, integrantes del Poder Electoral, a la activación del referendo revocatorio, mecanismo constitucional que es expresión de la democracia participativa, en la que el gobierno de Maduro de labios para afuera dice creer, pero que bloquea y trata de impedir, configurando con ello una violación al contenido esencial del derecho fundamental a la democracia porque desconoce la separación de poderes, impide la exteriorización de la voluntad y la soberanía popular, cierra las vías al protagonismo popular en la formación, ejecución y control del poder político y procura atornillar un modelo de gobierno sin permitirle a la oposición política y las minorías que se conviertan en alternativa válida y legítima de reemplazo popular del actual poder político, esencia de toda democracia. Dicha obstrucción al goce de di-

cho derecho fundamental, solicitado por más de 800.000 venezolanos que pusieron sus firmas y huellas en un proceso no contemplado en el Reglamento de Referendos de 2007, sigue en marcha, dejando que el paso fatal del tiempo impida su realización durante el 2016 y, con ello, en caso de efectuarse después del 10 de enero de 2017, permitirle al cuestionado presidente Nicolás Maduro Moros dejar a su Vicepresidente el resto del período presidencial, es decir, durante los dos años faltantes.

- 9) La privación de bienes esenciales o básicos para la alimentación, la salud, la educación y la vida de los venezolanos, sumidos en una situación de tragedia humanitaria que el gobierno de Maduro se niega a reconocer para que no lo juzguen por su estruendoso fracaso los Estados y Gobiernos del hemisferio y el mundo, es una violación más al derecho fundamental a la democracia, porque al no garantizar los derechos humanos, no respeta la dignidad humana, con lo que impide que las persona desarrollen sus planes de vida valiosos y sin daños, funcionen efectivamente en la sociedad y participen libremente en la formación, ejecución y control del poder político, porque un pueblo con hambre, sin empleo, sin seguridad ciudadana, sometido a pobreza extrema, bordeando la indigencia estructural y que dependa exclusivamente de las dádivas y la caridad estatal, según la fidelidad al régimen que entrega los mendrugos de pan, gracias a la destrucción del sistema

productivo nacional, apenas cuenta con condiciones para sobrevivir y no tiene libertad para elegir ni para romper la dependencia, la sumisión y el servilismo frente al amo estatal dominante, con el que no se puede pelear por miedo a ser perseguido, por temor a no recibir la bolsa de comida para malvivir. Aquí la miseria y la pobreza son inducidas y procuradas como medio de control y dominación política, ideológica y vital de la población para fines de perpetuar un modelo de gobierno excluyente que ultraja la dignidad humana.

Con este inconstitucional e inhumano proceder, el régimen venezolano (ramas judicial y electoral como tenazas que coartan el goce del derecho fundamental de la democracia de los venezolanos y favorecen la menguada y agónica posición política de la rama ejecutiva) desconoce su deber de someterse fielmente a la Constitución y obedecer, con sumisión o sujeción, los dictados de la soberanía popular, con lo cual pretende desconocer la participación política y la decisión soberana de más de 8 millones de personas que votaron por los candidatos de la Alternativa Democrática el 6D, obrando a contracorriente de los artículos 2.º y 5.º de la Carta Fundamental venezolana y de las Cláusulas Democráticas de la OEA, CAN, Unasur, Mercosur y demás disposiciones internacionales que reconocen la democracia y los derechos políticos (así como los civiles, económicos, sociales, culturales y ambientales interrelacionados e interdependientes a estos) como fundamentales por inherentes a la dignidad humana.

Lo mismo puede predicarse de la incitación a la violencia que se oculta tras la movilización impune y sin castigo de los colectivos civiles armados, cuerpos paramilitares o parapoliciales fieles al Gobierno, para que se movilicen hasta el hemiciclo de la AN quizá con el propósito, inconfesado pero notorio, de acudir a la violencia y a las vías de hecho para impedir el funcionamiento de la Asamblea Nacional, como ha sucedido en varias sesiones que han debido suspenderse por la actuación de grupos afectos al Gobierno que han boicoteado el ingreso al recinto, han golpeado diputados y diputadas que gozan de inmunidad parlamentaria, generando, de manera irresponsable, una opción de confrontación fratricida entre venezolanos dado que la tesis que mejor le funciona a un Gobierno fracasado, sin capacidad de resolución política ni administrativa, es el expediente de la violencia, gestada por sus hordas leales, para luego atacar a la oposición de golpista y antidemocrática. Eso ya lo hemos visto en anteriores ocasiones y pudiera el Gobierno acudir a dicha estratagema con el ridículo argumento de que se trata de manifestaciones del pueblo ‘revolucionario’ armado en la calle en ejercicio del derecho a la rebelión constitucional, agitada por el jefe de la opresión (Nicolás Maduro) recientemente, para, en medio del caos y la anarquía, imponer un inconstitucional estado de conmoción interior (de sitio) e impedir la celebración del referendo revocatorio este año, consulta popular que tratan de impedir echando mano de cualquier tipo de abusos y colusiones, desde el poder ejecutivo, judicial y electoral, para que no se lleve a cabo este año, como ya lo

han declarado Nicolás Maduro y los connotados gerifaltes del régimen.

También se aprecia cuando produce la sustitución de la Constitución (militarización del Gobierno; sujeción a los dictados de una nación extranjera, como Cuba; creación del poder comunal y un largo etcétera) o se produce la violación sistemática o generalizada de los derechos humanos fundamentales por incapacidad del Gobierno.

#### **B. EN CASO DE CUALQUIER SITUACIÓN QUE PONGA EN RIESGO EL LEGÍTIMO EJERCICIO DEL PODER, TAMBIÉN PROSPERA LA ACCIÓN COLECTIVA PRODEMOCRÁTICA SEGÚN LA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA USHUAIA II (2011)**

Como sería el caso, para el autor, de un boicoteo internacional; la invasión por parte de un país extranjero; la guerra; el asesinato, interdicción, expulsión o deportación del Presidente; también la obstrucción que desde el Ejecutivo se lleve a cabo para impedir el funcionamiento del Legislativo; o la cooptación o tutela del Poder Judicial por parte del Ejecutivo que le reste toda autonomía o independencia, como el caso venezolano de ahora.

#### **C. EN CASO DE CUALQUIER SITUACIÓN QUE PONGA EN RIESGO LA VIGENCIA DE LOS VALORES Y PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS, ESTÁ LLAMADA A PROSPERAR LA ACCIÓN COLECTIVA PRODEMOCRÁTICA SEGÚN LA CLÁUSULA DEMOCRÁTICA USHUAIA II (2011)**

Como en el caso, a juicio del autor, de violaciones al principio democrático y a la soberanía popular, al principio de pluralidad, al prin-

cipio de protección a las minorías, violaciones al libre ejercicio de la oposición, violación al principio de alternancia en el poder, violaciones a los derechos humanos fundamentales como parte del plexo normativo que integra el núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia, **que viene ejecutando el TSJ de Venezuela** por encargo del Gobierno.

Así lo contempla el artículo 1.º:

ARTÍCULO 1.º El presente Protocolo se aplicará en caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático, de una violación del orden constitucional o de cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio del poder y *la vigencia de los valores y principios democráticos*.

ARTÍCULO 2.º Cuando se produzca alguna de las situaciones indicadas en el artículo anterior, los Presidentes de las Partes o, en su defecto, los Ministros de Relaciones Exteriores se reunirán en sesión extraordinaria ampliada del Consejo del Mercado Común, a solicitud de la Parte afectada o de cualquier otra Parte. Dicha reunión se realizará en el territorio de la Parte en ejercicio de la Presidencia Pro Tempore. En caso que la Parte afectada se encuentre en ejercicio de la Presidencia Pro Tempore, la reunión indicada en el parágrafo anterior tendrá lugar –en principio– en el territorio de la Parte a la que le corresponda el próximo turno de dicha Presidencia.

En este caso, el Pacto de Ushuaia II contempla una serie de medidas diplomáticas

y sancionatorias para lograr el restablecimiento del orden democrático, la restitución del orden constitucional y la vigencia de los principios y valores de la democracia, asumido derecho fundamental, a saber:

ARTÍCULO 6.º En caso de ruptura o amenaza de ruptura del orden democrático en una Parte del presente Protocolo, los Presidentes de las demás Partes –o en su defecto sus Ministros de Relaciones Exteriores en sesión ampliada del Consejo del Mercado Común– podrán establecer, entre otras, las medidas que se detallan a continuación:

- a) Suspender el derecho a participar en los distintos órganos de la estructura institucional del Mercosur.
- b) Cerrar de forma total o parcial las fronteras terrestres. Suspender o limitar el comercio, tráfico aéreo y marítimo, las comunicaciones y la provisión de energía, servicios y suministros.
- c) Suspender a la Parte afectada del goce de los derechos y beneficios emergentes del Tratado de Asunción y sus Protocolos, y de los Acuerdos de integración celebrados entre las Partes, según corresponda.
- d) Promover la suspensión de la Parte afectada en el ámbito de otras organizaciones regionales e internacionales. Promover ante terceros países o grupos de países la suspensión a la Parte afectada de derechos y/o beneficios



derivados de los acuerdos de cooperación de los que fuera parte.

e) Respalda los esfuerzos regionales e internacionales, en particular en el marco de las Naciones Unidas, encaminados a resolver y a encontrar una solución pacífica y democrática a la situación acaecida en la Parte afectada.

f) Adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales.

Las medidas guardarán la debida proporcionalidad con la gravedad de la situación existente; no deberán poner en riesgo el bienestar de la población y el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales en la Parte afectada; respetarán la soberanía e integridad territorial de la Parte afectada, la situación de los países sin litoral marítimo y los tratados vigentes.

## **VI A MANERA DE RECuento DEL EPÍLOGO Y PETICIONES ELEVADAS AL CONSEJO PERMANENTE DE LA OEA A FAVOR DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEMOCRACIA DE LOS VENEZOLANOS**

En su momento, el auto indicó que la OEA tiene el imperativo ético de actuar a favor

de los venezolanos y sus derechos humanos esenciales y de promover las iniciativas que indican la Carta Democrática Interamericana y el derecho internacional de derechos humanos para que haga cesar los ataques al contenido esencial del derecho fundamental a la democracia, bajo enfoque de derecho humanos, esto es, el derecho a la democracia integral o D+EBDH, que corresponde a todos los venezolanos, con la esperanza de que saldremos en victoria porque, como dijo Bolívar: “Dios concede el triunfo a la constancia”.

Por ello se pidió al Secretario General de la OEA que levante la voz, a lo que tiene derecho, en el interior del Consejo Permanente y de la Asamblea General y demás entes, órganos e instancias de la OEA con competencia asignada para la protección y defensa de la democracia como derecho fundamental de los pueblos americanos y, en especial, del derecho fundamental a la democracia de los venezolanos ante un Gobierno que llegó al poder valiéndose de los métodos formales de la democracia, pero que en la práctica, con arbitrariedad y desparpajo, incumple con los deberes y obligaciones de la relación jurídica democrática, inobservando el contenido esencial de su ámbito de protección, haciendo nugatorios los derechos humanos fundamentales de su núcleo esencial, afectando los planes de vida valiosa y sin daños, llevando al plano de ineffectividad el funcionamiento de los venezolanos en la sociedad en general y en la participación en la construcción del poder político a que tenemos derecho.

Se indicó que es palmario que la configuración del supuesto deontológico de **la ruptura del orden democrático y del orden constitucional supera los supuestos autónomos** e independientes que lo atan conceptualmente al derrocamiento o interrupción del ejercicio de un Gobierno popularmente electo, para abarcar nuevos tópicos fácticos, dentro del supuesto normativo, como lo son la violación masiva y sistemática de derechos humanos y el quebrantamiento evidente del contenido esencial del derecho fundamental a la democracia, notoria y comunicacionalmente difundida por distintos medios que denuncian la crítica situación venezolana de esta aciaga hora, dando lugar a que la Alternativa Democrática y la Mesa de la Unidad Democrática de la oposición venezolana, que hace vida en la Asamblea Nacional de Venezuela, con sus 112 diputados electos popularmente por el Constituyente primario que se posesionaron el 5 de enero de 2016, junto a los partidos y movimientos políticos que la integran, tengan legitimidad para pedir, en representación de todos los venezolanos, que el Secretario General de OEA continúe sus gestiones tendientes a la activación de la *acción colectiva prodemocrática*, ya en marcha a instancias de dicho funcionario, con soporte en el artículo 20 de la Carta y demás normas aplicables.

Se pidió, igualmente, al Secretario General de la OEA que promoviera las acciones institucionales y diplomáticas de su competencia y las que puedan acordar y adoptar los órganos de la OEA en su Consejo Permanente o su Asamblea General, así como las que

pueda desarrollar ante los representantes permanentes de los países miembros de la OEA, los Presidentes o Jefes de Gobierno de países amigos de Venezuela o sus Cancilleres en el seno de la OEA, y los que integran los Bloques de integración de la CAN, Unasur o Mercosur, para que conozcan la profundidad de la crisis que atraviesa Venezuela y se dignen aprobar la urgente activación de las reuniones de consultas, la designación de delegados para que efectúen visitas al país y generen las consultas de verificación ante el Gobierno venezolano y, en últimas, **que promuevan la activación de la acción colectiva prodemocrática mediante la aplicación de la Cláusula Democrática en la OEA** y, de consuno, en los distintos sistemas de integración continental y regional de los que forma parte Venezuela para impedir que, a través de una burda maniobra de la rama judicial y electoral del Estado y el Gobierno venezolano, que materialmente les dirige y controla, se perpetre un golpe de Estado judicial-electoral contra el orden constitucional y el orden democrático de Venezuela, afectando, aún más, el ya maltrato derecho fundamental a la democracia de los venezolanos.

**La OEA puede nombrar misiones o delegaciones para que visiten, constaten, *in situ*, la gravedad de la crisis institucional del país y exhortar a que se adopten medidas diplomáticas inmediatas y contundentes**

Se señaló que, en desarrollo de dicha **acción colectiva de defensa de la democracia venezolana**, puede la OEA, entre otras opciones, instar al Gobierno venezolano a que reconozca el derecho a la oposición de los partidos y movimientos políticos agrupados en la Mesa de la Unidad Democrática y se designe un Comisión de Diálogo Nacional, con la participación de la OEA, que logre destrabar el funcionamiento de las instituciones, la liberación inmediata de los presos políticos y el regreso de los exiliados políticos, la fijación de un cronograma electoral serio y verificable para la celebración del referendo revocatorio este mismo año, la conformación de un plan de contingencia económica y social acordado entre Gobierno y oposición como vía para superar la crisis del país y la inmediata puesta en marcha de puentes o corredores humanitarios para socorrer a miles de venezolanos sumidos en el hambre, la enfermedad y la privación de sus necesidades humanas básicas.

Se apuntó, en idéntico sentido, que la OEA puede nombrar misiones o delegaciones para que visiten, constaten in situ la gravedad de la crisis institucional del país; exhortar la celebración de la Comisión de Consultas con Cancilleres y Presidentes de países miembros del organismo regional para que se adopten medidas diplomáticas inmediatas y contundentes **para garantizarles a los venezolanos su derecho fundamental a la democracia, en su modalidad de participación política, mediante la celebración del referéndum revocatorio este mismo año, sin dilaciones del poder electoral en colusión o conchupancia con el Poder Ejecutivo**

**y el Judicial, para lo cual puede contribuir la Secretaría de Fortalecimiento de la Democracia (Secretaría de Asuntos Políticos) de la OEA y sus órganos y misiones de naturaleza y observación electoral;** detener el deterioro creciente y plantear, por la vía del diálogo y acompañamiento, soluciones efectivas del tamaño de la profundidad de las vulneraciones que viven el orden democrático y el orden constitucional venezolanos; hacer respetar la soberanía popular que resume la Asamblea Nacional en la voluntad expresada por el pueblo en las elecciones parlamentarias del 6D; detener la escalada de desconocimiento de la institucionalidad y la soberanía popular que el TSJ y su sala electoral, fruto del abuso del poder y de la usurpación de la autoridad, mediante actos inexistentes por ineficaces y nulos de nulidad absoluta, vienen ejecutando; responsabilizar a Nicolás Maduro y su gobierno, ante la OEA y los distintos bloques de integración global, continental y regional y los distintos foros o instancias políticas, de las implicaciones humanitarias que acarrea no permitir el establecimiento de corredores de ayuda humanitaria internacional para paliar la situación de hambre, carencia y mengua en que viven miles de venezolanos por las equivocadas políticas económicas y sociales del Gobierno; pedir que se detengan y denunciar ante el mundo las premeditadas agresiones físicas y psicológicas que activistas (colectivos paramilitares) armados y medios de comunicación social de la red pública, afines al régimen, tratan de infligirles a los líderes opositores, en particular a los diputados de la Unidad

Democrática, para impedir su trabajo y el de la AN, como viene ocurriendo en la actualidad; promover y garantizar espacios para que la movilización popular del constituyente primario, el pueblo, se exprese de manera pacífica y civilizada, con observación de la OEA y la comunidad hemisférica, y haga respetar su decisión política a favor del cambio democrático, en el referendo revocatorio, frente a la cual el Gobierno debe desarrollar una conducta de sujeción y respeto a la Constitución, a la Carta Democrática Interamericana y al contenido esencial del derecho fundamental a la democracia por su funcionalidad al logro de la dignidad humana de los venezolanos.

Se manifestó que, en últimas, ante la arbitrariedad de un Gobierno autoritario, de un presidente imperial, aferrado a su equivocaciones, al que le importa un comino la muerte de los venezolanos en la hoguera de su sectarismo político, las soluciones son políticas, y es el pueblo, como protagonista esencial de los cambios históricos de la sociedad, el que tiene la legitimidad, la fuerza y la capacidad de escribir las nuevas páginas de la democracia venezolana, superando los horrores y el oprobio de esta infausta circunstancia que nos ha tocado padecer, guiados bajo la premisa de la unidad por el liderazgo de la Mesa de la Unidad Democrática con el apoyo de la OEA y la comunidad internacional, que no puede ser indiferente ni someter al cálculo premeditado de las conveniencias políticas del momento la vigencia hemisférica de la Carta y la defensa, por vía de acción colectiva, de la democracia integral, como derecho fundamental, ya en Venezuela, ya en todo el continente americano.

El autor del presente artículo les indicó a las autoridades de la OEA que piensa que los daños al sistema político, económico y social venezolanos son de una profundidad abismal; la erosión de la institucionalidad es palmaria; las violaciones al orden constitucional y a los enunciados del Estado social y democrático de derecho son tan graves como notorios, motivo por el cual, ante tan dramática situación política y constitucional, **lo mejor sería evaluar la conveniencia de convocar la realización de una Asamblea Nacional Constituyente** (art. 347 constitucional) para transformar el Estado comunista edificado en estos 16 años a espaldas de la Constitución, crear un nuevo ordenamiento jurídico que instituya un auténtico Estado democrático constitucional y redactar una nueva Constitución, sin sectarismos y con compromiso venezolanista de conformar una Patria justa, próspera y solidaria, siendo que se tienen las dos terceras partes de los integrantes de la AN en ejercicio de sus funciones parlamentarias y podría ser articulado con la OEA un esquema de consultas Gobierno-oposición para implementarlo en el supuesto caso de que fracase la celebración del referéndum revocatorio este mismo año, porque la calamidad en que vive nuestro pueblo y las respuestas a sus problemas no tienen espera y no pueden quedar a merced de los caprichos del régimen de Nicolás Maduro y su grupúsculo.

El autor le acotó, del mismo modo, al H. E. Arcuri, Presidente del Consejo Permanente de la OEA, que es inadmisibles que el Gobierno de Venezuela y sus agentes tilden con epítetos peyorativos la gestión del Secretario General de organismo hemisférico cuan-

do debe merecer elogios dado su empeño puesto de manifiesto para que la OEA salga del letargo en que se halla y asuma el cumplimiento de los deberes institucionales que le asignan la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, motivo por el cual luce inadecuado y contraproducente que el Gobierno venezolano pida sanciones (y hasta la renuncia) del Secretario General cuando merece todo el apoyo de los Estados miembros de la OEA en su propósito de conseguir fórmulas de solución a la profunda crisis social, política y económica que vive el pueblo venezolano y procurar que el derecho humano fundamental de los venezolanos a la democracia no sea letra muerta, no signifique un cascarón vacío, carente de contenido esencial. Se le dijo que pretender sancionar al Secretario General por cumplir con los deberes que le impone a su cargo la Carta Democrática Interamericana sería un oscuro precedente con el que se premiaría la praxis antidemocrática de gobernantes autoritarios y despóticos al frente de Gobiernos, como el venezolano, que violan el contenido esencial del derecho fundamental de los pueblos a la democracia, así como de otros que,

desgraciadamente, existen y se reciclan, con frecuencia, en diversos países del continente americano, quienes verían en ello la válvula de escape para evadir el cumplimiento de las obligaciones y deberes que les impone la relación jurídica y política que deviene del derecho fundamental a la democracia de los pueblos bajo su mando.

Finalmente, el autor, al despedirse de las autoridades de la OEA que lideran la activación de la Carta Democrática Interamericana, les expresó que, con arraigado sentimiento venezolano y confianza en el porvenir de la patria y de los pueblos hermanos de nuestra América, siempre superior a los dirigentes de ocasión, pedía a Dios los iluminara y guiara en sus acciones imperiosas e inaplazables en resguardo de la democracia, como derecho fundamental, la efectividad de los derechos humanos y la vigencia del Estado democrático constitucional, que ellos pueden impulsar desde la OEA, mediante la concreción del goce interdependiente e interrelacionado del derecho fundamental a la democracia de todos los venezolanos y los pueblos americanos. (A)

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiar, Asdrúbal (2008). El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.

\_\_\_\_ (2012, 2014). Digesto de la democracia. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2014. Buenos Aires-Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Observatorio Iberoamericano de la Democracia.

Brewer Carías, Allan R. (2009) “Sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: del reconocimiento del Derecho a la Constitución y del Derecho a la Democracia”, en: Revista Universitas. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia) n.º 119:93-112, julio-diciembre de 2009.

Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2001).

Cláusulas democráticas de la OEA (Protocolo de Washington, Carta Democrática Interamericana),

CAN (Protocolo adicional sobre compromiso andino con la democracia), Mercosur Protocolo de Ushuaia, 1998, Montevideo 2011, llamado Ushuaia II) y Unasur (Georgetown, 2010 y el Protocolo adicional, Quito, 2014).

Corte Constitucional de Colombia, inter alia, sentencias T-227 de 2003 y T-881 de 2002, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett; sentencia T-428 de 2012, M. P.: María Victoria Calle Correa; sentencia C-644 de 2004, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; sentencia C-141 de 2010, M. P.: Humberto Sierra Porto y sentencia C-336 de 2008, M. P.: Clara Inés Vargas H.

ONU - Comisión (ahora Consejo) de Derechos Humanos:

Resolución 1999/57 de 27 de abril de 1999 sobre la Promoción del Derecho a la Democracia.

Resolución 2000/47 de 25 de abril de 2000 sobre la Promoción y Consolidación de la Democracia.

Resolución 2001/41 de 23 de abril de 2001 sobre Continuación del Diálogo sobre las Medidas para Promover y Consolidar la Democracia;

Resolución 2002/46 de 23 de abril de 2002, relacionada a Nuevas Medidas para Promover y Consolidar la Democracia;

Resolución 2003/36 de 23 de abril de 2003 sobre la Interdependencia entre la Democracia y los Derechos Humanos;

Resolución 2004/30, de 19 de abril de 2004, titulada “Incremento de la función de las organizaciones e iniciativas regionales, subregionales y de otro tipo al promover y consolidar la democracia”;

Resolución 2005/32 del 19 de abril de 2005 sobre “La democracia y el Estado de Derecho”, todas de la Comisión de Derechos Humanos - ONU;

Resolución 19/36 de 2012 sobre la interdependencia entre democracia, derechos humanos y Estado (social) de derecho.

Resolución 49/30, de 7 de diciembre de 1994;

Resolución 50/133, de 20 de diciembre de 1995;

Resolución 51/31, de 6 de diciembre de 1996;

Resolución 52/18, de 21 de noviembre de 1997;

Resolución 53/31, de 23 de noviembre de 1998;

Resolución 54/36, de 29 de noviembre de 1999;

Resolución 55/43, de 27 de noviembre de 2000;

Resolución 56/96, de 14 de diciembre de 2001;

Resolución 56/269, de 27 de marzo de 2002;

Resolución 58/13, de 17 de noviembre de 2003;

Resolución 58/281, de 9 de febrero de 2004; y

Resolución 60/253, de 2 de mayo de 2006.

ONU - Asamblea General de la ONU - Declaración de Doha aprobada por la Sexta Conferencia Internacional de las Democracias Nuevas o Restauradas (A/61/581, anexo).

ONU - Consejo de Derechos Humanos (ONU) - Resolución 19/36 del 23 de marzo de 2012.

ONU - Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/22/29 de fecha 17 de diciembre de 2012) sobre democracia, derechos humanos y Estado de derecho.

# LA TARJETA ELECTORAL Y LAS DISTORSIONES AL DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO EN ELECCIONES DE CONGRESO DE LA REPÚBLICA EN COLOMBIA (2002-2014)

## THE ELECTORAL CARD AND DISTORTIONS OF THE RIGHT TO ELECT AND BE ELECTED IN CONGRESSIONAL ELECTIONS

Nicolás Farfán Namén<sup>1</sup>

Director de Gestión Electoral  
Registraduría Nacional del Estado Civil

### RESUMEN

La garantía de que en una democracia directa los ciudadanos, organizaciones políticas y candidatos participen de forma efectiva en la conformación y control del poder político pasa por la organización de elecciones libres, transparentes y en equidad. Desde el punto de vista de la autoridad electoral, resulta necesario realizar ahondados y permanentes esfuerzos para presentar a los electores instrumentos de votación que logren simultáneamente: traducir el sistema electoral vigente, otor-

---

<sup>1</sup> Político de la Pontificia Universidad Javeriana con énfasis en participación política. Especialización en Derecho Electoral de la Universidad del Rosario. Estudiante de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. Servidor Público de la Registraduría Nacional del Estado Civil por más de 10 años. Director de Gestión Electoral en la actualidad.  
nfarfan@registraduria.gov.co

gar igualdad de condiciones a las listas y candidatos, facilitar su utilización por parte del elector y proteger la eficacia del voto, disminuyendo de esta forma la votación nula. De cara a las elecciones de Congreso de la República del 2018 en Colombia, existe el reto de mejorar la tarjeta electoral para lograr este cometido.

## PALABRAS CLAVES

Derecho a elegir y ser elegido, circunscripciones electorales, diseño de tarjeta electoral, eficacia del voto, voto en blanco, voto nulo.

## ABSTRACT:

The guarantee that in a direct democracy, citizens, political organizations and candidates to participate effectively in shaping and control of political power, passes through the organization of free, transparent and equitable elections. From the point of view of the electoral authority, it's necessary to make Deep and permanent efforts to present voters, voting instruments achieve simultaneously: translate the existing electoral system, giving fairness for candidates, facilitate their use by the elector and protect the effectiveness of the vote, reducing the null vote. Faced with congressional elections in 2018, there is the challenge of improving the electoral card to get the achievement.

## KEY WORDS

Right to choose and be elected; constituency; electoral card design; effectiveness of voting; blank voted, null voted.

## INTRODUCCIÓN

El artículo 258 original de la Constitución Política de 1991 erigió en el ordenamiento jurídico colombiano la tarjeta electoral como instrumento de votación, en reemplazo de las conocidas papeletas de votación<sup>2</sup> entregadas en el pasado por los

partidos y directorios políticos<sup>3</sup>, y le encomendó la misión de distribuirla de forma oficial y segura a la Organización Electoral.

Adicional a ello se ocupó de esbozar algunas condiciones para que el ejercicio del

2 Código Electoral (Decreto 2241 de 1986) "Artículo 123. En las elecciones para Corporaciones Públicas el ciudadano votará con una sola papeleta, que estará dividida en tantas secciones cuantas Corporaciones se trate de elegir. Cada sección deberá encabezarse con una inscripción en la cual se expresen los nombres de la Corporación, del partido político y de

la Circunscripción por la cual se vota. A continuación irán en columnas separadas los correspondientes nombres de los candidatos principales y suplentes, tal como hayan sido inscritos".

3 Código Electoral (Decreto 2241 de 1986) "Artículo 119. Queda prohibida cualquier clase de propaganda oral el día de las elecciones en los lugares próximos a las mesas de votación. Las informaciones y distribución de papeletas las harán los partidos o los grupos políticos a más de cincuenta (50) metros de distancia de las mesas de votación".



voto se diera de forma libre y secreta y que las diferentes opciones en contienda (partidos y movimientos políticos con personería jurídica, grupos significativos de ciudadanos, listas y candidatos) encontraran en esa tarjeta igualdad de condiciones y pudieran ser identificados con claridad por los votantes.

El mismo artículo fue reformado posteriormente mediante el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 3 de julio de 2003, abriendo la posibilidad al uso de medios electrónicos o informáticos a la hora de votar, pero manteniendo la esencia del texto anterior redactado por la Asamblea Constituyente.

La Registraduría Nacional del Estado Civil ha cumplido a cabalidad el precepto constitucional de distribuir las tarjetas electorales impresas en papel numerado que ofrezca seguridad, pero ha tenido serias dificultades en lo referente al diseño, que, como se mostrará a continuación, en el intento de satisfacer simultáneamente las disposiciones legales, los pronunciamientos hechos por las Altas Cortes y traducir en una tarjeta electoral un complejo sistema electoral, ha naufragado en la tarea de presentar a los electores un instrumento de votación que convierta de forma efectiva la voluntad popular y que sea garantía para los participantes en las elecciones.

La existencia de varias circunscripciones electorales dentro de una misma corporación pública congresual y la posibilidad de voto preferente en la votación por listas únicas<sup>4</sup> se han constituido en obstáculos para

construir y presentar una tarjeta electoral de fácil uso y comprensión para el votante.

## ESTRUCTURA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Resulta entonces oportuno iniciar recordando que en Colombia la Rama Legislativa del Poder Público es el Congreso de la República, de estructura bicameral, compuesto por una cámara alta, denominada Senado de la República, integrado por cien miembros elegidos por circunscripción nacional ordinaria y dos elegidos por circunscripción nacional especial de comunidades indíge-

---

únicas cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos por proveer en la respectiva circunscripción, excepto en las que se eligen hasta dos miembros, los cuales podrán estar integradas hasta por tres (3) candidatos. La selección de los candidatos de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica se hará mediante mecanismos de democracia interna, de conformidad con la ley y los estatutos. En la conformación de las listas se observarán en forma progresiva, entre otros, los principios de paridad, alternancia y universalidad, según lo determine la ley.

Cada partido o movimiento político podrá optar por el mecanismo de voto preferente. En tal caso, el elector podrá señalar el candidato de su preferencia entre los nombres de la lista que aparezcan en la tarjeta electoral. La lista se reordenará de acuerdo con la cantidad de votos obtenidos por cada uno de los candidatos. La asignación de curules entre los miembros de la respectiva lista se hará en orden descendente, empezando por el candidato que haya obtenido el mayor número de votos preferentes.

En el caso de los partidos y movimientos políticos que hayan optado por el mecanismo del voto preferente, los votos por el partido o movimiento que no hayan sido atribuidos por el elector a ningún candidato en particular se contabilizarán a favor de la respectiva lista para efectos de la aplicación de las normas sobre el umbral y la cifra repartidora, pero no se computarán para la reordenación de la lista. Cuando el elector vote simultáneamente por el partido o movimiento político y por el candidato de su preferencia dentro de la respectiva lista, el voto será válido y se computará a favor del candidato.

La ley regulará la financiación preponderantemente estatal de las campañas, los mecanismos de democracia interna de los partidos, la inscripción de candidatos y listas propias o de coalición a cargos uninominales o a corporaciones públicas, la administración de recursos y la protección de los derechos de los aspirantes. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que sumados hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento (15%) de los votos válidos de la respectiva circunscripción podrán presentar lista de candidatos en coalición para corporaciones públicas.

---

4 Constitución Política, artículo 262 (artículo 20 Acto Legislativo 02 de 2015). Los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que decidan participar en procesos de elección popular inscribirán candidatos y listas

nas<sup>5</sup>. Mientras los primeros se eligen desde el año 2003 mediante la denominada cifra repartidora (Método D'Hond modificado), los segundos lo hacen a través de mayor cociente y residuo (Método D'Hare).

Por su parte, la cámara baja, llamada Cámara de Representantes, está integrada por 166 representantes, asignados en circunscripciones territoriales, que coinciden con los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá, más un número de representantes elegidos por circunscripciones especiales de minorías, las cuales, a diferencia del Senado, han tenido modificaciones constitucionales o legales en su composición, número y características.

Revisaremos entonces cuáles han sido estos cambios en el artículo 176 Superior referente a la Cámara de Representantes, que es tal vez el que ha sido más veces reformado de nuestra Carta Política.

El texto original, como fue redactado y aprobado en la Asamblea Nacional Constituyente del año 1991, es el siguiente:

---

5 “Artículo 171 de la Constitución Política: El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República. La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líderes de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”.

*“Artículo 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales.*

*Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil.*

*Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.*

*La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco representantes”.*

Como se observa, el artículo constitucional, además de fijar la fórmula para la asignación del número de curules para cada circunscripción, estableció cinco curules para la circunscripción especial de minorías étnicas y políticas.

Por último, la Constitución Política derivó en la expedición de una ley estatutaria posterior, la reglamentación de las circunscripciones especiales, para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior.

Desde el año 2001 el Congreso de la República ha cumplido el mandato constitucional mediante la expedición de la Ley 649 de dicho año, “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, distribuyendo en su artículo 1.º las curules de las minorías de la siguiente manera:

*“Esta circunscripción constará de cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior”.*

Para las circunscripciones de las comunidades negras, indígenas y colombianos en el exterior se estableció que se elegirían por votación popular directa de listas y candidatos que cumplieran unos requisitos especiales. Para la de minorías políticas se estableció una compleja fórmula de elección indirecta bajo el cumplimiento de varias circunstancias.

Al respecto, el artículo 4.º de la Ley 649 de 2001 señalaba:

*“Artículo 4.º Candidatos de las minorías políticas. Podrán acceder a una curul por la circunscripción especial para las minorías políticas, los movimientos o partidos políticos*

*a) Que hubiesen presentado candidatos a la Cámara de Representantes como mínimo en un 30% de las circunscripciones territoriales;*

*b) Que no hubiesen obtenido representantes en el Congreso Nacional, y*

*c) Que su votación mayoritaria en un mismo departamento o circunscripción territorial sea menos del 70% de la sumatoria de su votación en todo el país.*

*La curul corresponderá al partido o movimiento político que, cumpliendo con los requisitos de los literales anteriores, obtenga la mayor votación agregada en todo el país.*

*La lista a la cual se le asignará la curul será la conformada por las cabezas de lista de mayor a menor votación de las inscritas por el respectivo partido o movimiento en todo el territorio nacional”.*

La primera reforma constitucional al artículo 176 de la Carta se produjo a través del Acto Legislativo 02 de 22 de julio de 2005 de la siguiente manera:

*“Artículo 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional.*

*Habrán dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil.*

*Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.*

*La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas.*

*Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cuatro Representantes.*

*Para los colombianos residentes en el exterior existirá una circunscripción internacional mediante la cual se elegirá un representante a la Cámara. En ella solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior.*

*Parágrafo transitorio. El Congreso de la República reglamentará la circunscripción internacional a más tardar el 16 de diciembre de 2005; en caso contrario, lo hará el Gobierno nacional dentro de los quince (15) días siguientes a esa fecha; incluirá, entre otros temas: inscripción de candidatos, inscripción de ciudadanos habilitados para votar en el exterior, mecanismos para promover la participación y realización del escrutinio de votos a través de los consulados y financiación estatal para visitas al exterior por parte del representante elegido”.*

Con esta primera enmienda se separó de las circunscripciones especiales de minorías étnicas y políticas la de la circunscripción internacional, y se garantizó que en esta úl-

tima solo pudieran elegir los colombianos residentes en el exterior.

Posteriormente, mediante el Acto Legislativo 03 de 29 de diciembre de 2005 se modifica por segunda vez el artículo 176 Constitucional, de la siguiente forma:

*“Artículo 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales, circunscripciones especiales y una circunscripción internacional.*

*Habrán dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365.000.*

*Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.*

*La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas.*

*Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cuatro representantes.*

*Para los colombianos residentes en el exterior existirá una circunscripción internacional mediante la cual se elegirá un representante a la Cámara. En ella solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior.*

*Parágrafo 1.º A partir de 2014, la base para la asignación de las curules adicionales se ajustará en la misma proporción del crecimiento de la población nacional, de acuerdo con lo que determine el censo. Le corresponderá a la organización electoral ajustar la cifra para la asignación de curules.*

*Parágrafo 2.º Si como resultado de la aplicación de la fórmula contenida en el presente artículo una circunscripción territorial pierde una o más curules, mantendrá las mismas que le correspondieron a 20 de julio de 2002.*

*Parágrafo transitorio. El Congreso de la República reglamentará la circunscripción internacional a más tardar el 15 de diciembre de 2005; en caso contrario, lo hará el Gobierno nacional dentro de los quince (15) días siguientes a esa fecha; incluirá, entre otros temas: inscripción de candidatos, inscripción de ciudadanos habilitados para votar en el exterior, mecanismos para promover la participación y realización del escrutinio de votos a través de los consulados y financiación estatal para visitas al exterior por parte del representante elegido.”*

Con esta reforma se cambió la fórmula de asignación de curules, pero no se tocó en lo sustancial el tema de las circunscripciones electorales.

La tercera modificación se produce por medio del Acto Legislativo 01 de 15 de julio de 2013, cambiando el inciso tercero del artículo 176 Superior, así:

*“Las circunscripciones especiales asegurarán la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y los colombianos residentes en el exterior. Mediante estas circunscripciones se elegirán cinco (5) representantes, distribuidos así: dos (2) por la circunscripción de las comunidades afrodescendientes, uno (1) por la circunscripción de las comunidades indígenas y dos (2) por la circunscripción internacional. En esta última solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior”.*

Con esta reforma se suprime la curul asignada a las minorías políticas (reglamentada por el artículo 4.º de la Ley 649 de 2001) y se le suma una curul más a la circunscripción internacional, para un total de dos (2).

Finalmente, con la cuarta modificación, a través del reciente Acto Legislativo 02 de 1.º de julio de 2015, el artículo 176 constitucional ha quedado de la siguiente manera:

*“La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales.*

*Cada departamento y el Distrito capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365.000. La circunscripción territorial conformada por el departamento de San Andrés,*

Providencia y Santa Catalina elegirá adicionalmente un (1) representante por la comunidad raizal de dicho departamento, de conformidad con la ley.

Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

Las circunscripciones especiales asegurarán la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante estas circunscripciones se elegirán cuatro (4) representantes, distribuidos así: dos (2) por la circunscripción de las comunidades afrodescendientes, uno (1) por la circunscripción de las comunidades indígenas y uno (1) por la circunscripción internacional. En esta última solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior.

*Parágrafo 1.º A partir de 2014, la base para la asignación de las curules adicionales se ajustará en la misma proporción del crecimiento de la población nacional, de acuerdo con lo que determine el censo. Le corresponderá a la organización electoral ajustar la cifra para la asignación de curules.*

*Parágrafo 2.º Si como resultado de la aplicación de la fórmula contenida en el presente artículo una circunscripción territorial pierde una o más curules, mantendrá las mismas que le correspondían a 20 de julio de 2002.*

*Parágrafo transitorio. El Congreso de la República reglamentará la circunscripción internacional a más tardar el 16 de diciembre de 2013; de lo contrario, lo hará el Gobierno nacional dentro de los treinta (30) días siguientes a esa fecha. En dicha reglamentación se incluirán, entre otros temas, la inscripción de candidatos y la inscripción de ciudadanos habilitados para votar en el exterior, los mecanismos para promover la participación y realización del escrutinio de votos a través de los consulados y embajadas, y la financiación estatal para visitas al exterior por parte de los representantes elegidos”.*

A través de esta última reforma se suprimió la curul adicional de la circunscripción internacional, quedando reducida a una (1), y se le otorgó una nueva curul territorial al departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, destinada exclusivamente para las comunidades raizales que habitan la isla.

## DISEÑO DE LA TARJETA ELECTORAL Y VOTO EN BLANCO

En el año 2001 la Corte Constitucional, al realizar el estudio previo de constitucionalidad del artículo 9.º del Proyecto de Ley 25/99 Senado y 217/99 Cámara, que dio origen a la mencionada Ley 649 de 2001, “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, declaró la exequibilidad de la norma referente a la estructura de la tarjeta electoral “siempre y

cuando se entienda que la tarjeta electoral a la que hace referencia será la misma tarjeta en la que aparezcan los demás candidatos a la Cámara en cada una de las circunscripciones territoriales, y que en ella deberán aparecer claramente identificados como candidatos por circunscripción especial los aspirantes de las comunidades indígenas, las comunidades negras y los colombianos residentes en el exterior”<sup>6</sup>.

El argumento que esbozó la Corte para tomar esta decisión se fundamenta en evitar un trato discriminatorio para estas comunidades étnicas y de minorías, en los siguientes términos:

“El artículo 258 de la Carta dispone que las tarjetas electorales suministradas a los votantes deben contar con dos requisitos en cuanto a la identificación de los candidatos que allí aparecen: debe ser clara y debe efectuarse en igualdad de condiciones. Ya ha dicho la Corte, en la sentencia T-040/98 (M. P.: Antonio Barrera Carbonell), que ‘al proceso electoral interesa fundamentalmente establecer claramente y sin lugar a equívocos la identificación de los candidatos, con miras a asegurar que los electores al ejercer su derecho al sufragio voten por las personas de sus preferencias’. El inciso primero de la norma reproduce la exigencia constitucional, al prescribir una clara diferenciación entre los candidatos de las comunidades indígenas y los de las comunidades negras; pero, en

opinión de la Corte, ello no se puede interpretar de tal forma que dichos candidatos deban aparecer en una tarjeta electoral especial, distinta de la general que se habrá de entregar a los votantes de cada circunscripción territorial; **ello constituiría una diferencia de trato difícilmente justificable en términos constitucionales respecto de los demás candidatos**. Por lo mismo, se condicionará la exequibilidad de tal inciso en el sentido de que la tarjeta electoral a la que hace referencia será la misma tarjeta en la que aparezcan los demás candidatos a la Cámara en cada una de las circunscripciones territoriales, y que en ella deberán aparecer claramente identificados como candidatos por las respectivas circunscripciones” (negrilla fuera de texto).

Acogiendo esta consideración de la Corte, la Registraduría Nacional del Estado Civil, en las elecciones congresuales del año 2002 presentó a consideración de los votantes una tarjeta electoral para Cámara de Representantes en la que se diferenciaban las circunscripciones para elegir.

Cosa distinta ocurrió para el Senado de la República, en donde no se diferenciaron los candidatos a cada circunscripción. Para ambos casos se estableció una única casilla para el voto en blanco, común a todas las circunscripciones.

Fruto de esta decisión surgió una problemática: los votos en blanco –considerados como votos válidos en nuestro ordena-

6 Sentencia C-169-01 de 14 de febrero de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz, Corte Constitucional.

miento jurídico<sup>7</sup>– no pudieron ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar la fórmula electoral y, por ende, no fue factible calcular el cociente electoral para las circunscripciones especiales.

En estas elecciones no se pudo determinar a ciencia cierta cuáles de los votos en blanco le correspondían a la circunscripción ordinaria y cuáles a las circunscripciones especiales. Esta imprevisión institucional diluyó el voto en blanco en varias circunscripciones, afectando los cálculos en la aplicación de la fórmula y por consiguiente en la asignación de escaños.

Prueba de esa irregularidad se encuentra en el pronunciamiento que hizo en el año 2005 la Sección Quinta del Consejo de Estado, que, fallando sobre acción electoral, manifestó:

*“En cuanto hace al voto en blanco, la Sala coincide con el demandante en que era necesario disponer en la tarjeta electoral un espacio para el voto en blanco para cada una de las circunscripciones electorales – ordinaria y especial indígena – para que fuera utilizado por los votantes de las mismas que a bien lo tuvieran. El haber dispuesto una sola casilla para el voto en blanco efectivamente constituye una irregularidad que pudo haberse traducido en pertur-*

*baciones para el ejercicio del derecho constitucional de elegir y ser elegido”<sup>8</sup>.*

Aprendida la lección del año 2002, la Registraduría Nacional del Estado Civil corrigió el error incorporando en la tarjeta electoral de Senado y Cámara del año 2006 un espacio separado para cada una de las circunscripciones con casilla de voto en blanco independiente.

Pese a ello, una nueva anomalía involuntaria se presentó al hacer más visible para el sufragante la casilla del voto en blanco en las circunscripciones especiales, tanto en Senado como en Cámara de Representantes.

Esta circunstancia en el diseño del instrumento de votación pudo haber traído como resultado que una gran proporción de los votantes que concurren a las urnas y que querían votar en blanco, manifestando su rechazo general a la oferta de candidatos de las circunscripciones ordinaria y territoriales, lo hicieran en la casilla destinada para las circunscripciones especiales.

No resulta fácil aceptar la tesis de que el elevado número de votos en blanco depositados en las circunscripciones especiales en ambas cámaras obedece al inusitado inconformismo del electorado nacional respecto de las opciones presentadas como candidatos por parte de las minorías étnicas o políticas, cuando habitualmente la apatía política se manifiesta respecto de

7 Ley 163 de 1994, artículo 17. Voto en blanco. Voto en blanco es aquel que fue marcado en la correspondiente casilla. La tarjeta electoral que no haya sido tachada en ninguna casilla no podrá contabilizarse como voto en blanco.

8 Sentencia 2976, del 18 de febrero de 2005. Sección Consejo de Estado.



los candidatos y listas de los partidos o movimientos políticos tradicionales, presentes en las circunscripciones ordinaria y territoriales.

Las cifras son contundentes y pueden validar la hipótesis planteada.

Para el caso del Senado de la República 2006, mientras el voto en blanco en la circunscripción ordinaria corresponde al 3,17% de sus votos válidos, en la circunscripción especial indígena equivale al 59,64% de sus votos válidos.

Igual circunstancia ocurre en las circunscripciones especiales de la Cámara de Representantes 2006. Mientras el voto en blanco promediado en todas las circunscripciones territoriales del país (32 departamentos) más la circunscripción internacional corresponde al 2,94% de sus votos válidos, en la circunscripción especial de comunidades indígenas y especial de comunidades negras equivalen al 46,15% y 37,82% de sus votos válidos, respectivamente.

El mismo comportamiento electoral del año 2006 se ha venido repitiendo sistemáticamente en los años 2010 y 2014: se ha mantenido la misma estructura equivocada de la tarjeta electoral, sin que aparentemente a nadie le genere una reflexión de este anómalo funcionamiento del sistema electoral.

Observemos los guarismos del año 2010. Para el caso del Senado de la República

2010, los votos en blanco de la circunscripción nacional ordinaria corresponden al 3,41% de sus votos válidos, mientras que en la circunscripción especial indígena equivalen al 48,04% de sus votos válidos.

La misma tendencia se presenta en la Cámara de Representantes 2010. El promedio de votos en blanco en todas las circunscripciones territoriales del país sumado a la circunscripción internacional es del 2,73% de sus votos válidos. Por su parte, el porcentaje de los votos en blanco en la circunscripción especial de comunidades indígenas es del 27,27% de sus votos válidos, en la especial de comunidades negras es del 22,21% de sus votos válidos.

Finalmente, revisemos los datos del año 2014. En las elecciones de Senado de la República 2014, el porcentaje de votos en blanco de la circunscripción nacional ordinaria fue del 6,39% de sus votos válidos, cuando en la circunscripción especial indígena equivalieron al 43,93% de sus votos válidos.

Igual resultado encontramos en la Cámara de Representantes 2014. Mientras el voto en blanco promediado en todas las circunscripciones territoriales del país más la circunscripción internacional corresponde al 7,08 % de sus votos válidos, en la circunscripción especial de comunidades indígenas y especial de comunidades negras equivale al 31,56% y 31,89% de sus votos válidos, respectivamente.

Como se puede observar, en las elecciones de Congreso de la República, desde el año 2006 a la fecha, en las que en todas las tarjetas electorales ha sido más visible la casilla del voto en blanco, la proporción de este frente a los votos válidos depositados por la circunscripción es ostensiblemente más alta para las circunscripciones especiales que para las ordinarias o territoriales.

La comprobada incidencia que sobre el resultado favorable obtenido por el voto en blanco en los comicios celebrados entre el año 2006 y 2014 ha tenido la ubicación privilegiada de la casilla de esta opción electoral en las circunscripciones especiales dentro de la tarjeta electoral resulta aún más preocupante en términos de equidad en la contienda si se tiene en cuenta que en virtud del artículo 9.º del Acto Legislativo 01 de 14 de julio de 2009<sup>9</sup>, modificadorio del párrafo 1.º del artículo 258 de la Constitución Política, se le otorgó valor jurídico al voto en blanco, al punto de conferirle poder invalidador de las elecciones en los casos que este obtuviera la mayoría, ordenando la repetición de las elecciones con nuevos candidatos.

En consonancia con lo anterior, el inciso 4.º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 estableció:

9 “Parágrafo 1.º Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de Corporaciones Públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral”.

*“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que decidan promover el voto en blanco y los comités independientes que se organicen para el efecto deberán inscribirse ante la autoridad electoral competente para recibir la inscripción de candidatos, de listas o de la correspondiente iniciativa en los mecanismos de participación ciudadana. A dichos promotores se les reconocerán, en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña hasta el monto que previamente haya fijado el Consejo Nacional Electoral”.*

La ubicación con mayor visibilidad de la casilla del voto en blanco en el diseño de las tarjetas electorales de Congreso de la República puede constituirse eventualmente en elemento que derive en ventaja a favor de las organizaciones promotoras del voto en blanco y en contra de las demás opciones electorales en disputa, afectando de manera grave el principio de imparcialidad.

## **DISEÑO DE LA TARJETA ELECTORAL Y EL VOTO NULO**

Capítulo especial merece el comportamiento del voto nulo desde que en una misma tarjeta se han incorporado todas las circunscripciones para elegir en ambas cámaras del Congreso de la República.

Miremos las cifras:



Las cifras nos muestran que el diseño de la tarjeta electoral puede ser el origen de profundas distorsiones en la proporción de votos en blanco depositados para cada circunscripción, y eventualmente el responsable de la enorme votación nula que se presenta elección tras elección, sin que aparentemente a nadie le genere preocupación que más de un millón de votos no eligen a nadie.

La hipótesis se podría reafirmar al observar, por un lado, que los votos nulos en las elecciones del año 2002 son mucho menores a los de los años subsiguientes y, por el otro, que en la tarjeta de Cámara de Representantes, en la que convergen mayor número de circunscripciones (tres), el por-

centaje de votos nulos es mayor al del Senado (dos circunscripciones) en razón a la complejidad del instrumento de votación.

## CONCLUSIONES

Bajo el anterior análisis, consideramos altamente pertinente iniciar las gestiones conducentes a separar en las tarjetas electorales las diferentes las circunscripciones electorales existentes tanto en Senado de la República como en Cámara de Representantes, fundamentados en que ya no es aplicable el condicionamiento que nace del antecedente jurisprudencial contenido en la sentencia C-169-01 de 14 de febrero de 2001 de la Corte Constitucional


en la medida que la Ley 649 de 2001, “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, no está vigente.

El artículo constitucional que ella desarrollaba desapareció del ordenamiento jurídico desde el 22 de julio de 2005, fecha en que se expidió el Acto Legislativo 2 de 2005, y por ende el pronunciamiento modulado de la Corte que originó el control previo de constitucionalidad de dicha norma se produjo sobre una disposición de la Carta que en la actualidad no rige.

La decisión de la Corte en el año 2001, concebida bajo un fin loable, como una medida antidiscriminación y de protección constitucional a las minorías, ha sido la responsable de endilgar a estas comunidades étnicas los votos en blanco que la masa crítica de electores quiere marcar para las circunscripciones ordinaria y territoriales.

Lamentablemente, en el caso que nos ocupa, una decisión judicial sin tener en cuenta un aspecto técnico de gran relevancia, en vez de salvaguardar los derechos de las minorías en nuestro país, ha generado un grave daño en su representación política.

Así mismo, la concurrencia de circunscripciones electorales en una misma tarjeta, en la que el elector solamente puede marcar un voto, lo confunde respecto a las posibilidades que tiene en el momento de votar y trae consigo un elevado número de votos nulos en cada elección de este tipo.

Así las cosas, resultaría oportuno iniciar cuanto antes el trámite de consulta previa ante las comunidades indígenas y afrodescendientes, con el acompañamiento del Gobierno nacional-Ministerio del Interior, a efectos de separar las circunscripciones especiales y establecer por cada una de ellas una tarjeta electoral independiente. 

## IDENTIFICACIÓN

La Registraduría Nacional produce

**anualmente**  
**4.118.198**  
**documentos**



de estos



y



**2.501.994**

son cédulas de ciudadanía

**1.616.204**

son tarjetas de identidad

de los cuales

**2.645.910**

documentos están pendientes por

**reclamar**

en todas las registradurías del país



además

En 2015, se expidieron



**5.935.788**

certificados de vigencia

**de la cédula**

y

**1.547.458**

colombianos solicitaron

**cita** para trámites

de **identificación**



# REGISTRO CIVIL

En  
2015

Se realizaron  
**429.471**  
inscripciones del Registro Civil  
**de nacimiento**



**23.418**  
parejas  
inscribieron su matrimonio en el  
**registro civil**

Se inscribieron  
**51.331**  
defunciones  
en el  
**registro civil**



# UDAPV

Unidad de Atención  
para la Población Vulnerable

Realiza **jornadas**  
**44** al año

y

Atendió en 2015  
**117.998**  
colombianos



En  
2016

**47**  
**jornadas**  
se han realizado

y

Han atendido  
**191.034**  
colombianos

# ELECTORAL

Colombia



Al 1° de diciembre de 2016

**34.902.549**

ciudadanos que están habilitados para sufragar en todo el país



**18.048.647**

son mujeres



**16.853.902**

son hombres



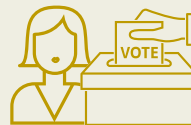
**2.964.053**

son mujeres



**2.583.119**

son hombres



Bogotá

En Bogotá, al 1° de diciembre de 2016

**5.547.172**

Colombianos están habilitados para votar

Biometría

El sistema biométrico de la RNEC, cuenta con

**472.000.000**

huellas dactilares correspondientes a

**47.387.654** colombianos



**95** elecciones

se han realizado por medio de la utilización de la

**biometría en el país**

# ELECTORAL

## Elecciones Presidenciales

**16 elecciones** de Presidente han sido organizadas por la Registraduría.



**1949**

Laureano Gómez  
(Conservador)



**1958**

Alberto Lleras Camargo  
(Liberal)



**1962**

Guillermo León Valencia  
(Conservador)



**1966**

Carlos Lleras Restrepo  
(Liberal)



**1970**

Misael Pastrana Borrero  
(Conservador)



**1974**

Alfonso López Michelsen  
(Liberal)



**1978**

Julio César Turbay A.  
(Liberal)



**1982**

Belisario Betancur  
(Movimiento Nacional)



**1986**

Virgilio Barco Vargas  
(Liberal)



**1990**

César Gaviria Trujillo  
(Liberal)



**1994**

Ernesto Samper Pizano  
(Liberal)



**1998**

Andrés Pastrana Arango  
(Alianza por el Cambio)



**2002 y 2006**

Álvaro Uribe Vélez  
(Primero Colombia)



**2010 y 2014**

Juan Manuel Santos  
(Partido de la U)



## Gobernadores y alcaldes electos

Desde  
**1988**  
se han elegido en total

**247**  
Gobernadores

**10.140**  
Alcaldes

Se han realizado en el país

Mecanismos de  
participación  
ciudadana

**155**  
Cabildos  
abiertos

**36**  
Consultas  
populares

**9**  
Iniciativas  
legislativas y  
normativas

**46**  
Referendos

**54**  
Revocatorias  
al mandato

**18**  
Consultas de partidos y  
movimientos políticos

**2**  
Plebiscitos



Últimas  
elecciones de  
autoridades  
locales

Octubre  
**25**  
de 2015

Se habilitaron  
**33.849.909**  
ciudadanos para votar

**17.196.021**  
Gobernación

**16.995.677**  
Asamblea

**20.089.321**  
Alcaldía

**19.853.730**  
Concejo

Participación  
votantes

Elegidos

**32**  
Gobernadores

**1.099**  
Alcaldes

**418**  
Diputados

**12.054**  
Concejales

**3.934**  
Ediles



# DESARROLLO JURISPRUDENCIAL FRENTE A LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS HOMOSEXUALES EN COLOMBIA

## LEGAL DEVELOPMENT OVER THE EVOLUTION OF THE RIGHT OF HOMOSEXUALS IN COLOMBIA

**María Victoria Tafur Garzón<sup>1</sup>**

Coordinadora del Grupo de Validación y Producción  
Dirección Nacional de Registro Civil

### RESUMEN

Las acciones invocadas en defensa de los derechos de las parejas del mismo sexo se han canalizado por dos vías: la de la acción de tutela, en donde se busca la protección de un individuo o del colectivo en particular frente a amenazas o vulneraciones de derechos constitucionales fundamentales, y la de la acción de inconstitucionalidad, lo que constituye un déficit normativo. Con esta precisión, pasamos a presentar la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en relación con el reconocimiento de los derechos de los homosexuales, las parejas del mismo sexo y la familia que constituyen, identificando las sentencias que protegen derechos constitucionales fundamentales y las sentencias de constitucionalidad.

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, D. C., especializada en Derecho Administrativo en la Pontificia Javeriana de Bogotá, D. C.; en Gestión Fiscal en la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá, D. C., y en Derecho de los Negocios de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, D. C. Se desempeña como coordinadora del Grupo de Validación y Producción de la Dirección Nacional de Registro Civil en la Ciudad de Bogotá, D. C., Colombia.  
mvtafur@registraduria.goc.co

## PALABRAS CLAVE

Jurisprudencia, parejas del mismo sexo, matrimonio, unión marital de hecho, adopción

## ABSTRACT

The actions invoked in defense of the rights of same-sex couples have been channeled in two ways: the way of the tutela, where protection of an individual or the group is looking particularly against threats or violations of rights fundamental constitutional and way of unconstitutionality, which is a regulatory deficit. With this precision, we turn to present the evolution of the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia in relation to the recognition of the rights of same-sex couples, identifying sentences that protect fundamental constitutional rights and constitutional rulings.

## KEY WORDS

Jurisprudence, the same sex pairs, marriage, marriage unión fact, adoption

# DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional a través de sus sentencias ha permitido avanzar en el reconocimiento de los derechos de los homosexuales en Colombia, toda vez que ha tomado decisiones en favor de este grupo minoritario y tradicionalmente desprotegido no solo desde la dimensión individual o del colectivo, sino desde la dimensión de la pareja protegida por la Constitución Política de Colombia como un proyecto de vida válido. Se ha puesto en evidencia la ausencia de regulación legal de sus derechos en relación con los de las personas heterosexuales y con ello el déficit de protección que han padecido por años. Por esta razón, la Corte Constitucional con sus decisiones garantiza los derechos a la dignidad humana (art. 1.º, Constitución Política de Colom-

bia, 1991), a la igualdad (art. 13, Constitución Política de Colombia, 1991), a la personalidad (art. 14, Constitución Política de Colombia, 1991), al libre desarrollo (art. 16, Constitución Política de Colombia, 1991), a la libertad de expresión (art. 20, Constitución Política de Colombia, 1991), a la libertad de asociación (art. 38, Constitución Política de Colombia, 1991), a la autonomía reproductiva (art. 42, Constitución Política de Colombia, 1991) a estas comunidades históricamente discriminadas, tal y como se verá en el presente documento.

El contexto social y jurídico actual permite detectar un avance en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales o, mejor, de la comunidad LGBTI para incluir a las lesbianas, los gais, los bisexuales, los travestis, los transgeneristas y los intersexuales, lo que encuentra respaldo directo en la normativa constitucional que consagra

el derecho a la libre opción sexual, a la manifestación del libre desarrollo de la personalidad y a la no discriminación.

Lo anterior ha sido posible gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, que ha hecho una aproximación reflexiva no solo a la homosexualidad desde la perspectiva de la persona individual y del grupo minoritario tradicionalmente desprotegido e invisibilizado, sino que, a partir del 2007, ha logrado un afianzamiento de la consideración de la pareja integrada por personas del mismo sexo como una opción válida al lado de las parejas constituidas por personas de diferente sexo, cuya efectiva existencia supone “una relación íntima y particular entre dos personas, fundada en el afecto, de carácter exclusivo y singular y con clara vocación de permanencia” (Corte Constitucional de Colombia, 2009). En este orden de ideas, la emancipación de los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia se ha hecho por vía jurisprudencial y no legal.

El papel sustancial que ha jugado la jurisprudencia constitucional es incuestionable y ha sido el motor del activismo actual en pro de los derechos de los movimientos LGBTI, estos dos últimos tradicionalmente excluidos debido al oficio que algunos ejercen.

El presente documento se fijó la tarea de analizar la importancia que cobra la legitimidad del poder judicial para hacer efectivas las expectativas de los justiciables que se expresan desde la dimensión sustancial de la democracia.

Del análisis de la jurisprudencia en los temas en examen se puede concluir que el legis-

lador ha sido negligente con el estudio de los asuntos que involucran a este colectivo, pese a que la misma Corte lo ha exhortado para que se pronuncie al respecto (Corte Constitucional de Colombia, 2011). Así, por ejemplo, pueden mencionarse como iniciativas legislativas frustradas en Colombia el proyecto de ley 85 de 2001, el proyecto de ley 43 de 2002, el proyecto de ley 113 de 2004 y el proyecto de Ley 130 Senado/152 Cámara de 2006. Así, se estudia la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos de las parejas del mismo sexo, con el propósito de presentar la importancia del papel que ha jugado la Corte Constitucional en el Estado social de derecho para la emancipación de este grupo social –tradicionalmente excluido e invisibilizado–, sugerir una explicación de la defensa que en nuestro país diferentes estudiosos del tema (grupos sociales, actores públicos o individuos) hacen del tribunal constitucional colombiano –pese a su carácter contramayoritario– y dar ideas acerca de la legitimidad que goza dicha Corporación en el medio.

Se presentará entonces la evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo a partir de la identificación y estudio de las sentencias de tutela y de constitucionalidad y, en estas últimas, de la categorización de los diferentes nichos temáticos abordados. Nos interesa hacer énfasis en los argumentos de la Corporación, para que el lector vaya evidenciando el cambio lento y progresivo en la concepción de los derechos de este grupo social.

Durante los últimos siglos ha sido marcada la evolución legislativa y jurisprudencial sobre los derechos de los homosexuales; sin embargo, esta evolución no ha sido rápida, puesto que hay muchas legislaciones internas de los Estados que aún consideran la homosexualidad como un delito o una enfermedad de carácter psicológico; o también ocurre que, debido al tradicionalismo sociocultural, no se han otorgado derechos a los homosexuales, lo cual genera discriminación y exclusión dentro del sistema social.

En Colombia, hace treinta años era casi imposible hablar de derechos de los homosexuales, debido, principalmente, a que la sociedad colombiana se caracterizaba por ser conservadora, arraigada a valores básicos de familia y a un marcado tradicionalismo religioso; no obstante, debido a la presión generada por grupos denominados como LGTBI, en los últimos años se ha dado cambios de gran importancia, aunque no definitivos, puesto que aún la discriminación subsiste, a pesar de que en la Constitución Política de 1991 se han establecido como derechos fundamentales la igualdad material (art. 13) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 16).

Asimismo, la Corte Constitucional colombiana, como protectora de la Constitución y desarrollando los artículos 13 y 16 de la Carta Política del 91, ha comenzado a despejar y extender los campos de aplicación de estos artículos hacia los homosexuales. La Corte comenzó a desarrollar el tema de la homosexualidad a partir de 1994, mediante la sentencia T-539 (Corte Constitucional

de Colombia, 1994), y hasta el momento actual lo ha abordado en varias sentencias, relacionadas con las Fuerzas Armadas, la educación, la unión marital de hecho, la seguridad social, los derechos hereditarios, la adopción, hasta llegar al matrimonio.

## DEL VÍNCULO CONTRACTUAL

### La unión marital de hecho

La Corte, en sentencia de constitucionalidad, reconoce una gran cantidad de derechos inherentes a las parejas homosexuales, como también a las heterosexuales que están en condición de unión marital de hecho. Entre los derechos reconocidos están:

- Igualdad entre las parejas homosexuales con las parejas heterosexuales;
- Indiscriminación a las parejas homosexuales;
- Vocación de permanencia y asistencia recíproca entre sus integrantes;
- Protección constitucional;
- Amparo de los derechos y beneficios de la ley de justicia y paz en materia de víctimas e indemnizaciones, en los delitos de desaparición forzada y genocidio;
- Administración de sus bienes;
- Derecho a no inculpar a un compañero permanente ni declarar en su contra;
- Patrimonio de familia inembargable;
- Subsidio de vivienda familiar.

También admite la cobertura de las parejas del mismo sexo previa declaración ante notario en la que conste y se manifieste que dicha convivencia tiene vocación, intención de permanencia, independientemente de su tiempo de duración (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

En materia de unión marital de hecho, la Corte ha evolucionado en el sentido de que reconoce que dicha unión hace parte del estado civil, ya que afirma: “pues no cabe duda de que de todo ser humano puede decirse si es mayor o menor de edad, soltero o casado, hijo de determinada persona, si forma parte de una unión marital de hecho, etc.” (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

Por lo tanto, el estado civil lo constituyen entonces un conjunto de condiciones jurídicas inherentes a la persona, que la identifican y diferencian de las demás, y que la hacen sujeto de determinados derechos y obligaciones. Dada la importancia de las calidades civiles de una persona, su constitución y prueba se realiza mediante inscripción en el registro civil (sentencia C-029 del 28 de enero de 2009).

Lo anterior debe ser interpretado con una lectura armónica de los artículos 13 y 14 constitucionales, que establecen el derecho a la igualdad de todas las personas ante la ley y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que de estas normas emanan los atributos de la personalidad, entre ellos el del estado civil. Este último, como se sabe, determina la situación de una persona en la fa-

milia y en la sociedad y de él se derivan derechos y obligaciones que se regulan por la ley civil.

### Vínculo contractual solemne

La Corte Constitucional exhortó legislar acerca de una institución contractual que les permita a las parejas homosexuales constituir una familia como alternativa a la unión de hecho. Así mismo, recordó que entre las variadas formas de familia se encuentra la homosexual. El concepto de familia, aclaró, no puede ser entendido de manera aislada, circunscrito al vínculo matrimonial, sino en concordancia con el principio de pluralismo.

De acuerdo con la Corte, la Constitución de 1991 no concibió el vínculo matrimonial para las parejas homosexuales, pues para ese momento no existía una reivindicación de los derechos de esta comunidad. Sin embargo, aclaró que la Carta no prohíbe la existencia de una institución alterna a la unión de hecho que permita formalizar la voluntad responsable de conformar una familia homosexual.

Según el alto tribunal, la unión marital de hecho es insuficiente para superar la deficitaria protección que tienen estas parejas frente a las heterosexuales, que pueden escoger entre dicha unión y el matrimonio.

La Corte exhortó al Congreso de la República para que regule la institución contractual llamada a remediar esa situación, con un amplio margen para determinar su denominación, naturaleza y alcance.

De otra parte, señaló que la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales obliga a fijar el 20 de junio del 2013 como fecha límite para expedir la legislación correspondiente. Si se supera ese término, los notarios o jueces deberían formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia a las parejas homosexuales (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

### **MATRIMONIO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO**

La Corte Constitucional se pronunció sobre el tema sub examine, así:

(...) la Corte decidió que los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil acorde con su orientación sexual (método de interpretación sistemático). Consideró que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y Comunicado No. 17. Corte Constitucional. Abril 28 de 2016 2 valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género. La Sala también consideró que los contratos innominados mediante los cuales se pretendió solemnizar y formalizar las uniones de personas del mismo sexo no suplen el déficit de

protección identificado en la sentencia C-577 de 2011. En los términos del artículo 113 del Código Civil, la celebración de un matrimonio civil genera diversos efectos jurídicos personales y patrimoniales, los cuales no se encuentran presentes en un contrato civil innominado, lo que genera un trato discriminatorio entre las parejas heterosexuales y del mismo sexo. Con el propósito de (i) superar el déficit de protección reconocido en la sentencia C-577 de 2011 en relación con las parejas del mismo sexo en Colombia; (ii) garantizar el ejercicio del derecho a contraer matrimonio; y (iii) amparar el principio de seguridad jurídica en relación con el estado civil de las personas, la Corte extendió los efectos de su sentencia de unificación a los pares o semejantes, es decir, a todas las parejas del mismo sexo que con posterioridad al 20 de junio de 2013 (i) hayan acudido ante los jueces o notarios del país y se les haya negado la celebración de un matrimonio civil debido a su orientación sexual; (ii) hayan celebrado un contrato para formalizar y solemnizar su vínculo sin la denominación ni los efectos jurídicos de un matrimonio civil; (iii) habiendo celebrado un matrimonio civil, la Registraduría Nacional del Estado Civil se haya negado a inscribirlo; y (iv) en adelante, formalicen y solemnicen su vínculo mediante matrimonio civil. De igual manera, la Corte declaró que los matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo celebrados en Colombia con posterioridad al 20 de junio de 2013 gozan de plena validez jurídica por ajustarse a la interpretación consti-



tucional plausible de la sentencia C-577 de 2011. Para la Corte, los jueces de la república que celebraron matrimonios civiles entre parejas del mismo sexo actuaron en los precisos términos de la Carta Política, de conformidad con el principio constitucional de autonomía judicial, previsto en el artículo 229 de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

## DE LA ADOPCIÓN

### CONCEPTUALIZACIÓN

La adopción ha sido entendida como uno de los mecanismos para restablecer los derechos vulnerados a los niños, derechos establecidos en el artículo 44 constitucional, dándoles una categoría de fundamental, no de segunda generación, desarrollándose una serie de derechos para los niños, los cuales se agrupan en los siguientes temas:

1. Derecho a la vida, que implica derechos a la integridad, salud, seguridad social, alimentación equilibrada.
2. Derecho a una identidad y filiación, derecho a un nombre, a una nacionalidad, a una familia, al cuidado y al amor.
3. Derechos de formación, que incluyen educación, cultura, recreación y libre expresión de su opinión.
4. Derechos de protección contra el abandono, secuestro, explotación laboral y económica, violencia física o moral, venta, abuso sexual, trabajos riesgosos.

Un derecho de gran importancia para el niño es el derecho a una familia; sin embargo, en muchas situaciones, el niño se ha visto excluido de pertenecer a un núcleo familiar por abandono, por pérdida de la patria potestad de los padres, o incluso por perder la familia; frente a estas situaciones, el sistema jurídico colombiano ha desarrollado una institución jurídica denominada adopción, cuya definición se encuentra en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006: “principalmente y por excelencia una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paternofamiliar entre personas que no la tienen por naturaleza”.

Así, la adopción permite restablecer el derecho no solo a tener una familia, sino también la materialización de otros derechos, los cuales se han visto vulnerados, como aquellos inherentes a la educación, alimentación, protección, salud, seguridad social, entre otros, en aplicación y desarrollo de la teoría del interés superior del niño sobre el derecho de los demás (art. 42, Constitución Política de Colombia).

La Corte Constitucional (1995), en sentencia de constitucionalidad 562, estableció que la finalidad de la adopción es crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de la sangre. También la Corte Constitucional en sentencia C-477 de 1999,

sobre la finalidad de la adopción, ha establecido: El propósito principal de la adopción, cuya finalidad se enmarca dentro del principio universal del interés superior del niño, como ya se anotó, es dar protección al menor, garantizándole un hogar adecuado y estable en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral no solo en su aspecto físico e intelectual, sino también en lo emocional, espiritual y social. El fin de la adopción, como lo ha sostenido la Corte, no es solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta. En virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad. Los requisitos de la adopción se encuentran consagrados en el artículo 68 de la Ley 1098 de 2006: capacidad, haber cumplido 25 años de edad, que tenga por lo menos 15 años más que el adoptable y que garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Pueden adoptar las personas solteras, los cónyuges conjuntamente, los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años, el guardador al pupilo o expupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración, el cónyuge o compañero permanente al hijo del cónyuge o compañero que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años. Estos requisitos fueron incluidos por el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, como autoridad en materia de adopción, mediante Resolución 3748 de 2010, que estableció un lineamiento técnico para adopciones en Colombia, con el fin de proteger al niño y garantizarle el derecho a una familia.

### **Adopción homoparental**

La adopción de hijos por parejas homosexuales es un derecho que se ha reconocido en varios Estados del mundo; en Europa, por ejemplo, en Dinamarca desde 1999 se permitió a una persona homosexual adoptar el hijo de su pareja cuando exista unión civil, y en el 2009 se consolidó el derecho de la pareja homosexual de adoptar un niño. En Holanda, este derecho se reconoció en el año 2001 con los mismos criterios que se aplica para parejas heterosexuales, y, en el mismo año, en Alemania se autorizó a la persona homosexual unida civilmente a adoptar el hijo de su pareja. En el año 2002, en Suecia, se reconoció este derecho a las parejas unidas civilmente. En 2005 se aprobó la adopción homoparental en Inglaterra y Gales, y en el mismo año se autorizó en España. En 2006, en Islandia se aprobó una ley que permite a parejas homosexuales, con una relación estable de más de cinco años, adoptar niños. Bélgica aprueba una ley similar, ese mismo año, y en el 2008 legalizó la posibilidad de adoptar niños.

En cuanto a Norteamérica, en California, Estados Unidos, se ha permitido desde 1986 la adopción homoparental; este derecho se ha establecido en varios estados federales, entre ellos Nueva York, Connecticut y Nueva Jersey. La situación hoy es ambigua

en muchos estados de ese país en lo que atañe a la adopción por parte de personas homosexuales, porque aún no es aceptada explícitamente, aunque no está prohibida.

Pasando a Australia y Sudáfrica, la adopción por parte de parejas homosexuales fue permitida en el año 2002. En 2006, en Israel, mediante una decisión fiscal y, en el 2008, a través de una ley.

Consecuente con el orden cronológico, América Latina no se hizo esperar; México y Uruguay lo hicieron en diciembre de 2009, Argentina a partir del 2010 ha permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, otorgándoles así el derecho de adoptar conjuntamente, con los mismos requisitos que ya existían para los matrimonios heterosexuales. En Colombia, el reconocimiento de los derechos de los homosexuales ha tenido un gran avance tanto en normatividad como en sentencias proferidas por la Corte Constitucional; el tema de adopción ha sido de gran debate jurídico. Por ejemplo, la sentencia de constitucionalidad 814 de 2001 declaró exequibles las expresiones del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) que prohibían la adopción homoparental.

En dicha sentencia se analizó la demanda del artículo 90 del Código del Menor, el cual establecía que pueden adoptar conjuntamente los cónyuges o la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años.

Se realizó esta demanda porque este artículo discriminaba a las parejas del mismo sexo, dando lugar a la violación de los de-

rechos constitucionales a la igualdad y libre opción sexual.

El demandante dijo que “la posición jurisprudencial de admitir los derechos homosexuales de manera individual y de negarlos en cuanto a la vida de pareja debería modularse para permitirles la adopción a las parejas homosexuales, en aras de evitar el tratamiento discriminatorio” (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

Luego del pronunciamiento de la Corte sobre el mencionado caso, en julio de 2009 una pareja de lesbianas interpuso una tutela ante un juez de familia solicitando la aprobación judicial para adoptar a un menor de edad. El juez negó la solicitud con el argumento del incumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia, como son idoneidad física, mental, moral y social; suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño frente al cumplimiento de los requisitos.

Al respecto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) ha venido manejando históricamente el concepto de que la adopción de un niño, niña o adolescente a quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones morales socialmente cuestionadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc., pone al niño, niña y adolescente en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno sociocultural en el cual está insertado.

Según la Resolución 3748 de 2010 del ICBF, se estableció que no hay idoneidad moral cuando

1. La persona/cónyuges/compañeros permanentes que tenga(n) problemas de alcoholismo o drogadicción.
2. La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, tales como acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años o incapaz.
3. La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad individual, tales como inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas.
4. La persona/cónyuges/compañeros permanentes no provea(n) alimentos a sus hijos biológicos o adoptivos.
5. La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes de violencia intrafamiliar.
6. La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes penales y, habiendo cumplido la condena, se establezca que pueda(n) implicar riesgo para el adoptable.
7. La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) incurrido en la vulneración de los derechos de protección de los

niños, niñas y adolescentes, previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.

En lo anterior no se advierte la homosexualidad como un impedimento para la adopción, ya que antes se realiza un análisis integral sobre la idoneidad de la pareja para el logro del interés superior del menor, analizando los aspectos sociales, psicológicos y económicos que permitirán determinar si es pertinente o no proceder con la adopción del menor, pues la homosexualidad no es una enfermedad ni un trastorno mental o un problema emocional, sino una orientación sexual.

Además, la libre opción sexual está reconocida como derecho fundamental en el artículo 16; existen varias sentencias que reconocen derechos a los homosexuales y parejas homosexuales, y han traído una serie de modificaciones normativas que dan materialidad al derecho a la igualdad a través de la eliminación de la discriminación en contra de personas homosexuales. Una de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, y de gran importancia, es la T-539 de 1994, que estableció un trato justo hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente a la de los heterosexuales, no por ello jurídicamente carecen de legitimidad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho constitucional fundamental de

toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual. En materia de familia, en la sentencia C-075 de 2007, la Corte Constitucional estableció que tanto el Estado como la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia, entendiendo por esta no solo la integrada por parejas heterosexuales, sino, también, la conformada por parejas del mismo sexo. De ahí que se entienda que la Constitución Política no permite que haya distinción alguna entre los diversos conceptos de familia que actualmente ampara.

Sin embargo, el Alto Tribunal dispuso cualquier duda sobre la materia y aclaró la posibilidad de adopción por parte de homosexuales o parejas homoparentales, avalando la adopción de dos menores de edad colombianos por parte del periodista estadounidense Chandler Burr, quien reconoció su condición homosexual.

El estadounidense Burr logró adoptar a dos hermanos colombianos, de 13 y 8 años de edad. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar había ordenado su reubicación en un hogar sustituto al considerar que el adoptante había ocultado su orientación sexual.

La sentencia no se pronuncia sobre el tema de igualdad y en ningún aparte afirma que el ICBF haya discriminado al demandante. Tampoco resuelve la controversia sobre si las parejas del mismo sexo pueden adoptar (Corte Constitucional de Colombia, 2012).

Posteriormente, la Corte analizó el caso de dos mujeres que solicitaron la autorización para la declaración judicial del vínculo filial entre una menor, hija biológica de una de

ellas, por tener esta la calidad de compañera permanente la madre biológica de la menor.

Para la Corte cuando una persona adopta un hijo biológico de su compañero(a) permanente, la condición de homosexual de la pareja adoptante no puede ser fundamento para resolver negativamente el respectivo trámite administrativo (sentencia SU-617 del 28 de agosto de 2014, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez).

La Corte declaró exequibles algunos apartes de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 y el 1.º de la Ley 54 de 1990, precisando que las parejas del mismo sexo solo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Más adelante, conservando el mismo hilo de la ratio, la Corte determinó que las parejas del mismo sexo están habilitadas para adoptar conjuntamente, acorde con una lectura de las normas acusadas conforme a la Constitución Política y a los tratados internacionales sobre derechos humanos, que consagran la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

## INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE HIJOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

La Corte reconoció los derechos de los niños y niñas, obligaciones de las autoridades en-

cargadas del registro civil en el caso de hijos o hijas de parejas del mismo sexo, diciendo:

La Corte ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil la implementación de un nuevo formato “en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al “padre” y “madre” del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres, en el orden que voluntariamente señale la pareja para efectos de los apellidos legales de su hijo, si los mismos cumplen con los requisitos generales de ley para ser reconocidos como los padres o madres del niño. Particularmente, se ordena que en el plazo señalado, se expida, además del formato ya descrito, una circular única dirigida a todas las notarías y consulados del país en el extranjero explicando: i) el contenido de esta sentencia y los cambios introducidos por el nuevo formato de registro civil; y ii) que mientras se introduce en todos los circuitos notariales y consulados del país el nuevo formato, las peticiones que llegaran a presentar parejas del mismo sexo que son padres o madres de un menor de edad con respecto a su inscripción en el registro civil de nacimiento se deben tramitar utilizando el formato actual sin que el mismo constituya un obstáculo para reconocer el derecho a la nacionalidad, a la vida digna, a la personalidad jurídica, el derecho a tener una familia y el interés superior de los niños y niñas” (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

## INTERSEXUALES

Ante el vacío legislativo sobre la inscripción de menores con ambigüedad genital, la Corte Constitucional estableció los lineamientos para proceder a esta, considerando que prevalecen los derechos de los menores a un nombre, a la personalidad jurídica y a la salud:

Al respecto, el Alto Tribunal manifiesta: Teniendo en cuenta los hechos del caso, la Sala considera que de ninguna manera puede la indeterminación del sexo convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica, el cual es inherente al ser humano por el solo hecho de existir. Atendiendo al principio de dignidad humana y al derecho a la igualdad, no existe razón que justifique que bebés y niños cuyo sexo no pueda ser identificado al nacer no sean registrados y permanezcan ocultos frente al Estado y la sociedad.

6.3. Por consiguiente, las autoridades están en la obligación de registrar a los menores intersexuales o con ambigüedad genital. La decisión sobre la asignación del sexo en el registro civil de nacimiento depende de la decisión del equipo médico interdisciplinario de expertos. Las opciones de asignación de sexo en el registro civil para los intersexuales incluyen femenino, masculino o una anotación en un folio aparte conforme a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia. El legislador regulará todo lo concerniente al registro de los menores intersexuales.

6.4. Al margen de lo anterior, se reitera la necesidad de ofrecer atención urgente y prioritaria a los menores intersexuales o con genitales ambiguos desde su nacimiento por parte de un equipo médico interdisciplinario, sin que ello dependa de la presentación de un registro de nacimiento. Los padres deben mantenerse permanentemente informados para que puedan tomar una decisión acorde a los intereses superiores del menor para tomar una decisión autónoma sobre la asignación de su sexo (Corte Constitucional de Colombia, 2013).

La Corte eliminó las dificultades para la inscripción y la reemplazó por solicitud escrita en cualquiera de los casos.

### **CORRECCIÓN DE SEXO A TRAVÉS DE ESCRITURA PÚBLICA**

El Ministerio de Justicia y del Derecho emitió el Decreto 1227 de 2015, mediante el cual se establece el procedimiento para rectificación del sexo en el registro civil de nacimiento mediante escritura pública y, en consecuencia, el cambio de nombre.

El fundamento de este decreto radica en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que manifestó:

Sin embargo, al examinar la necesidad de esta medida, la Sala encuentra que el ordenamiento jurídico dispone de otras vías para satisfacer dichas finalidades, y que no implican un menoscabo de los derechos fundamentales de la solicitante ni un tratamiento desigual en relación con

el que se dispensa a las personas cisgénero que solicitan la modificación del sexo consignado en el registro civil. Como quedó expuesto en las consideraciones precedentes, la legislación colombiana autoriza la modificación por vía notarial mediante escritura pública de distintos elementos del estado civil de las personas, incluido el sexo consignado en el registro. Así lo establecen los artículos 91 y 95 del Decreto 1260 de 1970, el artículo 4.º del Decreto 999 de 1988 y, más recientemente, el artículo 617 numeral 9.º del Código General del Proceso, que fija en los notarios la competencia a prevención para corregir errores en los registros civiles, la cual solo es desplazada por la vía judicial cuando existan controversias u oposiciones.

La corrección por vía notarial reduce los obstáculos y exclusiones que padecen las personas transgénero en razón de los mayores costos y tiempos de espera que supone el recurso a un proceso judicial, y que en sus particulares condiciones de marginación y exclusión se convierten en una carga especialmente dura de afrontar; asimismo, elimina la diferencia de trato que se establece entre personas cisgénero y transgénero, permitiendo a estas últimas hacer uso del procedimiento de corrección del sexo en el registro que hoy se admite para las primeras y contribuye a eliminar la tendencia hacia la patologización de la identidad de género. Se trata, por tanto, de un medio menos lesivo en términos de afectación a derechos fundamentales.

Asimismo, la corrección a través de escritura pública permite lograr con el mismo grado

de idoneidad las finalidades que se pretenden asegurar a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria. En primer lugar, esta alternativa supone la intervención de un notario, funcionario autorizado para guardar la fe pública e imprimir de veracidad los documentos, hechos y actos que los particulares declaren, según lo establecido en el artículo 131 superior y en el Decreto 960 de 1970. En este orden de ideas, es válido asegurar que la labor desplegada por los notarios se realiza con estricto apego a la Constitución y a la ley, y, en caso contrario, se activan los mecanismos de vigilancia respectivos, con lo cual se incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de las funciones y actividades que les han sido asignadas. Así, la labor de los notarios bastaría para garantizar que, al igual que ocurre con las personas cisgénero, también las transgénero puedan acudir a este funcionario para efectuar la corrección del sexo inscrito en el registro civil.

En segundo lugar, el notario, a partir de la función constitucional y legal de la que ha sido investido, en caso de estimarlo necesario, puede solicitar pruebas a través de las cuales pueda dar fe de la discrepancia entre el sexo consignado en el registro y la identidad sexual, sin necesidad de patologizar la identidad de género o cuestionar la validez de los tránsitos que ha hecho una persona para adaptarse a su nueva identidad. Estos mecanismos podrían incluir: (i) una declaración juramentada del solicitante sobre el tránsito de género, sus implicaciones y la construcción de su identidad; (ii) la declaración extrajuicio de dos (2) testigos que puedan dar fe del proceso de reafirmación

de identidad sexual del interesado; (iii) el cambio de nombre realizado mediante escritura pública, que podría constituir indicio suficiente del proceso individual y social de tránsito de género del solicitante, sin que pueda entenderse como una exigencia adicional para lograr la corrección del sexo; (iv) Finalmente, partiendo de la base de que el transgénero no es una enfermedad ni una categoría psiquiátrica, la exigencia de un certificado médico o de un diagnóstico de disforia de género para acreditar el tránsito de una persona deberá operar única y exclusivamente en aquellos casos en que sea consentida libre y voluntariamente por el solicitante, so pena de erigirse en un requisito invasivo de la intimidad. Es decir, el elemento de constatación genital o de diagnóstico médico debe reducirse a un elemento adicional y no central o determinante, y ha de contar en todo caso con el consentimiento del solicitante (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

## CONCLUSIONES

El derecho a conformar una familia por parejas homosexuales no controvierte en ninguna medida el interés superior, sino que da lugar a la efectividad, a la materialización, garantía y protección de derechos constitucionalmente establecidos.

Resulta latente la necesidad de lograr la efectividad de los principios del Estado social de derecho: igualdad material y libertad, para las parejas del mismo sexo a través de la regulación del ordenamien-



to jurídico de las nuevas realidades y estableciendo garantías y protección a los derechos de todos los asociados independientemente de su condición o diferencia, derechos que son protegidos conforme se ha visto por la Corte Constitucional.

El Tribunal Supremo ha dado un salto histórico en los derechos de los LGTBI al otorgarles todas las garantías y beneficios de pareja que les faltaban, incluyendo el matrimonio y la adopción, posicionando a la vanguardia, en América Latina, a Colombia en el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo.

Con base en lo expuesto, la Registraduría Nacional del Estado Civil da aplicación a las sentencias emitidas por el Alto Tribunal a través de actos administrativos, tales como circulares y conceptos. Entre las circulares, vale mencionar:

**Circular 033 del 24 de febrero de 2015**

Directrices para la anotación del sexo en una inscripción en el registro civil de nacimiento de menores intersexuales.

**Circular 139 del 24 de junio de 2015**

Aplicación del Decreto 1227 del 4 de junio de 2015, *“Por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el Registro del Estado Civil”*.

**Circular 208 del 5 de octubre de 2015**

Inscripción en el registro civil de nacimiento de la unión marital de hecho declarada (heterosexual y homosexual).

**Circular 024 del 8 de febrero de 2016**

Cumplimiento y aplicabilidad de la sentencia SU-696 de 2015, derechos de los niños y niñas; obligaciones de las autoridades encargadas del registro civil en el caso de hijos o hijas de parejas del mismo sexo.

**Circular 036 del 2 de marzo de 2016**

Instrucciones para la inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo:


Debe aportar el registro civil de matrimonio debidamente apostillado o legalizado, equivalente al registro civil colombiano; es importante no confundir con acta de matrimonio.

**Circular 139 del 24 de junio de 2014 (en aplicación del Decreto 1227/15)**

Se establece el procedimiento para rectificación del sexo en el RCN mediante escritura pública y en consecuencia el cambio de nombre. Procedimiento para la cancelación o rectificación de la cédula de ciudadanía.

Circular 080 de 2016 en aplicabilidad a la sentencia SU-214 de 2016, matrimonio civil entre parejas del mismo sexo

Se inscribirán los matrimonios civiles celebrados entre parejas del mismo sexo, a partir del 20 de junio de 2013, según lo preceptuado en la citada sentencia.

Esta inscripción deberá surtirse en igualdad de condiciones, las mismas etapas contenidas en el artículo 12 del Decreto Ley 1260 de 1970, que hace referencia a la recepción, extensión, otorgamiento, autorización y constancia de la inscripción. 

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (2006). Ley 1098, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Corte Constitucional de Colombia (1994). Sentencia de tutela 539. M. P.: Naranjo, V.

Corte Constitucional de Colombia (1995). Sentencia de constitucionalidad 562. M. P.: Arango, J.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia de constitucionalidad 814. M. P.: Monroy, M.

Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia de Constitucionalidad 029. M. P.: Escobar, R.

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia de tutela 577. M. P.: Mendoza, G.

Corte Constitucional de Colombia (2012). Sentencia de tutela 276. M. P.: Pretelt, J.

Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia de tutela 450. M. P.: González, M.

Corte Constitucional de Colombia (2014). Sentencia unificada 617. M. P.: Guerrero, L.

Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia de constitucionalidad 071. M. P.: Palacio, J.

Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia de constitucionalidad 683. M. P.: Palacio, J.

Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia de Tutela 063. M. P.: Calle, M.

Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia Unificada 696. M. P.: Ortiz, G.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia unificada 214. M. P.: Rojas, A.

Dirección Nacional de Registro Civil de la Registraduría Nacional del Estado Civil (2015). Circular 033, directrices para la anotación del sexo en una inscripción en el registro civil de nacimiento de menores intersexuales.

Dirección Nacional de Registro Civil de la Registraduría Nacional del Estado Civil (2015). Circular 139, aplicación del Decreto 1227 de 2015.

Dirección Nacional de Registro Civil de la Registraduría Nacional del Estado Civil (2015). Circular 208. Inscripción en el registro civil de nacimiento de la unión marital de hecho declarada (heterosexual y homosexual).

Dirección Nacional de Registro Civil de la Registraduría Nacional del Estado Civil (2016). Circular 024, cumplimiento y aplicabilidad de la sentencia SU-696 de 2015, derechos de los niños y niñas; obligaciones de las autoridades encargadas del registro civil en el caso de hijos o hijas de parejas del mismo sexo.

Dirección Nacional de Registro Civil de la Registraduría Nacional del Estado Civil (2016). Circular 036, instrucciones para la inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (2010). Resolución 3748.

Presidencia de la República de Colombia (1989). Decreto Ley 2737, por el cual se expide el Código del Menor.

Presidencia de la República de Colombia (2015). Decreto Ley 1227, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

# DEL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL DERECHO A SER REGISTRADO. UN PANORAMA DE LA REALIDAD ACTUAL COLOMBIANA

## OF THE RIGHT TO IDENTITY AND THE RIGHT TO BE REGISTERED - AN OVERVIEW OF THE CURRENT COLOMBIAN REALITY -

**Juan Carlos Galindo Vácha<sup>1</sup>**  
Registrador Nacional del Estado Civil.

### RESUMEN

En este artículo se estudian el derecho a la identidad y el derecho a ser registrado, contextualizando su origen desde la misma necesidad humana de contar con una individualidad, que surge desde el momento mismo en el que se adquiere conciencia, es decir, cuando el sujeto se reconoce a sí mismo como uno (identidad individual) que a la vez es diferente a los demás seres de su entorno, aunque pertenezca a este por algún vínculo familiar, político, cultural o religioso (identidad colectiva).

La circunstancia de ser miembro de un conglomerado social, porque su naturaleza humana le impone que viva en comunidad, implica que cada integrante sea diferenciado de alguna manera, ya

---

<sup>1</sup> Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, con una maestría en Derecho y Economía de Seguros de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Fue Magistrado Auxiliar de la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia y Procurador Delegado ante las secciones tercera y quinta del Consejo de Estado. En el año 2007 se desempeñó como Registrador Nacional del Estado Civil. Desde el año 1991 es profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana en diferentes cátedras de pregrado y posgrado. El 3 de diciembre de 2015 se posesionó como Registrador Nacional del Estado Civil. [jcgalindo@registraduria.gov.co](mailto:jcgalindo@registraduria.gov.co)

sea, por ejemplo, mediante su fisonomía, características propias o mediante nombres y apellidos, lo cual hará que se implemente la identificación cara a cara, que no es más que el reconocimiento mutuo que se aprecia en una sociedad pequeña, donde todos se reconocen a simple vista, mientras que al tratarse de una población extensa se impone la exigencia de implementar un sistema de registro de esa información individual, que diferencia eficazmente a una persona de otra.

Desde el mismo momento en que se reconoció la individualidad, mediante la atribución de la personalidad en el derecho romano, se le brindaron al sujeto de derecho algunas prerrogativas que le ayudaron a distinguirse de sus congéneres. En efecto, desde cuando a la persona se le dotó del derecho a contar con un nombre, con un estatus y con una nacionalidad, se le brindó la oportunidad de contar con el derecho a la identidad. Adicionalmente, pueden referirse algunos ordenamientos que contemplaron algunos registros civiles.

Posteriormente, con el reconocimiento de los derechos inalienables del hombre fruto de la Revolución francesa, se consolidó el valor de la persona. En la Declaración de 1789 se rescató la dignidad del hombre y se le reconocieron libertades esenciales, entre ellas la igualdad y la libertad. Cuando se dice que todos los hombres son iguales, se reconoce que cada uno de ellos es uno, es decir, implícitamente se garantizó la individualidad de todos los seres humanos.

Luego de una observación de estos derechos en el campo del derecho internacional, se apreciará el sistema actual del registro civil y la identificación en Colombia, bajo una especial óptica del acceso a la información.

## **PALABRAS CLAVE**

Verificación, persona, personalidad, derecho, identidad, registro, individualización.

## **ABSTRACT**

Rights to identity and be registered are studied, contextualizing its origin from the human need for identity, which arises from the moment in which consciousness is acquired when the subject recognizes himself as one (individual identity), which in turn is different from other beings of their environment, but belongs to him for some family ties, political, cultural or religious (collective identity).

As a member of a social conglomerate, because human nature makes living in community, requires that each member of this is differentiated in some way, whether, for example, by names, which will make the identification is implemented face to face, it is only the mutual recognition is seen in a small society, where everyone recognize at first, but when dealing with a large population, is necessary to implement a registration system that individual information sets effectively one person from another.

It was intone, that when recognized the inalienable rights of human beings, was recognized among these the right to recognize the legal personality, the right to a nationality, to have a name, civil registration, among others. Which, involving, first, the right to identification and be registered as without these two, he could not exert any human, civil, political and economic law, since identity is its very existence as a person.

Examined these rights in the field of international law, you can see the current system of registration and identification in Colombia, as well as access to information.

### KEY WORDS

Verification, person, personality, law, identity, registration, individualization.

## NECESIDAD HUMANA DE CONTAR CON UNA IDENTIDAD

Ninguna duda arroja el axioma según el cual el hombre por naturaleza es un ser social, que necesita de su interrelación con sus semejantes para vivir y para poder desarrollar sus habilidades individuales. Requiere un conglomerado social en el que perseguirá fines individuales y colectivos, como se ha visto a lo largo de la historia de las variadas civilizaciones, desde que se organizó en familias, hordas, clanes, tribus y hasta llegar a conformar naciones, e incluso organizaciones internacionales.

Esta convivencia social, conformada por numerosos individuos, hizo necesario desarrollar esquemas para la individualización de las personas, fuera inicialmente por medio de sus señas personales, sus características fisiológicas, sus habilidades o dificultades de comportamiento, en sus inicios, para luego organizar unos esquemas de identificación basados en los nombres. Recuérdese cómo, por ejemplo, en el derecho romano se utilizaba el prenombre y el nombre para identificar a las personas; el primero se escogía libremente y el segundo daba indicación de su filiación, es decir, del estatus familiar.

En esas primeras épocas no se necesitaban complejos sistemas para identificar

a las personas ni tampoco se requería un registro, pues al tratarse de grupos considerablemente pequeños, bastaba con el reconocimiento facial, es decir, en estos reducidos entornos todos se conocían y reconocían mutuamente, tal y como lo expresaron About, I & Denis, V. (2011):

Los historiadores de la identificación consideran a menudo la Edad Media como una época regida enteramente por el conocimiento mutuo, durante la cual todos eran conocidos por todos en el marco local de la comunidad en la cual vivían, y la movilidad era un factor de disolución del conocimiento mutuo y de interferencia de las identidades (sin página).

El desarrollo del lenguaje y de las lenguas implicó que, por medio de los nombres y variados apelativos, se reconociera la individualización de los seres humanos que conformaban una tribu o una ciudad. Esta circunstancia hizo que a medida que se expandía un pueblo se hacía necesario la implementación de formas adicionales para llevar la información relativa a la identidad de cada integrante, circunstancia que, en el ámbito del continente americano, se percibe en la reseña histórica del señor Tad Palac (2007), Representante de Unicef, en el Décimo Encuentro Interinstitucional de la Oficina Nacional de Estadística:

En América, se tiene conocimiento de una singular práctica del registro de hechos vitales por parte de los Incas, mediante la cual llevaban notación de los nacimientos, las defunciones y otros hechos vitales. Según informacio-

nes aportadas por Garcilaso de la Vega, nacido en Cuzco en 1539, hijo de madre Inca y padre español, el poderoso imperio indígena de América del Sur “utilizaba el entrelazado de cintas de colores y nudos” para realizar tales registros, a los cuales denominaba “quipus” y estaban a cargo de una persona provista de la autoridad para tales fines, a la que llamaban “quipucamayus”. Los registros incluían los nacimientos y muertes por cada mes, los tributos pagados al Inca cada año, especificando cada hogar que así lo hacía, así como la totalidad de personas que iban a la guerra y morían.

(...) en el caso de la República Dominicana, hay evidencias de la existencia del registro civil durante el periodo de la conquista por parte de España, lo que se desprende del análisis de las descendencias familiares que hace Fray Cipriano de Uterera en su libro “Dilucidaciones Históricas”, para lo cual usó como fuente primaria de información las partidas de nacimiento y bautismo contenidas en los archivos parroquiales, así como las certificaciones de defunciones de la isla que reposan en el Archivo de Indias en Sevilla, España. El registro civil adquiere mayor grado de institucionalidad y legitimidad, durante la primera presencia militar norteamericana en suelo dominicano a principios del siglo pasado (pp. 2 y 3).

En Roma, como se observará más adelante, en los primeros años de nuestra era, el emperador Augusto organizó la inscripción de los nacimientos de los hijos legítimos de los

ciudadanos romanos en un registro público, que luego se ampliaría a los hijos ilegítimos y a la inscripción de las defunciones.

Las parroquias de la iglesia Católica en el continente europeo sirvieron también de lugar de registro de los nacidos y bautizados como mecanismo para individualizarlos.

Como se aprecia de estas breves acotaciones históricas, la identidad ha sido conatural al hombre, inherente a su esencia, razón por la cual debido al crecimiento de los centros urbanos ha sido necesario desarrollar esquemas de inscripción de su identidad, de asignación de nombres mediante el registro en archivos públicos, así como el reconocimiento de derechos inalienables como parte o extensión del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Vistas así las cosas, este camino de individualización de las personas, primero por sus signos físicos, por sus rasgos faciales, por sus características comportamentales, luego por sus nombres y finalmente por su inscripción en los registros públicos, sumado a otros desarrollos filosóficos, jurídicos y sociales, fue conduciendo al reconocimiento de un derecho fundamental como lo es el derecho a la identidad.

## DERECHO A LA IDENTIDAD

Debe entenderse por derecho a la identidad esa prerrogativa de todos los sujetos del derecho a su individualización y asignación de signos referentes a su particularización, que expresa la unicidad e irrepe-

tibilidad de los seres humanos. Cada uno de nosotros somos únicos en las diferentes dimensiones de nuestra existencia, en el plano físico, intelectual, espiritual, ético y social. Este hecho implica que cada quien sea cada quien y que los demás, el ordenamiento jurídico y todas las autoridades deban respetar esa individualidad.

Muy sugestivas son las palabras de Carlos Fernández Sessarego (2004) cuando describe el derecho a la identidad:

La identidad personal resulta ser, por consiguiente, el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. La identidad personal es todo lo que hace que cada cual sea “uno mismo y no otro”. Es el complejo de datos biológicos, psíquicos y existenciales que, pese a que todos los seres humanos sean iguales, determina la “mismidad”, el ser “uno mismo”. Se trata de una exigencia existencial, un interés natural, consistente en ser “el mismo” y no “otro”. La identidad personal es el plexo de características, tanto estáticas como cambiantes que hallamos en cada ser humano. La “personalidad” es la vertiente dinámica de la identidad, la misma que se proyecta hacia el mundo exterior, que se fenomenaliza y permite a los demás conocer a cierta persona, en lo que ella consiste como ser humano único e irrepitable.

A su vez, la Corte Constitucional de Colombia (1995), en sentencia de acción de tutela, expresó:

La significación del derecho a la identidad contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual, en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. De otra parte se establece que “La condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivientes”. Tal significado comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la dignidad de la persona humana. Son todos estos derechos asignados a la persona humana algo propio en razón de su naturaleza. El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir, es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad. La persona humana es dueña de sí misma y de su entorno. El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de Dignidad humana y en

esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad (sentencia T-477. M. P.: Martínez, A.).

Concordante con lo anterior, en las *Reflexiones preliminares sobre la universalidad del registro civil y el derecho a la identidad*, de la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (2007, p. 2), se expresó que la identidad era la necesidad y la capacidad del individuo para ubicar vínculos psicológicos, sociales, culturales, tales como la familia, la sociedad y el Estado. Esa necesidad del propio individuo fue tomando forma, en las diferentes civilizaciones, mediante un nombre y un apellido que describían su filiación, el lugar de su nacimiento, su cultura y religión.

Podemos decir que desde el reconocimiento mismo de la personalidad jurídica, el orden constitucional y legal ha contemplado el derecho a la identidad de las personas, así a veces no haya sido lo explícito que fuera deseable. Este derecho fundamental implica una facultad ínsita en la esencia misma del sujeto de derecho que se traduce en el poder de individualizar al sujeto jurídico, de distinguirlo de los demás, mediante diferentes signos, sean físicos, lógicos o digitales. Pero así como se trata de una prerrogativa para la persona, la identidad implica un deber correlativo para el Estado, una carga para organizar y disponer de todos los elementos individualizantes, claros y precisos para materializar esa prerrogativa subjetiva, y para brindar una garantía real que per-



mita una real diferenciación de todos y cada uno de los individuos como de sistemas de almacenamiento de esa información.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004) ha reconocido el derecho a la identidad como un derecho autónomo y como una expresión o como un elemento constitutivo de otros derechos, por ejemplo, del derecho a ser registrado, del derecho al nombre, al derecho a la nacionalidad y/o a la personalidad jurídica.

En el caso colombiano, el derecho a la identidad no se encuentra expresamente definido. Sin embargo, se puede deducir de varias disposiciones, por ejemplo, del artículo 5.º, en el que se dispuso que el Estado reconocía, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona; del artículo 15, cuando expresa que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre; también del artículo 19, cuando defiende la libertad de cultos, y, en fin, de todas aquellas disposiciones que contemplan libertades –incluido el artículo 94–, toda vez que el ejercicio de tales prerrogativas reconoce la individualización de las personas.

La legislación colombiana, particularmente el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), sí plasmó en forma expresa como derecho de los niños, niñas y adolescentes el derecho a la identidad, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 25. DERECHO A LA IDENTIDAD.** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una

identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia.

La Corte Constitucional ha reconocido el derecho a la identidad en múltiples pronunciamientos, como en la sentencia T-477 de 1995, donde expresó:

En el derecho a la identidad, la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida. Tal autonomía implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona, por su misma plenitud, es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser.

Del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad se desprende un verdadero derecho a la identidad personal, que, en estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autode termina, se autoposee, se autogoberna, es decir, que es dueña de sí misma, de sus actos y de su entorno. Igualmente, esta Corporación tiene bien

establecido que uno de los elementos esenciales de cualquier plan de vida y de nuestra individualización como una persona singular es precisamente la identidad de género, esto es, el sentimiento de pertenecer a un determinado sexo.

Ahora bien, se pueden distinguir dos vertientes en el derecho a la identidad: la dinámica y la estática, las cuales han sido explicadas por Álvarez, L. (2008), a saber:

El aspecto estático tiene que ver con los signos distintivos y la condición legal o registral del sujeto, que son los primeros que se hacen visibles a la percepción (nombre, seudónimo, imagen, características físicas), y el dinámico es definido como el conjunto de características y rasgos de índole cultural, moral y psicológica de la persona, su vertiente y patrimonio espiritual (p. 10).

Teniendo entonces, como se dijo en precedencia, que el derecho a la identidad de las personas debe ser garantizado por el Estado, surge como una obligación para este disponer los mecanismos para lograr el reconocimiento de esa individualidad, y para la persona el derecho a la identificación. Por lo tanto, el Estado se halla en obligación de garantizar la identificación mediante el suministro de los medios idóneos, accesibles y gratuitos para que todas las personas cuenten con medios de identificación y puedan individualizarse en sus relaciones sociales, económicas y jurídicas.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia (2012) expresó:

La identificación constituye la forma como se establece la individualidad de una persona con arreglo a las previsiones normativas. La ley otorga el alcance de prueba de la identificación personal, de donde se infiere que solo con ella se acredita la personalidad de su titular en todos los actos jurídicos o situaciones donde se le exija la prueba de tal calidad. La cédula de ciudadanía constituye también un medio idóneo para acreditar la mayoría de edad, o sea, el estado en que se alcanza la capacidad civil total (sentencia T-929. M. P.: Calle, M.).

La identificación implica el desarrollo de diferentes sistemas de información, como inscripción en bases de datos de registro civil, expedición documentos de identidad e incluso validación de la identidad por medios tecnológicos, tal y como se explicará a continuación.

## **DERECHO A SER REGISTRADO**

De los derechos a la identidad, al reconocimiento de una personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la familia, de los derechos civiles y de la obligación del Estado de garantizarlos, se desprende el derecho a ser registrado. Y este derecho al registro implica para la organización estatal un deber correlativo para disponer todos los medios necesarios para organizar los registros de nacimiento, documentos de identidad y servicios electrónicos de valida-

ción de la identidad, pues sin un sistema armónico y seguro no podrán contar las personas con una identificación permanente y segura que permita demostrar la situación jurídica de una persona frente al Estado, la familia y la sociedad.

El derecho a la identificación tiene una primera manifestación a través del derecho a ser registrado. Quiere decir lo anterior que el Estado debe organizar un servicio de inscripción en el que se puedan incorporar los asientos relativos al nacimiento de las personas, en donde puedan constar los fundamentales atributos de la personalidad. En palabras de Unicef (2003), el registro civil de nacimiento “es la constancia oficial del nacimiento de un niño que en un determinado nivel administrativo del Estado asienta en un archivo, bajo la coordinación de un particular ramo del gobierno” (p. 8).

Desde el punto de vista del registro, desde el antiguo derecho romano, como lo recordaba el maestro Fritz Schultz (1960), fue el emperador Augusto (p. 72) quien introdujo por primera vez el registro de los nacimientos. Por medio de la Lex Aelia Sentia, promulgada el año 4 d. C., y de la Lex Papia Poppea, expedida en el año 9 d. C., se contempló la obligación de inscribir en el registro de nacimientos a los hijos legítimos del ciudadano romano en un plazo de treinta días. Su propósito, permitir la prueba de la fecha de nacimiento y de la condición civil del hijo. Posteriormente, Marco ampliaría el registro de nacimiento para los hijos ilegítimos. Otra de las ventajas que brindaba este esquema fue la posibilidad de expedir certificados sobre los asientos de los registros.

Los registros parroquiales fueron otro de los mecanismos de inscripción del estado civil en las iglesias, en donde se inscribía a los bautizados y a quienes recibían el sacramento del matrimonio, tal y como se exigía por la legislación canónica. Antonio Luna (1950, p. 253) expresó que fueron grandes los servicios prestados por los registros parroquiales, cuya utilización tuvo mayor auge a partir del siglo xiv, tanto que los reyes dictaron reglas sobre la forma en que debían ser llevados y manejados; afirmó también que los protestantes mantuvieron registros especiales, muchas veces en forma clandestina. Con ocasión de la Revolución francesa, en el país galo se expidió la ley del 25 de septiembre de 1792, que dispuso la forma de elaborar, por medio de oficiales públicos, los registros de nacimientos, matrimonios y defunciones.

Así las cosas, el derecho a ser registrado implica el derecho a acceder al medio y al servicio y mecanismo que brinda el Estado para garantizar el derecho de la identidad; la Corte Constitucional de Colombia (2015), al conocer el caso sobre la negación de la inscripción del nacimiento en el registro civil de dos menores, hijos de pareja del mismo sexo, dijo acerca del registro civil:

En ese sentido, es oportuno advertir que el registro civil de nacimiento no es un instrumento jurídico que da fe de un hecho biológico, sino que es un mecanismo con el que cuenta el Estado para generar capacidad jurídica. Si se aceptara la primera premisa, por ejemplo, sería imposible admitir la

inscripción en dicho registro del hijo de una madre soltera que acudió a un procedimiento de fertilización *in vitro*, ya que en estos casos no se tiene certeza sobre la paternidad del menor de edad. Tampoco se podría modificar el registro de menores de edad dados en adopción, ya que los padres adoptantes no tendrían ningún vínculo natural con el niño o niña. Por esa razón, los notarios se deben limitar a realizar un examen objetivo y material de cada petición para determinar si los requisitos generales de ley se cumplen. Así, la mencionada presunción del artículo 213 del Código Civil se convierte en una manera eficiente para poder superar cualquier duda interpretativa que solicitudes como las de Antonio y Basanio les puede generar a los notarios (sentencia SU-696. M. P.: Ortiz, G.).

## PANORAMA INTERNACIONAL

Los derechos a la identidad y a ser registrado coexisten de tal manera que el reconocimiento de uno conlleva el otro y viceversa, siendo entonces que ambos son necesarios para que una persona pueda ejercer sus derechos como sujeto de derecho y para contraer obligaciones al demostrar su capacidad legal. Así, se hará un somero recorrido por las expresiones de las organizaciones internacionales por fomentar y fortalecer el derecho a la identificación y a garantizar el derecho a ser registrado.

En ese orden de ideas, en el año 1953, el Consejo Económico y Social de Naciones

Unidas recomendó la implementación de medidas para desarrollar estadísticas vitales con el fin de contar con las respectivas herramientas para suplir las necesidades demográficas, económicas y sociales.

El año siguiente se realizó el Primer Seminario Interamericano de Registro, en el que participaron las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, el Instituto de Asuntos Internacionales y el gobierno de Chile, para fomentar el desarrollo y perfeccionamiento del servicio de registro civil de América.

En 1964 se realizó el Segundo Seminario Interamericano de Registro Civil, con intervención de las Naciones Unidas, la República del Perú, la Organización de Estados Americanos y la Organización Panamericana de la Salud, en el cual se discutieron los principios básicos para un servicio del registro civil sobre un modelo que contemple los fundamentos legales, los esquemas de organización y de funcionamiento.

Seguidamente, la Unidad Regional del Registro Civil, creada entre el Fondo de Naciones Unidas para Actividades en Materia de Población y el Instituto Interamericano del Niño, realizó, en 1980, cursos de capacitación a los funcionarios de registro civil de los países de Latinoamérica, con el fin de modernizar los servicios inherentes a la inscripción de los hechos y actos del estado civil.

Desde 2001, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo

han elaborado proyectos para el reconocimiento y fortalecimiento del derecho a la identidad, ampliando el registro ciudadano, y para crear capacidad de las instituciones responsables del registro en la región de América Latina y el Caribe, como se observa en el “Programa interamericano para el registro civil universal y derecho a la identidad” (2008) y en el Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas (PUICA), de la Secretaría General de la OEA, que ha brindado el apoyo técnico hacia la universalización de la identidad en países como Bolivia, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Paraguay, Perú, Antigua y Barbuda, Dominica, Grenada, St. Kitts y Nevis, Saint Lucia y St. Vincent. En el 2003, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas planteó “ayudar a los países a incrementar su capacidad para operar y mantener sistemáticamente los sistemas fundamentales de registro civil y estadísticas vitales” (p. 9).

Por otra parte, el interés de la comunidad internacional no solo se manifiesta en programas y proyectos de fomento y fortalecimiento del derecho a la identificación, al derecho a ser registrado, sino también en el *corpus iuris internationalis*, compuesto por declaraciones y convenios internacionales que reconocen aquellos derechos que están íntimamente relacionados con estos derechos, a saber:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 6.º: “Todo ser humano tienen derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Artículo 15: “Todos tienen derecho a la nacionalidad”.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Artículo XVII. “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. Artículo XIX: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda”.
- Convenio Internacional para la Reducción de los Casos de Apátrida (sic) de 1961. Artículo 1.º: “Un Estado parte deberá garantizar la nacionalidad a una persona nacida en su territorio, quien, de lo contrario, no tendría nacionalidad”.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Artículo 16: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Artículo 24.2: “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”. Artículo 24.3: “Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969. Artículo 3.º: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Artículo 18: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos”. Artículo 20: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si es que no tiene derecho a adquirir otra nacionalidad”.
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Con-

tra la Mujer de 1979. Artículo 9.º: A toda mujer se le deberán garantizar “iguales derechos con el hombre respecto a la nacionalidad de sus hijos”.

- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Artículo 7.º: “El niño deberá ser registrado inmediatamente después de nacer y tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad y de conocer y de ser cuidado por sus padres”. Artículo 8.º: “El Estado debe respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo su nacionalidad, nombre y relaciones familiares”.
- Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Emigrantes y de los Miembros de sus Familias de 1990. Artículo 29: “Todo hijo de un trabajador emigrante deberá tener derecho a un nombre, a ser registrado al nacer y a su nacionalidad” (recopilación presentada por Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la Organización de Estados Americanos, 2007).

Aparte de las declaraciones y acciones y de las evaluaciones de la Unicef (2004), incluidas en la *Sección de Información Estratégica*, se estimó que en América Latina el 18% de los niños menores de 5 años no habían sido registrados, situación que fue considerada en las *Reflexiones preliminares sobre la universalidad del registro civil y el derecho a la identidad*, preparadas por la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la Organización de Estados Americanos (2007), en las cuales se advirtió:

Las causales son diversas, es por ello que el Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas de la OEA considera que se deben incluir, además de los niños que no son registrados al nacer, aquellas personas que no tuvieron un certificado de nacimiento en el pasado, los hijos de personas que no han sido registradas, que a su vez, por carecer de identificación, tampoco sus descendientes pueden ser registrados; así como aquellos que no tienen acceso al registro o que lo han perdido debido a guerras internas, desplazamientos, fenómenos naturales, entre otras causas.

En el 2007 se reunieron en Paraguay representantes de los países latinoamericanos, de organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil de las Américas bajo el lema “Regístrate, hazme visible”, con la finalidad de garantizar los derechos, la seguridad y las oportunidades de millones de niños y niñas latinoamericanos que carecen de certificado de nacimiento, lo cual ha sido alarmante, pues al no tener un registro civil, no existen legalmente y carecen de identidad formal, como lo expuso Unicef (2007) en una nota de prensa.

Por otra parte, la propia Unicef (2013) ha observado que no solo es en América Latina donde hay un alto índice de vulneración de los derechos a la identidad y a ser registrado, pues en África subsahariana se advirtió que no tienen certificados de nacimiento más de la mitad de los niños, “lo que limita su acceso a servicios sociales bá-

sicos como la sanidad y la enseñanza. Una reunión de 13 países para estudiar las tendencias actuales demostró que las innovaciones tecnológicas son importantes, pero son solo una parte de la solución”.

De lo presentado se demuestra la preocupación internacional hacia las poblaciones vulnerables que carecen de una identificación formal y de los sistemas de registro que muchos países poseen, que no son suficientes para garantizar la cobertura necesaria o el acceso para ser registrada una persona, lo cual repercute en las políticas de sanidad, económicas y políticas del Estado –ya que no podrá medir, por ejemplo, las tendencias en nacimiento y mortalidad– y en la correcta planificación, como lo advirtieron Perrault, N. y Arellano, B. (2011) en su análisis *Un enfoque de derechos para el registro de nacimiento en América Latina y el Caribe*.

## EL REGISTRO CIVIL COLOMBIANO FRENTE A LOS CAMBIOS SOCIALES

Tal y como lo dispuso el artículo 266 de la Constitución Política y lo reglamentó el Decreto 1010 de 2000, la Registraduría Nacional del Estado Civil tiene como propósito registrar la vida civil e identificar a los colombianos, adoptar las políticas de registro civil, difundir normas y procedimientos del proceso civil, coordinar las políticas de registro civil e inspeccionar y vigilar los servicios de registro del estado civil. Dentro de las funciones del Registrador Nacional del Estado Civil se encuentran “Fijar las políti-

cas, planes, programas y estrategias para el desarrollo de la organización y vigilancia electoral, la identificación de las personas y el registro civil”.

En el curso de los años precedentes, la Registraduría Nacional del Estado Civil ha adoptado las políticas y acciones, normativas, administrativas e informáticas, para atender los cambios y nuevas necesidades en lo relativo con el registro civil de los colombianos.

Para la atención del colombiano en lo atinente al registro civil, por disposición legal, la Registraduría Nacional del Estado Civil ha contado con importantes aliados estratégicos. Destaca especialmente que las notarías e inspectores de policía a lo largo del territorio colombiano, como los cónsules y funcionarios de las delegaciones diplomáticas, han prestado importantes servicios de registro civil de nacimiento, matrimonio y defunción demandados por nuestros compatriotas.

A pesar de que el Estatuto de Registro Civil de las Personas data de 1970, este no ha sido un obstáculo para que la Registraduría Nacional del Estado Civil hubiese podido implementar un archivo digital para las inscripciones del registro civil. Esta decisión permitió la organización de las inscripciones en un solo registro, aunque se realizaron en diferentes oficinas, siendo entonces posible efectuar desde cualquier parte del territorio nacional –una registraduría municipal o una notaría– o desde un consulado colombiano consultas de entidades públicas y privadas.

Este archivo, conocido como Sistema de Información de Registro Civil (SIRC), cuenta con todos los elementos esenciales que el Decreto 1260 de 1970 exige para las inscripciones; cuando falta alguno, detecta la anomalía y su causa; también verifica cuando se presenta riesgo de homonimia de la persona inscrita, que podría ser, a título de ejemplo, el caso de una doble inscripción.

Aparte de la utilidad que tiene para realizar una inscripción o una consulta, el SIRC es una herramienta flexible para efectuar sobre ella las modificaciones o actualizaciones pertinentes a los cambios del ordenamiento jurídico en razón del constante cambio social, económico, político e ideológico del país e inclusive de los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a la interpretación evolutiva, sobre la cual se ha explicado que

La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsulta, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de constitución viviente, que “puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la

luz de la Constitución –que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades– un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma”, sin que ello implique vulneración de la cosa juzgada, “ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica” (Corte Constitucional, 2011, sentencia C- 577).

Gracias a esta flexibilidad del sistema, fue posible incluir la *autorización de la autoridad indígena* como un documento idóneo que habilita la inscripción de nacimientos de personas pertenecientes a una comunidad indígena, al igual que haber ajustado el instrumento para inscribir los hijos y las hijas de parejas del mismo sexo. Así mismo, ha permitido realizar correcciones o modificaciones de la denominación sexual, conforme al orden jurídico actual. También ha permitido inscribir los matrimonios celebrados en el exterior por parejas homosexuales y, recientemente, los matrimonios civiles celebrados en Colombia por parejas del mismo sexo.

De otra parte, con la finalidad de automatizar la expedición de los registros civiles en



las oficinas que han sido autorizadas para ello, se ha venido implementado el Sistema de Información de Registro Civil Web, conocido por sus siglas Sircweb, que muy pronto permitirá crear, en tiempo real, una interfaz automática de consulta y de actualización del Sistema de Información de Registro Civil (SIRC).

Respecto de las directrices administrativas, quiero resaltar la circular 276 de 2014, que condujo al Gobierno nacional a la expedición del Decreto 1797 de 2015, que siguiendo la posición proteccionista de la Registraduría Nacional del Estado Civil, propendió a la protección y garantía de los derechos culturales de las comunidades indígenas en la medida en que brindó una exención de pago para los actos notariales de cambio de nombre para sus miembros.

Igualmente, resulta menester recordar la circular 059, emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil el 26 de marzo de 2015, que facilita la forma de realizar las inscripciones de nacimientos ocurridos en territorio nacional de hijos de padres extranjeros, dada la necesidad de contar con un medio de prueba idóneo para acreditar el derecho a la nacionalidad. Por su parte, la circular 036 del 2 de marzo de 2016 da las instrucciones para inscribir matrimonios celebrados en el exterior por parejas del mismo sexo, garantizando el derecho universal de la personalidad jurídica. Finalmente, las circulares 082 del 24 de mayo de 2016 y 086 del 3 de junio de la misma anualidad, promulgadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, acogen un formato

de declaración de testigos para reducir las inscripciones de nacimiento y de defunción que faltan con la identidad personal de la persona inscrita.

## EL REGISTRO CIVIL, BASE DE LA IDENTIFICACIÓN EN COLOMBIA

La labor de los funcionarios encargados de realizar las inscripciones en el registro civil –tanto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de las notarías, los inspectores de policía y corregidores, como de los consulados de la República– es importante, porque de la correcta inscripción se podrán expedir, eficientemente, las tarjetas de identidad y las cédulas de ciudadanía y se podrá brindar la información veraz sobre la identidad personal de sus titulares a las entidades públicas y privadas que las requieran, conforme a las normas de protección de datos personales.

El registro civil es la puerta de entrada a la civilidad, constituye el primer paso para la identificación de los colombianos y la carta verde para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Por ello, la razón de ser del debido y oportuno servicio de inscripción del servicio civil.

El registro civil está vinculado al Número Único de Identificación Personal (NUIP), que se asigna desde el momento de la inscripción del nacimiento de la persona y que lo acompañará por el resto de su vida.

Este NUIP, que se incorpora en el registro civil, estará también en la tarjeta de iden-

tividad de los menores de edad, desde los 7 años hasta cumplir los 18, junto a los datos públicos de esa persona y luego también será el número de la cédula de ciudadanía. Además de la información derivada del registro civil de nacimiento para la elaboración de los documentos de identificación, en el momento de tramitar la tarjeta de identidad se toman las impresiones dactilares con los mismos estándares técnicos y de seguridad que se usan para la cédula de ciudadanía.

## **EL REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN DE LA POBLACIÓN VULNERABLE DE COLOMBIA**

En el curso de los últimos quince años, la Registraduría Nacional del Estado Civil ha podido hacer 1.652.562 trámites de identificación para las colombianas y colombianos en condiciones de vulnerabilidad; de estos, 340.523 han sido trámites de registro civil.

Resulta importante destacar que para el año 2016 se fijó una meta de 110.000 trámites para la Unidad de Atención a Población Vulnerable (Udapv), de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y a 31 de octubre alcanzó 175.164 procedimientos de identificación, con miras a haber duplicado esta meta al terminar el año, gracias a un énfasis estratégico y acciones dispuestas desde el despacho del señor Registrador Nacional del Estado Civil.

Transitando por montañas, ríos, caminos de herradura, marchando por selvas inhós-

pitás, las mujeres y hombres de la Udapv llegan a los sitios más alejados para realizar los trámites de identificación; pasan por extensas jornadas de trabajo en difíciles condiciones laborales y largas semanas fuera de su hogar. Los resultados alcanzados en tales circunstancias demuestran el compromiso de nuestros funcionarios, en incontrovertible beneficio para la identidad de los colombianos.

## **ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS Y AUTENTICACIÓN BIOMÉTRICA EN COLOMBIA**

Al día de hoy, además de brindar a los colombianos sus documentos de identidad (registro civil, tarjeta de identidad y cédula de ciudadanía), la Registraduría Nacional presta servicios on line de validación de la identidad, tanto biográficos como biométricos, a entidades públicas y privadas, con grandes beneficios en reducción de costos de identificación y en reducción de adulteraciones y suplantaciones personales.

Gracias a estos avances tecnológicos y del correcto uso de la información, la Registraduría Nacional ha puesto a disposición de las notarías, las cámaras de comercio, las entidades financieras, los sectores de seguridad social, justicia y defensa, entre otros, las bases de datos de registro civil y de identificación para que puedan hacer la co-

responsable de la validación de identidad, a fin de brindar seguridad en las transacciones al evitar el uso de documentos de identidad falsos, frustrar los intentos de suplantación de identidad y evitar que personas homónimas de otras con antecedentes judiciales sean detenidas.

Con el objetivo de brindar los servicios de validación de la identidad, la Registraduría Nacional expidió la Resolución 5633 del 29 de junio de 2016, por la cual se reglamentaron las condiciones y procedimientos para el acceso a las bases de datos de la información que produce y administra la entidad y habilitó la utilización de la biometría móvil, es decir, la posibilidad de utilizar mecanismos habilitadores para validar remotamente la identidad de las personas. Actualmente, la Registraduría tiene suscritos treinta y cuatro convenios para permitir el acceso a la base de datos biométrica a entidades públicas y privadas; a 31 de octubre había permitido 11.139.127 consultas de validación.

Sobre la información brindada, su calidad e idoneidad están soportadas por la veracidad, precisión y actualización diaria de las bases de datos luego de los procesos de identificación realizados en las 1.170 oficinas de la Registraduría, 902 notarías, y 120 consulados en el exterior, desde donde se inscriben más de 1.150.000 registros civiles de nacimiento, matrimonio y defunción y se tramitan más de 1.100.000 cédulas de ciudadanía, en promedio al año, logrando almacenar 472 millones de huellas de 47.95.365 colombianos, permitiendo así desarrollar las aplicaciones biométricas para la prestación del servicio de identificación.

Así mismo, la Registraduría Nacional del Estado Civil efectúa anualmente modificaciones de la vigencia de alrededor de 375.000 cédulas de ciudadanía por diferentes hechos –como la cancelación por muerte, cancelación por doble cedulación, cancelación por renuncia a la nacionalidad, cambio o reasignación sexual, pérdida o suspensión de los derechos políticos, entre otros– y lleva a cabo en promedio 85.000 rectificaciones anuales por cambio de datos personales.

Puede destacarse que la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de las diferentes bases de datos de identidad, permite establecer la plena identificación de los colombianos gracias al proceso de autenticación biométrica, pues además de tener la viabilidad de consultar o verificar sus datos biográficos, como número de cédula, nombres, apellidos, lugar y fecha de expedición, y la vigencia de su documento, incorpora la información biométrica dactilar, convirtiéndose en herramienta fundamental contra el fraude por suplantación o usurpación de identidad. La base de datos dispuesta para el proceso de autenticación biométrica por parte de la Registraduría Nacional almacena información de datos alfanuméricos y biométricos de todos los colombianos desde el año 1952.

En el año 2013 se suscribió el primer convenio de consulta biométrica con la Unión Colegiada de Notariado Colombiano; los notarios ya acceden a este servicio enlazando a más de 870 notarías en el país. A la fecha, hemos suscrito 34 convenios con entidades públicas y particulares que ejercen funcio-

nes públicas, y se encuentran en trámite más de 10. Así mismo, es preciso indicar que recientemente se suscribió contrato con la Asociación Bancaria de Colombia, lo que significa que las entidades del sector bancario y financiero podrán consultar en tiempo real la identidad de las personas que acceden a sus servicios, mitigando considerablemente los casos de fraude por suplantación o usurpación de identidad.


## CONCLUSIONES

El derecho a la identidad va de la mano con el derecho a ser registrado o inscrito en el registro civil, puesto que este último es la materialización del primero, brindando la individualización permanente y determinación de una persona frente a la familia, a la sociedad y al Estado.

El derecho a la identidad de las personas implica un deber correlativo del Estado para organizar un sistema de identificación, que se expresa generalmente en dos documentos: el registro civil y el documento de identificación; el primero es la prueba del estado civil, y el segundo permite validar presencialmen-

te la identidad personal. Y también se puede ahora incorporar servicios de validación de la identidad por medio de los sistemas biométricos y la identidad no presencial.

Para que lo anterior sea posible, el Estado, garante de los derechos fundamentales de su población, cuenta con el apoyo de las organizaciones internacionales para adecuar un sistema eficiente de identificación que garantice plenamente la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, mediante la expresión de la individualidad y autonomía de la persona, logrando acreditar sin obstáculos la personalidad del titular, permitiendo así el ejercicio de los demás derechos humanos, políticos, civiles y económicos.

Colombia cuenta con un servicio de registro e identificación que garantiza el derecho a la identidad y el derecho a ser registrado, en el cual se han implementado nuevas tecnologías para que cada colombiana y cada colombiano cuenten con el registro civil y el documento de identificación, acorde con su personalidad, y también con servicios de validación electrónica de su identidad, con el propósito de garantizar en todo momento los derechos de los colombianos. 

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

About, I. & Denis, V. (2011). *Historia de la identificación de las personas* Editorial Ariel: España.

Álvarez, L. (2008). *El estado civil y su registro en Colombia*. Biblioteca Jurídica Dike: Colombia.

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (2008). *AG/RES 2362 (XXXVII-0/08*.

*Programa interamericano para el registro civil universal y derecho a la identidad*).

Campos, C. & Benítez, F. et al. (2014). *Manual de soluciones administrativas de errores y omisiones registrales*. Publicado por La Dirección General del Registro del Estado Civil del Paraguay, con el apoyo de la Cooperación Alemana, implementada por la

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, en el marco del Proyecto “Intercambio de experiencias de gestión de la capacitación entre el Registro Nacional de Identificación y Registro Civil (Reniec) de Perú, y la Dirección General del Registro del Estado Civil (REC) de Paraguay” - Cooperación Trilateral Perú-Paraguay-Alemania.

Corte Constitucional (1995). Sentencia de tutela t-477. M. P.: Martínez, A.

Corte Constitucional (2011). Sentencia de constitucionalidad C-577. M. P.: Mendoza, G.

Corte Constitucional (2012). Sentencia de tutela T-929. M. P.: Calle, M.

Corte Constitucional (2012). Sentencia de tutela T-308. M. P.: Palacio, J.

Corte Constitucional (2014). Sentencia de tutela T-623. M. P.: Pretelt, J.

Corte Constitucional (2015). Sentencia unificada SU-696. M. P.: Ortiz, Gloria.

Corte Constitucional (2015). Sentencia de tutela T-063. M. P.: Calle, M.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Sentencia del 23 de noviembre. Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador.

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas (2003). Manual de capacitación en sistemas de registro civil y estadísticas vitales. Nueva York.

Fernández Sessarego, C. (2004). Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el ámbito del siglo xxi, Editorial Astrea, Buenos Aires, <http://>

[www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/08/0000890.pdf](http://www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/08/0000890.pdf).

Luna García A. (1950). Manual de registro civil, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.

Palac, T. (2007) Décimo encuentro interinstitucional de la Oficina Nacional de Estadística (ONE) 20 de septiembre. Panel sobre la importancia de las estadísticas vitales para el análisis demográfico y las políticas públicas. Derecho a la identidad y registro universal de nacimiento experiencias del Unicef.

Perrault, N. & Arellano, B. (2011). “Un enfoque de derechos para el registro de nacimiento en América Latina y el Caribe”. Publicado en el Boletín de la Infancia y Adolescencia sobre el Avance de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. N.º 13, noviembre de 2011. ISSN 1816-7535. El derecho a la identidad: Los registros de nacimiento en América Latina y el Caribe. Unicef.

Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la Organización de Estados Americanos (2007). Reflexiones preliminares sobre la universalidad del registro civil y el derecho a la identidad.

Schulz Fritz (1960). Derecho romano clásico, Bosch Casa Editorial, Barcelona.

Unicef (2003). El registro de nacimiento: el derecho a tener derechos, Inocenti Digest 9.

\_\_\_\_\_ (2011). Latinoamérica unida por el registro civil de nacimiento. Recuperado de [www.unicef.org/spanish/media\\_40731.html](http://www.unicef.org/spanish/media_40731.html).

\_\_\_\_\_ (2013). En Uganda, buscan mejorar el registro de nacimientos en África. Recuperado de: [www.unicef.org/spanish/protection/uganda\\_70674.html](http://www.unicef.org/spanish/protection/uganda_70674.html).

# LA CONSULTA POPULAR: ¿CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO O DESMANTELAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES?<sup>1</sup>

## POPULAR CONSULTATION: CONSOLIDATION OF DEMOCRATIC SYSTEM OR DISMANTLING OF INSTITUTIONS?

**Dra. María Lourdes González Chávez<sup>2</sup>**

Profesora Investigadora  
Universidad Autónoma del Estado de México

**Dr. Víctor Alejandro Wong Meraz<sup>3</sup>**

Profesor Investigador  
Universidad Autónoma del Estado de México

### RESUMEN

La figura que se pretende estudiar es directamente la consulta popular y su relación con el referéndum constitucional y si este último puede ser como poder constituido o poder constituyente. Para poder realizar una investigación completa del tema, es necesario que indirectamente se analice la dialéctica entre la democracia repre-

1 Agradecemos la colaboración de la asistente de investigación Maya Daniela Maya Hernández para la elaboración de este documento.

2 Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma del Estado, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Profesora de Tiempo Completo con perfil PRO-MEP en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. malugonzalez@hotmail.com

3 Doctor en Derecho Constitucional, por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Cuenta con estancia posdoctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg Alemania. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores CONACYT. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. awong32@yahoo.com

sentativa y la democracia participativa, en el entendido de que ambas pueden coexistir o bien que un tipo de democracia excluya a la otra. El estudio de la democracia representativa incluye también la crisis en la que está envuelta actualmente, causada principalmente por los partidos políticos y las dificultades ideológicas.

## **PALABRAS CLAVE**

Consulta popular, consolidación, sistema democrático, democracia representativa, democracia participativa.

## **ABSTRACT**

The figure to be studied is directly the popular consultation and its relationship with the constitutional referendum, and if the latter can be considered as constituted power or constituent power. To conduct a thorough investigation of the subject, you need to indirectly analyze the dialectic between representative democracy and participatory democracy, on the understanding that both can coexist, or well, that a kind of democracy excludes the other. The study of representative democracy also includes the crisis in which is immersed at present caused mainly by political parties and ideological difficulties.

## **KEY WORDS**

Popular consultation, consolidation, democratic system, representative democracy, participatory democracy.

## **SUMARIO**

I. Introducción. II. Planteamiento. III. La democracia participativa en Latinoamérica. IV. Democracia representativa y partidos políticos. V. Crisis de la representación y partidos políticos. VI. La consulta popular y su problemática en la revisión constitucional, un conflicto desde la teoría de la Constitución. VII. Conclusiones. VIII. Referencias bibliográficas.

## **INTRODUCCIÓN**

El estudio del Derecho Constitucional es algo complejo, ya que se está analizando la máxima norma de un Estado que es la Cons-

titución; por tal motivo la democracia constitucional tiene distintos matices según sea el país o Estado que se trate. La democracia ha sido analizada, estudiada desde hace varias centurias o milenios; sin embargo, hoy

en día la discusión sobre la democracia<sup>4</sup> como sistema político ha dejado de ser un tema central. El proceso de universalización de la democracia se ha ido acelerando desde la década de los noventa del siglo pasado hasta nuestros días. Sin embargo, es importante recordar que a finales del siglo XVIII solo había tres Estados democráticos: Suiza, Estados Unidos y Francia. La primera etapa de democratización comienza en 1828 y se extiende hasta 1926. En 1900 había 13 Estados democráticos y para 1919 ya eran 27. En la década de los treinta la democracia sufrió un gran retroceso: la cifra de países democráticos se redujo a solo 14. La segunda etapa se inicia en 1945, con la democratización de Alemania, Italia y Japón, y finaliza en 1962, cuando los sistemas políticos democráticos llegan a ser 36 países. La tercera etapa de democratización comienza a mediados de los años setenta y el rasgo más distintivo es que alcanza el mundo comunista. Pese al enorme avance, en 1991 la mayoría de la población mundial, el 56%, vivía en países carentes del reconocimiento

de libertades<sup>5</sup>. Sin embargo, ahora en la segunda década del segundo milenio la gran mayoría de los Estados se puede afirmar que son democráticos, unos más que otros, pero al fin democráticos.

Por tal motivo, la discusión ya no se va a centrar en el sistema democrático, sino en qué tipo de democracia estamos buscando, la democracia participativa o la democracia representativa. En este debate se va a posicionar el referéndum constitucional y en su caso la consulta popular, ya que, por un lado, se plantea la idea de que aparezcan mecanismos con la intención de salvaguardar el principio democrático, en el cual se reconoce al pueblo una función activa dirigida a la formación de ciertas decisiones estatales. En tal caso, el pueblo no se limita a expresar la opción electoral, sino que también adopta algunas decisiones gubernamentales que indiquen diversamente sobre la orientación de los órganos representativos<sup>6</sup>.

En este sentido, la figura que se pretende estudiar es directamente la consulta popular y su relación con el referéndum constitucional, y si este último a la vez se plantea la posibilidad de considerarlo poder constituido o poder constituyente. Para poder realizar una investigación completa del tema es necesario que indirectamente se examine la dialéctica entre la democracia representativa y la democracia participativa en el entendido de que puedan estas coexistir o bien un tipo de democracia excluya a la otra.

4 Hornblower afirma que podría considerarse que la historia de la democracia europea no tuvo su inicio en Atenas, sino en Esparta, lo que resulta bastante paradójico, pues generalmente se ha considerado a Esparta como la antítesis de una "sociedad abierta", representada mediante una simplificación por la Atenas de Pericles. Y sin embargo, Esparta no fue en sus inicios un Estado totalitario que posteriormente se transformó. Un documento constitucional cuya fecha e interpretación constituyen uno de los campos de batalla más enconados en la historia de la Grecia antigua estipula que una asamblea popular espartana deberá reunirse a intervalos regulares (Plutarco, *Vida de Licurgo*, VI). Para este autor, aceptando la fecha más extremadamente tardía de todas las posibles, hacia el 600 a. C., este acuerdo sitúa a Esparta muy por delante de Atenas, donde no existió ninguna disposición para celebrar asambleas con regularidad hasta la época de Clístenes, en 508-507 a. C. El mismo documento parece estipular alguna clase de consejo probulético encargado de examinar a fondo los asuntos antes de someterlos a una decisión más general. Esta creación de la probuleis ha sido considerada como "la contribución espartana al Gobierno". Hornblower, Simon, "Creación y desarrollo de las instituciones democráticas en la antigua Grecia", en AA.VV. *Democracia, el viaje inacabado* (508 a. C.-1993 d. C.), Tusquets Editores, España, 1995, p. 13.

5 Eduard, Tarnawski Geslowska, "El tiempo de las democracias inciertas", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 86, octubre-diciembre, Madrid, 1994, pp. 161 y ss.

6 Vergottini, Giuseppe de, *Derecho Constitucional Comparado*, UNAM, México, 2004, p. 253.



El estudio de la democracia representativa comprenderá también la crisis en la que está envuelta actualmente, causada en principio por los partidos políticos y por las dificultades ideológicas que está enfrentando.

Por tanto, analizaremos la democracia representativa como aquella en la cual el pueblo se entiende como un ente real de personas con voluntad propia y singular. Sin embargo, estas personas se encuentran con necesidades de intermediación representativa, pero siempre a partir de voluntades singulares e iguales, para fabricar, mediante el derecho, una verdadera voluntad política coherente y operativa<sup>7</sup>. El pueblo no existe como realidad con capacidad de decidir, sino que decide un sector de este<sup>8</sup>. Este tipo de democracia encuentra su fundamentación en la existencia de partidos políticos.

En cuanto a la democracia participativa, esta se fundamenta en otorgar mayor participación al pueblo con la introducción de mecanismos especiales en las constituciones de los Estados. Actualmente, este fenómeno lo encontramos más patente en las cartas magnas de la mayoría de los países latinoamericanos<sup>9</sup>.

Por último, se analizará la figura de la reforma constitucional, puesto que es preciso tomarla en cuenta como uno de los medios por

los cuales el referéndum llega a formar parte de las constituciones de los Estados y si es posible a través de la consulta popular modificar el procedimiento de revisión constitucional.

Cuando nos adentramos en el tema del referéndum constitucional, entendemos que una vez que el texto constitucional es aprobado por el Congreso, debe someterse posteriormente a la aprobación popular, con el fin de que el pueblo se pronuncie sobre si acepta o no la modificación a la Norma Fundamental. Se presenta entonces el axioma indiscutible del principio democrático de que la soberanía radica en el pueblo; por tal motivo, existe esa necesidad de ratificar los textos constitucionales o sus modificaciones, elaborados y discutidos por las Asambleas<sup>10</sup>.

En esta discusión convergen las dos líneas de pensamiento que surgen en los procesos revolucionarios burgueses del siglo XVIII, que son perfectamente diferenciables. La primera se encuentra en quienes realizan sus formulaciones desde el punto de vista pactista, o del iusnaturalismo contractualista, entre ellos podemos destacar a Hobbes, Locke y Rousseau. La segunda postura, preocupada no tanto en justificar el poder, sino en cómo propiciar su limitación, y que podría sustituir su génesis en la subordinación del gobernante a la ley, gira alrededor de la institucionalización del poder<sup>11</sup>, entre quienes se destacan Montesquieu y Constant<sup>12</sup>.

7 Fernández-Miranda Campoamor, Carmen y Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, *Sistema electoral, partidos políticos y parlamento*, Colex, Madrid, 2003, p. 32.

8 Wong Meraz, Víctor Alejandro, "El referéndum constitucional como poder constituido" en AA. VV. *Teoría de la Constitución, estudios en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, Porrúa, México, 2010, p. 999.

9 Para más información, véase a Soto Barrientos, Francisco, "El referéndum en Latinoamérica: un análisis desde el Derecho Comparado", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XLVI*, número 136, enero-abril, UNAM, México, 2013.

10 Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Grandes Pensadores, Barcelona, 2004, p. 129.

11 Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 16.

12 Wong Meraz, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana, forma y mutación*, Porrúa, México, 2010, p. 25.

En el referéndum constitucional y por tal motivo en la consulta popular se plantea con mayor intensidad la dialéctica entre la democracia participativa y la democracia representativa, ya que las dos posturas ideológicas responden a objetivos diversos y cumplen finalidades distintas; subyace, sin embargo, una contraposición indudable de la que es necesario dejar constancia en la medida que anticipa históricamente en la teoría la problemática desde la que, por extraño que pueda resultar, solo es posible comprender el significado, el fundamento y el alcance de la reforma constitucional y si está considerada como un poder constituyente o un poder constituido.

## PLANTEAMIENTO

El instrumento más utilizado en la democracia participativa es el referéndum constitucional; esta figura, junto con el plebiscito, revocación de mandato e iniciativa popular, plantean la idea de que con su introducción se salvaguarda el principio democrático en el cual se reconoce al pueblo una función activa dirigida a la formación de ciertas decisiones estatales. En tal caso, el pueblo no se limita a expresar la opción electoral, sino que adopta algunas decisiones gubernamentales. No obstante estos mecanismos, usualmente no cumplen su finalidad teórica y son utilizados al arbitrio del gobernante.

Sin embargo, el referéndum constitucional plantea una problemática dentro del Derecho Constitucional en relación con los conceptos de soberanía popular, principio de-

mocrático y participación<sup>13</sup>. Según la figura del referéndum constitucional, se está manejando que una vez el texto constitucional sea aprobado por la Asamblea Constituyente (según sea la modalidad adoptada), debe someterse a la aprobación popular, con el fin de que el pueblo se pronuncie sobre si acepta o no la modificación a la Constitución.

En esta teoría, el método corresponde al principio democrático, ya que el titular del poder constituyente solo puede ser el pueblo. Sin embargo, para Schmitt, el pueblo puede decidir “sí” o “no”, desde la perspectiva de que “la mayoría decide”, partimos de la idea de que el vocablo “decide” significa la votación sobre una cosa. En este caso, la mayoría decide afirmativa o negativamente a la pregunta propuesta o formulada, “¿Aceptas el proyecto o modificación al texto constitucional que la Asamblea pone a tu consideración?”.

La frase “mayoría decide” tiene otro inconveniente, ya que en el momento de atenderse a la mayoría de votos emitidos, suele suceder que la decisión dependa solamente de una pequeña parte; por ejemplo, cuando en una votación de 100 sufragios se decide por el “sí” una parte integrada de 48 y otra parte de 48 por el “no”, se anulan aritméticamente ambas partes y decide la parte restante, 4 entre los 100<sup>14</sup>. Esto adquiere una relevancia importante cuando existe una población dividida en muchos grupos o partidos, e incluso cuando se convoca un referéndum, y

13 López González, José Luis, *El referéndum en el sistema español de participación política*, Universidad Politécnica de Valencia, España, 2005, p. 7.

14 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 270 y ss.

de los 100 del mundo electoral, solamente acuden 60%, de los cuales el 31% está por el “sí” y 29% por el “no”; menos de la tercera parte está decidiendo por el 100%.

Lo anterior es a lo que Stuart Mill se refiere como democracia falsa, ya que significa que se le otorga la razón a una simple mayoría numérica, que, de hecho, es la única que tiene voz y voto en el Estado como consecuencia inevitable de la manera como se recogen los votos, con exclusión completa de las minorías<sup>15</sup>.

En estos casos se muestra precisamente la tensión entre lo que es legalidad y legitimidad<sup>16</sup>, ya que no podemos dudar de que la decisión es legal por haber seguido un procedimiento preestablecido y arrojar un resultado. Sin embargo, no conseguimos entenderlo como legítimo ya que únicamente la tercera parte del mundo electoral lo está aceptando.

Por otra parte, para algunos, el referéndum no es la ratificación de los actos del representante que parte del representado ni tampoco un instrumento de control que permanece en manos del pueblo soberano, sino del poder constituido, lo cual es la versión organicista del referéndum. La voluntad expresada en la consulta no es la del poder soberano y libre, sino la de un órgano más<sup>17</sup>.

En algunas ocasiones, la figura del plebiscito constituyente resulta la versión autorita-

ria del referéndum democrático cuando en la práctica la adopción es sustancialmente fruto de una decisión unilateral de los auténticos poderes reales, como puede ser un jefe carismático, un leader del partido único, un jefe militar o junta militar. La apelación al pueblo suele darse con la intención de darle un tinte democrático al proceso constituyente<sup>18</sup> cuando en realidad el proceso está controlado.

La voluntad general se ve suplantada por la decisión de un grupo en el poder, desvirtuando el racionalismo normativo en beneficio de un autoritarismo jurídico; la utilidad se vuelve más importante que la mera conformidad normativa, ocasionando una crisis sobre los principios fundamentales elementales y el abandono de las formas jurídicas<sup>19</sup>; es la pretensión de legitimar la toma de decisiones arbitrarias.

Las dictaduras fascistas<sup>20</sup> y las bonapartistas utilizaron estos métodos para buscar legitimidad en el principio democrático rousseauniano que parte de la necesidad de que ratifique el pueblo los actos de gobierno.

Una situación que nos ejemplifica lo que argumentamos es el caso de los gobiernos napoleónicos, que a través del referéndum llevaron sus políticas, como en la Constitución consular, año VIII (1799), con tres cón-

15 Stuart Mill, John, *Del gobierno representativo*, 4.ª edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 130.

16 Véase el artículo “Legalidad y legitimidad”, Schmitt, Carl, *Teólogo de la política*, FCE, México, 2001, pp. 247 y ss.

17 Muñoz Machado, Santiago, *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004, p. 221.

18 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 4.ª reimpre-  
sión, Ariel, Barcelona, 1986, p. 333.

19 Kāgi, Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico  
fundamental del Estado, investigaciones sobre las tendencias  
desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, Dykin-  
son, Madrid, 2005, p. 68.

20 Otros procedimientos análogos son el de las constituciones  
portuguesa de 1933, griega de 1968, argelina de 1976, iraní  
de 1979, chilena de 1980.

sules, entre ellos Napoleón Bonaparte<sup>21</sup>. En el artículo 95 se preveía el plebiscito; sin embargo, el Ordenamiento Constitucional recibió el trato de ley constitucional vigente ya antes de la aceptación. El Senado Consulto del año X (1802), en el cual Napoleón es nombrado primer cónsul de por vida, y posteriormente en el año XII (1804) es nombrado emperador de los franceses y el Imperio es heredado a la familia Bonaparte. En 1851 Luis Napoleón, Presidente de la República convoca a través de un referéndum a una nueva constitución en la cual es nombrado emperador Napoleón III<sup>22</sup>.

## LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA EN LATINOAMÉRICA

Para ejemplificar la tendencia actual en Latinoamérica de introducir en sus constituciones mecanismos de participación popular, podemos mencionar los casos de Brasil (arts. 14, 18, 49), Bolivia (arts. 11 y 411), Chile (arts. 5, 117 y 119), Colombia, (arts. 103, 104, 155 y 379), Costa Rica (arts. 102, 105 y 195), Cuba (arts. 75 inciso b, 90 inciso e, 131 y 137), Ecuador (arts. 103, 106, 420, 441, 442, 443 y 444), Guatemala (arts. 277 inciso d y 280), Honduras (art. 5.º), Nicaragua (arts. 2.º, 7.º, 49, 168 y 173), Panamá (arts. 239, 314, 325), Perú (arts. 2.º apartado 17, 31, 32 y 206), República Dominicana (arts. 2.º, 22, 203, 208, 210 y 272), Uruguay (arts. 79, 82, 304, y 331) y Venezuela (arts. 16, 62,

70, 71, 72, 73, 74, 187, 197, 218, 236 apartado 22, 341, 342, 343, y 344).

Resulta interesante que en los distintos ordenamientos constitucionales se utilizan de diferente forma los mecanismos de democracia participativa; en este sentido cabe resaltar el precepto 103 de la Constitución de Ecuador, el cual expresamente establece la democracia directa. En un sentido similar, el nuevo Código Político Constitucional de la República Dominicana, en su artículo 2.º, afirma que el pueblo ejerce su soberanía a través de sus representantes o directamente. Por su parte, el artículo 5.º del ordenamiento constitucional de Honduras afirma que el Estado debe sustentarse en el principio de la democracia participativa.

Los Estados que manejan todos los mecanismos de democracia participativa (derecho de petición, plebiscito, iniciativa popular, la revocación de mandato y referéndum en sus distintas modalidades) son Colombia en el artículo 103, República Dominicana en el 203 y Venezuela en el precepto número 70. Es menester mencionar este último enunciado, puesto que el precepto es el que más engloba este tipo de instrumentos: “son medios de participación y protagonismo del pueblo venezolano el referendo, la consulta popular, la revocación de mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el Cabildo Abierto y la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante”.

El dilema sobre la coexistencia de la democracia representativa con la participativa lo encontramos en la práctica en la República

21 Denquin, Jean-Marie, *Referendum et Plebiscite*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Francia, 1976, pp. 44 y ss.

22 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 103.

de Nicaragua, puesto que en el artículo 7.º de su Carta Magna dice que es una república democrática, participativa y representativa. En su ordenamiento dejan claro que pueden cohabitar llanamente los dos sistemas.

El número o porcentaje requerido para poder solicitar un referéndum o una reforma constitucional varía de texto en texto; en algunos casos las diferencias de los requisitos son abismales. Por ejemplo, en el texto guatemalteco la reforma constitucional la pueden solicitar 5.000 ciudadanos; en Ecuador un 1% para la modificación de una ley y el 8% para una reforma constitucional del total del padrón electoral; en Colombia y Costa Rica se solicita el 5% para la reforma constitucional. Uruguay requiere mayor porcentaje, ya que de acuerdo con el artículo 79 de su Constitución se necesita, para solicitar una reforma constitucional, el 25% del total de inscritos habilitados para votar.

El caso más interesante lo tiene Venezuela, ya que establece distintos porcentajes para la iniciativa según sea la situación. Por ejemplo, la abrogación de una ley puede ser solicitada por el 10% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral; para una enmienda a la Constitución se necesita que la iniciativa lleve el respaldo del 15% de los electores. Para convocar a una asamblea nacional constituyente se requiere el apoyo del 15% de los votantes; paradójicamente, para la revocación de mandato se necesita el apoyo del 25% de los electores. Esto nos lleva a concluir que es más fácil convocar para que se lleve a cabo una enmienda, reforma constitucional o asamblea consti-

tuyente para la creación de un nuevo texto constitucional, que para revocar a alguien de su puesto. Otro ejemplo interesante lo tenemos en Panamá: Para la construcción de un nuevo canal es necesario que se dé un referéndum para su aprobación, y para convocar a la elaboración de una nueva constitución se exige la participación solamente del 20% del electorado.

Así como en párrafos anteriores mencionamos que para la iniciativa de reforma o de referéndum constitucional varía el número necesario para convocar, también es distinto en las diferentes legislaciones el número establecido para que estos mecanismos sean vinculantes. Por ejemplo, Colombia necesita el 25% de la participación; en Costa Rica se establece el 30% para una ley y el 40% para una reforma constitucional. República Dominicana solicita el 30% para una modificación constitucional. Uruguay requiere del 35% de los electores, y Venezuela del 40%. En Perú cuando se convoque un referéndum para la modificación de derechos, garantías fundamentales y deberes, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de moneda, así como los procedimientos de reforma constitucional, se establece el requisito de la participación de más del 50% del electorado; para cualquier otra modificación al texto constitucional se requiere la intervención del 30% del total de los ciudadanos.

Por otra parte, en algunos textos constitucionales existen limitaciones al referéndum constitucional, puesto que se establecen

materias en las cuales no se solicita la opinión del electorado. Así, encontramos el caso de Colombia (en su artículo 170 constitucional), donde expresamente se prohíbe el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, de la ley de presupuesto y referentes a materias fiscales. En el caso de Costa Rica (105), el referéndum no procederá en lo relativo a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa. En República Dominicana (210) se excluye en cuanto a la aprobación o revocación del mandato de autoridad electa o designada.

Cuando la temática del referéndum abarca temas de derecho internacional, la tensión entre democracia participativa y representativa se acrecienta, ya que las repercusiones no son solo hacia el interior del Estado, pues también afectan la esfera internacional. Esta situación la encontramos claramente cuando se somete a la voluntad del electorado la ratificación o derogación de un tratado internacional. Así lo observamos en Ecuador (420) donde se puede solicitar la ratificación de un tratado internacional a través de un referéndum ya sea por iniciativa ciudadana o por iniciativa de la Presidencia de la República. También en Venezuela (73) se puede solicitar al electorado la ratificación de los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieran comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales.

Ahora bien, en el referéndum constitucional, además, nos encontramos también con

la disyuntiva de considerarlo como poder constituyente o poder constituido, dilema que surge precisamente de la dialéctica entre la democracia participativa o semidirecta y la representativa.

Los textos constitucionales en los cuales se entiende el referéndum constitucional como un poder constituyente, puesto que legitima la creación de una nueva constitución a través de la permisibilidad de una reforma total del ordenamiento o la convocatoria a una Asamblea Constituyente, son los siguientes: Colombia (374), Costa Rica (196), Cuba (137), Ecuador (444), Guatemala (278), Nicaragua (193), Perú (32), Uruguay (331), Venezuela (347).

Al analizar la situación de estos países latinoamericanos observamos que la Constitución pierde la calidad de norma suprema, ya que puede ser modificada fácilmente o inclusive derogada con solo una consulta al pueblo.

México no ha sido la excepción a esta tendencia de introducir mecanismos de democracia participativa en su texto constitucional. Así, tenemos que en agosto de 2012 se adicionó al artículo 35 constitucional la fracción viii, que incorpora la consulta popular, al establecerse que es un derecho ciudadano votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional. En marzo de 2014 se aprobó la respectiva ley federal de consulta popular. Con esto se da inicio, después de algunas décadas, a la posibilidad de que el “pueblo” pueda discutir directamente sobre temas de trascendencia nacional.

Se pretende con esta modificación otorgar más poder ciudadano y fortalecer la democracia para que quien ejerza el poder se someta más claramente a la voluntad de la sociedad. Sin embargo, la introducción de la consulta popular en la Constitución de México viene a traer problemas de índole política y jurídica. Política ya que en primer lugar lo deja muy ambiguo al referirse a “temas de trascendencia nacional” y, segundo, será la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que resolverá cuáles son estos temas, ya que de acuerdo con la ley reglamentaria, esta calificará las preguntas propuestas para la consulta. Históricamente, las veces en que la Corte ha sido consultada en cuestiones políticas, no ha salido bien librada; como ejemplo, lo sucedido el año pasado en relación con todas las preguntas presentadas por los distintos partidos políticos y que rechazó por no considerarlas trascendentales.

El problema jurídico se encuentra en la adición que se hizo al artículo 35 constitucional al no tocar el artículo 135, que es el procedimiento de reforma constitucional. Nos hallamos así ante el inconveniente de que en caso de realizar una consulta en relación con algún precepto constitucional y este es aprobado por el pueblo, no se deja claro si el resultado va a ser o no vinculante. Si se decide que sí es vinculante, se estaría modificando la Constitución sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 135; si se afirma que tendrá que activarse este procedimiento de modificación constitucional, puede suceder que los miembros del Congreso de la Unión se opongan o no

logre obtener las dos terceras partes para la aprobación.

Una de las grandes consecuencias políticas de la utilización del mecanismo de democracia participativa es que se ha vuelto una práctica común por parte del Leader en la cual apela a la voluntad del pueblo para poder legitimar las decisiones más autoritarias, véase el caso de Fidel Castro en Cuba, Venezuela con Hugo Chávez, Bolivia, con Evo Morales y Ecuador con Rafael Correa. Es preciso también mencionar los casos de convocatoria a la opinión pública, como el de Honduras, con Manuel Zelaya, que provocó una inestabilidad política al grado extremo de un golpe de Estado para que este no lograra su objetivo; así como el más reciente de Colombia, de Álvaro Uribe en el 2003, y el último de 2009, donde afortunadamente la Corte Constitucional resolvió que se encontraba imposibilitado para convocar ese referéndum.

La tendencia de utilizar los mecanismos de democracia participativa se debe a que la democracia representativa y en sí los partidos políticos se encuentran en crisis, lo que es aprovechado por los Leaders para legitimar su toma de decisiones, generalmente arbitrarias.

Para Pedro de Vega, precisamente, la discusión entre las funciones de los poderes constituidos y el surgimiento de un poder constituyente se centra en el debate del Derecho Constitucional. Este autor afirma que la falta de claridad en la asignación de la titularidad de ese poder omnipotente que es el constituyente se traduce en la

falta de una separación clara entre el poder constituyente y los poderes constituidos y en la falta de una delimitación y formulación precisa de todos los órganos constitucionales, ya que las ambigüedades políticas se convierten en tergiversaciones jurídicas, lo cual provoca que la Constitución deje de considerarse norma para quedar como un simple enunciado de principios. Para complementar la afirmación, Ruipérez establece que esto es el inicio del constitucionalismo ficticio, que es siempre, y de modo irremediable, la antesala de situaciones de dictadura más o menos encubierta<sup>23</sup>.

Sin embargo, resultaría muy superficial este estudio al establecer que el referéndum constitucional cuando es convocado acude como órgano constituido y no constituyente sin establecer de forma clara y precisa lo que es un Poder Constituyente, Democracia Representativa, Reforma Constitucional y sus distintos mecanismos.

## DEMOCRACIA REPRESENTATIVA Y PARTIDOS POLÍTICOS

La Democracia Constitucional descansa fundamentalmente en el concepto de representación política; en otras palabras, no podemos hablar de democracia si no es a través de la democracia representativa. Sobre los fundamentos planteados por Montesquieu, Sieyès establece la distinción en-

tre democracia y gobierno representativo. El teórico de la Revolución francesa afirma que para la utilidad común se deben designar representantes más capaces o preparados que las personas comunes, ya que los primeros conocerán mejor el interés general y así podrán interpretar la voluntad general<sup>24</sup>. Los diputados representan a la nación entera.

Desde las revoluciones de 1789 y 1848 se convirtió el ideal democrático de un postulado del pensamiento político. Sin embargo, la lucha de clases en este periodo se agudizó entre la burguesía y el proletariado, sin que hubiera discrepancias sobre la forma democrática del Estado, ya que en esta materia no existía diferencia sustancial del liberalismo y el socialismo. Va a ser la democracia la consigna que durante los siglos xix y xx dominaría el estudio político<sup>25</sup>.

En este sentido, Carré de Malberg afirma que lo que se encuentra en el régimen representativo no es un sistema de representación personal y de la voluntad nacional, sino precisamente un sistema de organización de voluntad y de la persona nacional<sup>26</sup>.

De acuerdo con líneas anteriores, cuando en la teoría democrática de la representación se plantea el vocablo pueblo, este se entiende como un ente real de personas con voluntad propia y singular. No obstante, estas se encuentran con necesidades de

23 Ruipérez, Javier, "Estudio preliminar", en *La reforma constitucional, la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 157.

24 Sieyès, Emmanuel J., *¿Qué es el tercer Estado?*, 3.ª ed., UNAM, México, 1989, pp. 77 y ss.

25 Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Colofón, 2.ª ed., México, 2002, pp. 11-13.

26 Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, 2.ª ed., FCE, México, 1988, pp. 936 y ss.



intermediación representativa<sup>27</sup>, siempre a partir de las voluntades singulares e iguales, para crear mediante el derecho una real voluntad política coherente y operativa. El pueblo no existe como realidad con capacidad de decidir, quien decide es un sector del pueblo.

El poder de construir o poder constituyente puede significar cosas distintas según el término que utilicemos de Constitución, ya que no es lo mismo construir una sociedad política que elaborar, aprobar y promulgar el documento más importante para una pueblo que es su “Constitución”.

En un sentido muy general, “Constitución” es un ordenamiento unificador en oposición a la anarquía, ya que lo que pretende esta codificación es dirigir las relaciones de los actores en el Estado. Por tal motivo, la norma fundamental no es solo objetiva, sino también limitativa de los poderes del Estado. En el Estado constitucional, todo poder estatal es legal solamente en la medida en que se puede fundar en una norma derivada de la Constitución.

La democracia constitucional se sustenta fundamentalmente en el concepto de representación política<sup>28</sup>, en la cual el legislador representa a la nación entera y no solo

a una porción. El mandato que se les hace a los representantes es de carácter general, es decir, no se encuentra limitado a cuestiones concretas. Se trata de un mandato libre puesto que el representante opina lo que le parece conveniente, no estando sujeto a instrucción ni mandato alguno. No es responsable ante nadie, ya que sus electores no lo pueden revocar. El legislador no solo va a velar por los intereses de las personas que lo eligieron, del distrito que representa o de su partido político, sino de la nación entera<sup>29</sup>.

Y siguiendo la línea, no podemos plantear la discusión de la democracia representativa si no es a través de los partidos políticos, ya que estos son una respuesta a la masificación de las decisiones ciudadanas, es la forma en que la democracia funcione y se mantenga<sup>30</sup>. Son los canales de ascenso para las necesidades sociales y para que las propuestas entren a la competencia ante el árbitro que es la ciudadanía<sup>31</sup>.

Sin embargo, el mandato imperativo que se encuentra prohibido en la mayoría de los ordenamientos constitucionales modernos se ha convertido en una realidad indiscutible de la actual democracia representativa, en la que los representantes se ven obligados a seguir los dictados de los partidos políticos sin poder actuar de una forma espontánea y libremente<sup>32</sup>. Es lo que

27 Hamilton, Madison y Jay, *The Federalist*, The University of Texas, E.U.A., 1974, p. 150.

28 Para Pitkin, el concepto de representación se configura así como una continua tensión entre el ideal y el logro. Esta tensión no debería arrastrar ni abandonar el ideal, retrocediendo a una definición operativa que acepta todo lo que hacen aquellos que comúnmente son designados como representantes, ni abandonar su institucionalización y escapar de la realidad política. Al contrario, esa tensión debería hacer presente un desafío continuo aunque no deseperanzado: construir instituciones y tales aprendizajes con el fin de que siempre se muestren abiertos a posteriores interpretaciones y reformas. Pitkin, Hanna, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 266.

29 Burke, Edmund, *Textos políticos*, FCE, México, 1996, pp. 312-313.

30 Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5.ª ed., Ariel, España, 1970, pp. 135 y ss.

31 Di Tella, Torcuato, *Crisis de la representatividad y sistema de partidos políticos*, Grupo Editorial Latinoamérica, Argentina, 1988, pp. 16 y ss.

32 Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional*, op. cit., p. 186.

Michels definió como la ley de hierro de la oligarquía dentro de los partidos políticos<sup>33</sup>.

Para Loewenstein, desde la aparición de los partidos políticos, el mandato imperativo se ha convertido en un fenómeno común, ya que el representante está sujeto a una disciplina más o menos estricta que lo obliga a votar según las decisiones de liderazgo del partido político al que pertenece. De esta manera, el mandato imperativo prohibido en la Constitución en realidad se produce en la práctica<sup>34</sup>.

En este sentido, Bobbio afirma que la clara diferencia entre constitución formal y real, desde el punto de vista de la superioridad del particularismo sobre el principio de unidad orgánica, es la práctica inoperante de la prohibición del mandato imperativo, ya que en la actualidad la forma en que se toman las decisiones en los parlamentos, los legisladores están obligados a observar una disciplina de partido, y en cuanto se alejan de ella no es para defender intereses nacionales contra intereses parciales, dado que obedecen a grupos de presión que en cierto sentido representan intereses más particulares que los de los propios partidos<sup>35</sup>.

También hay que agregar que en toda democracia representativa los actores políticos buscan el consenso, y precisamente en ese momento la negociación política cobra una gran fuerza, ocasionando que es un juego de prestación y contraposición entre los partidos políticos, estos vayan a buscar lo que más convenga a su partido, lo cual en la gran mayoría de las veces no es lo que más beneficia a la nación.

## CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN Y LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Teóricamente se plantea la democracia representativa a partir de los partidos políticos. Una parte fundamental es que estos organismos logran hacer lo heterogéneo de una sociedad en homogéneo, por ser los encargados de ir creando o elaborando esa voluntad política.

Los partidos políticos son parte esencial de esta idea de democracia representativa, ya que no podemos concebir democracia sin ellos, pues la democracia moderna descansa sobre los partidos políticos<sup>36</sup>. Sin embargo, la teoría de representación queda profundamente modificada cuando los sujetos del proceso democrático ya no son los ciudadanos individualmente considerados, sino son los partidos políticos. Por tanto, hoy en la relación entre ciudadanos y gobierno se han interpuesto los partidos políticos.

33 Para Michels, la gran mayoría de los seres humanos tenemos la necesidad de someternos al dominio de una pequeña minoría a una condición de tutela permanente. Michels, Robert, *Los partidos políticos*, vol. ii, Amarrortu Editores, Argentina, 2003, p. 176.

34 Loewenstein, Karl, op. cit., p. 224.

35 Para Bobbio, la redacción del artículo 67 de la Constitución italiana, que establece: "Todo miembro del Parlamento representa la Nación", suena del todo falso e inclusive es hasta ridícula, ya que en el momento en que la democracia representativa busca el voto, esto se traduce en una contienda electoral en busca de un mercado; por tal motivo el legislador interpondrá los intereses de la nación por los intereses de quien otorgue más votos y le ayude a ganar la elección. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1992, pp. 154 y ss.

36 Kelsen, Hans, op. cit., p. 16.

Se ha expresado que estos entes políticos, sin ser órganos del Estado, son su osamenta. Semejanza fisiológica no trasladable al ámbito de la Teoría de la Constitución, ya que el precepto que constitucionaliza a los partidos políticos es una parte vital de la Norma Fundamental y, como tal, garantía política de los derechos fundamentales. Luego entonces partidos y derechos son el oxígeno y el sistema de inmunidad del constitucionalismo democrático<sup>37</sup>.

Sin embargo, el Derecho Constitucional anterior a la Segunda Guerra Mundial ignoró la realidad de los partidos políticos, y la formulación legal del concepto de representación continuó en términos generales, siendo la misma que se manifestó en la Constitución francesa de 1791, sección III, artículo 7.º<sup>38</sup>, lo que suponía solo el intento de hacer subsistir históricamente un régimen que desconoce las exigencias de la realidad social<sup>39</sup>.

Por otra parte, el equilibrio inestable entre cultura e instituciones políticas provocó desde el último tercio del siglo xx a la fecha un fenómeno entre las democracias occidentales consistente en la figura de alineación política y alejamiento de los individuos con respecto a las instituciones políticas. Las expresiones más claras de este fenóme-

no se reflejan en el desinterés por los asuntos políticos, una pérdida de confianza en el Estado y sus instituciones políticas, insatisfacción con el funcionamiento de la democracia, el debilitamiento de las lealtades partidistas y el incremento de la volatilidad electoral<sup>40</sup>.

Lo anterior ha ocasionado una crisis en la democracia, provocando que todas las instituciones que giran alrededor de esta se vean afectadas por esta desconfianza. Sin embargo, no se puede ocultar la importancia en la vida política de los partidos políticos, pese a que se ha escrito bastante sobre su decadencia y falta de ideología. Como todas las instituciones, estos también han ido evolucionando, ya que de ser organizaciones de masas con una ideología perfectamente identificable –ya sea de izquierda o de derecha–, se han transformado en partidos del Centro, debido a en el centro se encuentra el grosor de los electorados o votos. Dejan de ser partidos de ideología y se convierten en partidos que se preparan para enfrentar un proceso electoral. En este sentido, ya no se da la dialéctica entre ideologías, sino una guerra por conseguir la mayor parte de los sufragios.

La crisis en la democracia representativa provocada por la inestabilidad ideológica de los partidos políticos ha abierto la puerta para que con más frecuencia se utilicen los mecanismos de democracia participativa. En esta dialéctica entre democracia representativa y participativa se va a ubicar

37 Caamaño, Francisco, “Mandato parlamentario y derechos fundamentales (nota para una Teoría de la Representación Constitucional adecuada)”, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, n.º 36, septiembre-diciembre, España, 1992, p. 139.

38 Sección III, artículo 7.º: Los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento particular, sino de la nación entera, y no podrá dárseles mandato alguno.

39 Vega García, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, en Revista de Estudios Políticos, n.º 44, marzo-abril, Madrid, 1985, p. 35.

40 Herrera Gómez, Manuel y Jaime Castillo, Jaime M., “Sistema político y sociedades complejas, estabilidad y cambio”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n.º 126, octubre-diciembre, Madrid, 2004, pp. 197 y ss.

la Reforma Constitucional, ya que para la primera el pueblo acude como un órgano limitado por tal motivo constituido, y en la segunda al solicitar la opinión al pueblo lo transforma de constituido en constituyente con consecuencia ilimitada.

## **LA CONSULTA POPULAR Y SU PROBLEMÁTICA EN LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL: UN CONFLICTO DESDE LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN**

La reciente introducción de un sistema de democracia participativa en el sistema jurídico mexicano consiste en que la consulta popular revive las discusiones entre sí, provocando que los tipos de democracia representativa y la semidirecta se puedan conjugar o esta última imponerse sobre la primera.

El problema se encuentra en establecer si la democracia directa es incompatible con el concepto de constitución, dado que si el concepto de constitución hace referencia exclusivamente a la democracia representativa, obligatoriamente tienen que existir límites a la reforma. No obstante, si se incluyen mecanismos de democracia directa o semidirecta, como pueden ser el referéndum o la consulta popular, dentro de la Carta Magna, se puede considerar en este caso que en el momento en que el pueblo actúa directamente, no tiene límites. La discusión se va a centrar precisamente en que al ser el pueblo el titular del poder consti-

tuyente, y este al ser soberano, los límites que podría tener la reforma constitucional se desvanecen ya que está actuando un poder omnipotente; o por el contrario, que en el momento en que se convoque al pueblo, este ya no acude como poder soberano constituyente, ya que va como un poder limitado porque está actuando bajo la potestad de la Constitución.

En estas dos posturas se aborda el problema, dado que se va a modificar la Constitución para una nueva realidad; sin embargo, como se ha expresado, existen diferencias sustanciales entre ambas, ya que conciben al Estado y al Derecho Constitucional desde dos ópticas distintas.

La primera, representada por Rousseau, que en El contrato social reconoce la igualdad y la libertad como esencia de la persona humana<sup>41</sup>, lo cual deriva de la doctrina de la soberanía del pueblo, a la que define a su vez como una, indivisible, inalienable e imprescriptible<sup>42</sup>.

En El contrato social, todos los hombres, anteriormente iguales y libres, renuncian por igual y simultáneamente a su libertad; la voluntad de todos pasa a ser el único soberano al cual todos se someten. El principio político afirmado en esta obra es que la sociedad tiene por objeto la conservación y la protección de los miembros que la componen, de donde se infiere que ningún Gobierno es legítimo si no se cifran en el bien público su función y su finalidad. Es la exigencia de un gobierno de ciudadanos

41 Rousseau, Jean-Jacques, op. cit., pp. 53 y ss.

42 Ibidem, pp. 72 y ss.

para el pueblo y la idea de un derecho que garantiza la igualdad y la libertad de todos los hombres.

Igual que Hobbes y Locke, Rousseau hace del contrato social un entendimiento mutuo y pacífico entre los hombres, constituido como un sistema ideológico para dar fundamento racional a la autoridad del Estado y de la ley. Es verdad que Rousseau parece no distinguir el poder constituyente del poder legislativo ni la constitución de una ley ordinaria. Sin embargo, cuando habla de ley, se refiere siempre a la Norma Fundamental que emana del poder constituyente y que expresa la voluntad general (*volonté générale*) como voluntad política del cuerpo social. La asociación entre pueblo y Estado, como orden concreto, se sustenta en la decisión soberana que constituye la pieza central de la legitimidad democrática.

No es que el cómputo aritmético de la “voluntad de todos” como obediencia se hace realidad, sino que esa autoobediencia –como núcleo central de la democracia, la cual constituye la expresión auténtica de la libertad civil–, solamente es posible cuando se impone la “voluntad general”. La ley como expresión de la voluntad general del pueblo es el único posible fundamento de una sociedad democrática que fortalece a la sociedad humana sin destruirla.

En el pensamiento rousseauiano, la soberanía es parte de la esencia de la voluntad general, que, por ser libre, no acepta ninguna otra superior, porque si lo hiciera dejaría de serlo, y sí en cambio define el uso de su libertad, su estilo de vida y su destino en

la historia. Para Rousseau, la soberanía es una, de tal manera que lo que se llaman las dos dimensiones de la soberanía, externa e interna, son las consecuencias de la idea de libertad: Si un pueblo obedece a un poder distinto del poder de su libertad, sus hombres dejan de ser libres y retornan a sus cadenas.

Este autor rechaza la idea de representación en sentido amplio por considerarla contraria a la propia esencia de la del gobierno legítimo. En El contrato social asegura que en cuanto los asuntos públicos dejan de ser la ocupación primaria del ciudadano, el Estado camina hacia su perdición. En este sentido, si algún poder pretendiera impedir dentro de los hombres la acción de la voluntad general, estos dejarían de ser idénticamente libres; y si el poder llegara a triunfar, perderían la libertad<sup>43</sup>.

La idea de que la soberanía del pueblo es la columna vertebral del pensamiento de Rousseau puede decirse que es la fórmula que compendia las exposiciones de El contrato social. Rousseau afirma que el hecho de que el pueblo sea soberano y la soberanía sea inalienable implica que el pueblo solo debe obedecerse a sí mismo, ejercitando directa o inmediatamente el poder político, lo cual significa que la única democracia, de acuerdo con los principios de El contrato social, es la democracia directa o de la identidad.

En esta concepción se confunde si el pueblo es poder constituyente o constituido en

43 Rousseau, Jean-Jacques, op. cit., pp. 38 y ss.

el referéndum constitucional; para resolver este problema o dilema empezaremos analizando el lugar en el cual se encuentra el Poder Constituyente. Para Schmitt, el Poder Constituyente reside en el pueblo, que manifiesta cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política.

Para este autor, el pueblo, como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza de pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho de asuntos ordinarios. La paradoja del pueblo es que allí donde se encuentra su fuerza radica también su debilidad y, como consecuencia, en el momento que se le someta a normas, pierde su potencia, puesto que, por un lado, es fuerte y desorganizado, pero en el momento en que se le organiza pierde su ímpetu para poder cambiar por vías de derecho sus valores o principios fundamentales que establece su Constitución<sup>44</sup>. El pueblo, como tal, puede darse su Ordenamiento Constitucional en cualquier momento; no obstante, esta actuación no requiere ser justificada por vías jurídicas, ya que se da por vías de hecho.

El pueblo cuando acude a una consulta popular va como un poder constituido, pues solamente puede decidir “sí” o “no” al encontrarse sometido a reglas que deberá respetar. El fundamento de este es la Constitución, o sea, parte de la legalidad, pues como asentamos, el Poder Constituyente

no es legal, sino legítimo, ya que él es origen de toda la legalidad; por esto el referéndum constitucional o consulta popular es un poder constituido. En otras palabras, el pueblo es el origen de la legitimidad; sin embargo, cuando su funcionamiento o actuar como lo es a través de una consulta popular lo somete a normas o reglas, este pierde su calidad de legítimo para transformarse en legal.

Para Bryce, la forma de estructura de las constituciones rígidas puede resistir presiones; sin embargo, en el momento en que se produce un conflicto que pone en peligro al Estado y excita la hostilidad de una gran parte del pueblo, la Carta Magna se encuentra destinada a su quebranto<sup>45</sup>.

Mortati afirma que las proclamaciones solemnes afirman la soberanía de la nación, y la emanación del derecho del pueblo tiene valor solo político; mientras que desde el punto de vista jurídico, es la voluntad de determinados órganos la que vale como única manifestación legal del ente proclamado soberano<sup>46</sup>. En virtud de la existencia de un límite absoluto a la posibilidad de modificación, la cual necesariamente proviene de la función de la Constitución, a la que hace referencia, su determinación no puede acontecer arbitrariamente, sino que debe existir la posibilidad de realizarla dependiendo de la comprobación de su capacidad de mantener intacta la parte esencial

45 Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 36.

46 Mortati, Constantino, *La constitución en sentido material*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2000, p. 70.

44 Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, op. cit., pp. 99 y ss.

de la Constitución, precisamente aquella que la hace idónea para la individualización del ordenamiento<sup>47</sup>.

El objetivo es garantizar al pueblo su Constitución contra él mismo, esto es, contra la irresistible tendencia de la naturaleza humana que la inclina sin cesar a cambiar de posición por un quimérico mejor, de ataques facciosos, contra las ambiciones de sus representantes o de sus delegados; el fin de dar al pueblo soberano el medio legal de reformar su Constitución constituye el verdadero objeto<sup>48</sup>. En otras palabras, es proteger a la democracia de la propia democracia; como lo asentó Aristóteles: La democracia extrema también es una tiranía<sup>49</sup>.

Para hacer viable la idea de constitución como instrumento limitador y organizador de los poderes del Estado, se requiere, por tanto, partir de concepciones contrarias a las del pacto social o rousseauianas. Frente a la democracia de la identidad, como exigencia del racionalismo contractualista, se pone entonces la democracia representativa, como imperativo impuesto por la realidad y por la historia.

La confrontación entre democracia directa o de identidad y democracia representativa conduce a la democracia constitucional como principio democrático. Con base en esta representación política, la influencia de toda la ciudadanía o de parte de ella se ejerce sobre la acción gubernamental

expresa y en su nombre por un pequeño número de personas. La autoridad de los representantes no queda solo creada por el poder constituyente, sino que está sometida a cambio o modificación conforme a la constitución<sup>50</sup>.

Solo cuando el poder de reforma se considere como un poder constituido y por tal motivo limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia. Ningún poder organizado y regulado por la norma fundamental aparece entonces por encima de ella; en este momento podemos hablar de supremacía constitucional y de la capacidad del ordenamiento constitucional para controlar sus propios procesos de transformación, porque reformar la constitución no es destruirla. Si se convoca al pueblo a través de una consulta, se está convocando a un poder limitado por ciertos principios o valores fundamentales, que el poder constituido jamás podrá tocar, puesto que estaría atentando contra la esencia de la misma Carta Magna, porque en ella se consagra la voluntad del poder constituyente, y de cambiar esa voluntad se estaría cambiando de Constitución.

Por tal motivo, se renuncia previamente a la democracia de la identidad como posibilidad histórica, y se hace posible plantear una teoría de limitación del poder, que es en definitiva una teoría de la constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa<sup>51</sup>. Como es lógico, en

47 Ibídem, p. 202.

48 Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional*, op. cit., p. 225.

49 Aristóteles, *La política*, 6.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 226.

50 Friedrich, Carl J., *Gobierno constitucional y democracia*, volumen II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 28 y ss.

51 Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional*, op. cit., pp. 19 y ss.

la oposición y la distancia entre el principio legitimador democrático de la soberanía popular y la teoría de la limitación del poder, se encuentra el entendimiento de la supremacía constitucional.

La actuación del poder constituyente termina con la aprobación de la norma fundamental. La única forma imaginable de perpetuar la legitimidad democrática en el funcionamiento normal del sistema no puede ser otra que la de transformar el principio político de soberanía popular en la fórmula jurídica de la supremacía constitucional. Al respecto, acertadamente expresa Pedro de Vega que la soberanía política se convierte así en soberanía jurídica<sup>52</sup>.

Por tal motivo, la reforma constitucional es el mecanismo final<sup>53</sup>, la garantía última de la efectividad, entendiéndose que tal efectividad se realiza en la medida en que el ordenamiento constitucional despliega sus caracteres básicos: la normatividad y la supremacía, porque, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la norma fundamental con la realidad, y esto impide que la Carta Magna quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica nula. En este contexto, la reforma de la Constitución, lejos de representar un instrumento de deterioro, debe entenderse como su primera y más significativa defensa.

52 Ibidem, p. 40.

53 Wong Mera, Víctor Alejandro, "La reforma constitucional como defensa de la Constitución de 1917. Un análisis desde la problemática del poder constituyente y las ideas de libertad y democracia", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n.º 18, Universidad de la Coruña, España, 2014, p. 223.

## CONCLUSIONES


- I. Ahora, en la segunda década del segundo milenio, en la gran mayoría de los Estados se puede afirmar que son democráticos, unos con una democracia más consolidada que otros. En este sentido la discusión ya no se centra en el sistema democrático, sino en cuál tipo de democracia se está anhelando, la democracia participativa o la representativa.
- II. La idea de que surjan mecanismos de democracia semidirecta es con la intención de salvaguardar el principio democrático; deben establecerse regulaciones en las cuales se reconozca al pueblo una función activa dirigida a la formación de ciertas decisiones estatales, ya que el pueblo no se limita a expresar la opción electoral, sino que también adopta algunas decisiones gubernamentales que inciden diversamente sobre la orientación de los órganos representativos.
- III. A raíz de la crisis de la democracia representativa, la tendencia en nuestra región ha sido ir introduciendo mecanismos de democracia participativa, siendo México el último en considerar la consulta popular con el objetivo de acercar más al ciudadano en la toma de decisiones.
- IV. Al plantear la democracia participativa, se está manejando el axioma indiscutible del principio democrático de que la soberanía radica en el pueblo; por



tal motivo existe la necesidad de ratificar por parte del pueblo los textos constitucionales o sus modificaciones. Sin embargo, la confusión entre poder constituyente y poder constituido provoca que se origine un caos político y jurídico. Para evitar tal confusión o error, debemos partir de que el referéndum constitucional como la consulta popular, en el momento en que son convocados, acuden como órganos constituidos y no como constituyente.

- V. Por tanto, la inclusión de la consulta popular en la Constitución de México viene a traer problemas de índole política y jurídica. Política ya que en primer lugar no se establece con claridad cuáles son los “temas de trascendencia nacional”; segundo, será la Suprema Corte de Justicia de la Nación la única autorizada para designarle el carácter trascendental a cada uno de los temas según se vayan presentando, ya que de acuerdo con la ley reglamentaria, al calificar las preguntas propuestas para la consulta, define su trascendencia o no.
- VI. Además, el problema jurídico se agrava, ya que al adicionar el artículo 35 constitucional no se tocó el artículo 135, en

el cual se establece el procedimiento de reforma constitucional. Por consiguiente, nos encontramos ante el inconveniente de que en caso de realizar una consulta en relación con algún precepto constitucional y esta sea aprobada por el pueblo, no se deja claro si el resultado es o no vinculante. Si se decide que sí lo es, se estaría modificando la Constitución sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 135; pero si se considera que deberá activarse el procedimiento de modificación constitucional, puede suceder que los miembros del Congreso de la Unión se opongan al resultado de la consulta, no se alcance a obtener las dos terceras partes para la aprobación o no se cuente con el apoyo de la mayoría de las legislaturas locales, en cuyo caso, darse cualquiera de estos resultados, invalidaría la decisión soberana del pueblo.

- VII. La tendencia a utilizar los mecanismos de democracia participativa se debe a que la representativa y en sí los partidos políticos se encuentran inmersos en una crisis; esto ha sido aprovechado por los Leaders para legitimar su toma de decisiones, las que lamentablemente en muchas ocasiones son arbitrarias y contrarias al bien común. 

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA. VV. Democracia, el viaje inacabado (508 a. C.-1993 d. C.), Tusquets Editores, España, 1995.
- AA. VV. Teoría de la Constitución, estudios en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid, Porrúa, México, 2010.
- ARISTÓTELES, La política, 6.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- BOBBIO, NORBERTO, El futuro de la democracia, FCE, México, 1992.
- BRYCE, JAMES, Constituciones flexibles y constituciones rígidas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- BURKE, EDMUND, Textos políticos, FCE, México, 1996.
- CAAMAÑO, FRANCISCO, “Mandato parlamentario y derechos fundamentales (nota para una teoría de la representación constitucional adecuada)”, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 12, n.º 36, septiembre-diciembre, España, 1992.
- CARRÉ DE MALBERG, R., Teoría general del Estado, 2.ª ed., FCE, México, 1988.
- DENQUIN, JEAN-MARIE, Referendum et Plebiscite, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Francia, 1976.
- DI TELLA, TORCUATO, Crisis de la representatividad y sistema de partidos políticos, Grupo Editorial Latinoamérica, Argentina, 1988.
- DUVERGER, MAURICE, Instituciones políticas y derecho constitucional, 5.ª ed., Ariel, España, 1970.
- EDUARD, TARNAWSKI GESLOWSKA, “El tiempo de las democracias inciertas”, en Revista de Estudios Políticos, n.º 86, octubre-diciembre, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, CARMEN y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO, Sistema electoral, partidos políticos y parlamento, Colex, Madrid, 2003.
- FRIEDRICH, CARL J., Gobierno constitucional y democracia, volumen II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- HAMILTON, MADISON y JAY, The Federalist, The University of Texas, E.U.A., 1974.
- HERRERA GÓMEZ, MANUEL y JAIME CASTILLO, JAIME M., “Sistema político y sociedades complejas, estabilidad y cambio”, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n.º 126, octubre-diciembre, Madrid, 2004.
- KÄGI, WERNER, La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado, investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional, Dykinson, Madrid, 2005.
- KELSEN, HANS, Esencia y valor de la democracia, Colofón, 2.ª ed., México, 2002.
- LOEWENSTEIN, KARL, Teoría de la constitución, 4.ª reimpresión, Barcelona, 1986.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS, El referéndum en el sistema español de participación política, Universidad Politécnica de Valencia, España, 2005.
- MICHELS, ROBERT, Los partidos políticos, vol. ii, Amarrortu Editores, Argentina, 2003.
- MORTATI, CONSTANTINO, La constitución en sentido material, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2000.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, Constitución, Iustel, Madrid, 2004.
- PITKIN, HANNA, El concepto de representación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUESS, El contrato social, Grandes Pensadores, Barcelona, 2004.
- RUIPÉREZ, JAVIER, “Estudio preliminar”, en La reforma constitucional, la organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

SCHMITT, CARL, Teoría de la constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

\_\_\_\_\_. Teólogo de la Política, FCE, México, 2001.

SIEYÈS, EMMANUEL J., ¿Qué es el tercer Estado?, 3.ª ed., UNAM, México, 1989.

SOTO BARRIENTOS, FRANCISCO, “El referéndum en Latinoamérica: un análisis desde el Derecho Comparado”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año xlvi, número 136, enero-abril, UNAM, México, 2013.

STUART MILL, JOHN, Del gobierno representativo, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007.

VEGA GARCÍA, PEDRO de, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2000.

\_\_\_\_\_. “Significado constitucional de la representación política”, en Revista de Estudios Políticos, n.º 44, marzo-abril, Madrid, 1985.

VERGOTTINI, GIUSEPPE de, Derecho constitucional comparado, UNAM, México, 2004.

WONG MERAZ, VÍCTOR ALEJANDRO, Constitución mexicana, reforma y mutación, Porrúa, México, 2010.

\_\_\_\_\_. “La reforma constitucional como defensa de la Constitución de 1917. Un análisis desde la problemática del poder constituyente y las ideas de libertad y democracia”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n.º 18, Universidad de La Coruña, España, 2014.

# ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A LA DIRECCIÓN NACIONAL DE REGISTRO CIVIL

## ATTRIBUTION OF JURISDICTIONAL FUNCTIONS TO THE NATIONAL DIRECTORATE OF CIVIL REGISTRY

**Juan Pablo Vidal Kling<sup>1</sup>**

Grupo Jurídico de la Dirección Nacional de Registro Civil

### RESUMEN

El presente escrito tiene como finalidad presentar el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la atribución de funciones jurisdiccionales, que está reconocida en el inciso segundo del artículo 116 de la Carta Magna, que se fundamenta en el principio de colaboración entre las ramas del poder público.

Igualmente, se presentará la competencia judicial para conocer sobre los asuntos que alteran o modifican el estado civil de las personas, siendo necesario hablar, previamente, sobre la autenticidad de las inscripciones de hechos y actos jurídicos en el registro civil, la cual solo puede ser desvirtuada por la vía judicial cuando el juez competente haya valorado los respectivos medios probatorios.

Con este estudio se pretende demostrar que la Dirección Nacional de Registro Civil es capaz, por su conocimiento especializado y amplia experiencia en el área, de asumir funciones jurisdiccionales para conocer y decidir sobre los asuntos que modifican o alteran el estado civil de las personas, colaboran-

<sup>1</sup> Estudió en la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, D. C. Grupo Jurídico de la Dirección Nacional de Registro Civil. [jpvidal@registraduria.gov.co](mailto:jpvidal@registraduria.gov.co)

do así a la rama judicial con la disminución de procesos de esta naturaleza en las instalaciones judiciales.

### **PALABRAS CLAVE**

Atribución, funciones jurisdiccionales, registro civil, derecho a la identidad, derecho a la personalidad jurídica, rama judicial, Estatuto de Registro Civil.

### **ABSTRACT**

The present paper aims to present the jurisprudence of the Constitutional Court on the allocation of judicial functions, which is recognized in the second paragraph of Article 116 of the Constitution, which is based on the principle of collaboration between the branches of public power.

Similarly, judicial jurisdiction on matters that alter or modify the civil status of persons are present; it is necessary to talk previously about the authenticity of the inscriptions of facts and legal acts in the civil registration, which can only be invalidated by the courts, where the judge has assessed the relevant evidence.

This study aims to demonstrate that the National Civil Registry is able, by its specialized and extensive experience in knowledge, to assume judicial office to hear and decide on matters that modify or alter the marital status of people; working well, the judicial branch with the decrease of processes of this nature in judicial facilities.

### **KEY WORDS**

Atribution, jurisdictional function, civil registration, right to identity, right to legal personality, judicial branch, civil register law.

## **LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS**

Antes de presentar la evolución jurisprudencial sobre las funciones jurisdiccionales

atribuidas a autoridades administrativas es necesario indicar su origen, el cual se halla en el artículo 116 de la Constitución Política, que hace parte del capítulo correspondiente a la estructura del Estado, específicamente en lo concerniente a las entidades que administran justicia, que, en principio, son la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo

Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces y la Justicia Penal Militar y, por excepción, determinadas autoridades administrativas y, transitoriamente, algunos particulares.

Si bien esta norma es una mera enunciación sobre qué entidades tienen la competencia de administrar justicia, es vaga sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas; para más ilustración, el inciso 3.º del mencionado artículo expresa:

Excepcionalmente, la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Como se observa, la Asamblea Constituyente (1991) no determinó el alcance ni los requisitos para tal fin, los cuales, a través de diversos fallos de constitucionalidad, se han determinado mediante pautas constitucionales que debe haber para que dicha atribución no sea contra legem. En otras palabras, acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como fuente formal del derecho, que es de gran importancia para el ordenamiento jurídico colombiano, el juez ha dejado de ser un simple aplicador de normas para pasar a ser un creador de subreglas; en palabras de Diego Eduardo López Medina (2006): “hoy en día aparece el juez constitucional a través de su jurisprudencia, como un creador consciente de subreglas constitucional y no simplemente como un aplicador pasivo de los textos superiores” (pp. ix y xx).

Para acudir a esta fuente del derecho, se requiere hallar las sentencias que sobre el tema se han proferido para luego seleccionar las más importantes y agruparlas para una adecuada lectura, ya que “la lectura de sentencias individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al analista a una dispersión radical, con la consecuente incompreensión de los mensajes normativos emanados del derecho judicial” (López, E., 2006, p. 135).

Bajo este orden de ideas, es apropiado basarse en la experiencia de López (2006) sobre la elaboración de una línea jurisprudencial. Para ello, ha de tenerse en cuenta que el autor de *El derecho de los jueces* identifica cuatro tipos de sentencias, que resaltan por su importancia. Es decir, al identificar las sentencias que tratan sobre el tema deseado, ha de dejar las importantes, que el autor llama sentencias hito, que a su vez se clasifican en *fundadoras*, *consolidadoras de línea*, *modificadoras de línea*, *reconceptualizadoras* y *la sentencia dominante*.

Las *sentencias fundadoras* “son sentencias a menudo muy ambiciosas en materia doctrinaria, en las que se hacen grandes recuentos históricos y comparados (falta de la experiencia jurisprudencial local) de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio” (López, E., 2006, p. 164).

En cuanto a las *sentencias consolidadoras de línea*, “son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional y en las que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue

planteado por las sentencias fundadoras de línea” (op. cit., pp. 164 y 165).

Respecto a las *sentencias reconceptualizadoras*, realizan una “reconstrucción conceptual que hacen parte de un poder que tiene la Corte de ‘decidir’ la *ratio decidendi* de fallos anteriores” (p. 165).

Y, finalmente, sobre la *sentencia dominante*, “es aquella sentencia que, según el analista, contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional” (p. 165).

Dicho esto, se facilitará presentar los lineamientos constitucionales sobre las atribuciones jurisdiccionales permitidas, teniendo presentes las prohibidas, el alcance restrictivo, los atributos exigidos, el conocimiento especializado y amplio, que debe tener la autoridad administrativa sobre esa materia; así mismo, sobre la función judicial, el principio de colaboración armónica y el principio de unidad jurisdiccional que debe haber, como también sobre desjudicializar el conocimiento de ciertas conductas para la descongestión judicial, para luego presentar la solución cuando se presentan funciones ambiguas.

De lo expuesto, se halló como *sentencia fundadora* de esta línea la sentencia de constitucionalidad C-592 (Corte Constitucional, 1992), que echó un vistazo a las legislaciones anteriores a la Constitución Política (1991), advirtiendo que

Se encuadra en la tendencia legislativa de los últimos años, recogida por

el constituyente según señalamiento anterior, de transferir decisiones a autoridades no judiciales, como superintendencias, notarías e inspecciones de policía, lo que permite una mayor eficiencia del también principio fundamental del régimen político, complementario del de la división de poderes, de la colaboración de los mismos, o de la unidad funcional del Estado (Corte Constitucional, 1992, sentencia de constitucionalidad C-592. M. P.: Morón, F.)

De esta manera, manteniendo la complementariedad y colaboración de la división de poderes, que ayudan a mantener la unidad funcional del Estado, está como *sentencia consolidadora de línea* la C-212 (1994), que se caracteriza por la autoridad con que señala los principios de colaboración armónica y establece subreglas para la función judicial atribuida a las autoridades administrativas. En esta ocasión la Corte Constitucional (1994) dijo:

Los órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, con lo cual elimina todo criterio absoluto en cuya virtud cada rama u órgano tenga que actuar forzosamente dentro de marcos exclusivos, rígidos e impermeables. Se trata, más bien, de lograr un equilibrio que impida la concentración y el abuso del poder, pero que a la vez permita, en virtud de una razonable flexibilidad, conjugar los esfuerzos de quienes lo ejercen con miras al logro de las metas comunes. Únicamente (sic) pueden administrar

justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible, siempre que no adelanten la instrucción de sumarios ni juzguen delitos (Corte Constitucional, 1994. Sentencia de constitucionalidad C-212. M. P.: Hernández, J.)

Bajo este orden de ideas, en desarrollo de los principios de colaboración armónica y de la unidad judicial, se señaló que dicha atribución jurisdiccional debe ser expresa y clara, pues es “deber del legislador establecer competencias puntuales, fijas y ciertas” (Corte Constitucional, 2012. Sentencia de constitucionalidad C-896. M. P.: González, M.), donde la autoridad administrativa actuará como un verdadero juez que además debe tener conocimiento y experiencia en el área, pues será necesario que la autoridad a la que el legislador le atribuya tales funciones tenga el conocimiento idóneo. En tal sentido, la Corte Constitucional (2000) dijo:

(...) Como consecuencia del postulado de colaboración armónica entre las ramas del poder público. En este sentido, la Superintendencia de Sociedades actúa como un verdadero juez durante el proceso concordatario, lo cual le fue permitido en atención a su conocimiento especializado y a su amplia experiencia en el área (Corte Constitucional, 2000. Sentencia de Constitucionalidad C-1143. M. P.: Gaviria, C.)

Una vez establecidos los principios constitucionales en los que se basa y señalada la obligatoriedad de ser clara y expresa la atribución,

esta debe ser dirigida a una autoridad administrativa con experiencia. Seguidamente, la Corte Constitucional (2000), en sentencia C-1641, consideró referirse sobre los límites que tiene la ley para realizar este tipo de atribución de funciones jurisdiccionales, a saber:

En ocasiones anteriores, esta Corte Constitucional ha indicado hasta dónde puede la ley conferir esas atribuciones a las autoridades administrativas, análisis que se sintetiza a continuación.

6. En primer término, es claro que este ejercicio jurisdiccional por autoridades no judiciales representa una excepción al reparto general de funciones entre las ramas del poder, por lo cual “su alcance es restrictivo: únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible”. Sin embargo, en segundo término, esta Corte ha precisado que ese carácter excepcional no significa que a las autoridades administrativas no se les puedan atribuir funciones jurisdiccionales permanentes, pues lo excepcional no es “aquello que no reviste el carácter de permanente”, sino aquello que constituye una excepción de la regla común. Por ende, si “la regla común es el ejercicio de funciones administrativas por parte de las superintendencias, por lo cual la ejecución de funciones jurisdiccionales es excepcional. Lo que el constituyente



quiso fue esta excepcionalidad, no la transitoriedad de dicho ejercicio. Si hubiera querido autorizar sólo el ejercicio transitorio, así lo habría dicho”. En tercer término, la Carta señala campos en donde no es posible conferir atribuciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, pues establece que éstas no podrán instruir sumarios ni juzgar delitos (Corte Constitucional, 2000. Sentencia de constitucionalidad C-1641. M. P.: Martínez, A.).

De lo expuesto, se tiene que es una atribución restrictiva, que solo la tienen las autoridades administrativas que, de manera expresa, determina la ley. Por lo tanto, como no todas las autoridades administrativas tienen facultades judiciales y, por regla general, estas facultades pertenecen a la rama judicial, se dice que es una excepción que una autoridad administrativa tenga funciones jurisdiccionales y, finalmente, el legislador no le puede atribuir funciones jurisdiccionales donde puedan instruir sumarios ni juzgar delitos.

Para el 2001, la Corte Constitucional mantenía la tendencia de la línea jurisprudencial, que inició con la *sentencia fundadora* C-592 de 1992, hallando entonces otra sentencia consolidadora, la sentencia C-649, en la cual retoma la necesidad de desjudicializar ciertas conductas y pasarlas a una autoridad administrativa idónea para decidir sobre tales asuntos particulares. Igualmente, enfatizó sobre el carácter excepcional de esta atribución y sobre la solución de los conflictos que puedan surgir cuando se presenten funciones ambiguas.

La meta principal del legislador fue desjudicializar el conocimiento de ciertas conductas, en el sentido de atribuir la competencia para pronunciarse sobre ellas a entidades administrativas especializadas y, por ende, idóneas para tomar decisiones sobre esos asuntos particulares.

(...) Sin embargo, es claro que el artículo 116 enfatiza el carácter excepcional de este tipo de atribuciones; por lo mismo, cuando se trata de interpretar normas que atribuyen funciones pero son ambiguas en cuanto a su carácter, como las que ocupan la atención de la Corte, habrá de darse preferencia a una interpretación según la cual las funciones son, como norma general, administrativas, salvo aquellas que el Legislador haya determinado, con precisión y especificidad, que son jurisdiccionales (Corte Constitucional, 2001. Sentencia de constitucionalidad C-649. M. P.: Montealegre, E.)

Por otra parte, en la misma providencia, se refirió la Corte (2001) a la imparcialidad del funcionario judicial, la cual, debe tener la autoridad administrativa que actúe como juez. Al respecto, reiterando la sentencia C-1641 de 2000, expresó:

(...) se ha establecido la regla según la cual no es incompatible el ejercicio simultáneo de funciones administrativas y judiciales por parte de las superintendencias, siempre y cuando no se lesionen los derechos de los sujetos procesales ni se comprometa la im-

parcialidad del funcionario que está administrando justicia (Corte Constitucional, 2001. Sentencia de constitucionalidad C-649. M. P.: Montealegre, E.).

Siguiendo con la línea y la *ratio decidendi*, la Corte, al referirse al alcance de las facultades judiciales radicadas en autoridades administrativas, reitera:

(...) debe ser siempre restrictivo, pues de lo contrario se corre el riesgo de convertir la excepción en regla. En tales circunstancias, y tal y como esta Corporación lo ha señalado[1], a menos que el legislador haya establecido expresamente con precisión y especificidad que las funciones ejercidas por una autoridad administrativa son jurisdiccionales, el intérprete deberá asumir que son funciones administrativas (Corte Constitucional, 2002. Sentencia de constitucionalidad C-1071. M. P.: Montealegre, E.).

Más adelante, presenta los atributos exigidos a los jueces, que un funcionario administrativo debe tener también:

Para que un funcionario administrativo pueda ejercer funciones jurisdiccionales, debe contar con ciertos atributos que son exigidos a los jueces en general: el haber sido asignado por la ley para conocer de asuntos delimitados por ella misma con anterioridad a los hechos que deba conocer, y contar con independencia e imparcialidad. En efecto, la Carta es clara en señalar que las decisiones de la justicia son independientes (C. P. art. 228), y las

normas internacionales de derechos humanos, conforme a las cuales se deben interpretar los derechos constitucionales (C. P. art. 93), indican que toda persona tiene derecho a ser oída, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones (art. 8.1 Convención Interamericana y art. 14-1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). (Corte Constitucional, 2002. Sentencia de constitucionalidad C-1071. M. P.: Montealegre, E.).

En cuanto a las decisiones de la autoridad administrativa que llegaren a ser apeladas, la Corte dijo:

Si la Superintendencia suple excepcionalmente la competencia de un juez dentro de la estructura jurisdiccional ordinaria, la autoridad judicial llamada a tramitar la apelación será entonces el superior jerárquico del juez al cual desplazó la Superintendencia. En este sentido, si fuera el caso que una de esas entidades administrativas tiene competencias a prevención con un juez civil del circuito, por ejemplo, quien deberá tramitar el recurso de apelación interpuesto contra una de sus decisiones en los términos señalados por la ley será el superior jerárquico del juez con el que comparte la competencia (Corte Constitucional, 2002. Sentencia de constitucionalidad C-415. M. P.: Montealegre, E.).

Finalmente, se encuentra como sentencia dominante la C-156 de 2013, en la cual hace

una reseña de todos los anteriores pronunciamientos, reiterando y fijando todo lo expuesto en una sola providencia, hallando que

La Corte Constitucional reitera su línea en relación con la necesidad de que el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas sea claro, expreso y concreto; agregando que, en este contexto, la designación del funcionario encargado de adelantar la nueva atribución también debe ser específica, con el propósito de adelantar un juicio acerca de la si la función concedida tiene relación con la materia legalmente asignada a la entidad en materia administrativa y, al mismo tiempo, si en virtud de las funciones que ordinariamente desempeña, se garantizará la independencia en el servicio de la administración de justicia (Corte Constitucional, 2013. Sentencia de constitucionalidad C-156. M. P.: Vargas, L.)

## RELACIÓN ENTRE EL REGISTRO CIVIL Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Actualmente, una inscripción en el registro civil solo puede ser desvirtuada ante un juez de familia, de primera instancia, lo cual alterará o modificará el estado civil de una persona, procedimiento que podría tardar menos si dicha competencia fuere atribuida a la autoridad administrativa encargada de dirigir y organizar todo lo relacionado con el registro civil de las personas, es decir, atribu-

yéndole a la Dirección Nacional de Registro Civil (DNRC) tal función jurisdiccional.

Con el objeto de presentar las situación actual, sobre cómo y ante quién se realizan las modificaciones o alteraciones del estado civil, es necesario referirse a la autenticidad de las inscripciones y lo que esta conlleva.

De esta manera se podrá analizar lo dispuesto en la línea jurisprudencial frente a la viabilidad de atribuirle a la DNRC, a través de la reforma del Estatuto del Registro Civil de las Personas (1970).

## PRESUNCIÓN LEGAL DE AUTENTICIDAD DE LAS INSCRIPCIONES EN EL REGISTRO CIVIL

Las inscripciones realizadas en el registro civil, hechas en debida forma, gozan de autenticidad y pureza hasta que se demuestre lo contrario, ya que se podrá desvirtuar, probando la falta de identidad personal, como lo dispone el artículo 103 del Decreto Ley 1260 de 1970. Dicho de otro modo, cuando se demuestre el verdadero estado civil del inscrito.

Esto último, teniendo en cuenta que el artículo 1.º del mismo decreto define el estado civil como la “situación jurídica [de una persona] en la familia y la sociedad” que además “determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones”.

Se es entonces consecuente de que toda inscripción, una vez autorizada por el funcio-

nario competente encargado de inscribir los hechos y actos jurídicos en el registro civil, se puede alterar mediante una decisión judicial en firme, a menos que se trate de aquellas modificaciones que no alteran el estado civil de la persona inscrita, v. gr., las correcciones (art. 91) o aquellas que están dirigidas a fijar su identidad personal, como es la sustitución, rectificación, corrección o adición del nombre (art. 94).

Presente lo anterior, al remitirse al artículo 95, se puede generar un conflicto normativo, pues dicha norma expresa: “Toda modificación de una inscripción en el registro del estado civil que envuelva un cambio de estado necesita de escritura pública o decisión judicial en firme que la ordene o exija, según la ley civil”.

Como se puede observar, dice que “toda modificación (...) que envuelva un cambio de estado necesita de escritura pública o decisión judicial (...), según la ley civil”. Es decir, que, de acuerdo con la ley civil, se determinará el medio para realizar “el cambio de estado”.

Para tal fin, deben remitirse a las normas pertinentes los cambios que puedan realizarse a través de una escritura pública o decisión judicial, para lo cual se halla que el artículo 91, sobre la corrección de errores, expresa: “(...) los errores en la inscripción, diferentes a los señalados en el inciso anterior [errores mecanográficos, ortográficos y aquellos que se establezcan con la comparación del documento antecedente o con la sola lectura del folio] se corregirán por escritura pública”. Agrega más adelante: “las correcciones a que se refiere el presente

artículo se efectuarán con el fin de ajustar la inscripción a la realidad y no para alterar el estado civil”. Es decir, la escritura pública será idónea para ajustar la inscripción a la realidad, mas no para alterar el estado civil de la persona inscrita.

Consecuente con lo anterior, el numeral 9.º del artículo 617 de la Ley 1564 de 2012 faculta expresamente a los notarios para hacer la corrección de errores en los registros civiles que no les generen controversias u oposiciones, pues al presentarse alguna deberán remitir el trámite a la autoridad judicial competente, lo cual armoniza con la normatividad citada. Al respecto, la mencionada norma expresa:

Artículo 617. Trámites notariales.

Sin perjuicio de las competencias establecidas en este Código y en otras leyes, los notarios podrán conocer y tramitar, a prevención, de los siguientes asuntos:

(...) 9. De las correcciones de errores en los registros civiles.

(...) Parágrafo.

Cuando en estos asuntos surjan controversias o existan oposiciones, el trámite se remitirá al juez competente (Ley 1564 de 2012).

Es de advertir que las correcciones en el registro civil y la sustitución, rectificación, corrección o adición del nombre también se pueden realizar a través de un proceso de jurisdicción voluntaria, puesto que el nume-

ral 11 del artículo 577 del Código General del Proceso (2012) dispone que “La corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o del nombre, o anotación del seudónimo en actas o folios de registro de aquel”, cuya competencia para conocer sobre dichas pretensiones fue reconocida al juez civil municipal en primera instancia, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 18 del Código General del Proceso (2012), sin que con ello el legislador pretenda excluir de las funciones conferidas a los notarios, pues hace expresamente la salvedad “sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios”.

Al respecto, la mencionada norma dispone:

“Los jueces civiles municipales conocen en primera instancia:

(...) 6. De la corrección, sustitución o adición de partidas de estado civil o de nombre o anotación del seudónimo en actas o folios del registro de aquel, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios” (numeral 6, artículo 18, Código General del Proceso, 2012).

También es importante referir que esa función notarial que, a su vez, pareciera que comparten con los jueces civiles municipales no es una atribución jurisdiccional que tienen las notarías, porque se trata de un trámite de inscripción que no altera el estado civil, sino que lo fija a la realidad jurídica, regido por la autonomía de la voluntad, cuya pretensión no conlleva una decisión sobre adjudicar o no un derecho, sino de realizar una corrección; mientras que al acudir ante el juez civil municipal se pretende la

autorización para realizar lo enunciado en el citado numeral 6.º, ya que el funcionario que presta el servicio de registro del estado civil se abstiene porque, v. gr., tiene indicio grave de fraude o duda razonable para no realizar lo pedido o porque se pretende cambiar por segunda vez el nombre.

De lo anterior resulta oportuno citar lo dicho por la Corte Constitucional (2012) sobre las funciones judiciales y las administrativas:

En síntesis, ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación las dificultades que en ocasiones presenta la definición acerca de si una función atribuida a una autoridad o a un particular es de naturaleza jurisdiccional, pero también ha destacado la importancia que tal distinción presenta, en situaciones similares a la que ahora enfrenta la Sala, para definir la constitucionalidad de determinadas atribuciones. Para el efecto ha aplicado una serie de criterios que, sin ser exhaustivos ni de aplicación mecánica, cumplen una finalidad orientadora. En este orden de ideas, ha sostenido que son judiciales desde el punto de vista formal: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada; o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces; o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Como criterios materiales ha indicado que (iv) se trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales

sujetos a reserva judicial, como el derecho a la libertad personal y el acceso a la administración de justicia.

De manera más específica, con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: (i) la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; (ii) el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que origina la actuación; y (iii) la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial, regido por la autonomía de la voluntad (Corte Constitucional, 2012. Sentencia de constitucionalidad C-863, M. P.: Vargas, L.)

De esta manera, se halla que el artículo 95 del Decreto Ley 1260 de 1970 no presenta inconveniente alguno, ya que se pudo determinar, según la ley civil, que la escritura pública y la sentencia en firme de un juez municipal, en primera instancia, son para realizar una corrección, sustitución o adición en el registro civil, que no altera o modifica el estado civil de la persona inscrita.

## **COMPETENCIA LEGAL PARA DETERMINAR SOBRE ASUNTOS QUE MODIFICAN O ALTERAN EL ESTADO CIVIL**

La legislación civil ha facultado al juez de familia, en primera instancia, para conocer sobre todos los asuntos “(...) referentes al estado civil que lo modifiquen o alteren”

(numeral 2.º; artículo 22, Código General del Proceso, 2012).

No obstante, pese a la claridad de la norma procesal, se ha observado confusión sobre las funciones de la DNRC frente a la jurisdicción ordinaria, dado que el numeral 9.º del artículo 40 del Decreto 1010 de 2000 faculta a la DNRC para resolver sobre las cancelaciones, anulaciones de registros civiles y demás actos jurídicos sobre el registro civil que sean de su competencia.

Además, el inciso segundo del artículo 65 del Decreto 1260 de 1970 expresa: “La oficina central dispondrá la cancelación de la inscripción cuando compruebe que la persona objeto de ella ya se encontraba registrada”.

Se deduce erradamente que a través de la vía administrativa se puede cancelar o anular una inscripción cuando la DNRC compruebe la falta de identidad personal del inscrito.

Sobre el particular, resulta pertinente aclarar que la función reconocida en el numeral 9.º del artículo 40 del Decreto 1010 de 2000 es reconocida en desarrollo del Estatuto del Registro Civil de las Personas (Decreto 1260 de 1970), el cual, como ya se expuso, remite a la ley civil para determinar el tipo de documento idóneo para afectar o corregir el estado civil.

Así las cosas, procederá, ante la DNRC, la cancelación de una inscripción, invocando el inciso 2.º del artículo 65 del Estatuto y el mencionado numeral 9.º cuando se haya inscrito más de una vez el mismo hecho o acto jurídico. Esta decisión administrativa no afectará el estado civil del inscrito.

En cuanto a las anulaciones de inscripciones, solo serán anuladas por la DNRC aquellas que se encuentran incursas en alguna de las causales de nulidad formal que se encuentran taxativamente en el artículo 104 del Estatuto.

Sobre la competencia judicial para resolver asuntos que modifican o alteran el estado civil, está, entre estas, la cancelación de una inscripción por falta de identidad personal, es decir, “el hecho de no ser una misma la persona a que se refieren la inscripción a los documentos en que ésta se fundó y la persona a quien se pretende aplicar” (artículo 103 del Decreto 1260 de 1970).

## NECESIDAD DE ATRIBUIRLE FUNCIONES JURISDICCIONALES A LA DNRC

La DNRC recibe, a nivel nacional e internacional, consultas y peticiones sobre el registro civil, entre las cuales están las relacionadas con la cancelación de una inscripción por la falta de identidad personal de esta para con el inscrito. En este caso se orienta al colombiano, extranjero o funcionario –encargado del registro civil–, explicándole la falta de competencia para valorar los respectivos medios probatorios y resolver sobre asuntos que modifiquen o alteren el estado civil del inscrito, siendo entonces necesario advertir que la competencia para ello radica en el juez de familia, en primera instancia.

Lo anterior resulta desgastante para el interesado, para la DNRC y para los juzgados de familia, ya que así como la DNRC puede

anular inscripciones que están incursas en alguna causal de nulidad formal (artículo 104 del Estatuto), lo cual –desde un punto de vista objetivo– afecta el estado civil, podría cancelar aquellas que, una vez comprobado, no reflejan la verdadera identidad personal del inscrito.

En este orden de ideas, puede cancelar una inscripción de nacimiento cuando se determine, por ejemplo, al compararla con una inscripción extranjera (debidamente apostillada o legalizada), del mismo hecho jurídico, que la persona inscrita nació en un país diferente al inscrito en el registro civil de nacimiento colombiano, siendo consecuente con el inciso segundo del artículo 65 del Estatuto.

Igualmente, podría modificar aquellas inscripciones que al no ser posible comprobar algún yerro se pueda realizar la modificación solicitada al valorar un documento diferente al que sirvió como antecedente para realizar la inscripción; es decir, valorar una prueba idónea que acredite que la verdadera información es diferente a la que en su momento fue declarada durante la inscripción del hecho o acto jurídico.

## CONCLUSIONES


Todo lo aquí tratado sería prudente que lo realizara la DNRC, toda vez que no hay otra oficina que cuente con la experiencia y funciones legales especializada en interpretar y aplicar las normas de registro civil, como se observa en el artículo 40 del Decreto 1010 de 2000.

Así, al compartir los jueces de familia en primera instancia las funciones jurisdiccio-

nales atinentes a los asuntos que modifican o alteran el estado civil de las personas, la carga de estos despachos judiciales se vería disminuida y el término de respuesta estaría conforme al principio de celeridad y eficacia de la función estatal.

Como se observó en la línea jurisprudencial, tal atribución sería una excepción a las entidades encargadas de la función judicial; así mismo, la DNRC cumple con los requisitos de especialidad en la materia y de imparcialidad, ya que no hay forma de ser juez y parte, pues las características procesales serán las mismas

que las de un proceso de jurisdicción voluntaria. Por tal razón, si hubiere apelación de alguna decisión de la DNRC, conocería el juez de familia de segunda instancia, pues sería el mismo procedimiento civil, aplicado al juez de familia, en primera instancia.

De este modo, a través de la reforma del Estatuto del Registro Civil de las Personas, sería oportuno incluir un capítulo dedicado a las facultades jurisdiccionales de la DNRC para conocer y resolver sobre aquellos asuntos que modifiquen o alteren el estado civil de la persona inscrita. 

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia.

Congreso de la República (2012). Ley 1564. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

Corte Constitucional (1992). Sentencia de constitucionalidad C-592. M. P.: Morón, F.

Corte Constitucional (1994). Sentencia de constitucionalidad C-212. M. P.: Hernández, J.

Corte Constitucional (2000). Sentencia de constitucionalidad C-1143. M. P.: Gaviria, C.

Corte Constitucional (2000). Sentencia de constitucionalidad C-1641. M. P.: Martínez, A.

Corte Constitucional (2001). Sentencia de constitucionalidad C-649. M. P.: Montealegre, E.

Corte Constitucional (2002). Sentencia de constitucionalidad C-1071. M. P.: Montealegre, E.

Corte Constitucional (2002). Sentencia de constitucionalidad C-415. M. P.: Montealegre, E.

Corte Constitucional (2012). Sentencia de constitucionalidad C-863. M. P.: Vargas, L.

Corte Constitucional (2012). Sentencia de constitucionalidad C-896. M. P.: González, M.

Corte Constitucional (2013). Sentencia de constitucionalidad C-156. M. P.: Vargas, L.

López, E. (2006). El derecho de los jueces. Legis Editores, S. A.: Colombia.

Presidencia de la República (1970). Decreto Ley 1260, Por el cual se expide el Estatuto del Registro Civil de las Personas.

Presidencia de la República (2000). Decreto 1010. Por el cual se establece la organización interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se fijan las funciones de sus dependencias; se define la naturaleza jurídica del Fondo Social de Vivienda de la Registraduría Nacional del Estado Civil; y se dictan otras disposiciones.

Registraduría Nacional del Estado Civil (2000). Resolución 5296, Por la cual se autoriza a los notarios del país a prestar en forma compartida con los registradores del Estado Civil el servicio de Registro del Estado Civil.



# LA IMPORTANCIA DE LA DEMOCRATIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

## THE IMPORTANCE OF THE DEMOCRATIZATION OF POLITICAL PARTIES

**Felipe Quiñones Paredes<sup>1</sup>**

Profesional Universitario  
en la Registraduría Nacional del Estado Civil

### RESUMEN

En la actualidad, los partidos políticos no son sencillamente asociaciones de ciudadanos mediante las que se conforma la voluntad popular en cumplimiento de la labor en la materialización del principio representativo que ostentan estas organizaciones, son también actores imprescindibles y protagonistas en la dinámica democrática del Estado. Ahora, la legitimidad de estos en su función primordial, la representativa, se ve disminuida por una ciudadanía que considera que la actuación de los partidos políticos está lejos de la esperada. A través de una exposición sobre el debate a mediados del siglo pasado sobre la conveniencia de la constitucionalización de los partidos políticos, damos cuenta de que las posiciones en contra de la formalización de estas asociaciones en la dinámica del Estado se ajustan a la actualidad. Ya que su permanencia en el sistema no es discutible, es necesario reevaluar su actuación interna, siendo pertinente la exigencia legal de adoptar mecanismos internos de democracia. A pesar de que la propuesta parece dirigirse en un sentido estrictamente coercitivo, es matizada por el peligro que supone la regulación legal al derecho a la libertad.

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesional Universitario en la Registraduría Nacional del Estado Civil. Bogotá, Colombia.  
fpquiones@registraduria.gov.co

## PALABRAS CLAVE

Democracia, partidos políticos, principio de representación, democracia interna de los partidos políticos.

## SUMMARY

Nowadays, political parties are not merely associations of citizens through which popular will takes shape, fulfilling their task of realizing the representative principle inherent to these organizations. Political parties are also indispensable actors in the democratic dynamics of a state. Moreover, the legitimacy of political parties in their main – representative– function is diminished when the citizenry considers the behavior of the parties is far from expected. Through an exposition of last's century debate, over the convenience of constitutionalizing political parties, we show that the positions against the formalization of such associations in the dynamics of the state fit current views on the matter. Given that the presence of political parties is unquestionable, it is necessary to reevaluate their internal actions. It is pertinent, given their relevance, the existence of legal mechanisms to ensure internal democratic processes. Despite the proposal's seemingly coercive nature, it is nuanced by the implicit danger of the legal regulation of right to freedom.

## KEY WORDS

Democracy, political parties, political representation, intra-party democracy.

## INTRODUCCIÓN

Estemos de acuerdo en lo que no parece haber desacuerdo. Partiremos desde lo que ya hace más de medio siglo está consolidado. Los Estados democráticos modernos necesitan de los partidos políticos para su funcionamiento. Así lo asegura no solo la mayoría de la academia, sino también así funciona la praxis de los Estados occidentales en los cuales hay un evidente protagonismo de las asociaciones políticas

dentro del sistema democrático. Por esta razón, estemos de acuerdo en lo que no parece haber desacuerdo: los partidos políticos son imprescindibles en la estructura de cualquier Estado. Sin embargo, hay que advertir que su mera presencia no necesariamente hace que el Estado sea democrático; se requiere algo más que su mera participación dentro del sistema.

Aunque no pondremos en discusión el papel fundamental de los partidos, sí de-

bemos dejar claro por qué y en qué condiciones se desarrolla su importancia. Kelsen (2005, pp. 29-47) defendió que los partidos políticos son los órganos en los cuales se gesta la formación de la voluntad popular, y precisamente sobre esta función se asienta la necesaria participación de estas organizaciones en la dinámica de un sistema democrático; sin embargo, tampoco la sola asignación de esta función a los partidos políticos conlleva que el Estado sea democrático per se; se requiere, además, que actúen de conformidad con esa naturaleza, es decir, según la finalidad que el sistema democrático predispone. Como ejemplo que constata la existencia de partidos en formas de gobierno no antidemocráticos, podemos hacer mención de los Estados fascistas o comunistas, que aun siendo regímenes dictatoriales, dependían para su funcionamiento de la actuación protagónica de organizaciones políticas. Estos ejemplos nos dejan como enseñanza que los partidos políticos son sujetos instrumentales dentro del Estado; en otras palabras, pueden usarse para configurar cualquier forma de gobernanza; pero para configurar una estructura democrática, lo esencial es que cumplan efectivamente su función de ser organizaciones en las que se construya y se comunique la voluntad del pueblo. La pregunta sería entonces cómo deben actuar los partidos políticos para alcanzar tal cometido. Para responder a este interrogante es procedente analizar cuáles fueron los argumentos de la discusión en la que se decidió asignarles el rol protagónico en la consolidación de la participación y decisión política, de tal manera que podamos dis-

tinguir las cualidades de estos actores que merecieron otorgarles tan alta responsabilidad dentro de la estructura democrática.

## **EL DEBATE EN TORNO AL DESARROLLO DEL PAPEL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DENTRO DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO**

Se sabe que los partidos políticos no siempre fueron fundamentales en la estructura política de los Estados; de hecho, en su origen fueron condenados. En la Revolución liberal-burguesa, la configuración del principio de representación –en el que los partidos políticos tienen papel primordial– no hacía falta un canal comunicador, pues en sus inicios estaba basado en la soberanía nacional, lo que conlleva que los electos al órgano representativo reflejen una voluntad única incompatible con la divergencia. Precisamente, las diversas posiciones de un grupo de ciudadanos frente a las decisiones de interés común eran vistas como un peligro a la decisión unánime del parlamento. A pesar de la condena de los liberales revolucionarios, la realidad plural del nuevo soberano, el pueblo, es consecuencia de la paulatina aceptación de asociaciones que a partir de principios compartidos forman decisiones colectivas previas a la deliberación en el órgano de representación popular (Roberto L. Blanco Valdés, 1990, pp. 19-30). Las diferentes opiniones e intereses individuales encuentran la manera de ser compartidas y discutidas dentro de asocia-

ciones que se convierten indefectiblemente en una realidad social, la cual la teoría representativa no puede ignorar. Los partidos políticos nacieron como muestra de la pluralidad de la sociedad y de esta manera pasan de ser, paulatinamente y a medida que aumenta el derecho al sufragio, de prohibidos a tolerados. Ante la imposibilidad de contener las diferentes opiniones, los partidos políticos superan la ceguera del Derecho y la política.

Aunque con recelo, primero en Estados Unidos desde 1886 y más tarde en el continente europeo a principios del siglo xx, las legislaciones de los Estados reconocieron a los partidos políticos más como un mal necesario cuya finalidad estaba encaminada a facilitar y materializar el principio de representación. Para cumplir esta función, los partidos políticos se transformaron; hasta este momento, estas agrupaciones se habían conformado como “*partido de notables*” y “*clubes o comités de apoyo a los candidatos electorales*”. La forma abiertamente burocrática y, sobre todo, la utilidad prioritaria para conformar listas de participantes en los comicios distinguen a estas organizaciones de los partidos políticos modernos. El punto de quiebre para transformar su funcionamiento “*vendría dado por la conjunción de un doble componente: una máquina organizativa y un programa político estructurado y articulado*”, características reflejadas en el comportamiento de los “*partidos de masas*” o “*partidos obreros europeos*” cuyo nacimiento se remonta a los últimos decenios del siglo xix y cuya consolidación e importancia se ve-

rán en el siglo siguiente (Roberto L. Blanco Valdés, 1990, pp. 33-44). En este entendido es posible ver cómo estos actores se reestructuraron de tal manera que ya no fueran solamente un instrumento que facilitara la elección de parlamentarios, sino asociaciones en las que se formara la voluntad y expresión de un grupo de ciudadanos.

Sobre la nueva concepción de partidos políticos, cuyos elementos son organización, estructura y planificación<sup>2</sup>, se va a desarrollar la discusión sobre la pertinencia de la formalización y protagonismo de estas asociaciones dentro del sistema democrático del Estado. A partir de esta discusión podremos analizar el nuevo rol los partidos en el funcionamiento de la democracia y ver cómo su actuación varía respecto a su finalidad en la concreción del principio representativo.

La inserción de las asociaciones políticas como actor dentro del Estado no fue pacífica; por el contrario, hubo voces en contra que resaltaban los inconvenientes de atribuir facultades a los partidos políticos dentro del funcionamiento de la dinámica democrática. El debate puede resumirse en dos posturas contrarias, aquella liderada por Triepel, y apoyada en los estudios so-

2 De manera específica, Blanco Valdés hace referencia a las características de los partidos “obrerros” europeos:  
“a) La rígida distinción entre miembros del partido (militantes y adherentes) y electores de aquel.  
b) La disciplina interna como elemento fundamental de funcionamiento del partido hacia el interior y de relación con el exterior.  
c) La naturaleza individual de la adhesión al partido, del que son miembros los particulares aisladamente considerados y no como partes de otras organizaciones.  
d) La existencia de un aparato organizativo (material y humano) estable, formado por funcionarios del partido y dotado de una estructura de medios materiales” (Roberto L. Blanco Valdés, 1990, p. 42).

ciológicos de Moisei Ostrogorski y Robert Michels, que ven con reserva muchas de las atribuciones de los partidos; y la encabezada por Kelsen, que considera favorable la actuación de los partidos políticos. Como ya adelantamos, la segunda alternativa finalmente triunfa y marca la realidad en la actualidad (1990, pp. 53-54).

### LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El jurista alemán Heinrich Triepel consideró que la “*incorporación constitucional*” de los partidos políticos era una afronta contra el parlamentarismo desde fuera y desde adentro, “*se apodera del elector y lo arrastra cada vez más a sus redes. Se apodera del procedimiento parlamentario en todos sus estadios y orientaciones*” (1928, pp. 188). Asevera que las decisiones que se tomaban en el seno del órgano representativo tienen lugar en los partidos, y no en el órgano que representaba la voluntad popular, o sea, el parlamento. De esta manera “*el diputado ya no es un representante del pueblo, sino un representante de su partido, y como tal se siente y actúa*” (1928, pp. 188). El ataque del Triepel continúa argumentando que no es conveniente incluir como órganos a estos actores que “*en algunos Estados están construidas a base de principios completamente indefinidos o políticamente insignificantes, que por su propia naturaleza se fundan en el egoísmo y por esto repugnan en principio la inserción de la comunidad del Estado, que ni si quiera afirman el Estado como tal y cuya actividad predilecta consiste en la lucha*” (1928, pp. 189).

Moisei Ostrogorski, por otro lado, parte desde la premisa de que un Estado “*que respete los Derechos Fundamentales*” (2008, p. 29) no puede prohibir las opiniones fruto de la asociación de los ciudadanos, punto en el cual es posible ver el cambio de actitud completamente prohibicionista. No obstante, considera inconveniente la legalización de los partidos. El autor ruso argumenta que la permanencia organizativa de los partidos políticos socava la libertad del sufragio en los individuos, elimina la espontaneidad y la autonomía de la voluntad popular. Lo anterior –argumenta Ostrogorski– en razón a que los partidos determinan la opinión de los ciudadanos, facilitando su desinterés en los asuntos públicos y agravando las falencias de la democracia como “*la falta de espíritu público*” o “*el despotismo de la opinión*” de las mayorías (2008, p. 44). Hay que resaltar que, para Ostrogorski, “*los partidos son indispensables sobre todo donde el ciudadano tiene el derecho y el deber de expresar su pensamiento y actuar; pero es necesario que el partido deje de ser un instrumento de tiranía y de corrupción*”; y a partir de la “*formalización*” de estos en la política, estas organizaciones se han dedicado a competir por alcanzar y buscar el poder, deformando así su concepción de “*grupo de ciudadanos libres que persiguen una reivindicación política*”. En este entendido, la solución de la indebida actuación de los partidos políticos consiste en eliminar el carácter permanente de los partidos, cuyo único objetivo es la busca del poder, y reivindicarlos como agrupaciones que se forman en favor de un interés público determinado y coyuntural (Ostrogorski, 2008, pp. 61-68).

Lo anterior concuerda con el estudio sociológico realizado por Robert Michels en el cual evidencia que la oligarquía es inherente a cualquier organización; *“Toda organización partidaria representa un poder oligárquico fundado sobre una masa democrática”* (1979, p. 189), y aunque considera indispensable el papel de estas organizaciones subraya:

*“El partido fue creado para lograr un fin. No obstante por haberse transformado en un fin en sí mismo, con metas e intereses propios, experimenta un distanciamiento de la clase que representa, desde un punto de vista teleológico. En un partido no es fácil que los intereses de las masas que se han combinado para constituirlo coincidan con los intereses de la burocracia que lo representan”* (Michels, 1979, p. 176).

Si revisamos, las posiciones en contra de la formalización de los partidos políticos son conscientes de que las organizaciones políticas son producto de la libertad de asociación y por tanto merecen la protección por parte del sistema democrático. La agrupación de ciudadanos con el ánimo de compartir formas de ver la vida pública es una realidad que no se puede prohibir, mucho menos cuando uno de los valores de la democracia es la libertad. Sin embargo, la opinión es diferente respecto a la participación protagónica de estas organizaciones en el sistema representativo. La dependencia del sistema democrático en organizaciones cuya naturaleza se ve como oligárquica, y típicamente antidemocrática, creó un recelo acerca de

su incorporación como protagonistas en el funcionamiento del Estado.

### **LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS DE KELSEN**

A pesar de los fuertes argumentos esbozados y de los varios y considerables conflictos que plantea la formalización de los partidos políticos, estas organizaciones se consolidaron ya no solo como una realidad política insoslayable, sino como sujeto esencial de la estructura del Estado. ¿Por qué? El argumento de Kelsen que soporta la constitucionalización de los partidos parte desde el mismo concepto de democracia; la democracia es *“una forma de Estado o de Sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo”* (2005, p. 30). En este sentido, el soberano, el único capaz de regir los destinos del Estado y la nación, de tomar las decisiones de interés común, es el pueblo. La pregunta es qué es el pueblo. Como dice Kelsen (2005, p. 30), *“no hay precisamente nada más problemático que aquella unidad designada con el nombre de «pueblo»”*. Para el filósofo austriaco, *“el pueblo”* es una ficción jurídica, pues, en realidad, no hay forma de que, en un Estado cuyo derecho primordial es la libertad, los individuos logren formar una voluntad popular unánime. Además de que no todos los individuos que se encontrarían bajo el poder del Estado pueden ejercer el derecho al voto, existen individuos que aun ejerciendo sus derechos

políticos no se manifiestan en pleno uso de su autonomía, sino bajo la influencia social de otros individuos, y precisamente ahí es donde las asociaciones políticas organizadas son indispensables; la virtud de los partidos políticos –dice Kelsen– radica en “garantizarles –a los individuos– una influencia eficaz en la marcha de la vida pública”, haciéndose de estas organizaciones un sujeto “esencial de la formación de la voluntad popular” (2005, p. 35).

La formalización de los partidos políticos es el camino para moldear la voluntad popular. Mientras algunos ven en este fenómeno, tal como lo hemos anticipado, una afectación a la voluntad popular y por tanto el debilitamiento de la democracia, Kelsen entiende que la interferencia que tienen las agrupaciones políticas en las opiniones individuales de quienes no cuentan con un criterio asegura la influencia de estos individuos en la formación de la voluntad política. En este entendido, el filósofo austriaco afirma que “La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos, cuya significación crece con el fortalecimiento progresivo del principio democrático”.

Tal dignidad que se les da a los partidos políticos es consecuencia de su carácter instrumental para dar al individuo una relevancia que por sí solo no conseguiría; como consecuencia, la formalización de los partidos políticos se convierte en una garantía de la democracia. Kelsen afirma con vehemencia que “Sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesi-

ria e inevitablemente, requiere de un Estado de Partidos”.

## EL CONTRASTE DEL DEBATE TEÓRICO CON LA REALIDAD ACTUAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los argumentos de Kelsen, contrarios a los expuestos por Triepel y Ostrogorski, van a plasmarse por primera vez después de la Segunda Guerra Mundial en el artículo 21 de la ley fundamental de Bonn, en la que los partidos políticos formalmente se convierten en sujetos en íntima relación con el funcionamiento del Estado, configurándose, posteriormente, en otras constituciones de Occidente, y dando paso al “Estado de Partidos”. A partir de este momento, y aun en la actualidad, cualquiera de los “países democráticos” configura dentro de su estructura partidos políticos que “pese a todos sus problema y limitaciones, son, en las sociedades capitalistas desarrolladas, el fundamental y casi único instrumento a través del cual los ciudadanos participan en la vida política” (Roberto L. Blanco Valdés, 1990, p. 73). Hoy en día esta conclusión es una premisa para el estudio de los partidos políticos, desde Sartori (1992) hasta para propuestas más contemporáneas que buscan solución a los problemas de la democracia, como la que hace la Fundación Ciudadanía y Valores (Aranda, Tajadura Tejada, Miguel Bárcena, & Román, 2014), los partidos políticos son “piezas fundamentales” para la democracia.

Ahora, dejando de lado el recuento histórico de los partidos políticos y su camino hasta su consolidación, se debe tener en cuenta su situación actual. Antes de profundizar en esto, hay que resaltar que las reflexiones que se dieron en su momento sobre la formalización de los partidos políticos no son fútiles, sino, como veremos, aun habiendo ocurrido hace un siglo, tienen plena vigencia. Introducimos el estudio de las circunstancias actuales de las organizaciones partidarias desde una realidad que parece indiscutible dada su evidencia, y es que el cumplimiento efectivo de sus principales funciones dentro de la democracia están permanentemente en duda no solo por la doctrina, sino por los mismos ciudadanos. Que la creencia mayoritaria tenga a los partidos por mal habidos reviste la situación de mayor gravedad, y configura una verdadera crisis de legitimidad. Teniendo en cuenta esta coyuntura, es definitivo analizar los argumentos de los teóricos que advertían de los peligros de los partidos no por darles razón en sus soluciones, sino por proponer desde la situación actual nuevas propuestas.

Como decíamos, lo que se podría denominar como la crisis de los partidos políticos corresponde, por un lado, a la realidad política, verbigracia, la célebre frase arengada por el movimiento 15M, «no nos representan», que deja ver la inconformidad ciudadana y por tanto el fracaso de las asociaciones políticas en busca del poder. Por otro lado, la teoría jurídica que confía, como ya lo hemos visto, en la necesidad de estos en la democracia entiende que los partidos políticos, en su afán de obtener y mantener los cargos

de gobierno, no tienen en cuenta los intereses de sus electores, deformando de esta manera la formación de la voluntad política. En otras palabras, ni la opinión individual o colectiva ni el interés particular o común de los que hablaron Kelsen, Ostrogorski o Triepel están siendo tenidos en cuenta, pues en definitiva los partidos políticos sirven a una minoría dirigente que se gana la vida en la política. La poca confianza ciudadana en estas instituciones se ve reflejada en varios fenómenos que afectan directamente al sistema democrático. Veamos.

Principalmente, la crisis de los partidos políticos se ve reflejada en la opinión de los ciudadanos, siendo este un factor determinante para medir la efectividad de la democracia; en definitiva, el pueblo es el soberano. La desconfianza de las personas es notoria; como referencia, Blanco Valdés (2015, p. 161) con el estudio realizado por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), cuyo resultado arroja que un porcentaje alto de la población cree que “*los partidos políticos solo sirven para dividir a la gente*” –exactamente lo que se pensaba en la época la prohibicionista–, o que “*los partidos políticos se critican mucho entre sí, pero en realidad todos son iguales*”, o que “*los intereses que persiguen los partidos tienen poco que ver con los de la sociedad*” – como argumentaban algunos teóricos que estaban en contra de la formalización de los partidos–. A su vez, la suspicacia frente a estas organizaciones queda en evidencia ante la creencia ciudadana de que los partidos no ejercen bien las funciones que se les asignan, o que ni siquiera deberían asumir-



las; también, su imagen se ve perjudicada por los comunes casos de corrupción en los que dirigentes del Gobierno y del partido se ven implicados (Giménez, 2015, p. 362). La imagen negativa de la opinión pública, que engloba un fenómeno de reserva frente a estas instituciones, explica tendencias nefastas para la democracia: a) la baja participación en las elecciones; b) el bajo número de afiliados y miembros de los partidos actualmente; y c) un aumento significativo de mecanismos alternativos de participación y control de los ciudadanos en asuntos públicos determinados por organizaciones civiles u ONG que no tienen relación con los partidos políticos (Roberto L. Blanco Valdés, 2015, p. 164).

La conclusión de los problemas de legitimidad que sufren actualmente los partidos políticos, en contraste con las críticas que advirtieron los teóricos a principios del siglo xx, no necesariamente debe llevar a revisar la necesidad de las organizaciones partidarias en la estructura del Estado. Si estamos convencidos en la naturaleza instrumental de los partidos como camino para lograr la participación e influencia ciudadana en la formación de la voluntad popular, las críticas deben ir dirigidas a la manera en que se estructuran los partidos políticos para lograr una función fundamental para la democracia. Analizar la calidad de la representación y los medios por los que los partidos estructuran la voluntad popular es determinante para seguir construyendo el sistema democrático ideal.

¿Qué están haciendo u omitiendo los partidos políticos internamente que no logran

satisfacer las altas expectativas impuestas por las constituciones de los Estados modernos? Los argumentos de Kelsen convencieron en su momento porque los partidos políticos garantizaban la participación y la influencia de los ciudadanos en el Estado. Si esta función sigue siendo su razón de ser, es lógico entonces que el ciudadano sea pieza esencial dentro del engranaje del funcionamiento interno de los partidos. Si desde su origen estas organizaciones políticas han sido reflejo de ideologías y principios compartidos por individuos, el sujeto principal de los partidos políticos deben ser todos aquellos que se sientan identificados con dichos fundamentos, más aún cuando libremente han expresado su voluntad e interés en la participación política de un determinado partido. Entre más canales de acceso y participación tengan los afiliados y miembros de un partido en las decisiones internas, más cerca estarán estas organizaciones de lograr esa función garantista de la que habla Kelsen, y que aún hoy exige la teoría democrática. No nos referimos a otra cosa diferente a la democratización interna de los partidos políticos.

## DEMOCRATIZACIÓN INTERNA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Este razonamiento está lejos de ser original. Es el pedido y propuesta que se hace cada vez que se aborda la crisis de los partidos políticos. ¿Hay mecanismos para democratizarlos? En la doctrina no hacen falta los

mecanismos mediante los cuales se puede llegar a configurar un partido político democrático<sup>3</sup>. Los hay y técnicamente son posibles. En este sentido, bajo la premisa de que la idea de que las organizaciones políticas se doten de esta característica viene dada por su misma razón de ser, la cual es formar y construir la voluntad popular; lo principal es que los individuos, en especial los afiliados, tengan medios para participar. En otras palabras, lo que se busca es que tengan la oportunidad y la capacidad efectiva de expresar e influir en las decisiones finales que la colectividad transmitirá a través de los canales de comunicación que tiene con el Gobierno en su calidad protagonista dentro del sistema democrático. En este sentido, por un lado, la libertad de expresión, la libre reunión, la configuración de centros de debate y discusión serían vías mediante las cuales los afiliados pueden opinar; y, por otro lado, el libre acceso a los cargos directivos y a las listas de candidatos que participen en las elecciones internas y de los órganos representativos del Estado y la creación de formas de participación directa para la toma de decisiones de relevancia serían opciones para que los interesados puedan influir en los asuntos de interés común dentro del partido.

---

3 La siguiente mención de los diferentes mecanismos que hay en la doctrina para que los partidos políticos sean democráticos es una clasificación propia derivada de los diferentes textos que existen sobre las variadas opciones que se han propuesto para ser implantadas. Dentro de este conjunto de escritos están entre los más completos los hechos por José Ignacio Navarro (1999) y Fernando Flores Giménez (1998). También son de suma relevancia, coincidiendo en muchos casos los escritos de Martin Morlok (2015), María Dolores Martínez Cuevas (2006) y la propuesta número 7 en las “Diez propuestas para mejorar la calidad de la democracia en España” de la Fundación Ciudadanía y Valores (Aranda et al., 2014).

Todos estos incentivos y oportunidades para la participación pueden sintetizarse en un común denominador, el cual no es otro que la exigencia de derechos individuales y subjetivos para los afiliados de los partidos. Como lo dice Morlok (2015, p. 199), “*Los derechos de los miembros hacen la democracia interna, practicable*”. Como veremos más adelante, la naturaleza de estos derechos subjetivos no es exclusivamente una cuestión de necesidad práctica para el funcionamiento de los partidos, sino está directamente ligada a la protección de derechos fundamentales que son protegidos en el régimen constitucional, y por tanto deben ser respetados y garantizados por el Estado y evidentemente también por los partidos políticos.

Los mecanismos de democratización interna de los partidos son derechos individuales y subjetivos; como tales, exigen no solo su implantación o reconocimiento, sino también medidas concretas de protección, garantía y control de cumplimiento efectivo de los derechos. Es así como la configuración de a) una estructura democrática interna que incluya órganos de representación elegidos periódicamente por los afiliados, órganos de control disciplinario y órganos de resolución de conflictos internos; y b) el establecimiento estatutario de procedimientos y garantías normativos protegidos internamente y por medios judiciales autónomos, como la periodicidad de las reuniones de debate, la rotación en los cargos, respeto al debido proceso en las decisiones de los órganos, entre otros, constituyen mecanismos formales y pro-

cedimentales mediante los cuales se logra brindar herramientas y oportunidades a los afiliados para ejercer y salvaguardar sus derechos. De esta misma forma, y en consecuencia, pueden darse los elementos de «democracia interna»,

*“Un conjunto de reglas del juego para determinar quién y cómo se ejerce el poder dentro del partido, y para evitar que las tendencias «naturales» a la oligarquización de los órganos rectores de los partidos –que, según la sociología política, van a estar siempre presentes– consigan marginar el parecer de la mayoría para favorecer el interés de la minoría dirigente” (Navarro Méndez, 1999, p. 76).*

## LA LEGALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA INTERNA Y LA LIBERTAD

El debate técnico de cada una de las propuestas que se han mencionado en este escrito, y de otras más a las que no se hizo referencia, debe darse sin duda. No es propósito de este trabajo discutir la utilidad o eficacia de cada una de ellas. En cambio, sí interesa plantearse por qué no es usual la implantación y plena eficacia de estos mecanismos en los partidos políticos, aun pareciendo evidente que su función principal es fomentar y construir opinión. Considero oportuno traer a colación, nuevamente, las posiciones de los autores que prevenían acerca de los riesgos de la formalización

de las organizaciones partidarias en la estructura democrática. El alto grado de burocratización y jerarquización que existe internamente, y que es inherente a las organizaciones, conlleva que para la minoría dirigente sea inconveniente hacer accesible el poder a manos de tanta gente. Esto suscita otro interrogante. Si los partidos políticos son imprescindibles para la democracia en función de su objetivo, y este, como lo demuestra la actualidad, no es su prioridad, ¿no deberíamos ser más estrictos respecto a la exigencia de las responsabilidades que detentan los partidos a sabiendas de que de su cumplimiento depende la democracia misma? La disyuntiva que se plantea nos transporta a resaltar otro aspecto de la naturaleza propia de los partidos políticos, su esencia de asociaciones libres. La libertad como postulado insignia del Estado liberal debe ser protegida. Óscar Sánchez Muñoz lo plantea en concreto según el caso español de esta manera:

*“La duda que surge tiene que ver con los límites del Derecho para disciplinar la vida interna de organizaciones que se definen como privadas, puesto que la exigencia de democracia interna entra en tensión con la libertad de elaboración de las candidaturas, una libertad que tiene su fundamento en los artículos 23.2 y 22 CE, pues la actuación del partido es una proyección de su derecho de acceso a la competición electoral y, al mismo tiempo, constituye también una manifestación de su libertad de autoorganización, protegida por el derecho de asociación” (2015, p. 420).*

El problema jurídico que se plantea no es menor. Hemos reiterado una y otra vez que los partidos políticos son esenciales para la democracia. También concluimos que este papel protagónico es casi un dogma y, por tanto, ante la necesidad de solucionar las falencias del sistema, debe reevaluarse su forma de actuar, mas no su carácter esencial. Siendo tan determinante establecer mecanismos con miras a que los partidos que se ajusten al cumplimiento efectivo de su papel como instrumento formativo, constructor y expresivo de la voluntad general, cualquier responsabilidad que se les imponga, en aras de lograr tan relevante cometido, debería tener la identidad suficiente para poder establecerse legalmente. Sin embargo, en apariencia no ser así, pues la posible afectación al derecho de asociación pareciera ser un límite inviolable. ¿Debe ser de tal manera?

Los siguientes párrafos se dedicarán a mencionar los argumentos por los que considero que la exigencia legal en la democratización interna de los partidos políticos es más que justificable.

En un análisis primario y acorde con el protagonismo que hemos venido resaltando de los partidos políticos, podría decirse, escuetamente, que es justificable a todas luces la imposición de un régimen legal que implante los mecanismos que hagan posible la efectiva democratización de estas organizaciones. Sin embargo, el debate es más profundo; la finalidad de esta regulación legal es lograr el efectivo cumplimiento de la función formativa y canalizadora de

la voluntad popular para un mejoramiento del sistema democrático; ahora, la democracia no es un capricho de la sociedad contemporánea, es un sistema de gobierno mediante el cual se busca garantizar los derechos inherentes a las personas, dentro de los cuales uno de los de mayor amplitud es la libertad. Siendo así, resulta un contrasentido pretender mejorar la democracia vulnerando uno de los derechos que el mismo sistema democrático busca proteger. En definitiva, si la regulación legal de la democracia interna de los partidos políticos es el camino, esta no debe afectar el derecho a la libre asociación.

La protección de los Derechos Fundamentales requiere un constante equilibrio entre el choque de ellos. Así como ningún Derecho es absoluto, todos tienen una esfera de protección limitable y un núcleo esencial; por supuesto, la libre asociación no es la excepción. Debería hacerse un estudio particular sobre cada mecanismo que imponga la regulación legal que se pretende impulsar; no obstante, pretendemos desde este escenario fijar una regla general. El derecho a la libre asociación política pretende proteger en la práctica que los ciudadanos puedan agruparse para expresar, debatir y divulgar ideas y opiniones sobre los temas de interés y prioridad pública. Este Derecho implica, además de poder reunirse o hacer parte de un grupo, tener las posibilidades de que dichas ideas influyan en un ámbito más amplio. De nada sirve garantizar a los ciudadanos las reuniones si no se brindan los mecanismos para que las personas que buscan asociarse puedan participar en di-

cha organización. En pocas palabras, la libertad de asociación política implica el derecho a la participación política.

La discusión que ha surgido busca justificar la regulación legal sobre la democratización interna de los partidos ante una presunta vulneración a la libertad de asociación. Sin embargo, tal intromisión en el núcleo esencial de este derecho está lejos de presentarse si lo que se pretende con la normativa es precisamente implantar mecanismos de participación entre los miembros de una organización política. Por tanto, antes que vulnerar el derecho a asociarse, la pretensión de la normativa es garantizar integralmente ese derecho. *“En otras palabras, la regulación jurídica del partido es una garantía imprescindible para asegurar la participación popular en la actuación del Estado”* (Muñoz, 2015, p. 421).

Es completamente comprensible, además de necesario, advertir acerca de la excesiva reglamentación sobre los partidos políticos; pero si las medidas que se tomen al respecto versan y tienen como único fin fomentar la participación de los ciudadanos en las asociaciones políticas, y no la regulación de asuntos ideológicos sustanciales, las obligaciones que se impongan a los partidos serán acordes con la protección y garantía tanto del derecho de asociación como del derecho de participación. Podría resumirse que la regulación legal se justifica cuando regula el funcionamiento y la estructura de los partidos, y su único fin es que la incidencia individual política sea más accesibles para todos los interesados (Morklok, 2015, pp. 200-201).

Los interesados son todos los ciudadanos cuyo propósito sea participar en la decisión o debate de los intereses públicos por medio de un partido político determinado; en otras palabras, hablamos de los ciudadanos afiliados o miembros de las asociaciones partidarias. En teoría, el sujeto pasivo de los derechos que entran en conflicto es el mismo. El afiliado o miembro tiene el derecho de asociarse libremente, así como tiene derecho a participar de dicha colectividad, con lo cual se refuerza el argumento. Cualquier normativa dirigida a exigir una estructura y un funcionamiento democrático dentro de las organizaciones políticas es acorde con la protección del derecho a la libertad.

No obstante, este raciocinio se desarrolla sin tener en cuenta la realidad práctica. En realidad, y tal como lo desarrolló Robert Michels (1979), todas las asociaciones tienen una tendencia a la oligarquía, y en ese entendido la abstención intervencionista de las organizaciones encubre una protección a la burocracia, que busca mantener el poder y el manejo del partido político. La unidad teórica que supone que el derecho de libre asociación y el derecho a la participación estén en cabeza de ciudadanos miembros de una colectividad se quiebra ante una realidad inevitable que es la propensión de las agrupaciones a concentrar el poder en unos pocos, bifurcando de esta manera el sujeto pasivo de los derechos en, por un lado, los dirigentes, que, a la luz de la libre asociación, imponen reglas de juego que reducen las posibilidades de influencia de los miembros y, por otro lado, la base partidaria, que busca, amparada por el de-

recho a la participación, la democratización interna del partido. Por esta razón, si los partidos políticos tienen una predisposición a la burocracia, la ley debe intervenir, reitero, no para limitar o encaminar las funciones ideológicas, sino, por el contrario, para reconducir el funcionamiento y la estructura del partido hacia un sistema más libre y participativo para todos sus miembros.

La democracia interna de los partidos políticos es un espejo del sistema democrático del Estado. Del logro de esta empresa depende al final la obsesión de nuestra época, la democracia. Teniendo como premisa que la intervención a los partidos tiene un fin justificable, como la efectiva participación de los ciudadanos y construcción de la voluntad popular, y el medio para lograrlo no presupone vulneración de la libertad, sino, por el contrario, conlleva la limitación de una práctica antidemocrática, es loable concluir que aunque teóricamente se deban dar los argumentos y las razones para la intervención en el funcionamiento y la estructura de los partidos políticos, la dificultad real de solventar la crisis de legitimidad y efectivo cumplimiento de las funciones de los partidos no es otra que la voluntad de una elite política que se aferra al poder. Es por esta misma razón que, además de una justificación jurídica y social para regular la democracia interna de los partidos, se debe, con la presión e iniciativa ciudadana y la voluntad política de los dirigentes, instaurar no solo una reglamentación en las prácticas internas, sino también mecanismos de control encabezados por garantías y derechos subjetivos de los miembros y

afiliados del partido que puedan ser protegidos dentro de la misma organización y por una estructura estatal imparcial, autónoma, y capaz.

## CONCLUSIONES

La revaluación de los partidos políticos no conlleva poner en duda su existencia dentro de la dinámica de un Estado democrático, presupone indagar sobre la actuación real de estas asociaciones de conformidad con el verdadero espacio de la teoría constitucional, y esta no es otra que la formación de la voluntad popular. El camino para materializar la finalidad primordial de los partidos políticos debe presuponer la participación efectiva de los miembros de las organizaciones en la mayoría de su estructura decisiva, es decir, democratizarlos. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta el carácter imprescindible de los partidos políticos, es lógico consagrar un régimen de prácticas y conductas que realicen el debido actuar de los partidos por medio de derechos subjetivos a los afiliados de tal manera se garantice a través del ordenamiento la democracia interna y por tanto la debida formación de una voluntad colectiva que más tarde va a tener repercusión el órgano representativo.

Es necesario que dejar claro que la imposición legal de estos mecanismos debe versar exclusivamente sobre mecanismos que promuevan la democracia interna, pero deben ser siempre ponderados con posibles vulneraciones al derecho a la libertad.

La reglamentación interna de los partidos y su exigencia jurídica no debe confundirse con matizaciones ideológicas; en cambio, sí deben propender a configurar herramien-

tas que faciliten y promuevan la expresión, debate y decisión que realicen la finalidad más noble de los partidos políticos, la labor representativa.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aranda, Elviro, Tajadura Tejada, Javier, Miguel Bárcena, Josu de, & Román, José María. (2014). Diez propuestas para mejorar la calidad de la democracia en España: informe Funciva Javier Tajadura (Coordinador) (Ed.). Recuperado de <http://www.funciva.org/documentos/885>.
- Blanco Valdés, Roberto L. (1990). Los partidos políticos. Madrid: Tecnos, S. A.
- \_\_\_\_\_. (2015). “La caída de los dioses: de los problemas de los partidos a los partidos como problema”. *Teoría y realidad constitucional* (35), 149.
- Flores Giménez, Fernando (1998). *La democracia interna de los partidos políticos* (vol. 41). Madrid: Congreso de los Diputados.
- Flores Giménez, Fernando (2015). “Los partidos políticos: intervención legal y espacio político, a la búsqueda del equilibrio”. *Teoría y realidad constitucional* (35), 355.
- Kelsen, Hans (2005). *Esencia y valor de la democracia / Forma del Estado y la filosofía*. México, D. F.: Ediciones Coyoacán.
- Martínez Cuevas, M.ª Dolores (2006). *Régimen jurídico de los partidos políticos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; [Granada]: Universidad de Granada.
- Michels, Robert (1979). *Los partidos políticos 2* (vol. 2). Buenos Aires: Amorroutu Editores.
- Morlok, Martin (2015). “Dos cuestiones clave en la regulación jurídica de los partidos políticos: financiación y democracia interna 1”. *Teoría y realidad constitucional* (35), 183.
- Muñoz Sánchez, Óscar (2015). “Los partidos y la desafección política: propuestas desde el campo del derecho constitucional 1. *Teoría y realidad constitucional* (35), 413.
- Navarro Méndez, José Ignacio (1999). *Partidos políticos y ‘democracia interna’* (vol. 85). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ostrogorski, Moisei (2008). *La democracia y los partidos políticos*. Madrid: Trotta.
- Sartori, Giovanni (1992). *Partidos y sistemas de partidos*. Paracuellos de Jarama (Madrid): Alianza Universidad.
- Triepel, Henrich (1928). “Derecho constitucional y realidad constitucional”. In Kurt Lenk y Franz Neuman (ed), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos* (p. 187). Barcelona: Anagrama.

# DIFICULTADES EN LA PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES DE SANEAMIENTO DE NULIDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA EJERCER EL CONTENCIOSO ELECTORAL ANTE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

## DIFFICULTIES IN SUBMITTING APPLICATIONS FOR ANNULMENT SANITATION AS A PROCEDURAL REQUIREMENT TO EXERCISE THE ELECTORAL LITIGATION BEFORE THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION

**Carlos Alberto Leyva Namén<sup>1</sup>**

Abogado

Registraduría Nacional del Estado Civil.

### RESUMEN

El objeto de este artículo radica en esbozar las dificultades prácticas que se evidencian en la presentación de solicitudes de saneamiento de nulidad ante la autoridad administrativa en cabeza del

<sup>1</sup> Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, estudios en curso de Especialización en Derecho Administrativo de la misma universidad. Servidor público de la Registraduría Delegada en lo Electoral – Registraduría Nacional del Estado Civil. Bogotá, Colombia. caleya@registraduria.gov.co



Consejo Nacional Electoral antes de la declaratoria de elección. Lo anterior, cuando el ejercicio del medio de control de nulidad electoral se fundamenta en causales de anulación por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, como requisito de procedibilidad para acudir ante el Juez Administrativo.

## PALABRAS CLAVE

Solicitud, procedibilidad, nulidad, administrativo, electoral.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to outline the practical difficulties of presenting an annulment petition to the administrative authority headed by the Consejo Nacional Electoral, before the declaration of the elections, when the exercise of the legal action is based on irregularities evidenced in the voting and counting processes, as a procedural requirement to appear at Administrative Law Court.

## KEY WORDS

Request, procedurability, legal action, administrative, electoral.

## INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano adopta un sistema político republicano –democrático, participativo, pluralista y representativo– por considerar que es la forma de organización social que mayores garantías brinda para el pueblo, el cual ejerce la soberanía y del cual emana el poder público<sup>2</sup>.

En Colombia la Organización Electoral adquiere rango constitucional desde la expedición de la Carta Política de 1991, enmarcándola como una organización especial e

independiente a las tres ramas tradicionales del poder público dentro de la estructura del Estado, en razón a la función administrativa a su cargo, particularmente por la organización, dirección y vigilancia en las jornadas eleccionarias como instrumento para la realización de la democracia como principio fundamental del Estado social de derecho y de garantía de la función electoral ejercida por los ciudadanos<sup>3</sup>. En palabras

2 “El Pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano (...) ARTÍCULO 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.” (Preámbulo y Art. 3° Constitución Política).

3 “ARTÍCULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. ARTÍCULO 120. La organización electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral, por la Registraduría Nacional del Estado Civil y por los demás organismos que establezca la ley. Tiene a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas.” (Subrayas fuera del texto original; Constitución Política).

del doctor Jorge Enrique Ibáñez Najer en sus Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo:

*“En un sistema democrático-representativo, de corte liberal, como el nuestro, es dable elevar ‘lo electoral’ al sitial de una rama del poder público o por lo menos al de una organización especial, como se hizo en Colombia con la Constitución Política de 1991, por cuanto siendo de la esencia de un sistema democrático la efectividad de los derechos políticos de los ciudadanos –quienes son los que ejercen la función electoral en su condición de electores –, la existencia y funcionamiento de un sistema electoral y la presencia de una organización electoral compuesta por unas autoridades electorales que tienen a su cargo velar por los procesos electorales, resulta evidente concluir con la posibilidad de verlo como una de las facetas más importantes del poder público” (Ibáñez, Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, p. 123).*

El voto es el instrumento más relevante para hacer efectiva la democracia, pues legitima las decisiones de la sociedad en ejercicio de la representación directa o indirecta (participativa o representativa) del pueblo<sup>4</sup>. Sin embargo, que exista un siste-

ma donde la fórmula electoral, votos como mecanismo de participación ciudadana por excelencia y que estos posteriormente se traduzcan en curules<sup>5</sup>, solo asegura una democracia representativa formal, puesto que la democracia material debe involucrar otros conceptos como los de justicia, libertad e igualdad (formal y material), entre muchos otros<sup>6</sup>.

La Organización Electoral de Colombia, actualmente, se encuentra conformada por el Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE) y por la Registraduría Nacional del Estado Civil (en adelante RNEC), cada uno con funciones definidas desde la Constitución Política<sup>7</sup> y en el resto del ordenamiento normativo del país.

La normatividad electoral se encuentra comprendida en las disposiciones constitucionales (y supraconstitucionales, tratados y convenciones internacionales aprobados

---

*electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualmente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos (...)” (subrayas fuera del texto original; Constitución Política).*

4 “ARTÍCULO 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. (...)  
ARTÍCULO 258. <Artículo modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 1 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios

5 “(...) la fórmula electoral es, precisamente, el mecanismo que se aplica para la distribución de los escaños y puestos electivos con base en los resultados de la votación” (Ruiz-Navarro Pinar, José Luis. Fórmula Electoral. Diccionario Capel – IIDH).

6 “En conclusión, ‘lo electoral’ adquiere dimensión en la medida en que se den o confluyan los tres elementos vitales de una democracia representativa –que es el marco en donde nos hallamos– a saber: justicia, libertad e igualdad. Presentes todos ellos, puede afirmarse, como en efecto lo afirmamos, que están dadas las condiciones para que a través del ‘Estado de derecho’ se alcance el sumo bien de ‘la paz’, único ambiente propicio para el respeto de la dignidad humana, lo cual, a su vez, delimita per se el ámbito de ‘lo electoral’ como organización del poder público de la comunidad” (Ibáñez, Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, p. 127).

7 Artículos 264, 265 y 266 de la Constitución Política.

por Colombia, etc.), legales y de orden administrativo, desorganizada en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es necesario establecer que la reglamentación de derechos y deberes fundamentales de las personas (por ejemplo, artículo 40 de la Constitución Política), la organización y el régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y funciones electorales, y las instituciones y mecanismos de participación ciudadana son materias de reserva de ley estatutaria<sup>8</sup> desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, por lo que sus contenidos deben ser regulados exclusivamente en estas legislaciones especiales, que tienen un rango superior frente a normas con fuerza de ley con carácter ordinario, y en algunos casos harán parte del bloque de constitucionalidad<sup>9</sup>.

El Código Electoral vigente es el adoptado por medio del Decreto Ley 2241 del 15 de julio de 1986 (en adelante Código Electoral), proferido por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias (conferidas por la Ley 96 de 1985) bajo las reglas de la Carta Política de 1886. El Congreso de la República a la fecha no ha expedido la ley estatutaria que regule la materia, a pesar de lo dis-

puesto en el literal b) del artículo 150 y en el artículo 152 de la Constitución Política.

La ausencia de consolidación y actualización normativa en materia electoral ha hecho que este proceso administrativo especial no cuente con reglas claras, en diversos aspectos, para los diferentes actores que participan en los debates democráticos en el país.

A pesar de lo expuesto, el procedimiento administrativo y la forma en que la ciudadanía en general puede ejercer control sobre la actividad electoral se encuentran desarrollados en la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA)–. El objeto de estudio de este artículo radica en el ejercicio del medio de control de nulidad electoral, particularmente cuando la demanda se fundamenta en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, siendo esta la herramienta jurídica con la que cuentan las personas para que un acto de elección sea demandable ante el Juez Administrativo, de haber sido puesto a examen de la autoridad electoral en cabeza del CNE antes de la declaratoria de elección.

## PROCESO DE VOTACIÓN Y DE ESCRUTINIOS

El proceso de votaciones inicia a las ocho de la mañana (8:00 a. m.) y se cierra a las

8 Artículo 152 Constitución Política.

9 “(...) Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución, sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias” (sentencia C-191 de 1998, Corte Constitucional, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

cuatro de la tarde (4:00 p. m.), lapso en el cual podrán concurrir a ejercer el derecho al sufragio todas las personas habilitadas en el censo electoral de alguna circunscripción electoral en una determinada elección<sup>10</sup>.

Los escrutinios son la etapa posterior al cierre del proceso de votaciones, la cual tiene como finalidad la declaratoria de resultados de las elecciones mediante el conteo y la valoración de los votos depositados; etapa que se encuentra reglada través de un procedimiento público, jerarquizado y con etapas preclusivas (Barreto, O. J. *Derecho electoral colombiano – La actuación administrativa*, p. 448).

De conformidad con el artículo 41 de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, esta etapa se desarrolla así:

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

*Dicho escrutinio se desarrollará hasta las doce (12) la noche. Cuando no sea posible terminar el escrutinio antes de la hora señalada, la audiencia de escrutinio continuará a las nueve (9) de la*

*mañana del día siguiente hasta las nueve (9) de la noche y así sucesivamente hasta terminar el correspondiente escrutinio (...).”*

## ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL AL CONSEJO DE ESTADO

Con la reforma política comprendida en el Acto Legislativo 01 de 2009 se adicionaron el numeral 7.º y un parágrafo al artículo 237 de la Constitución Política (con la corrección realizada a través del Decreto 3259 del 31 de agosto de 2009 del Presidente de la República), así:

*“ARTÍCULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: (...)*

*7. Adicionado por el art. 8.º, Acto Legislativo 01 de 2009, con el siguiente texto: 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” (Constitución Política).*

<sup>10</sup> “2.3.2. Duración de la jornada electoral. *Está prevista entre las ocho de la mañana (8:00 a. m.) y las cuatro de la tarde (4:00 p. m.)” (Barreto, O. J. Derecho electoral colombiano – La actuación administrativa, p. 435).*

Es importante resaltar la disposición de orden constitucional que obliga a que para la presentación de una demanda fundada en causales de anulación por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio se cumpla con un requisito de procedibilidad para su debida interposición y aceptación antes de la declaratoria de la elección.

## **DESARROLLO LEGAL – MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL – REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR**

En el artículo 139 del CPACA se establece:

*“Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente, podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.*

*En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las*

*irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.*

*En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998”.*

Vale la pena resaltar que al tratarse de un medio de control de carácter público, la potestad para incoarlo recae en cualquier persona, es decir, que no reside exclusivamente en los ciudadanos, por lo que un menor de edad podría solicitar la nulidad de un acto de elección. Al respecto, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado:

*“La acción de nulidad electoral se tramita y decide a través de un proceso especial cuyo objeto es determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales; de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden; y de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas[53].*

*De la naturaleza de esta acción se destaca su carácter público, ya que cualquier persona (bajo la normativa anterior estaba reservada a los ciudadanos) puede solicitar la nulidad de los actos electorales referidos teniendo en cuenta que quien actúa lo hace en interés general para esclarecer la forma en que se reali-*

zó una elección y si la misma observó los lineamientos fijados en la Constitución y la ley. También se resalta el corto término de caducidad para ejercer la acción, el cual en el Código de Procedimiento actual se amplió de 20 a 30 días” (subraya fuera del texto original; sentencia C-437 de 2013, Corte Constitucional, M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

En el artículo 275 del CPACA se establecen las causales específicas de nulidad electoral<sup>11</sup>, las cuales son adicionales a las causas de anulación generales dispuestas en el artículo 137 (simple nulidad) del mismo código:

*“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:*

*1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales.*

*2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.*

*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.*

*5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.*

*6. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.*

*7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.*

*8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política” (subraya fuera del texto original).*

Adicionalmente, en el artículo 161 del CPA-CA se refiere a los requisitos de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Administrativa; en el numeral 6.º se regula el tema para el contencioso electoral, así:

11 “Si se entiende por nulo el acto que, por carecer de eficacia, deja de producir los efectos que le son propios, al aplicar el concepto a los procesos electorales, se puede indicar que serán nulos aquellos actos que integran el mismo, ya sea por razones que afecten la concurrencia de la voluntad de las personas que intervengan en los mismos, ya sea por la inobservancia de las formalidades que exijan las normas jurídicas propias del acto de que se trate” (Archila, Luis. Nulidad de elecciones, Diccionario CAPEL – IIDH.).

“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”.

De conformidad con los artículos citados, se puede concluir que en caso de que cualquier persona (los candidatos, sus apoderados, los testigos electorales, cualquier elector o incluso un menor de edad o un extranjero) que hubiese evidenciado alguna irregularidad dentro del proceso de votación o de los escrutinios (si se trata de las causales señaladas en los numerales 3.º y 4.º del artículo 275 del CPACA; aunque algunos piensan que debe haber una interpretación extensiva en relación con otras causales de anulación electoral<sup>12</sup>) podría poner

en conocimiento de la autoridad (jurados de votación o comisiones escrutadoras) la situación antes de la declaratoria de la elección<sup>13</sup>, quien podría resolverla y realizar el saneamiento de la nulidad electoral (salvo los jurados de votación); si no cuenta con las herramientas para resolver, dejará constancia de la recepción de aquella solicitud de saneamiento y así la persona agota el requisito de procedibilidad, para posteriormente acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

## SOLICITUD DE SANEAMIENTO DE NULIDAD ELECTORAL EN SEDE ADMINISTRATIVA – DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN

En relación con la solicitud de saneamiento de nulidad electoral cuando se presentan irregularidades en el proceso de votación y escrutinios (invocando las causales 3.ª y 4.ª del artículo 275 del CPACA), el Consejo de Estado ha dispuesto:

“Lo así concebido por el constituyente tiene varias implicaciones. Una de

12 “Una segunda interpretación de los dos textos normativos, que compartimos por jerarquía normativa, denota una errónea restricción del numeral 6 del artículo 161 del CPACA a los numerales 3 y 4 del artículo 275, *ibídem*, cuando el art. 237 de la C. P. es amplio al requerir el requisito de procedibilidad a todas las causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, estén o no contempladas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011. A primera vista pareciera que esta segunda postura es la que acompaña las sentencias del Consejo de Estado: ‘A partir de la expedición de la cita enmienda constitucional, previo a ocurrir ante el juez de lo contencioso administrativo en demanda de nulidad contra un acto de elección popular, por irregularidades constitutivas de vicios de nulidad, ocurridas en las etapas electoral y/o poselectoral, los respectivos defectos deben ser puestos en conocimiento de la autoridad electoral, en cabeza del Consejo Nacional Electoral’ (C. E. sentencia de 1.º de noviembre de 2012, Exp. 1101032800020100008600-

00102-00, M. P.: Mauricio Torres Cuervo)” (Arias, F. Estudios en Derecho Procesal Administrativo, p. 134).

13 “Debe agotarse ante la respectiva autoridad de instancia de la Organización Electoral competente, antes de que se declare la elección, lo cual es razonable en la medida que una vez se ha expedido el acto de elección por la comisión escrutadora competente cesa su competencia, y lo que es igualmente importante, nace para los interesados un derecho de contenido particular y concreto, sobre el cual ya no pueden actuar las autoridades electorales” (Garzón, J. C. El nuevo proceso contencioso administrativo, p. 228).

ellas, quizás la más relevante para el sub lite, es que al proceso electoral ya no pueden acudir los asociados en forma directa, como sí ocurría antes de la enmienda constitucional, pues debido al cambio introducido con el Acto Legislativo 01 de 2009, los interesados en su formulación tienen el deber de poner en conocimiento de las autoridades electorales, durante los escrutinios y antes de que se produzca la elección, aquellas anomalías ocurridas durante las votaciones y los escrutinios, para que sean dichas autoridades, en cuya cabeza está el Consejo Nacional Electoral, quienes in situ verifiquen su existencia y procedan a corregirlas de conformidad con las prescripciones legales.

También implica el mencionado requisito que los interesados en instaurar un proceso electoral, fundado en ese tipo de irregularidades en las elecciones populares, deben presentar la solicitud del caso ante la respectiva autoridad electoral, y que en respuesta la Administración habrá de proferir las decisiones administrativas pertinentes. Sin embargo, es posible que la Administración, pese a haber recibido la solicitud, no emita decisión al respecto, debido a circunstancias que no es el caso precisar en esta providencia” (subrayas fuera del texto original; sentencia 2010-00076 del 13 de diciembre de 2010 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, C. P.: María Nohemí Hernández Pinzón).

En virtud del postulado constitucional y la jurisprudencia del Consejo de Estado, el CNE profirió la Resolución 4121 del 27 de octubre de 2011, “Por la cual se establece el procedimiento para tramitar solicitudes de saneamiento de nulidades y se dictan otras disposiciones”. En el artículo 1.º de la mencionada Resolución se dispone la competencia, así:

“Las Comisiones Escrutadoras Departamentales, del Distrito Capital y las Comisiones Escrutadoras Distritales, Municipales y zonales o auxiliares son competentes para atender las solicitudes de saneamiento de vicios de nulidad, de acuerdo con la presente regulación” (Resolución 4121 de 2011 CNE).

De conformidad con lo incluido a la Constitución Política a través del artículo 8.º del Acto Legislativo 01 de 2009, lo contemplado en el artículo 161 y numerales 3.º y 4.º del 275 del CPACA, el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado y la referida regulación del CNE, se concluye que las autoridades administrativas en materia electoral que encabeza el CNE son las comisiones escrutadoras dispuestas en el artículo citado.

Adicionalmente, en el artículo 4.º de la misma resolución del CNE se dispone:

“(…) Las solicitudes de saneamiento de nulidades y las reclamaciones son medios idóneos para agotar la procedibilidad. Éstas podrán ser presentadas, tratándose de la elección de cargos de nivel municipal o distrital, solamente ante las comisiones escrutadoras auxiliares, mu-



nicipales o distritales; y tratándose de cargos del nivel departamental, ante las mismas o ante los delegados del Consejo Nacional Electoral.

La solicitud podrá ser presentada por cualquier ciudadano, por escrito, antes de la declaratoria de elección, con indicación precisa de la zona, puesto y mesa de votación, así como la descripción y prueba de los hechos en que se fundamenta la solicitud” (subrayas fuera del texto original; Resolución 4121 de 2011 CNE).

De la anterior cita se pueden hacer tres reflexiones inicialmente, así:

- a. Se establece que las solicitudes de saneamiento de nulidades y las reclamaciones<sup>14</sup> son medios idóneos para agotar la procedibilidad. Frente a esto es pertinente establecer que las reclamaciones solo se pueden interponer por las causales taxativas establecidas en el artículo 192 del Código Electoral, las cuales obedecen a diferentes situaciones de hecho o de derecho a las causales contempladas en el artículo 275 del CPACA, por lo que se considera inapropiado decir que con la interposición de reclamaciones (que se fundamenten las causales del Código Electoral) se agota

el requisito previo para demandar la nulidad de un acto de elección.

Cosa distinta sería si la misma situación de hecho o de derecho pueda encausarse tanto en una de las causales de reclamación como en una de anulación electoral; a pesar de esto, debe presentarse como solicitud de saneamiento de nulidad electoral y no como reclamación, haciendo alusión a las disposiciones del CPACA<sup>15</sup>.

- b. Se dispone que las solicitudes de saneamiento de nulidad solamente pueden ser presentadas ante las comisiones escrutadoras auxiliares, municipales o distritales en el nivel municipal y distrital y en el nivel departamental ante las mismas o ante los delegados del CNE. El análisis de esta disposición debe hacerse bajo el entendido de que la solicitud de saneamiento de nulidad electoral es un derecho de petición, con todo lo que ello implica, es decir, que debe cumplir con todos sus elementos<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Vale la pena resaltar que se hace la diferencia en razón a las causales de reclamación que se encuentran contempladas en el artículo 192 del Código Electoral, ya que independientemente de la denominación que se le dé a la solicitud de saneamiento de nulidad, así esta sea de “reclamación” (también se podría nominar “solicitud de corrección”, “petición”, etc.) pero se fundamenta en las causales del artículo 275 del CPACA, materializará el requisito previo para demandar (Garzón, J. C. El nuevo proceso contencioso administrativo, p. 229).

<sup>15</sup> “Frente a este punto considera la Sala de interés y oportuno hacer precisión y claridad en el sentido de que tanto el sometimiento a examen ante la autoridad administrativa electoral de las irregularidades presentes en la votación o en el escrutinio, presuntamente constitutivas de nulidad (son entonces motivos diferentes a las causales de reclamación del Código Electoral, artículo 192), como el concepto de violación que se plantee en la demanda de nulidad electoral, deben contener una exposición precisa que identifique el motivo específico al cual se atribuya la causal de nulidad que se considera subyace en el acta, en el registro, en el resultado, en el formulario, etc.” (sentencia 2011-01849 del 30 de enero de 2014 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, C. P.: Susana Buitrago Valencia).

<sup>16</sup> “En la sentencia de 25 de julio de 2013 (Exp. 201200047), la mencionada Sección estuvo de acuerdo con el fallo inhibitorio del a quo, bajo el argumento de que para agotar correctamente el requisito de procedibilidad las peticiones que denuncian irregularidades en la votación y los escrutinios deben dirigirse a las autoridades competentes según el principio de eventualidad, es decir, que ello debe surtirse ante la instancia administrativa electoral en la que se presente o ante la comisión escrutadora competente para declarar la elección” (sentencia 2011-01849 del 30 de enero de

El derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política<sup>17</sup> encuentra su desarrollo normativo en la Ley Estatutaria 1755 de 2015. Se considera pertinente señalar que en el artículo 15 de la referida ley se dispone:

*“Cuando una petición no se acompañe de los documentos e informaciones requeridos por la ley, en el acto de recibo la autoridad deberá indicar al peticionario los que falten. Si este insiste en que se radique, así se hará dejando constancia de los requisitos o documentos faltantes (...).*

*Las autoridades podrán exigir que ciertas peticiones se presenten por escrito (...) En todo caso, los peticionarios no quedarán impedidos para aportar o formular con su petición argumentos, pruebas o documentos adicionales que los formularios no contemplen, sin que por su utilización las autoridades queden relevadas del deber de resolver sobre todos los aspectos y pruebas que les sean planteados o presentados más allá del contenido de dichos formularios (...).*

*Parágrafo 2.º Ninguna autoridad podrá negarse a la recepción y radicación de solicitudes y peticiones respetuosas*

*(...)” (artículo 15 Ley Estatutaria 1755 de 2015).*

De la cita se desprende que ciertas peticiones deban presentarse por escrito y adjuntando alguna documentación; sin embargo, también se dispone que ante la insistencia de la radicación, la autoridad debe aceptar la presentación de la petición y no podrá negarse a su recepción, desde que sea elevada de manera respetuosa. Adicionalmente, se debe hacer referencia a los artículos 21 y 22 de la misma ley estatutaria, pues se señala:

**“Artículo 21. Funcionario sin competencia.** *Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito (...).*

**Artículo 22. Organización para el trámite interno y decisión de las peticiones.** *Las autoridades reglamentarán la tramitación interna de las peticiones que les corresponda resolver, y la manera de atender las quejas para garantizar el buen funcionamiento de los servicios a su cargo (...).”*

En atención a estos postulados estatutarios, es importante adaptar estas disposiciones al trámite de presentación de peticiones de saneamiento de nulidad en el proceso de votaciones y de escrutinio, partiendo de la base de que los jurados de votación ejercen un deber ciudadano de carácter temporal

2014 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, C. P.: Susana Buitrago Valencia).

17 “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales” (artículo 23 C. P. C).

que puede entenderse como función pública de carácter transitorio<sup>18</sup>, haciendo parte de la Organización Electoral, por el día en que prestan el servicio ciudadano.

Bajo este entendido, los jurados de votación son la primera comisión escrutadora, por lo que en los eventos en que una persona evidencie una irregularidad en el desarrollo de las votaciones debería poder presentar la petición ante los jurados y que estos la reciban así no puedan resolverlas de fondo, puesto que para ser designado como jurado solo se debe ser ciudadano en ejercicio, pero no requiere una formación profesional en particular. En el acto mismo el jurado le indicaría a la persona que la petición se remitirá, junto con el resto de documentos electorales, en el sobre dirigido a claveros para que sea la siguiente comisión escrutadora quien la estudie.

- c. En lo que tiene que ver con que cualquier ciudadano puede presentar la petición de saneamiento de nulidad, es importante destacar que con la consagración del medio de control de nulidad electoral en el artículo 161 del CPACA,

como se ha reseñado, puede ser cualquier persona quien presente la solicitud y posteriormente incoe la demanda de nulidad, sin la necesidad de que sea ciudadano. Respecto de los alcances, requerimientos formales y de contenido que se instauran en relación con la solicitud de saneamiento, adicionalmente el Consejo de Estado ha dispuesto:

*“Así, la demanda de nulidad electoral, fundada en causales objetivas, tales como la falsedad en los registros electorales, no admite acusaciones vagas, generalizadas u omnicomprensivas, en la medida que sobre el actor pesa el principio de la justicia rogada, y por lo mismo, la carga de presentarle al juez de lo electoral, con la debida precisión, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo la alteración de la verdad electoral, sin esperar que sea el juez, quien prevalido de sus competencias legales, se adentre en la búsqueda de irregularidades inéditas, puesto que su función se contrae a la constatación de los hechos denunciados en la demanda, pero no a la revisión oficiosa de registros electorales.*

*Además, como por virtud del requisito de procedibilidad implementado con el artículo 8.º del Acto Legislativo 01 de julio 14 de 2009, la demanda de nulidad electoral, que se funde en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, debe acreditar que esas anomalías fueron sometidas a examen de las autoridades electorales, a cuya cabeza está el CNE, antes de producirse la declaratoria*

18 “(...) las funciones de los jurados de votación, los claveros y los escrutadores son notablemente diferentes; sin embargo, todas tienen algo en común, pues se ejercen con ocasión de los procesos electorales, es decir, se trata de funciones de carácter temporal, e igualmente todas son necesarias para la realización de las elecciones. En efecto, los jurados de votación, los claveros y los escrutadores intervienen en distintas etapas del proceso electoral, ejerciendo funciones imprescindibles para el buen suceso de las elecciones. Así mismo, se trata de cargos de forzosa aceptación, los ciudadanos que rehúsen desempeñarlos serán objeto de las sanciones previstas en el Código Electoral (...)” (sentencia C-1005 de 2007, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto).

de elección, es claro para la Sala que el requisito de determinación de tales irregularidades igualmente opera frente a las solicitudes que al efecto han debido presentar los interesados.

Por lo mismo, la determinación de las irregularidades debe darse tanto en las irregularidades en la etapa de los escrutinios, que se pidan examinar a título de requisito de procedibilidad, como en la demanda, con la precisión de que las anomalías denunciadas ante el juez de lo electoral no pueden ser distintas de las que oportunamente se hayan sometido a examen de la respectiva autoridad electoral, esto es, por el mismo motivo y en las mismas mesas” (sentencia 2010-00045/2010-00046 del 25 de agosto de 2011, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, C. P.: Susana Buitrago Valencia).

“(…) Entonces, ni vía administrativa ni posteriormente vía judicial, resulta válido que en la actuación administrativa se haya pedido una revisión general de todos los resultados sin señalar la causa o el motivo de tal solicitud. Es indispensable que se precise en qué aspecto y en qué motivo radica la necesidad del recuento que se reclama y en cuál mesa, puesto, zona se presenta y por qué. De la misma manera vía judicial no es de recibo, y a fin de que el pronunciamiento definitorio del juez pueda ser de mérito, que se aleguen en abstracto o de manera general reproches contra

la votación o el escrutinio, sin identificar en la demanda con claridad y precisión qué aspecto en específico radican los motivos de nulidad que se atribuyen y en qué etapa del proceso administrativo electoral y por cuál razón solicitó vía administrativa el recuento de votos, sin obtener solución al reclamo elevado” (sentencia 2011-01849 del 30 de enero de 2014, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, C. P.: Susana Buitrago Valencia).

## **DIFICULTADES PARA PRESENTAR LA SOLICITUD DE SANEAMIENTO DE NULIDAD ELECTORAL EN SEDE ADMINISTRATIVA Y POR TANTO INCOAR EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL POR IRREGULARIDADES EN EL PROCESO DE VOTACIÓN Y ESCRUTINIO**

En la actualidad existen ciertas dificultades para que una persona evidencie una irregularidad en el proceso de votación o de escrutinio y ponga en conocimiento a la autoridad electoral en cabeza del CNE por cuanto la concurrencia de la ciudadanía en general (y aun en mayor medida, de menores de edad o extranjeros) en el desarrollo de las votaciones, que se inicia a las ocho de la mañana (8:00 a. m.) y culmina a las cuatro

de la tarde (4:00 p. m.), está limitada por el espacio geográfico y por la necesidad logística de circulación de los electores.

Bajo este entendido, las instrucciones impartidas a la ciudadanía por la Organización Electoral y por los demás actores que intervienen en el proceso (fuerza pública, Ministerio Público, Fiscalía, Contraloría, etc.) son que una vez ejercido el derecho al voto deben salir del puesto de votación, con el fin de garantizar la afluencia de personas en condiciones de seguridad, preservando el orden público y de la misma forma garantizar a todos el debido ejercicio de sus derechos políticos.

Esta situación genera que solo los testigos electorales, candidatos o sus apoderados estén presentes en el desarrollo de las votaciones y, posteriormente, en la audiencia del escrutinio, restringiendo de facto la posibilidad de que cualquier otra persona evidencie irregularidades y pueda presentar solicitudes de saneamiento de nulidad electoral ante la autoridad, con antelación a la declaratoria de la elección.

Es decir, la disposición contemplada en el párrafo 7.º del artículo 237 de la Constitución Política y posteriormente desarrollada en el numeral 6.º del artículo 161 del CPACA, mediante la cual se instaura un requisito previo para poder demandar ante la Jurisdicción Administrativa cuando se invoquen las causales de nulidad señaladas en los numerales 3.º y 4.º del artículo 275 del CPACA, es de difícil cumplimiento, o por lo menos de cumplimiento restringido, por parte de cualquier persona.

Se debe entender que la intención del legislador al contemplar la necesidad de agotar un requisito de procedibilidad para incoar el medio de control mencionado encuentra asidero en la posibilidad de que sea en sede administrativa donde se resuelvan cuestiones donde “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”, evidentemente porque es posible sanear la nulidad con anticipación a la expedición del acto administrativo declaratorio de elección por parte de la Comisión Escrutadora.

Aunado a la reflexión anterior, la reforma constitucional contempló una forma de descongestionar la jurisdicción administrativa, para que la autoridad electoral, en cabeza del CNE, resuelva sobre la solicitud de saneamiento cuando cuente con las herramientas para hacerlo. Sin embargo, cabe la duda de si efectivamente la intención del legislador cumplió con el objetivo pensado o si en la práctica no surtió los efectos considerados<sup>19</sup>.

19 Refiriéndose al párrafo del artículo 237 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 8.º del Acto Legislativo 01 de 2009: “Valdría la pena saber si esta norma ha contribuido a agilizar los procesos electorales, tal como lo pretende el párrafo que se le agregó al artículo 264 constitucional en el acto legislativo 01 de 2003, artículo 14, que ordena a la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidir la acción de nulidad electoral en el término máximo de un año cuando el proceso sea de dos instancias y en seis meses cuando sea de única, como lo vimos antes.

Con los ejemplos que se mencionaron sobre los dos procesos de nulidad del Senado (2002-2006 y 2006-2010) parece de difícil cumplimiento.

Es importante establecer que la autoridad administrativa correspondiente que encabeza el CNE son las comisiones escrutadoras distritales, municipales y zonales y sus de-

Es decir, se evidencian cinco problemas medulares en relación con la presentación de peticiones de saneamiento de nulidad electoral por parte de las personas:

- a. La imposibilidad, o posibilidad restringida, de que cualquier persona evidencie irregularidades en el proceso de votación y de escrutinio. El único momento en el que una persona podría verificar si existe una irregularidad en el trámite de las votaciones es el momento en el que entra al puesto de votación donde tiene inscrita la cédula de ciudadanía para ejercer el derecho al sufragio; habiendo votado se le conduce a la salida del recinto, por las dificultades logísticas expuestas.
- b. Al haber contemplado este requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Administrativa, lo que se pretendió fue que la autoridad electoral, en cabeza del CNE, resolviera de fondo y así evitara la congestión de la jurisdicción; sin embargo, para la presentación de la solicitud se requiere la presencia de los colombianos en las votaciones y en los escrutinios. De lo contrario, serán presentadas exclusivamente por los testigos electorales, los candidatos o sus apoderados, quienes pueden permanecer en los puestos de votación o de escrutinio, si están debidamente acreditados.

- c. Si cualquier colombiano que conozca el funcionamiento del proceso electoral presenta una solicitud de saneamiento de nulidad electoral, tendrá que hacerlo de forma apresurada en el momento en el que está ejerciendo el derecho al voto ante los Jurados de Votación, teniendo que presentarla por escrito y justificada (de conformidad con la Resolución 4121 del 27 de octubre de 2011 CNE, la cual se analizó con anterioridad); y ante la premura de los hechos, puede que no esté formulada debidamente.
- d. Otra dificultad que se evidencia es que se ha entendido que las autoridades electorales, que encabeza el CNE, son las comisiones escrutadoras que podrían conocer la solicitud de saneamiento de nulidad electoral, mas no se habla de su recepción por parte de los Jurados de Votación, cuestión que se abordó anteriormente en el presente escrito.
- e. El estudio de las solicitudes de saneamiento de nulidad electoral por parte de las Comisiones Escrutadoras no es de fondo, en muchas oportunidades las reciben por el simple hecho de que el ciudadano (o persona) que la haya presentado agote el requisito previo para demandar. El Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto:

*“Pues bien, la indeterminación de las peticiones se trasladó a la demanda, donde si bien lo único coincidente entre las mismas son los municipios y las mesas, no se detalla en lo más mínimo irregularidad alguna, al punto que luego de solicitarse la nulidad del acto acusado,*

---

legados en cada uno de los departamentos. Y lo que se pretende con este nuevo requisito que se les agrega a las demandas electorales es tratar de depurar aún más las actuaciones electorales, especialmente en lo que se refiere a documentación electoral y a recuento de votos” (subrayas fuera del texto original; Mejía, G. Régimen jurídico de las elecciones en Colombia, pp. 305-306).

se pide ‘efectuar la revisión de [esas] mesas de votación con la verificación física de los votos’, con el propósito de que se cotejen los documentos electorales y se determine ‘que exista armonía entre los votos realmente depositados en cada una de esas mesas, y los datos registrados en las actas de escrutinio’. En pocas palabras, el actor aspira a que sea la Sala quien se dé a la tarea de ubicar las irregularidades que puedan existir en los documentos electorales, y luego efectúe las correcciones del caso, lo cual no se acepta porque en este proceso no son válidas las revisiones oficiosas de documentos electorales, en búsqueda de anomalías que debió la parte interesada determinar antes de la declaratoria de elección, para ponerlas en conocimiento de las autoridades electorales, y luego sí poder acudir a la jurisdicción” (sentencia 2010-00045/2010-00046 del 25 de agosto de 2011 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta C. P.: Susana Buitrago Valencia).

## **AGOTAMIENTO DE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA EJERCER EL CONTENCIOSO ELECTORAL ANTE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA**

Es importante tener en cuenta que cuando una persona presenta una petición de saneamiento de nulidad electoral, antes de la

declaratoria de elección, y agota el requisito de procedibilidad para acudir la Jurisdicción Administrativa en lo contencioso electoral, no solo lo hace para sí, sino para que cualquier persona acuda a la rama para presentar la respectiva demanda. En palabras del doctor Juan Carlos Garzón Martínez, de su libro *El nuevo proceso contencioso administrativo*:

*“Se ha reiterado que no se requiere que fuere el propio actor o demandante quien haya puesto de presente tales irregularidades, ello significa que tan sólo bastaba con que demostrara que cualquier persona lo hizo, dado que el constituyente no delimitó una legitimación por activa para ello, lo que debe entenderse como, que tales irregularidades pueden denunciarse ante las autoridades electorales por cualquier persona” (Garzón, J. C. El nuevo proceso contencioso administrativo, p. 229).*

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“Es preciso sin embargo advertir, como es apenas obvio, que ese escrito presentado por cualquier ciudadano poniendo en conocimiento de la respectiva autoridad electoral irregularidades en la votación o en el escrutinio presuntamente constitutivas de nulidad agota el requisito de procedibilidad para cualquier demandante, pero siempre y cuando entre ese reclamo vía administrativa y las causales y motivos en que se funde la demanda de nulidad electoral haya*

identidad y correspondencia. De lo contrario no sirve para estos efectos” (sentencia 2011-01849 del 30 de enero de 2014 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta C. P.: Susana Buitrago Valencia).

Sin embargo, esta no puede ser la solución de raíz al problema que impide que las personas puedan estar presentes en el desarrollo de las votaciones y en el escrutinio para ser ellas mismas quienes evidencian las irregularidades, sino que dependen del agotamiento realizado por terceros.

## DIFERENCIA ENTRE SOLICITUD DE SANEAMIENTO DE NULIDAD ELECTORAL EN SEDE ADMINISTRATIVA Y PRESENTACIÓN DE RECLAMACIONES ELECTORALES

En el artículo segundo de la Resolución 4121 de 2011 del CNE se contemplan las definiciones de solicitud de saneamiento de nulidad y de reclamaciones, así:

*“Reclamaciones: Son las peticiones que tienen como fin realizar correcciones en los escrutinios con base, exclusivamente, en las causales previstas en el artículo 192 del Código Electoral.*

*Solicitud de saneamiento de nulidades: Son las peticiones para realizar saneamiento de nulidades en el proceso de*

*votación y escrutinio con base en hechos, que puedan afectar la validez de la declaración de elección y/o la verdad de los resultados, y que sean distintos a los de las causales de reclamación consagradas en el artículo 192 del Código Electoral” (Resolución 4121 de 2011 del CNE).*

Desde la expedición del Código Electoral vigente, las causales de reclamación están señaladas taxativamente en los artículos 122 y 192 del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) y son las diferentes situaciones de hecho y de derecho por las cuales quienes están legitimados en la causa – testigos electorales, candidatos o sus apoderados – pueden reclamar por escrito inconsistencias en el desarrollo de las votaciones y en los diferentes escrutinios, para que en sede administrativa sean resueltas.

Les asiste interés legítimo a los diferentes partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida por el CNE, a los movimientos sociales, a los grupos significativos de ciudadanos y a los organismos observación electoral reconocidos por el CNE de ejercer la vigilancia en los procesos electorales, en aras de velar por su transparencia.

En razón de lo anterior, las referidas organizaciones políticas o de observación deberán ceñirse a las reglas contempladas en los artículos 121 y 122 del Código Electoral, en el artículo 45 de la Ley 1475 de 2011 y en la Resolución 4138 de 2015 del CNE para la postulación y acreditación de los testigos electorales que vigilarán el desarrollo de las votaciones y, posteriormente, de los escrutinios.



El honorable Consejo de Estado ha dispuesto lo siguiente en relación con el tema de la solicitud de saneamiento de nulidad electoral – agotamiento del requisito de procedibilidad para acudir al contencioso electoral en la Jurisdicción Administrativa y las diferencias con la interposición de reclamaciones:

*“(...) Ahora, si las anomalías giraron en torno a causales de reclamación, como así lo afirma en sus peticiones el apoderado del candidato Marco Tulio Leguizamón Roa, el requisito de procedibilidad adoptado con el Acto Legislativo 01 de 2009 no podía invocarse con tal fin, puesto que su objeto son las ‘irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio’, constitutivas de causales de nulidad, mas no esas causales de reclamación, que siguen rigiéndose por las normas del Código Electoral” (Sentencia 2010-00045/2010-00046 del 25 de agosto de 2011 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, C. P.: Susana Buitrago Valencia).*

## CONCLUSIONES

Es importante establecer, por lo expuesto, que existe una inoperancia práctica de la solicitud de saneamiento de nulidad presentada ante la autoridad administrativa en cabeza del CNE antes de la declaratoria de elección, como requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción Administrativa, en los eventos en que la demanda se fundamenta en causales de nulidad por irregu-

laridades en el proceso de votación y en el escrutinio.

Dicha ineptitud se evidencia en dos principales aspectos. El primero, en que el medio de control de nulidad electoral podrá interponerse por cualquier persona; sin embargo, nadie, a excepción de los testigos electorales, los candidatos o sus apoderados (y los funcionarios de la Organización Electoral, del Ministerio Público, Fiscalía, etc.), puede permanecer en el puesto de votación durante el desarrollo de la jornada electoral por más tiempo del que conlleve el ejercicio del sufragio ni, posteriormente, en el sitio de escrutinios. Esto, en razón a las dificultades de índole logística relacionadas con la afluencia de personas, la necesidad de preservación del orden público y la garantía efectiva de los derechos de participación política de todos los ciudadanos.

A pesar de que la disposición brinde las herramientas a cualquier persona para solicitar el saneamiento de la nulidad en sede administrativa, en la práctica es difícil que la presente alguien diferente a quienes están autorizados para permanecer en los puestos de votación o en el recinto donde se realizan los escrutinios.

En segunda medida, en la práctica, el estudio de las peticiones de saneamiento de nulidad electoral por parte de las comisiones escrutadoras no se realiza en debida forma, pues lo que hacen es recibirlas y manifestar que con su presentación, efectivamente, se agota el requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción Administrativa.

Por este motivo, la intención del legislador de descongestionar la rama no ha surtido, prácticamente, los efectos previstos.

Este análisis lleva a concluir que la disposición del parágrafo del artículo 237, introducido a través del artículo 8.º del Acto Legislativo 01 de 2009 y su desarrollo legal en el artículo 161 del CPACA, a pesar de lo bien intencionado, en la práctica, no ha cumplido con los fines contemplados por el legislador, por lo que podría pensarse que la presentación de la solicitud de saneamiento de nulidad como requisito previo para ejercer

el contencioso electoral ante la Jurisdicción Administrativa no tiene aplicabilidad real, sino que se ha convertido en un obstáculo para que la ciudadanía pueda ejercer un control sobre la actividad electoral. Lo anterior, a pesar de que con el agotamiento del requisito por parte de cualquier persona, sea otra quien decida demandar ante la Jurisdicción, pues el medio de control versará exclusivamente en las irregularidades del proceso de votación o en los escrutinios que evidencie otra persona y no las que pudiese verificar por sí mismo quien, efectivamente, acude a la rama judicial.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Normatividad

Constitución Política de Colombia de 1991 y sus reformas. Fuente: Secretaría del Senado.

Constitución Política de Colombia de 1886 y sus reformas. Fuente: Alcaldía de Bogotá.

Decreto Ley 2241 de 1986 “*Por el cual se adopta el Código Electoral.*”. Fuente: Secretaría del Senado.

Ley Estatutaria 1475 de 2011, “*Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones.*”. Fuente: Secretaría del Senado.

Ley Estatutaria 1755 de 2015 “*Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*”. Fuente: Secretaría del Senado.

Ley 96 de 1985, “*Por la cual se modifican las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, el Código Contencioso Administrativo, se otorgan unas facultades extraordinarias*

*y se dictan otras disposiciones.*”. Fuente: Secretaría del Senado.

Ley 472 de 1998, “*Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.*”. Fuente: Secretaría del Senado.

Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*”. Fuente: Secretaría del Senado.

### Jurisprudencia

#### Corte Constitucional

Sentencia C-191 de 1998. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Fuente: Corte Constitucional - Relatoría.

Sentencia C-1005 de 2007. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Fuente: Corte Constitucional - Relatoría.

Sentencia C-437 de 2013. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Fuente: Corte Constitucional - Relatoría.

## Consejo de Estado

Sentencia 2010 – 00076 del 13 de diciembre de 2010 Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. C. P.: María Nohemí Hernández Pinzón. Fuente: Consejo de Estado - Relatoría.

Sentencia 2010 – 00045/2010 – 00046 del 25 de agosto de 2011 Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. C. P.: Susana Buitrago Valencia. Fuente: Consejo de Estado - Relatoría.

Sentencia 2010 – 00086 del 1.º de noviembre de 2012 Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. C. P.: Mauricio Torres Cuervo. Fuente: Consejo de Estado - Relatoría.

Sentencia 2012 – 00047 del 25 de julio de 2013 Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. C. P.: Alberto Yepes Barreiro. Fuente: Consejo de Estado - Relatoría.

Sentencia 2011 – 01849 del 30 de enero de 2014 Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. C. P.: Susana Buitrago Valencia. Fuente: Consejo de Estado - Relatoría.

## Actos Administrativos

### Consejo Nacional Electoral

Resolución 4121 de 2011, “Por la cual se establece el procedimiento para tramitar solicitudes de saneamiento de nulidades y se dictan otras disposiciones”. Fuente: Consejo Nacional Electoral - Relatoría.

Resolución 4138 de 2015, “Por la cual se reglamenta la actividad de los testigos electorales y el reconocimiento y funcionamiento de los organismos de observación electoral”. Fuente: Consejo Nacional Electoral - Relatoría.

### Presidencia de la República

Decreto 3259 de 2009, “Por el cual se corrige un yerro en el Acto Legislativo 01 del 14 de julio de 2009,

por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”. Fuente: Alcaldía de Bogotá.

## Doctrina

Archila, Luis Arturo. *Nulidad de elecciones*. Diccionario Capel - IIDH. Fuentes: Cabanellas, G. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Heliasta, Buenos Aires, SRL, 1972; Nohlen, D. y compiladores. *Tratados de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. IIDH, México, 1998, etc. Fuente: Capel - Relatoría (Buscador).

Arias, Fernando. *Estudios en Derecho Procesal Administrativo*. Grupo Editorial Ibáñez - Universidad Santo Tomás, Bogotá, D. C., 2013.

Barreto, Ómar Joaquín. *Derecho Electoral Colombiano - La Actuación Administrativa*. Grupo Editorial Ibáñez – Universidad del Rosario, Bogotá, D. C., 2007.

Garzón, Juan Carlos. *El nuevo proceso contencioso administrativo - sistema escrito - sistema oral*. Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., Bogotá, D. C., 2014.

Ibáñez, Jorge Enrique. *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo*. Legis, Bogotá, 1997.

Mejía, Guillermo. *Régimen jurídico de elecciones en Colombia*. Ediciones UNAUULA, Biblioteca Jurídica el Dike, Ltda., Bogotá, 2015.

Ruiz-Navarro Pinar, José Luis. *Fórmula electoral*. Diccionario Capel - IIDH. Fuentes: Duverger, M. *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*, París; Rae, D. W. *The Political Consequence of Electoral Law*, Londres, 1971; Sartori, G. *A Framework for Analysis*, Cambridge, 1976, etc. Fuente: Capel - Relatoría (Buscador).

# INGENIERÍA DE LA DEMOCRACIA, UNA MIRADA AL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

## ENGINEERING OF DEMOCRACY A LOOK AT THE RIGHT TO POLITICAL PARTICIPATION IN A CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

**Francisco José Cháux Donado<sup>2</sup>**

Profesor Universitario

*“Lo que llamamos el principio es a menudo  
el fin y llegar al final es llegar al comienzo.  
El fin es el lugar del que partimos”  
T. S. Eliot. Cuatro cuartetos (1942).*

- <sup>1</sup> El presente escrito es un intento del autor por concretar algunos de los temas que se exponen en el módulo de Derecho Electoral e Ingeniería Constitucional dictado en la Especialización de Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional en la Pontificia Universidad Javeriana.
- <sup>2</sup> Magíster en Teoría del Derecho de la Universidad de Nueva York, abogado y especialista en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor del módulo de Derecho Electoral e Ingeniería Constitucional dictado en la especialización de Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional. Profesor de cátedra en la especialización de Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Católica de Colombia. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D. C., Colombia  
fjchaux@hotmail.com

## RESUMEN

En este escrito se exploran tres temas del derecho de la democracia: el primero, el derecho a la participación política; el segundo, los partidos políticos y el tercero, la financiación de las campañas. Todo esto, bajo una perspectiva de constitucionalización de la política democrática, donde la intervención del juez en asuntos de derecho electoral es cada vez más constante, y en algunas ocasiones quien gana las elecciones no necesariamente lo hizo con los votos, sino con los alegatos de un abogado y la sentencia de una corporación judicial.

En lo referente a la participación política, se establece cómo la mayoría de las democracias constitucionales extienden la posibilidad de participar en los procesos políticos –en particular la habilidad para votar– a una amplia parte de su población, además las barreras en razón a la edad, a la capacidad mental, a la nacionalidad y a quienes han sido objeto de sanción penal. Adicionalmente, las democracias tienen mecanismos o requisitos para la identificación de los votantes, con lo cual se aseguran que únicamente sea la persona autorizada quien realmente deposita su voto en las urnas.

Sobre los partidos políticos se reclama que un sistema político verdaderamente democrático, en el cual de manera efectiva la voluntad del pueblo se traduzca en la composición del gobierno y en las leyes que rigen a la sociedad, requiere la existencia de unos partidos políticos legítimos y en correcto funcionamiento. Después de todo, no se conoce en Occidente ninguna otra institución intermedia que pueda conectar al ciudadano con el Estado, de una manera democrática y pluralista como lo hacen los partidos políticos.

En tercer lugar, en lo referente a la financiación de las campañas, se muestra que la forma y monto en que son financiadas las campañas políticas en los diversos sistemas, es uno de los temas más complejos en el derecho de la democracia. Después de todo, estamos hablando de la cantidad de dinero que un político puede gastar en una contienda electoral, de quién puede obtener ese dinero y en qué cantidad.

Finalmente, a manera de conclusión, propone que las decisiones de las cortes se refieren de manera más frecuente a aspectos electorales y de la expresión democrática. Por lo cual, las decisiones judiciales deben ser cuidadosas en reconciliar los derechos esenciales de las personas, la posibilidad de experimentar con las diversas formas constitucionales, el riesgo de manipulación de las normas y de los resultados electorales, y la necesidad de proteger la democracia de facciones antidemocráticas que surjan del proceso político.

## PALABRAS CLAVE

Derecho a la participación política, partidos políticos, financiación de las campañas.

## ABSTRACT

This essay explores three elements of the law of democracy: first, the right to political participation; second, the political parties and third, the finance of the political campaigns. All this, from a perspective of constitutionalization of democratic politics, where the intervention of the judge in matters of electoral law is increasingly constant and sometimes whoever wins the elections did not necessarily do so with votes, but with the allegations of an lawyer and the judgment of a judicial corporation.

Regarding political participation, it is established how most constitutional democracies extend the possibility of participating in political processes - in particular the ability to vote - to a large part of their population, creating barriers due to age, mental capacity, nationality and those who have been subject to a criminal sanction. In addition, democracies have mechanisms or requirements for the identification of voters, thereby ensuring that only the authorized person actually votes in the election.

About the political parties, it is claimed that a truly democratic political system, in which effectively the will of the people translates into the composition of government and the laws that govern the society, requires the existence of legitimate political parties that have a correct operation. After all, no other intermediate institution is known in the West that can connect the citizen to the state in a democratic and pluralistic way as political parties do.

Thirdly, in terms of campaign financing, it is shown that the form and amount of political campaigns financed in the various systems is one of the most complex issues in the law of democracy. After all, we are talking about the amount of money a politician can spend in the electoral contest, from whom he can get that money and in what amount.

Finally, and by way of conclusion, I want to propose that the decisions of the courts are increasingly related to electoral aspects and not to the expression of democracy. Therefore, judicial decisions must be careful to reconcile the essential rights of individuals in a constitutional democracy, the possibility of experimenting with the various constitutional forms that can be adopted in the supreme law, the risk of manipulation of the electoral norms and results, and the need to protect the democracy of antidemocratic factions that arise from the political process.

## KEY WORDS

Political participation right, political parties, campaign finance

## INTRODUCCIÓN

Durante la campaña presidencial de los Estados Unidos de 1952, el candidato demócrata Adlai Stevenson se enfrentó con Dwight D. Eisenhower, candidato por el Partido Republicano. En esos comicios Eisenhower sería electo como el presidente número 42 de la Unión Norteamericana; pero lo anecdótico de este episodio, tal y como me lo contó Richard H. Pildes, mi profesor de Derecho de la Democracia en la Universidad de Nueva York, es que en alguna oportunidad el candidato demócrata fue abordado por una seguidora, quien le manifestó: “señador, usted tiene el voto de toda la gente pensante”, a lo cual Stevenson respondió: “estimada señora, eso no me sirve, yo necesito una mayoría”.

El fin del siglo xx y los inicios del siglo xxi han estado marcados por un espectacular surgimiento de la democracia alrededor del mundo, tal vez el mayor desde que finalizaron en Occidente las revoluciones ilustradas del siglo xviii. En simples números, la cantidad de personas que ha probado por primera vez la experiencia del gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo<sup>3</sup> sobrepasa en millones el pequeño grupo que experimentó la democracia con ocasión de la independencia de los Estados Unidos, la Revolución francesa y las independencias latinoamericanas.

Esta expansión de la democracia tiene sustento en la legitimidad, que –por lo menos

en Occidente– damos por sentado, proviene de manera exclusiva de la voluntad del pueblo. En este sentido, la única legitimidad posible para el gobierno democrático y constitucional es aquella que tiene origen en la voluntad popular expresada en una decisión mayoritaria.

Pero antes que el primer voto sea depositado o contabilizado, las posibilidades de la política en la democracia ya han sido constreñidas y canalizadas en un sistema constitucional; después de todo, las elecciones ocurren dentro de una organización y no en un vacío jurídico.

En consecuencia, las elecciones regulares –organizadas por el sistema jurídico– se muestran como el mecanismo genuino a través del cual se expresa la opinión popular, se escogen los gobernantes y estos son responsables ante la opinión pública. Ciertamente, podemos considerar la existencia de elecciones no democráticas, incluso inconstitucionales, pero sería impensable una democracia constitucional sin ellas.

A pesar de lo pacífico y aceptado de la afirmación anterior, en Occidente no existe un consenso sobre cómo deben ser las elecciones, estas varían de país a país, de constitución a constitución, de democracia en democracia. Algunos Estados usan el sistema electoral de D’hondt, otros el sistema de Hare. En algunos existe un régimen parlamentario, en otros uno presidencial, algunos tienen instituciones representativas unicamerales, otros bicamerales, para algunos la representación es en nombre de toda la nación, mientras que en otros

3 Abraham Lincoln, discurso de Gettysburg, 19 de noviembre de 1863. <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>

es de manera proporcional a la población o incluso en virtud de la división política del territorio. Sin duda, las preferencias en la ingeniería constitucional son una decisión soberana que no hace a un ordenamiento más o menos legítimo; después de todo, se trata de la organización constitucional establecida en virtud del poder soberano del pueblo<sup>4</sup>.

En este escrito, quiero explorar tres temas del derecho de la democracia: el primero, el derecho a la participación política; el segundo, los partidos políticos, y el tercero, la financiación de las campañas. Todo esto, bajo una perspectiva de constitucionalización de la política democrática<sup>5</sup> donde la intervención del juez en asuntos de derecho electoral es cada vez más constante y en algunas ocasiones quien gana las elecciones no necesariamente lo hizo con los votos, sino con los alegatos de un abogado.

Finalmente y a manera de conclusión, quiero proponer que las decisiones de las cortes cada vez se refieren de manera más frecuente a aspectos electorales y de la expresión democrática. Por consiguiente, las decisiones judiciales deben ser cuidadosas en reconciliar los derechos esenciales de las personas en una democracia, la posibilidad de experimentar con las diversas formas constitucionales, el riesgo de manipulación de las normas y de los resultados electorales, y la necesidad de proteger a la democracia de facciones antidemocráticas que surjan del proceso político.

4 Arend Liphart. *Democracies* (1984).

5 Richard Pildes. 'Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics' (2004) 118 *Harvard Law Review* 29.

## EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La mayoría de las democracias constitucionales extienden la posibilidad de participar en los procesos políticos –en particular la habilidad para votar– a una amplia parte de su población, estableciendo barreras en razón a la edad, a la capacidad mental, a la nacionalidad y a quienes han sido objeto de sanción penal. Adicionalmente, las democracias tienen mecanismos o requisitos para la identificación de los votantes, con lo cual se aseguran que únicamente sea la persona autorizada quien realmente deposita su voto en las urnas<sup>6</sup>.

En este punto expondré algunas consideraciones sobre los requisitos y límites para ejercer la participación, esto es, la edad, la capacidad mental, la nacionalidad y residencia, así como los efectos políticos de quien ha sido objeto de sanción penal<sup>7</sup>.

### LA EDAD

Restricciones electorales basadas en la edad reflejan un consenso amplio en los regímenes democráticos; sin embargo, no existe un número mágico sobre cuál es la

6 Richard Pildes. "Elections" en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 530, 531 (Michel Rosenfeld and Andrés Sajó ed., 2012).

7 Una línea similar de estudio fue expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-238 de 2006 cuando sostuvo: "Comoquiera que el derecho al voto es un derecho político que implica que el titular se encuentre debidamente integrado a la comunidad políticamente organizada, se hace indispensable entonces que aquel se encuentre habilitado para intervenir en la mencionada organización política. Esta pertenencia se predica de quienes tienen la calidad de nacionales, y cuando cumplen la edad requerida que revele su capacidad reflexiva pueden entonces votar. De manera general esto basta para el ejercicio del sufragio y, excepcionalmente, por ministerio de la ley, se permite la limitación de estos derechos por una orden judicial".



edad a partir de la que puede ejercerse el derecho al voto.

Sin duda, en los países latinoamericanos existe el común denominador de la edad mínima para votar, 18 años, lo mismo ocurre en la mayoría de los países europeos, pero esto no es universal. Por ejemplo, en Brasil se puede votar desde los 16 años; para algunos asuntos se permite en Escocia votar a los jóvenes de 16 o 17 años; y Austria, desde el 1º de julio de 2007, es el primer miembro de la Unión Europea en establecer la edad legal para votar a los 17 años. La situación se vuelve aún más diversa cuando consideramos las democracias del Lejano Oriente, como Japón, Taiwán, Singapur y Corea del Sur, donde la edad mínima para votar inicia entre los 20 y los 21 años de edad.

El requisito de una edad mínima puede aceptar distinciones dentro de un mismo Estado, tal y como ocurre en los Estados federales, donde la edad para votar varía de manera local, lo cual puede dar lugar conflictivos o litigios constitucionales, tal y como ocurrió en los Estados Unidos.

En el caso estadounidense, la elegibilidad para votar era principalmente determinada por las disposiciones locales, por lo cual cuando el Congreso Federal<sup>8</sup> trató de establecer la edad mínima de 18 años para todas las elecciones, la Corte Suprema en la sentencia de Oregon y Mitchell<sup>9</sup> declaró dicha regulación como inconstitucional,

8 Ley de Derechos Electorales de 1970 de los Estados Unidos de América.

9 Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia Oregon v Mitchell 400 US 12 (1970).

argumentó que en un modelo federal las elecciones nacionales podían ser reguladas por la institución legislativa nacional, pero en las elecciones locales el tema de la edad era un asunto de las instituciones estatales, quedándose vedado dicho terreno al Congreso Federal en Washington.

En respuesta a la declaratoria de inconstitucionalidad de la Corte, el Congreso y los Estados aprobaron la Enmienda 26 a la Constitución de los Estados Unidos, en la cual se prohíbe a los Estados parte y a la federación limitar el acceso al voto a un ciudadano mayor de 18 años<sup>10</sup>.

En Australia, un Estado con una forma constitucional bastante particular, ya que se trata de una federación con un sistema de gobierno parlamentario organizado como una monarquía constitucional, fue el Parlamento, en oposición a lo resuelto por la Corte Suprema, el que garantizó que el derecho al voto fuera desde los 18 años y no desde los 21<sup>11</sup>.

Finalmente, en el caso patrio, el parágrafo del artículo 98 de la Constitución Política de 1991 establece que la ciudadanía y por consiguiente el derecho al voto se ejercerá desde los 18 años.

## CAPACIDAD MENTAL

Con excepción de Canadá, Suecia, Irlanda, Italia y Austria<sup>12</sup>, es común que las demo-

10 <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxxvi>

11 Corte Suprema de Australia. Sentencia King v Jones (1972). [http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1972/44.html?stem=0&synonyms=0&query=%20\(1972\)%20128%20CLR%20221](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/HCA/1972/44.html?stem=0&synonyms=0&query=%20(1972)%20128%20CLR%20221).

12 Louis Massicotte, Andre Blais y Antoine Yoshinaka. Establishing the Rules of the Game: Election Laws in Democracies", p. 17 (2004). En el mismo sentido, Ladislav Vyhnanek,

cracias occidentales limiten el derecho al voto en razón a la capacidad mental de las personas. En los Estados Unidos existen –en virtud de su modelo federal– diferentes formas de restricción en cada uno de los miembros de la Unión; por ejemplo, en algunos Estados los individuos sometidos a una medida judicial deben demostrarle a la administración judicial su salud mental para poder votar, o incluso en otros Estados es carga de la Administración Pública probar ante el juez la incapacidad para votar de las personas.

En los países europeos también existe una gran cantidad de variedad en la forma como se restringe el voto en razón a la capacidad mental de una persona. Correlativamente ha habido un aumento en la actividad judicial para asegurar decisiones individuales en los Estados parte de la Unión Europea. Por ejemplo, la Corte Constitucional checa determinó en el 2010 que las restricciones en razón a una discapacidad mental debían ser declaradas caso por caso y no en virtud de normas generales<sup>13</sup>. El mismo año, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció:

*“(...) cualquier condición impuesta no debe impedir la libre expresión del pueblo en la elección de la legislatura –en otras palabras, se debe reflejar y no ir en contra de la preocupación de mantener la integridad y efectividad del proceso electoral, el cual tiene la finalidad de identificar la voluntad de las personas a través del sufragio universal (...) En particular, le corresponde al legislador de-*

*cidir qué procedimiento debe ser adoptado para evaluar la aptitud de voto de las personas con discapacidad mental (...) La Corte no puede aceptar como un margen aceptable de consideración, la existencia de una prohibición absoluta en el voto de las personas bajo tutela judicial parcial, sin importar sus facultades mentales actuales. Ciertamente, mientras la Corte reitera que el margen de discrecionalidad es amplio, no puede aceptar que este lo abarque todo (Hirst v. the United Kingdom (n.º 2) [GC], op. cit., § 82). En adición, si restricción sobre derechos fundamentales aplican a grupos vulnerables de la sociedad, que han sufrido considerable discriminación en el pasado, como lo son los mentalmente discapacitados, el margen del Estado para regular es sustancialmente menor y debe tener en cuenta razones de alto peso para la restricción (...)”<sup>14</sup>.*

La expansión del derecho al voto a las personas con discapacidad mental no ha sido solo un tema impulsado por las cortes; 147 países firmaron la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual en su artículo 29 establece:

*“Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a: (...) Asegurar que las personas con discapa-*

Mental Disability and the Right to Vote in Europe: A few Notes on the Recent Development, pp. 1 a 10 (2010).

13 Supra, Vyhnánek, p. 7.

14 Caso de Alajos Kiss v. Hungría (disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-98800&filename=001-98800.pdf&TID=nlzbnbtpxd>). Traducción del autor.

*idad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas*<sup>15</sup>(negrilla fuera del original).

En este mismo sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el derecho al voto lo siguiente: “El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad”<sup>16</sup>.

Sobre la posibilidad de votar por parte de las personas con discapacidad mental, la Corte Constitucional en la sentencia C-182 de 2016 realizó una comparación entre la capacidad para decidir un procedimiento médico y la autonomía para ejercer el derecho al voto; al respecto dijo:

*“68. En concordancia con las anteriores reglas, la jurisprudencia constitucional*

*ha indicado que la autonomía necesaria para tomar una decisión sobre procedimiento o intervenciones en la salud no es una noción idéntica a la capacidad legal propia del derecho civil o aquella necesaria para ejercer el voto. En efecto, se distingue entre estos dos conceptos de capacidad dado que ‘una persona puede no ser legalmente capaz, pero sin embargo ser suficientemente autónoma para tomar una opción médica en relación con su salud’ o viceversa”<sup>17</sup>.*

Desde el punto de vista legal, el artículo 12 de la Ley 1306 de 2009 releva del cumplimiento de los deberes políticos a las personas con discapacidad, y el artículo 15 de la misma ley establece que las personas con incapacidad relativa están inhabilitadas para aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación; en los demás actos se estará a las reglas generales de capacidad.

## NACIONALIDAD Y RESIDENCIA

Las democracias constitucionales también limitan el voto en virtud de la nacionalidad y la residencia, restricciones que se justifican por la necesidad de existir una conexidad con la comunidad política, de tal manera que el votante tenga en primer lugar un vínculo con el Estado y, por el otro, un interés en el proceso electoral y en su resultado<sup>18</sup>.

Si bien es apenas lógico que los Estados limiten el derecho al voto y a la participación política en razón a la nacionalidad –el vínculo político y jurídico que tiene una persona

<sup>15</sup> Disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>.

<sup>16</sup> Observación General N.º 1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11.º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), (CRPD/C/GC/1), párr. 29.

<sup>17</sup> Se omiten citas de la Corte.

<sup>18</sup> Andre Blais, Louis Massicotte y Antoine Yoshika. Deciding Who Has the Right for Vote, p. 20 (2001).

con el Estado—, no es menos cierto que los procesos de igualdad en los derechos políticos de nacionales y extranjeros son cada vez más comunes en Occidente.

En los 27 países miembros de la Unión Europea, como requisito de ingreso, se debe permitir a los residentes que son nacionales de otro Estado miembro votar en los asuntos locales<sup>19</sup>.

En los Estados Unidos, como sistema federal, ha sido potestad de los Estados parte determinar en qué tipo de elecciones y en cumplimiento de qué requisitos los extranjeros pueden participar. Sobre lo anterior, la Corte Suprema norteamericana ha afirmado que limitar el derecho al voto a los nacionales es constitucional; nunca ha determina que el voto debe ser limitado a los ciudadanos<sup>20</sup>.

En nuestro vecindario, la Constitución de Uruguay establece:

*“Artículo 78. Tienen derecho al sufragio, sin necesidad de obtener previamente ciudadanía legal, los hombres y las mujeres extranjeros, de buena conducta, con familia constituida en la República, que poseyendo algún capital en giro o propiedad en el país, o profesando alguna ciencia, arte o industria, tengan residencia habitual de quince años, por lo menos, en la República.*

*La prueba de la residencia se fundará indispensablemente en instrumento público o privado de fecha comprobada, y*

*si la justificación fuera satisfactoria para la autoridad encargada de juzgarla, el extranjero quedará habilitado para el ejercicio del voto desde que se inscriba en el Registro Cívico, autorizado por la certificación que, a los efectos, le extenderá aquella misma autoridad”.*

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prescribe:

*“Artículo 64. (...) El voto para las elecciones municipales y parroquiales y estadales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política”.*

La Carta Política de la República de Chile consagra:

*“Artículo 14. Los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley” (resaltado fuera de texto).*

En el caso colombiano, el artículo 100 de la Constitución Política de 1991 establece que *“la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”*. En desarrollo de dicho precepto, el

19 Supra, nota 4, p. 533.

20 Corte Suprema de los Estados Unidos. *Cabell v Chávez-Salido* (1982).

legislador expidió la Ley 1070 del 2006 o ley estatutaria del voto de los extranjeros.

La mencionada ley determina que los extranjeros residentes en el país podrán votar en las elecciones y consultas populares de carácter municipal y distrital del último lugar donde hayan fijado su domicilio.

Sobre los requisitos que deben cumplir los extranjeros para poder votar, la citada ley en su artículo 5.º determina que deberán tener 18 años de edad cumplidos, una visa de residente de conformidad con las normas que regulen la materia, acreditar como mínimo cinco (5) años continuos e ininterrumpidos de residencia en Colombia, poseer cédula de extranjería de residente, estar inscritos en el respectivo Registro Electoral y no estar incurso en las inhabilidades constitucionales y legales.

La Ley 1070 de 2006 fue objeto de examen de constitucionalidad en la sentencia C-238 de 2006, decisión que declaró la norma como constitucional con excepción del párrafo 2 del artículo 4.º.

Lo anterior muestra el reconocimiento normativo de una distinción entre elecciones locales y las elecciones nacionales, en las primeras se representan necesidades locales mientras que en las segundas se responde al vínculo con la nación<sup>21</sup>.

### Sancionados penales

Otra forma de restricción al voto en las democracias constitucionales radica en la limitación al sufragio –así como de otros derechos políticos– de quienes han sido

objeto de una sanción penal. No todos los países occidentales restringen el derecho de los convictos y exconvictos; Estados como Canadá, la República Checa, Dinamarca, Israel, Japón, Holanda, Noruega, Perú, Polonia, Suecia y Rumania permiten que los condenados penales mantengan sus derechos políticos<sup>22</sup>. En efecto, para la Corte Suprema de Canadá, la negación del derecho al voto sobre la base de que el condenado no merece tener una opinión política o que esta sea respetada (expresada y contada) es inconsistente con la idea de la dignidad humana que se encuentra en cada democracia constitucional.

En igual sentido, la Corte Suprema de Israel determinó que ni aun el asesino del Primer Ministro Yitzhak Rabin podía ser privado del derecho a votar por el Knesset o parlamento; después de todo, de dicha institución fluye la democracia israelí. De manera aun más garantista, en Alemania y Sudáfrica existe la obligación por parte del Estado de garantizar a los condenados la oportunidad de depositar su voto<sup>23</sup>.

Por otro lado, en países como el Reino Unido y España se prohíbe el voto a quienes están cumpliendo la sentencia y solo desde su excarcelación recuperan los derechos políticos<sup>24</sup>.

Otros Estados –como Bélgica, Colombia, Grecia e Italia– han determinado como potestad de la Corte que emite la sentencia decidir en virtud de la gravedad del delito

22 American Civil Liberties Union, *Out of Step with the World: An Analysis of Felony Disenfranchisement in the US and Other Democracies*, p. 6 (2006).

23 *Supra*, nota 4, pp. 534 y 535.

24 Esto aun en contra de lo dicho por el Consejo Europeo.

21 *Supra* nota 4, pp. 533 y 534.

el tiempo por el cual el condenado perderá sus derechos políticos, llegando incluso a perder el voto, aun después de haber terminado la sentencia<sup>25</sup>.

El caso de los Estados Unidos, nuevamente, resulta muy particular, toda vez que los miembros de la Unión determinan qué derechos pierden –o, si se quiere, conservan– los condenados. Por ejemplo, en Maine y Vermont, ningún reo pierde sus derechos políticos, mientras que en otros estados, como Kentucky, todos los determinados como responsables de un crimen pierden sus derechos políticos.

Sobre lo anterior, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha concluido que es potestad de los estados el grado o nivel en que los convictos y exconvictos conservan el derecho al voto; no obstante, la Corte ha sido clara en establecer que estas restricciones no pueden darse en razón de categorías sospechosas como la raza<sup>26</sup>.

## LEYES DE IDENTIFICACIÓN DE LOS VOTANTES

Todas las democracias requieren que los votantes presenten un documento válido de identificación en el puesto de votación; pero a través de qué documentos se identifica el votante, varía de democracia a democracia.

En algunos países el votante puede acreditar su identidad solamente con documentos emitidos por el propio Estado que contengan una foto del portador (DNI o cédula), mien-

tras que en otros, como Irlanda, Suecia e India, son válidos para acreditar la identidad del votante una gran cantidad de documentos.

Bien sea que se requiera un documento oficial con foto que permita identificar al votante o que cualquier documento sirva para acreditar la calidad de elector, lo cierto es que es un fin legítimo de los Estados prevenir el fraude mediante el establecimiento de este tipo de requisitos. La confianza del público en que el Gobierno será el producto de elecciones libres y justas, y no producto del fraude, legitima que en cierto grado el votante se identifique en el momento de depositar su voto. El grado de estas medidas de identificación del votante responde al compromiso social de prevenir y eliminar en la mayor medida posible el fraude electoral.

Vale decir que las Cortes de cierre han declarado la constitucionalidad de las medidas que eviten el fraude electoral, siempre y cuando se trate de requisitos que se pueden cumplir por documentos obtenidos de manera gratuita. Incluso, la Corte Suprema de la India y la de Canadá han establecido que la identificación pública del votante y ante testigos sobrepasa las creencias religiosas que estos puedan llegar a tener, tal y como es el caso de quienes practican el islam y usan una burka para que no se les vea la cara en público. Concluyen estas instituciones que prevalece la necesidad de identificación pública sobre el derecho religioso a no serle visto el rostro<sup>27</sup>.

25 Al respecto se puede consultar el artículo 52 del Código Penal.

26 Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia *Hunter v Underwood* (1985).

27 Corte Suprema del Canadá. Sentencia *Henry v Canada* (2010) y *Dhananjay Mahapatra, Life Veil for Voter ID, SC Tells Burqa-clad Women* (2010).

## PARTIDOS POLÍTICOS

Un sistema político verdaderamente democrático en el cual de manera efectiva la voluntad del pueblo se traduzca en la composición del Gobierno y en las leyes que rigen a la sociedad requiere la existencia de unos partidos políticos legítimos y en correcto funcionamiento<sup>28</sup>. Después de todo, no se conoce en Occidente ninguna otra institución intermedia que pueda conectar al ciudadano con el Estado de una manera democrática y pluralista como lo hacen los partidos políticos.

Las constituciones modernas reconocen la importancia de los partidos políticos; muchas, como en el caso de la colombiana, reconocen como un derecho fundamental de los ciudadanos el fundar, vincularse y difundir la ideología de este tipo de organizaciones<sup>29</sup>.

Para darle efectividad a este derecho, las Cortes de cierre han sido activas en la protección de esta garantía. La Corte Constitucional Federal Alemana ha declarado inconstitucionales las normas que limitan el acceso de las personas a la creación de partidos al considerar que el requisito de 500 firmas para crear un partido nuevo interfiere con un sistema político democrático y abierto a la competencia<sup>30</sup>.

En un sentido similar, la citada institución judicial consideró inconstitucional que un candidato postulado por un grupo de ciudadanos asegurara un número de firmas para poder aparecer en el tarjetón<sup>31</sup>.

En el caso *Figueroa*, la Corte Suprema del Canadá consideró como contrarios a la Carta de Derechos y Libertades de los canadienses los requisitos que limitaban el acceso a la financiación estatal de los partidos, esto es, haber presentado por lo menos 50 candidaturas en diferentes circunscripciones<sup>32</sup>.

Incluso, la Corte Constitucional Alemana ha llegado a considerar los umbrales electorales como una barrera injustificada para el ejercicio de la democracia y como un instrumento de la mayoría para evitar el pronunciamiento minoritario dentro del sistema constitucional<sup>33</sup>. Pero no todas las cortes han sido tan activistas como la alemana, en Checoslovaquia y en Colombia se ha mantenido el requisito de obtener un porcentaje de votos en las elecciones para que un partido pueda tener un reconocimiento estatal<sup>34</sup>.

La organización de partidos no es solo un tema de requisitos formales; existe también una necesidad de regular los partidos políticos que son contrarios a la democracia misma. Esto es partidos tales como los neonazis, los separatistas o los fundamentalistas religiosos, cuya ideología es contra-

28 Quiero usar el término partidos políticos de manera amplia para referirme a todo movimiento organizado y legalmente reconocido que por el ofrecimiento de una ideología o programa de gobierno aspira a ganar el voto en una elección.

29 Artículo 40 de la Constitución Política de 1991.

30 Richard Pildes. "Political Parties and Constitutionalism" en *Comparative Constitutional Law* (Tomo Ginsburg y Rosalind Dixon ed), p. 254 (2011). *Supra*, nota 4, p. 537.

31 Corte Constitucional Federal de Alemania. Caso *Stovesandt*. 12 BVerfGE 10, 25 (1960).

32 *Figueroa v. Canadá*. Disponible en <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2069/index.do>.

33 Caso de la Elección de Unidad Nacional. 82 BVerfGE 322 (1990).

34 Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 2014.

ria a los postulados esenciales de la democracia constitucional.

En el caso anterior, la India permite anular la elección donde el candidato ganador ha vulnerado alguna de las prohibiciones o salvaguardas democráticas<sup>35</sup>. En Israel se encuentra prohibido que partidos antidemocráticos busquen una posición de elección popular<sup>36</sup>, y en Turquía la Corte Constitucional encontró que el Partido del Bienestar era una institución antidemocrática que vulneraba los compromisos de la Constitución a un Estado democrático y secular. Ordenó la Corte turca la disolución del Partido del Bienestar, la entrega de sus bienes al Estado y la remoción de cuatro miembros del referido grupo electos en el Parlamento<sup>37</sup>.

La decisión de la Corte Constitucional Turca fue avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los siguientes términos:

*“Un Estado no puede ser requerido a esperar para intervenir, hasta que un partido político ha tomado el poder y ha empezado a tomar pasos concretos para implementar una política contraria a los estándares de la Convención y la democracia”<sup>38</sup>.*

La actividad de las Cortes no se ha limitado a lo anterior; algunas se han percatado del poder de ciertos líderes dentro del sistema constitucional para rehacer las normas y

quedarse con el poder; otras han encontrado que su sistema democrático se ve afectado por la existencia de un único partido o de un partido absolutamente mayoritario, tal y como es el caso del Partido Congreso Nacional Africano en Sudáfrica.

## FINANCIACIÓN DE LAS CAMPAÑAS

Tal vez la forma y monto en que son financiadas las campañas políticas en los diversos sistemas sea uno de los temas más complejos en el derecho de la democracia. Después de todo, estamos hablando de la cantidad de dinero que un político puede gastar en una contienda electoral, de quién puede obtener ese dinero y en qué cantidad.

Según la doctrina más reconocida sobre la materia, cuando los Estados regulan la financiación de las campañas, lo hacen bajo la lógica de tres racionalidades<sup>39</sup>. La primera de ellas hace referencia a mejorar la confianza del público en el proceso electoral, de manera que las personas sientan que el resultado de las votaciones obedeció a un proceso legítimo y no a quien podía invertir más dinero en la elección.

El segundo raciocinio se muestra como la necesidad de conseguir la igualdad entre los candidatos, la idea de que los ciudadanos no solo deben tener igualdad en el voto, sino una posibilidad idéntica de influenciar a los votantes.

35 Prabhoo v Shri Prabhakar Kasinath Kunte (1999).

36 Artículo 7.º de la Constitución israelí.

37 Corte Constitucional de Turquía. Sentencia 1 del 16 de enero de 1998.

38 El partido del Bienestar y otros v Turquía. Sentencia del 13 de febrero de 2003.

39 Keith D. Ewing y Samuel Issacharoff. Party Funding and Campaign Financing in International Perspective, p. 6 (2006).



Y en tercer lugar, evitar la corrupción, esto es, el riesgo de que pueda ser cambiado el favor político en la legislatura o en el ejecutivo por la entrega de dinero para la campaña del candidato.

Otras democracias consideran que regular las financiaciones de las campañas es una intromisión no deseada en la libertad del proceso democrático; tal es el caso de Australia, no existe ninguna restricción al origen o monto del dinero que puede ser gastado por un partido político en una elección. No se tiene un tope a lo que puede ser donado por una persona a una campaña.

Así las cosas, si se decide regular la financiación de las campañas, las opciones son variadas: se tiene desde el límite al monto que una persona puede donar o restricciones a la contribución, límites a lo que puede ser gastado por la campaña o topes en el gasto, la creación de subsidios públicos como fuente de financiación, el establecimiento de tiempo o pauta libre en los medios de comunicación y la publicidad de las cuentas de las campañas.

Este tipo de normas regulatorias de la financiación de las campañas políticas ha sido atacado como inconstitucional bajo dos argumentos: (1) que estos límites restringen de manera inadecuada la libertad de las personas y su derecho a la libre expresión, y (2) que las normas de restricción a la financiación de las campañas tienden a favorecer a ciertos partidos o a permitir que los partidos en el poder permanezcan en él.

Lo primero que debe decirse sobre la solución dada por los tribunales constituciona-

les a lo largo del globo a la problemática anterior es que esta –como tema propio de la forma como se entiende la democracia– ha sido espectacular en su diferencia, pero coincide en que la regulación que limita la financiación de las campañas políticas será constitucional, dependiendo de la legitimidad del Estado para restringir el punto en particular.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado la legitimidad de los Estados para restringir la financiación de las campañas políticas, con el fin de asegurar la igualdad entre los candidatos. Bajo el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el referido tribunal ha concluido que el derecho a la libertad de expresión puede ser sujeto a formalidades, condiciones, restricciones o penalidades, tal y como sean consideradas necesarias por el derecho en el marco de una democracia constitucional<sup>40</sup>.

De forma similar, la Corte Suprema del Canadá ha concluido que la restricción en la financiación de las campañas, en particular los límites en el gasto, es necesaria para mantener un equilibrio y equidad en la contienda democrática<sup>41</sup>.

*“El principio de la justicia presupone que ciertos derechos o libertades pueden ser limitados en el nombre de un proceso democrático sano”<sup>42</sup>.*

40 Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia *Bowman v Commonwealth* (1996) 26 EHRR 1.

41 Corte Suprema del Canadá. Sentencia *Libman v Quebec* (1996).


42 *Supra*, nota 39.

Por otro lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos en sus casos hito de *Buckley v Valeo* de 1976 y de *Citizens United v FEC* de 2010 encontró que no existía un interés legítimo del Estado para asegurar una igualdad relativa entre los miembros de la comunidad en los resultados de las elecciones, por lo cual regular la financiación de las campañas limitando el monto que podía ser construido por las personas, bien sean naturales o jurídicas, resultaba inconstitucional.

Vale decir que la estabilidad de las normas que regulan la financiación de las campañas favorece el statu quo alcanzado con las normas vigentes, de tal forma que quien fue electo bajo ciertas reglas seguramente tendrá más posibilidad de permanecer en el cargo si estas normas no son modificadas. Después de todo, una cualidad inherente del cambio es la incertidumbre.

## CONCLUSIÓN

Uno de los desarrollos más destacados en los años recientes es cómo las Cortes de

cierre alrededor del mundo han sido activas en la defensa de los derechos individuales y en la protección de la igualdad política en la estructura y procesos de la democracia; esto en asuntos tan variados como el derecho a la participación política lo permite: regulación de la financiación de las campañas, el derecho al voto, el modelo de las instituciones electorales y la resolución de los conflictos electorales. Esta constitucionalización del proceso político en la democracia es una garantía, pero también una incertidumbre. La democracia es un proceso continuo, el único sistema que de forma pacífica se cambia a sí mismo, es un proceso de autodeterminación como también de autocorrección. El riesgo con la constitucionalización de la política democrática es que las cortes mantengan instituciones o arreglos que frustren el proceso y aspiraciones políticas legítimas de las personas o incluso lleguen a limitar que sea el propio pueblo quien determine el contenido de las normas fundamentales<sup>43</sup>. 

43 Esta conclusión hace parte del libro del autor *Adiós a la Constitución*.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abraham Lincoln, Discurso de Gettysburg,

Arend Liphart. *Democracies* (1984).

Richard Pildes. 'Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics' (2004) 118 *Harvard Law Review*.

Richard Pildes. *Elections in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 530, (Michel Rosenfeld and Andrés Sajó ed., 2012).

Corte Constitucional, en la Sentencia C-238 de 2006,

Ley de Derechos Electorales de 1970 de los Estados Unidos de América.

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia *Oregon v Mitchell* 400 US 12 (1970).

Corte Suprema de Australia. Sentencia *King v Jones* (1972).

Louis Massicotte, Andre Blais y Antoine Yoshinaka. "Establishing the Rules of the Game: Election Laws in Democracies" (2004).

Ladislav Vyhnanek, Mental Disability and the Right to Vote in Europe: A few Notes on the Recent Development (2010).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Alajos Kiss v. Hungría.

Observación General N.º 1 (2014). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 12- Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11.º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), (CRPD/C/GC/1), párr. 29.

Andre Blais, Louis Massicotte y Antoine Yoshika. Deciding Who Has the Righth for Vote (2001).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia Cabell v Chávez-Salido (1982).

American Civil Liberties Union, Out of Step with the World: An Analysis of Felony Disenfranchisement in the US and Other Democracies, p. 6 (2006).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia Hunter v Underwood (1985).

Corte Suprema del Canadá. Sentencia Henry v Canadá (2010).

Dhananjay Mahapatra, Life Veil for Voter ID, SC Tells Burqa-clad Women (2010).

Constitución Política de 1991.

Richard Pildes. Political Parties and Constitutionalism en Comparative Constitutional Law (Tomo Ginsburg y Rosalind Dixon ed) (2011).

Corte Constitucional Federal de Alemania. Caso Stovesandt. 12 BVerfGE 10, 25 (1960).

Corte Suprema del Canadá. Sentencia Figueroa v Canadá.

Corte Constitucional Federal de Alemania. Sentencia de la Elección de Unidad Nacional. 82 BVerfGE 322 (1990).

Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 2014.

Corte Suprema de la India. Prabhoo v Shri Prabhakar Kasinath Kunte (1999).

Constitución Israelí.

Corte Constitucional de Turquía. Sentencia 1 del 16 de enero de 1998.

El partido del Bienestar y otros v Turquía. Sentencia del 13 de febrero de 2003.

Keith D. Ewing y Samuel Issacharoff. Party Funding and Campaign Financing in International Perspective (2006).

Corte Suprema de los Estados Unidos. Sentencia Bowman v Commonwealth (1996).

Corte Suprema del Canadá. Sentencia Libman v Quebec (1996).

# ¿CUÁL HA SIDO EL IMPACTO EN LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN COLOMBIA DOCE AÑOS DESPUÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL VOTO PREFERENTE?

## WHAT HAS BEEN THE IMPACT ON POLITICAL PARTICIPATION IN COLOMBIA, TWELVE YEARS AFTER THE IMPLEMENTATION OF THE PREFERENTIAL VOTE?

**Clemencia Castellanos Cuesto<sup>1</sup>**  
Delegada Departamental de Boyacá  
Registraduría Nacional del Estado Civil

### RESUMEN

La reforma política realizada en el año 2003 creó nuevas mecánicas y procedimientos electorales para el ejercicio de la participación democrática en Colombia. Uno de los cambios instituidos fue el de darles la opción a las organizaciones políticas de inscribir listas a corporaciones con la modalidad del voto preferente. Este hecho generó cambios en la participación política, tanto de los electores como de las entidades partidistas, pues con esta modalidad los electores tienen la posibilidad de escoger al candidato que, a su consideración, debe ocupar la curul que gana la agrupación política y a su vez las agrupaciones políticas se ven abocadas a realizar una mejor selección de sus postulados para ganar prestigio y buen nombre.

<sup>1</sup> Administradora de empresas y abogada, especializada en Opinión Pública y Mercado Político, servidora pública en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Por tanto, este artículo presenta un análisis del comportamiento electoral de los ciudadanos, de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, a fin de determinar el impacto que ha generado en estos actores políticos la implementación del voto preferente.

Se muestra que, en efecto, la particularidad del voto preferente genera un cambio en la participación política de los ciudadanos y de las organizaciones partidistas. Esto se da porque los electores se sienten partícipes directos de la decisión de elegir a sus representantes en las corporaciones públicas.

### **PALABRAS CLAVE**

Reforma política, voto preferente, lista cerrada, partidos, movimientos políticos, grupos significativos de ciudadanos, participación política, electores, listas y candidatos únicos, umbral, cifra repartidora.

### **ABSTRACT**

Political reform in 2003, created new mechanical and electoral procedures for the exercise of the democratic participation in Colombia. One of the changes made, was to give the option to enroll lists of candidates for corporations with the modality of preferential voting. This caused changes in political participation of voters and political organizations, because with this method the electors have the possibility to choose the candidate that will occupy the seat that won the political organization.

This paper presents an analysis of the voting behavior of citizens, political parties, political movements and significant groups of citizens, in order to determine the impact that generated the preferential vote.

### **KEY WORDS**

political reform, preferential vote, closed list of candidates, parties, political movements, significant groups of citizens, political participation, electors, lists and single candidate.

## **INTRODUCCIÓN**

Esta investigación se propone revisar la eficacia de la reforma política de 2003 y especialmente determinar el impacto que ha tenido en la participación democrática de Colombia

la implementación del voto preferente, doce años después de su implementación. El tema es de gran importancia teniendo en cuenta que al contar con un Estado que fomente la participación y la democracia, estas deben constituirse en el principal objetivo de los diri-

gentes políticos y de los ciudadanos en general, por lo que se hace necesario que las mecánicas creadas sean revisadas para determinar su efectividad.

Para el propósito descrito se sintetizarán los principales conceptos implícitos en la reforma política de 2003. En primer lugar, se hará una apertura al tema propuesto, realizando una descripción de la reforma política. Posteriormente se revisarán datos estadísticos elaborados por la Registraduría Nacional del Estado Civil, que sirven como elemento de análisis para el presente trabajo. Se explicarán brevemente las modalidades de voto preferente y listas cerradas y el grado de utilización que estas han tenido por parte de las organizaciones partidistas en los procesos electorales ocurridos a partir de la promulgación de la reforma hasta las elecciones del año 2015.

Más adelante se identificarán puntos de vista fundamentales. Se tendrán en cuenta las opiniones que han dado algunas personalidades, como el exministro Otto Morales Benítez, (q. e. p. d.), el politólogo Fernando Giraldo y el ingeniero de sistemas Juan Carlos Rodríguez Raga. Finalmente, se demostrará que con la implementación del voto preferente se han aumentado la participación política y la democracia en Colombia.

### **El sistema electoral y la reforma política de 2003**

La selección de un sistema electoral depende de intereses y condiciones sociales del país y se convierte en una variable esencial en el análisis de los efectos en la participación de su ciudadanía. Esto quiere decir que el sistema electoral puede restringir, dificultar o, por el

contrario, facilitar y acrecentar la participación democrática de los ciudadanos.

Después de mantenerse casi invariable por muchos años, el sistema electoral colombiano fue reformado sustancialmente mediante la promulgación del Acto Legislativo 01 del año 2003, el cual varió ostensiblemente la organización de los partidos y la mecánica electoral.

Entre las modificaciones decretadas se pueden relacionar las que tienen que ver con el umbral, la actuación de los miembros de corporaciones en bancadas, la prohibición de la doble militancia, las listas únicas, el voto preferente y la aplicación de la cifra repartidora para la asignación de las curules

La intención de los legisladores al introducir estas reformas al sistema electoral fue fortalecer los partidos políticos imponiendo nuevas reglas de juego, buscando incrementar la participación democrática y también conjurar los problemas de corrupción.

La adopción optativa del voto preferente como medida para fortalecer la participación democrática del país es considerado uno de los cambios más importantes de la reforma política de 2003, pues su aplicación afectó a los partidos políticos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos en la organización de sus listas y, en gran medida, a los electores, dándoles a estos últimos la oportunidad de escoger, a través del voto, a la persona que los represente en el poder político.

Con la expedición de la reforma política, los legisladores colombianos determinaron acciones modificatorias, entre otras, que para todos los procesos de elección popular los partidos, los movimientos políticos y los gru-

pos significativos de ciudadanos podrán inscribir listas y candidatos únicos. Es decir, cada entidad partidista podrá avalar en cada circunscripción electoral una sola lista o un solo candidato, según sea la elección para corporación o cargo.

Este cambio es considerado de suma importancia si se tiene en cuenta que con anterioridad a la reforma, las organizaciones políticas

expedían multiavales, y un solo partido podía postular un gran número de listas o de candidatos, lo cual ocasionaba desgaste para los electores, pues se enfrentaban a una tarjeta electoral gigantesca que resultaba inmanejable. En el año 2002, para la elección de la Cámara Territorial en Bogotá, las agrupaciones políticas inscribieron, cada una, varias listas. Por ejemplo, el Partido Liberal Colombiano inscribió 145 listas (ver cuadro).

### Análisis de la participación política por partidos movimientos y grupos significativos de ciudadanos

Cámara de Representantes territorial - Bogotá  
Elecciones del 10 de marzo de 2002  
Listas inscritas

Nombre del Partido, Movimiento Grupo	Total Listas Presentadas
Partido Liberal Colombiano	145
Movimiento Cambio Radical	15
Movimiento Nacional Progresista	15
Movimiento Defensa Ciudadana	12
Partido Conservador	12
Participación Comunitaria	10
Movimiento Convergencia Popular	8
Movimiento Cívico Independiente	5
Movimiento Equipo Colombia	4
Movimiento Ciudadano	3
Movimiento Alternativa	2
Movimiento Colombia Siempre	2
Movimiento Concertación Cívica Nacional	2
Movimiento de Participación Popular	2
Movimiento Popular Unido "MPU"	2
Movimiento de Reconstrucción	2
Movimiento de Renovación AAC. Laboral	2
Movimiento Sí Colombia	2
Otros Grupos (42) C/U Una Lista	42
<b>Total Listas Inscritas</b>	<b>287</b>

Fuente: Registraduría Nacional de Estado Civil.

A este respecto, Dieter Nholen expresó que en Colombia existía una peculiaridad y era que los escaños no se asignaban por partidos, sino por listas, pese a que la Constitución de Colombia estipula la representación proporcional de los partidos. Expresó el profesor Nholen que esta práctica traía como consecuencia la proliferación de listas<sup>2</sup>.

También se determinó con la reforma que todos los partidos y demás organizaciones políticas que participen en las elecciones de corporaciones públicas deberán alcanzar un número mínimo de votos para aspirar a obtener curules en dicha corporación. Es decir, la reforma estableció un umbral, el cual tratándose del Senado de la República equivale al 2% de los votos sufragados y para las demás corporaciones al 50% del cociente electoral (con la expedición posterior del Acto Legislativo 01 de 2009, el umbral para Senado a partir del año 2014 es del 3%).

Las organizaciones políticas que alcancen el umbral tendrán derecho a entrar en el juego de la distribución de curules, la que se realizaba por el sistema de cociente electoral. A partir de la reforma de 2003 se cambió por el método de cifra repartidora.

El método de la cifra repartidora instituido convierte votos en escaños dividiendo sucesivamente por uno, dos, tres o más el número de votos obtenidos por cada lista, ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número to-

tal de resultados igual al número de curules por proveer, denominando cifra repartidora al resultado menor.

De otra parte, el mismo acto legislativo determinó que las entidades políticas en el momento de inscribir listas podrán optar por el mecanismo del voto preferente o continuar con el sistema tradicional de la lista cerrada.

Con el **voto preferente** se da a los ciudadanos la oportunidad de escoger de una lista, a través de su voto, el candidato que debe ocupar la curul que gana el partido, mientras que en la lista cerrada los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos son los que confeccionan y ordenan las listas que inscriben a corporaciones públicas, de tal manera que las curules que obtengan les son asignadas según el orden de los renglones.

En el mecanismo de lista cerrada es la organización partidista la que impone los candidatos que ocuparán las curules que se obtengan.

El éxito que han tenido las entidades partidistas en las elecciones de Congreso, a partir del año 2006, se debe a la utilización de listas con **voto preferente**, o **listas abiertas**. La utilización del **voto preferente** se ha constituido en una estrategia electoral para obtener más votos. Además, los requisitos de presentar listas únicas y superar un umbral electoral han forzado a los políticos a agruparse en pocas entidades. El voto preferente es la institución que permite resolver problemas de coordinación de los políti-

2 NHOLEN Dieter. Sistemas electorales y partidos políticos. 1998. Fondo de Cultura Económica. México.



cos sobre quién ocupa los primeros lugares en la lista, aquellos con mayores opciones de ganar, en caso de que se tratara de listas cerradas. La lista abierta (**voto preferente**) evita este problema al dejar en la voluntad de los electores la decisión de determinar el orden en el que se entregarán las curules que le corresponden al partido. De esta forma, los candidatos pueden apelar a sus reputaciones personales para tratar de obtener un resultado favorable para sí, sin que esto se dé en desmedro del desempeño del partido, dado que los votos por candidatos particulares son también votos por el partido. Como lo ha expresado el ingeniero de sistemas Juan Carlos Rodríguez Raga, usar listas abiertas concedería una ventaja sobre los pactos que usaran listas cerradas<sup>3</sup>.

En cuanto a la tarjeta electoral, tratándose de listas inscritas con **voto preferente**, en ella aparecen los logos de los partidos y los números de los candidatos; para la lista cerrada solo aparecen los logos de los partidos.

Sin embargo, la facultad dada a las organizaciones políticas para optar por uno u otro mecanismo ha generado inconvenientes, así: En primer lugar, a la Organización Electoral por la dificultad que tiene en diseñar un modelo de tarjeta que sea de fácil comprensión y manejo para los electores. A los electores porque al dificultárseles el manejo de la tarjeta, incurrían en errores de marcación, generándose gran cantidad de votación nula.

Por esta razón la Registraduría Nacional del Estado Civil, de manera permanente, diseña modelos de tarjetas electorales a fin de lograr una que facilite el ejercicio del sufragio a todos los ciudadanos colombianos.

Es oportuno señalar que la Registraduría Nacional del Estado Civil, cada vez que se va a organizar un proceso electoral, con anterioridad a este, somete a consideración de los partidos y movimientos políticos los diferentes modelos de tarjeta electoral que elabora.

Como complemento se hace necesario que tanto la Organización Electoral como las organizaciones partidistas desarrollen a través de los medios de comunicación permanentes campañas de pedagogía electoral.

Ahora bien, resulta importante resaltar que el método del **voto preferente** es beneficioso para la democracia colombiana, porque incrementa la participación política de los ciudadanos. Sin embargo, para algunos académicos y congresistas, el voto preferente en su objetivo de consolidar y organizar las agrupaciones políticas no ha sido tan efectivo.

Si la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones es considerado elemento fundamental sin el cual no se puede concebir la democracia, el voto preferente, al darles a los electores la facultad de decidir el candidato que debe ocupar la curul que gane el partido, se constituye en la materialización de este precepto sociopolítico.

Conviene ahora determinar cómo se favorece la organización partidista con la aplica-

3 Rodríguez Raga, Juan Carlos, "Elecciones legislativas y reforma electoral en Colombia. Factores que explican el éxito electoral en las elecciones de 2006". Revista de Ciencia Política volumen 26. Universidad de los Andes.

ción del **voto preferente**; para este aspecto es importante destacar en primer lugar que este mecanismo ha consolidado las entidades políticas, pues se disminuyeron la dispersión de los partidos y las llamadas microempresas electorales.

Antes de la reforma política que instituyó el voto preferente en Colombia existían 72 partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida ante el Consejo Nacional Electoral. Este numeroso grupo de organizaciones políticas estaba constituido en su mayoría por pequeños partidos o microempresas electorales. Para las elecciones de Congreso de la República con la aplicación de la reforma política y el voto preferente, este número quedó reducido a 16 en el año 2006, a 12 en el año 2010 y después de las elecciones 2014 a 13<sup>3</sup>.

El **voto preferente** ha tenido gran acogida e impacto en las organizaciones políticas. De acuerdo con los datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en las elecciones de autoridades locales del año 2003, en las cuales se estrenó la reforma política y el mecanismo del **voto preferente** a nivel nacional, el número de listas que optaron por esta modalidad en las asambleas departamentales fue de 2.243, frente a 430 que no lo hicieron. En los concejos distritales y municipales, la relación es de 51.821 con voto preferente frente a 5.178 sin ese mecanismo. En las juntas administradoras locales, 12.690 listas se inscribieron con voto preferente y tan solo 2.093 se inscribieron con lista cerrada<sup>4</sup>.

Para las elecciones de las corporaciones antes mencionadas, el comportamiento durante los años 2007, 2011 y 2015 fue el siguiente:

Corporación	Tipo de Voto	2007	2011	2015	Total
Asamblea	Preferente	18	14	16	48
	No preferente	5	7	8	20
Concejo	Preferente	135	77	117	329
	No preferente	28	13	26	67
JAL	Preferente	25	13	17	55
	No preferente	14	10	13	37
<b>Total</b>		<b>225</b>	<b>134</b>	<b>197</b>	<b>556</b>

Asimismo, para la elección de Cámara de Representantes territorial de Bogotá celebrada en el año 2006, los partidos y movi-

mientos políticos presentaron 27 listas, de las cuales 21 fueron inscritas con la modalidad de voto preferente (ver cuadro).

3 Datos suministrados por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

4 Datos suministrados por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

## Análisis de la modalidad de inscripción de listas por partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos

Cámara de Representantes territorial - Bogotá  
Elecciones del 12 de marzo de 2006  
Listas inscritas

Nombre del Partido, Movimiento Grupo	Votaciones	Modalidad lista
Partido Social de Unidad Nacional	225.968	Voto preferente
Partido Cambio radical	221.174	Voto preferente
Polo Democrático Alternativo	186.068	Voto preferente
Partido Liberal Colombiano	119.333	Voto preferente
Partido Conservador Colombiano	77.289	Voto preferente
Partido Convergencia Ciudadana	61.102	Voto preferente
Partido Colombia Democrática	40.456	Voto preferente
Movimiento Alas Equipo Colombia	24.498	Voto preferente
Movimiento Nacional	21.665	Voto preferente
C4	10.051	Voto preferente
Movimiento Colombia Viva	7.418	Voto preferente
Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia	3.921	Voto preferente
Partido Opción Centro	3.565	Voto preferente
Movimiento Popular Unido MPU	3.324	Voto preferente
Movimiento de Participación Comunitaria	2.584	Voto preferente
Movimiento Huella Ciudadana	2.084	Voto preferente
Movimiento Nacional Progresista	1.902	Voto preferente
Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia	1.902	Voto preferente
Movimiento Reconstrucción Democrática Nacional	1.472	Voto preferente
MORAL	1.086	Voto preferente
Movimiento Cívico Independiente	724	
Por el país que soñamos	103.795	
Movimiento MIRA	52.713	Voto preferente
Visionarios con Antanas Mockus	42.217	Voto preferente
Dejen jugar al Moreno	22.937	Voto preferente
Movimiento Conservatismo Independiente	1.793	Voto preferente
Movimiento Apertuta Liberal	1.102	Voto preferente

En las elecciones de Senado de la República de los años 2010 y 2014, el comportamiento fue el siguiente:

CORPORACIONES	TIPO DE VOTO	2010	2014	TOTAL
Senado	Preferente	13	7	20
	No preferente	1	2	3

Las instituciones políticas consideran que la inscripción de listas de candidatos a corporaciones públicas con **voto preferente** favorece la afiliación ciudadanas en sus filas por el poder decisorio que el mecanismo brinda a estos últimos, al determinar el nombre del candidato que ocupa la curul o curules que gana el partido en la contienda electoral.

Es importante destacar las siguientes ventajas que se generan con la aplicación del **voto preferente**: Respecto a los electores, contribuye a la participación política porque el elector se siente actor directo cuando tiene la posibilidad de elegir entre varios candidatos y no simplemente votar por una lista, en cuya elaboración no interviene. Fomenta la educación cívica porque el elector debe informarse y reflexionar antes de sufragar. Hace que el elector recupere su capacidad de iniciativa y propia autonomía; por lo tanto, favorece la democracia directa.

En cuanto a las organizaciones políticas, el **voto preferente** ayuda a la democratización de los partidos políticos que presentarán ante los electores a los mejores candidatos, los más meritorios y los que tienen mayor prestigio en la opinión pública. En consecuencia, exige a los candidatos postulados por los partidos actuar y trabajar para obtener el

conocimiento y favor de los ciudadanos. Fortalece la organización de la campaña de cada uno de los candidatos, quienes realizan todos los esfuerzos posibles para ser aceptados, preferidos y escogidos, aun compitiendo con candidatos de su mismo partido. Los partidos se cualifican presentando a las elecciones a los mejores candidatos.

Por su parte, los opositores del voto preferente (algunos académicos y ciertos congresistas) dicen que este mecanismo genera algunas desventajas, como son la confusión creada por la cantidad de números de candidatos incluidos en la tarjeta electoral, sobre todo la rivalidad entre los candidatos del mismo partido y, finalmente, desorden en la entidad partidista.

A su vez, el politólogo Fernando Giraldo expresa que aunque el objetivo de la reforma política del 2003 era fortalecer y modernizar los partidos, en contrasentido, el voto preferente terminó compensando el esfuerzo individual en detrimento de los partidos. Agrega el politólogo Giraldo que el sistema de voto preferente que está vigente es perverso, porque, por un lado, se agrupan los partidos, pero, por otro, la actividad política sigue siendo decididamente individualizada. Esta situación torpedea y

hace compleja, costosa y poco útil la acción partidista. Este es quizás uno de los problemas principales de la reforma política de 2003. Además, expresa que uno de los problemas que debe ser resuelto en futuras reformas es disolver el dilema de fortalecer los partidos como elemento fundamental para el sistema democrático o permitir que los electores voten por las personas y no por los partidos<sup>5</sup>.

Uno de los propósitos de los mecanismos del voto preferente y lista cerrada es agrupar a los candidatos de los partidos en listas únicas, buscando facilitar a los ciudadanos el ejercicio del derecho al voto. No obstante, los resultados electorales en cuanto a la cantidad de votos nulos y no marcados dejan mucha duda sobre la efectividad de aplicar los dos mecanismos al mismo tiempo.

Quien escribe este artículo considera que el **voto preferente** favorece la participación política de los ciudadanos porque estos se sienten partícipes directos de la democracia al poder determinar quién es la persona que debe ocupar la curul que gana el partido y de igual manera en su pretensión consolidar las organizaciones partidistas, creando una disciplina interna para una democracia externa.

Sin embargo, esta modalidad crea una competencia entre los candidatos de la agrupación política, la cual se pretendía fuera sana, pero en cuanto a esto último el resultado no fue el esperado, pues el sis-

tema crea pugnas entre los candidatos, lo que no favorece el total fortalecimiento de los partidos.

En cuanto a la aplicación simultánea de los dos mecanismos –voto preferente y lista cerrada–, para evitar la confusión de los electores, considera que otra alternativa sería la de realizar las consultas internas de los partidos para que los ciudadanos elijan de una lista de precandidatos a los candidatos que irían a la contienda definitiva. Esto a manera de elecciones primarias y después para los comicios definitivos inscribir la lista con la modalidad de lista cerrada. De esta manera se puede evitar la confusión del elector sin vulnerarle la participación directa en la conformación de la lista.

Precisamente la reforma política de 2009 establece que los partidos y movimientos políticos se deben organizar democráticamente y que para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos, propios o por coalición, podrán celebrar consultas populares internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a corporaciones públicas. En este sentido sería más conveniente para la democracia participativa si se obliga a todos los partidos a realizar consultas para la elección de candidatos o lista de candidatos a los cargos y corporaciones de elección popular.

## Conclusiones

Se ha presentado un panorama general de lo que es el **voto preferente** y su incidencia en la participación política desde su imple-


5 Giraldo, Fernando. "Reformas y ajustes del sistema electoral, Revista - Kas Papers n.º 13 - Serie Reforma Política, Konrad Adenauer Stiftung.- Diciembre de 2010.

mentación hasta doce años después. De todo lo expuesto se desprenden como conclusiones que el mecanismo del **voto preferente** ha fortalecido la participación política en Colombia de las organizaciones partidistas y en mayor grado la de la ciudadanía. Se ha terminado con el gran número de pequeños partidos políticos que se tenían antes del año 2003, cualificando y dejando en la contienda a los más poderosos.

Antes de la reforma política de 2003 existían 72 partidos y movimientos políticos con personería jurídica, después de las elecciones de Congreso de 2006, 2010 y 2014, de este número solo quedan 13, es decir, un 18%.

De lo anteriormente dicho, se puede vislumbrar que de seguir usándose este mecanismo, se tendrán en el país pocos partidos, pero organizados y fuertes, con ideologías que generen una sana controversia política.

En efecto, con la modalidad del **voto preferente**, los electores sienten que intervienen más directamente en la decisión de escoger a sus gobernantes. A este respecto, el doctor Morales O. (q. e. p. d.), citado por Vélez, R., expresó que al favorecerse la participación popular, se puede eliminar el estado de sitio intelectual que se ha impuesto en el país, el cual es una consecuencia de los años de silencio a que forzó la violencia a los ciudadanos<sup>6</sup>.

Sin embargo, la aplicación simultánea de los dos mecanismos –**voto preferente y lista cerrada**– ocasiona confusión en los electores a la hora de sufragar y en los partidos y movimientos políticos el inconformismo porque consideran que al jugar con sistemas diferentes se atenta contra la igualdad participativa. 

6 Vélez Rodríguez Ricardo, “Otto”, artículo de Revista de la Academia Brasileira de Filosofia, 1985.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GIRALDO, Fernando. “Reformas y ajustes del sistema electoral”, *Revista KAS Papers* n.º 13 - Serie Reforma Política, Konrad Adenauer Stiftung. Diciembre de 2010.

NHOLEN, Dieter. *Sistemas electorales y partidos políticos*. 1998. Fondo de Cultura Económica. México.

RODRÍGUEZ RAGA, Juan Carlos. “Elecciones legislativas y reforma electoral en Colombia. Factores que explican el éxito electoral en las

elecciones de 2006”. *Revista de Ciencia Política volumen 26*. Universidad de los Andes.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, Ricardo. “Otto”, artículo de *Revista de la Academia Brasileira de Filosofia*. 1985.

## DATOS

Estadísticas electorales con datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

# LOS RETOS DEL SISTEMA ELECTORAL COLOMBIANO EN UN ESCENARIO DE POSACUERDO

## THE CHALLENGES OF THE COLOMBIAN ELECTORAL SYSTEM IN A POST-CONFLICT STAGE

**Cárol Villamil Ardila<sup>1</sup>**  
Directora electoral MIRA

### RESUMEN

Este artículo es una revisión crítica que tiene el objetivo de identificar y exponer los retos del sistema electoral colombiano, específicamente en lo relacionado con los ajustes en sus instituciones (incluyendo en este concepto la acepción organizacional y la normativa), ante la iniciación de una fase de posacuerdo, promovida por la concertación realizada entre el Gobierno nacional y la guerrilla denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Se reconoce en los acuerdos un factor de estímulo a las reformas, pero se encuentra que estas se justifican en la realidad política y específicamente electoral del país, más que en la negociación de La Habana *per se*.

El documento es producto del análisis de la normatividad electoral vigente a 2016 y de su implementación en los últimos procesos electorales, así como del estudio de los acuerdos parciales

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctoranda en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Directora electoral del Movimiento Independiente de Renovación Absoluta (MIRA). Bogotá, Colombia.  
carolvillamilardila1@gmail.com

Los contenidos de este artículo comprometen exclusivamente la responsabilidad de la autora y no la de las instituciones o personas con las que ella sostiene vínculos.

logrados hasta ahora en la Mesa de Negociación, en particular del Acuerdo 2, denominado “Participación Política: Apertura Democrática para Construir la Paz”.

La principal conclusión del documento consiste en que en la fase del posacuerdo, el sistema electoral colombiano debe ser objeto de modificaciones en aspectos esenciales: en su concepción, en su organización y en su procedimiento, aspectos de los que se ocupa cada sección del documento.

## **PALABRAS CLAVE**

Sistema electoral, posacuerdo, organización electoral, jurisdicción electoral, procedimiento electoral.

## **ABSTRACT**

This article is a critical review which aim is to identify and to expose the challenges of the Colombian Electoral System, specifically with regard to adjustments in their institutions (understanding this concept as organizational sense and regulations) due to the beginning of a post-agreement phase, promoted by the agreement between the National Government and the guerrilla group, called Armed Forces of Colombia (FARC). It is recognized in the agreements a stimulus to reforms, but these are justified in the political situation and specifically electoral in the electoral situation country, rather than La Habana negotiating per se.

The document is the result of the analysis of electoral regulations in force in 2016 and its implementation in recent electoral processes and the study of partial agreements reached so far in the Negotiating Table, in particular the Agreement 2 called “Political Participation: Opening Democratic to Build Peace”.

The main conclusion of the paper is that in the phase of post-agreement, the Colombian Electoral System should be modified in essential aspects: its conception, its organization, and its procedural, that are aspects development in each section of this paper.

## **KEY WORDS**

Electoral system, post-agreement, electoral organization, electoral jurisdiction, electoral procedure.



## Introducción

Colombia inicia una fase de posacuerdo, derivada de la concertación realizada entre el Gobierno nacional y la guerrilla denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). En la medida que esa negociación se ocupa de problemas, en buena medida, estructurales de la realidad nacional, como las limitaciones del desarrollo agrario, la producción y comercio de drogas ilícitas, el resarcir a las víctimas del conflicto armado, y la ampliación de la participación política<sup>2</sup>, entre otros, sus contenidos rebosan el interés de las partes en la Mesa y convocan a la sociedad y al resto del Estado a evaluar los acuerdos y a garantizar que su implementación responda al interés general. Desde esa perspectiva que asume los acuerdos de La Habana como un estímulo para discutir y buscar transformaciones requeridas durante décadas por amplios sectores de la sociedad, este artículo se ocupa de identificar los retos del sistema electoral en un escenario de posacuerdo<sup>3</sup>.

Para la identificación de los retos, se opta por tres ejes de análisis, que equivalen a las secciones que integran el documento: la concepción del sistema electoral, la organización y jurisdicción electoral, y el procedimiento electoral. Se definen estos tres factores porque la forma de asumir o com-

prender el sistema electoral, de distribuir las competencias para su implementación y de ponerlo en operación son aspectos medulares para garantizar la participación democrática. En cada uno de esos apartes se identifican las debilidades del sistema y se formulan propuestas o retos para su fortalecimiento.

Este artículo es producto del análisis de la normatividad electoral vigente a 2016 y de la experiencia de la autora<sup>4</sup> en su implementación en los últimos procesos electorales, así como del estudio de los acuerdos parciales logrados hasta ahora en la Mesa de Negociación, en particular del Acuerdo 2, denominado “Participación Política: Apertura Democrática para Construir la Paz”.

El artículo concluye con una enunciación y caracterización de los retos más estructurales del sistema electoral colombiano en la fase de posacuerdo.

## La concepción del sistema electoral

Existen distintas aproximaciones a los sistemas electorales, una que los asume como un procedimiento técnico para convertir votos en escaños<sup>5</sup>, otra que los concibe como un ejercicio competitivo entre organizaciones e individuos para asignar el po-

2 Gobierno de la República de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo. (FARC-EP) 2012 Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

3 En consonancia con teóricos del conflicto, se prefiere emplear la expresión posacuerdo, y no posconflicto, pues este es propio de las relaciones humanas y una realidad permanente, con frecuencia constructiva, que no equivale a confrontación armada. Al respecto puede verse Calderón, 2009.

4 Como asesora del movimiento político MIRA en asuntos electorales.

5 Es la concepción básica de la matemática electoral y, en general, de los sistemas de repartición. Nohlen, Diете (1994, p. 34).

der político<sup>6</sup> y otra que los entiende como transformación de expresiones de la sociedad en manifestaciones del poder político<sup>7</sup>. Colombia ha vivido épocas de énfasis en las dos primeras y se prepara para el reto de lograr una etapa de transferencia de las más diversas expresiones de poder social y poder de facto al político, sin armas.

Colombia ha dado énfasis a una concepción procedimental, característica del Código Electoral de 1986, aún vigente, entendida desde sus orígenes como un asunto de operación o ejecución, al punto que su expedición se confió al Presidente de la República previo dictamen del Consejo de Estado. Su extensión y el detalle regulatorio son propios de ese énfasis procedimental, pero no puede entenderse que en él se agote el sistema electoral.

En la fase posterior que inició la Constitución de 1991, y en la que nos encontramos, Colombia ha combinado la concepción procedimental con una perspectiva competitiva, en la que muchos entran al juego político incluso entendido como un mercado político, con pluralismo entendido como la posibilidad de postular por parte de varias y diversas organizaciones políticas (indígenas, afrodescendientes, grupos significati-

vos de ciudadanos, etc.), pero sin que se les asegure la posibilidad de representar.

En un escenario de posconflicto, las dos perspectivas anteriores no pueden perderse, pero sí complementarse con el enfoque en el que el sistema electoral asegura procedimientos, competencia, pero también convivencia y equidad en la participación y la representación política. Ello significa que se requiere garantía de participación en la contienda electoral y de representación en el ejercicio del poder. Ello es propio de escenarios en los que lo electoral se entiende como garantía de convivencia y expresión de las diferentes tendencias sociales en los ámbitos políticos. Esta perspectiva hace comprensibles propuestas contenidas en el acuerdo de “Apertura Democrática para Construir la Paz”, adoptado el 6 de noviembre de 2013 en La Habana como la creación de la circunscripción de paz.

Experiencias de negociación internacional realzan la participación política y en particular los principios y las reglas electorales como condición de estabilidad democrática. De ello son ejemplo las negociaciones de Sierra Leona (Juan E. Ugarriza, 2013, p. 168), Lesotho, Líbano (Andrew Reynolds, 2006, p. 18) y Sudáfrica (OIM y USAID, 2014, p. 2).

En la profundización de este enfoque, el reto que asume Colombia en la fase de posacuerdo es asegurar la expresión política y sobre todo la efectiva representación política. Al lado de una circunscripción especial de paz, resultará necesario como factor equilibrante frente a los nuevos actores y a los mayoritarios una circunscripción de

6 Es la aproximación frecuente desde el marketing político. “La competencia por el poder entre los partidos políticos, así como la presencia de diversos factores en el sistema político, y en particular la nueva naturaleza de los medios de comunicación, instituidos como el nuevo espacio público y lugar privilegiado de la política, son elementos que han sido determinantes en la aparición del marketing político” Sánchez, L. F. (2005, p. 3).

7 Es la comprensión política de la representación. Según Lourdes López (2015, p. 85) “la articulación de las expectativas electorales de los ciudadanos permite disminuir e incluso erradicar las tensiones que produce la competencia partidista. La eficiencia de un sistema electoral puede medirse en función de la capacidad que tenga para incorporar la diversidad social en la oferta política”.

minorías con no menos de la representación que estas tienen hoy en el Congreso, cercana al 20% de las curules, o la reducción de umbrales de representación, o la ampliación escaños para las minorías étnicas, o la ampliación de cuotas en listas y la creación de cuotas de representación para las mujeres.

En otros términos, el reto en la concepción del sistema electoral es dejar de entenderlo solo como una secuencia de pasos operativos, o como la simple posibilidad de postulación de diversos sectores, para comprenderlo también como la garantía de representación de la mayor parte de sectores, en particular los excluidos, los minoritarios y los subrepresentados.

## La organización y la jurisdicción electoral<sup>8</sup>

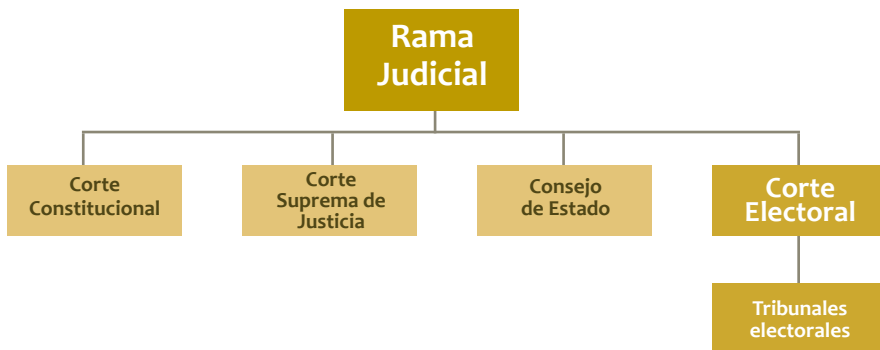
La organización y la jurisdicción electoral responden, por definición, a principios e intereses democráticos generales, espe-

cialmente al respeto de la voluntad popular como condición de estabilidad.

Para garantizar esa orientación de apertura democrática para la paz, el sistema electoral tiene los retos de enfocarse al ciudadano y estructurar sus instituciones por procesos mediante una organización independiente, con órganos que se equilibran mutuamente gracias a su diferenciación funcional y a la autonomía de cada uno de ellos en el manejo administrativo y presupuestal.

Adicionalmente, el énfasis en procesos hoy marginales o muy dependientes, como la formación electoral, o la especialización de las plantas electorales, o la financiación de partidos y campañas, hará necesaria la incorporación de nuevos órganos: una escuela electoral, una comisión de carrera electoral y un fondo de financiación con autonomía administrativa y financiera.

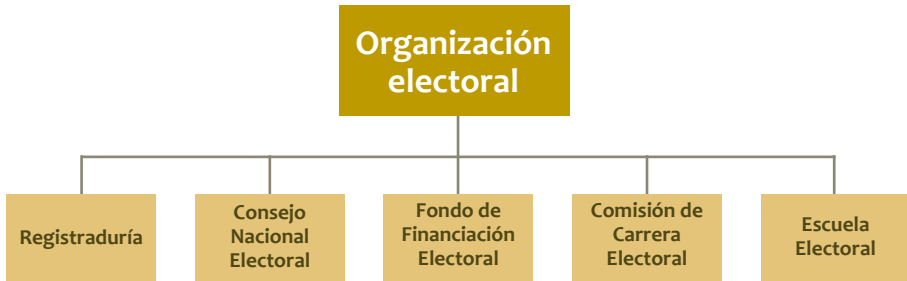
La estructura de la organización electoral con esas características podría integrarse así:



<sup>8</sup> Los apartes de organización y procedimiento electoral han sido presentados y sometidos a discusión por la autora, en representación del MIRA, en la Comisión de Reforma Electoral de la Mesa de Partidos y Movimientos Políticos para la Reforma Electoral, que opera desde el 28 de junio de 2016.

Del mismo modo, se precisa una justicia electoral del mayor nivel y especialización, con un órgano de cierre representado en

una corte electoral e instancias especializadas a nivel territorial, a cargo de tribunales electorales.



## El procedimiento electoral<sup>9</sup>

En las líneas siguientes se proponen fundamentalmente tres retos de la reforma del procedimiento electoral: el primero, la implementación progresiva del voto electrónico y de escrutinios electrónicos inmediatos; en segundo lugar, la expedición de una regulación de transición que admita temporalmente votación y escrutinios físicos en municipios donde no se aplique la votación electrónica en una primera fase, pero con un sistema de plena verificación de votación de cada mesa en la primera instancia del escrutinio, es decir, un recuento físico total de mesas; y finalmente, la adopción de un sistema de cadena de custodia de la creación, distribución y conservación

de información, sistemas y material electoral físico.

### Implementación progresiva del voto y de escrutinios electrónicos

Es necesaria la modernización progresiva del sistema de votación y escrutinio, reemplazando paulatinamente los modos físicos por electrónicos y asegurando resultados definitivos en lapsos máximos de tres a cinco días, como sucede en países como Perú o Venezuela<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Este aparte resume los principales elementos de cuatro proyectos de ley y uno de acto legislativo presentados por el MIRA al Congreso, unos en la legislatura de 2010 y otros en la de 2014.

<sup>10</sup> “María Inés Tula destaca tres ventajas que se han conseguido con la implementación del voto electrónico: velocidad, participación y eficiencia. Sobre la inmediatez dice lo siguiente: La primera ventaja reside en la necesidad de contar con resultados electorales rápidos. La velocidad es una ventaja cuando el desconcierto generado por la demora de los resultados electorales se vincula con el fraude y la manipulación de los comicios. Precisamente, aquellos países en donde las consultas electorales resultaban más cuestionadas fueron los escenarios donde se emprendieron reformas –en su contexto– significativas en lo concerniente a la organización de los comicios y a la administración de la justicia electoral mediante, por ejemplo, la creación de nuevos órganos electorales y/o la renovación de estos, así como también cambios en los procedimientos de votación a través de la adopción de diferentes mecanismos electrónicos de votación” (ONPE, 2012, p. 33).

Una vez se efectúe la prueba piloto que se encuentra en proceso de estudios técnicos y financieros por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el país ha de adoptar una de dos metodologías: la del sistema de registro directo o la de reconocimiento óptico de marcas o caracteres<sup>11</sup>. Entre tanto, es necesario prever y expedir las modificaciones del procedimiento electoral que garanticen su plena implementación y que no dependan de particularidades técnicas.

Adicionalmente, será posible simplificar toda la etapa de escrutinios, los cuales se deberán agotar con el procedimiento electrónico de conteo, que no deberán extenderse durante meses, como ocurre con el actual sistema físico.

### **Recuento total de mesas en la primera instancia del escrutinio y otras modificaciones del procedimiento electoral sobre votación física.**

El procedimiento electoral debe ser modificado dada su desadaptación al actual contexto nacional, al punto que en 2008 así lo señaló la Corte Constitucional al exhortar al Congreso a modificar el Código Electoral. Su actualización ha de tener en perspectiva que se tratará de una regulación con transiciones entre la votación física y la electrónica, pero mientras subsista la física será necesario adoptar las siguientes reformas:

- **Escrutinio integral:** La primera instancia escrutadora (que ocurre con posterioridad al conteo del jurado de mesa) reali-

zará un recuento y verificación de la votación de todas y cada una de las mesas. Los fraudes actuales se construyen al amparo de que la votación no se verifica ni recuenta. La veracidad de los resultados electorales dependerá de la verificación física de los votos en la mesa de votación y luego en la fase escrutadora.

- **Actualización de las causales de reclamación y recuento:** Es indispensable la actualización del Código Electoral en materia de las causales de reclamación y recuento, pues varias de ellas se basan en sistemas de papeletas y de registros hoy inexistentes.
- **Facultad de revisión:** Es necesario regular la facultad de revisión asignada al Consejo Nacional Electoral, pues esta ha sido ejercida con criterios cambiantes, ante la ausencia de una disposición legal que precise sus alcances.
- Conformación del censo electoral, con una fecha cierta de su cierre y con mecanismos efectivos de verificación.
- **Inclusión electoral:** Son necesarios una regulación especial y unos sistemas especiales de votación para que las personas en condición de discapacidad puedan ejercer su derecho al voto.

### **Cadena de seguridad y custodia de la creación, distribución, implementación y conservación de información, sistemas y material electoral**

El sistema físico de votación sufre infinitas vulneraciones por la magnitud y caracterís-

<sup>11</sup> Ver actas de la comisión asesora para la incorporación, implementación y/o diseño de tecnologías de la información y de las comunicaciones en el proceso electoral, 2013-2016.

ticas del material empleado, por la complejidad de su tránsito físico y por la compleja manipulación que sufre por parte de numerosos participantes (algunos visibles y otros no registrados) en los procesos electorales.

De allí que sea crucial su regulación y control con mecanismos que provean la mayor seguridad. En particular son retos los siguientes:

- Pruebas técnicas de calidad y definición de fichas técnicas del material electoral que se utiliza en cada comicio, incluidos el papel y los sistemas de identificación (por ejemplo, códigos de barras de tarjetones).
- Cadena de custodia del material y de los sistemas electorales. El material electoral, los votos y las actas han desaparecido en recientes elecciones; esto debe evitarse. Para ello es necesario regular y ejercer una específica cadena de custodia.
- Identificación plena de los sufragantes mediante la biometría, con el objetivo de que en tiempo real y a través de una única base nacional ya existente en la Registraduría (pero hasta ahora no utilizada a plenitud durante las elecciones) se efectúe un control pleno de los votantes en cada puesto y cada mesa.
- Propiedad y seguridad del software electoral, de los datos y de los resultados electorales. Actualmente, la organización electoral no es propietaria de todos los programas o códigos fuente de sistemas de preconteo o escrutinio.

Esos sistemas, en gran medida, son propiedad de particulares, quienes incorporan y mantienen en sus programas y bases de datos la información electoral y arrojan los resultados finales.

Adicionalmente, acceden a los sistemas de información números inusitados de usuarios, algunos mediante la vulneración o por desatención de los protocolos mínimos de seguridad e integridad de la información. Un cambio en la regulación electoral debe modificar esos aspectos.

### **Control de registro y modificación de actas de escrutinio y sistemas de información**

Los resultados electorales se registran en distintas etapas y, en numerosos casos, sin justificación alguna, sufren variaciones entre el conteo de mesa y la declaración de elección. Muchos cambios en los datos electorales son producidos sin ninguna razón legal, fruto de inconsistencias y eventuales fraudes, lo cual puede evitarse con sistemas más regulados y auditados por los actores del proceso electoral, de la ciudadanía y de instancias de control con mayores derechos y deberes inspección del proceso electoral.

## **Conclusiones**

Los principales retos del sistema electoral en la fase del posacuerdo se concentran en la concepción del sistema electoral, en la reforma de la organización y la jurisdicción

electoral, y en la modificación del procedimiento electoral.

En lo relacionado con la concepción del sistema electoral, Colombia debe superar las etapas en las que el sistema electoral se identifica solamente con el procedimiento y con la campaña de mercado electoral, para desarrollar una etapa en la que, sin prescindir de esos elementos, el sistema electoral se entienda como un instrumento de garantía de la representación política de sectores excluidos o subrepresentados, como las minorías políticas, étnicas o las mujeres. Para ello son apropiados instrumentos como las cuotas de representación de mujeres (no solo de postulación), la reducción del umbral de representación o la creación de una circunscripción especial de minorías.

En lo relacionado con la organización, es necesaria mayor autonomía y especialidad de sus órganos y la creación tres nuevos, a

cargo de la formación electoral, de la carrera electoral y de la financiación de partidos y campañas.

En lo relativo a la justicia electoral, es necesaria una corte de cierre que genere decisiones con carácter de precedente y tribunales electorales.

Finalmente, en procedimiento electoral se requiere su modernización, la implementación progresiva del voto y los escrutinios electrónicos, el desarrollo de escrutinios que verifiquen la totalidad de la votación física de cada mesa, y la definición de una cadena de custodia y seguridad de la información, los sistemas informáticos y el material electoral.

Adoptar y desarrollar esos retos será indispensable para fortalecer el sistema electoral en la fase de posconflicto, entendida como un periodo de estabilidad e inclusión política. <sup>(A)</sup>

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barrero, Freddy (Ed). (2016) *Elecciones regionales 2015: Los retos de un país en camino hacia la paz*. Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, Colombia. Opciones Gráficas Editores.

Calderón, Percy (2009). “Teoría de conflictos de Johan Galtung”. En *Revista de Paz y Conflictos*. N.º 2, año 2009. Recuperado en <<[http://www.ugr.es/~revpaz/tesinas/rpc\\_n2\\_2009\\_dea3.pdf](http://www.ugr.es/~revpaz/tesinas/rpc_n2_2009_dea3.pdf)>>.

Código Electoral Colombiano (1986). *Decreto 2241 de 1986*. Recuperado en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9029#0>.

Comisión Asesora para la Incorporación, Implantación y/o Diseño de Tecnologías de la Información

y de las Comunicaciones en el Proceso Electoral (2013 - 2016) *Actas. Secretaría Técnica a cargo de la Registraduría Nacional del Estado Civil*. Registrador Delegado en lo Electoral.

Congreso de la República (14 de julio de 2011). *Ley 1475 de 2011*. Recuperado en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1475\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1475_2011.html).

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

Corte Constitucional (2008). *Sentencia C-230 A de 2008*. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

ECP, E. d. (abril de 2010). "Procesos de paz comparados". *Quaderns de Construcció de Pau*, n.º 14, 11. Recuperado el 13 de julio de 2016 de [http://escolapau.uab.es/img/qcp/procesos\\_paz\\_comparados.pdf](http://escolapau.uab.es/img/qcp/procesos_paz_comparados.pdf).

Galindo, Juan Carlos (2010). *Hacia un nuevo derecho electoral*. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez; [Buenos Aires]: Depalma. Colección Monografías n.º 7.

*Gobierno de la República de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP) 2012. Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.*

\_\_\_\_\_ (2013). *Acuerdo sobre Participación Política: Apertura Democrática para Construir la Paz*. Recuperado en <<[https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20-%20Participaci\\_n%20Pol\\_tica.pdf](https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/Borrador%20Conjunto%20-%20Participaci_n%20Pol_tica.pdf)>>.

IEGAP-UMNG (diciembre de 2012). "Agendas de negociación de procesos de paz". *Cuaderno de Análisis*, 38. Recuperado el 13 de julio de 2016 de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/13501/2/Cuaderno%20de%20An%C3%A1lisis.%20Agendas%20de%20negociaci%C3%B3n%20en%20procesos%20de%20paz%202012.pdf>.

López Flores, María de Lourdes (2015). "Sistema electoral y partidos políticos". En *Ciencia política: perspectiva multidisciplinaria*. Tirant lo Blanch, México, D. F.

López, R. C. (2015). *Reforma del Estado después de los Acuerdos de Paz: Negociando e implementando un acuerdo político inclusivo*. Berghof Foundation Operations GmbH - CINEP. Berlín: Berghof Foundation. Recuperado el 13 de julio de 2015 de [www.berghof-foundation.com/www.ips-project.org](http://www.berghof-foundation.com/www.ips-project.org).

Nohlen, Dieter (1994). *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México & Fondo de Cultura Económica.

OIM y USAID (2014). *Cooperación de partidos políticos en procesos de paz: casos internacionales*. Organización Internacional para las Migraciones. Recuperado el 12 de julio de 2016 de [http://www.oim.org.co/images/Reportes/Reporte\\_de\\_paz/Espanol/Spotlight\\_17\\_-\\_Cooperaci%C3%B3n\\_de\\_partidos\\_pol%C3%ADticos\\_en\\_procesos\\_de\\_paz\\_ESP.pdf](http://www.oim.org.co/images/Reportes/Reporte_de_paz/Espanol/Spotlight_17_-_Cooperaci%C3%B3n_de_partidos_pol%C3%ADticos_en_procesos_de_paz_ESP.pdf).

ONPE (2012), *Historia del voto electrónico: Perú 2005-2012*. Lima: ONPE-Oficina Nacional de Procesos Electorales, p. 33. Recuperado el 13 de julio de 2016 de <https://www.web.onpe.gob.pe/moDEducacion/Publicaciones/DT-31.pdf>.

Reynolds, Andrew B. R. (2006). *Diseño de sistemas electorales: El nuevo manual de IDEA Internacional*. México: Instituto Federal Electoral de México.

Rojas, Isabel (2015). *Análisis comparado de la institucionalidad electoral entre Colombia y los demás países miembros de la Unióne*. Registraduría Nacional del Estado Civil. Bogotá, Colombia.

Sánchez, L. F. (2005). En *¿Qué es el marketing político?* Guanajuato: Universidad Virtual del Estado de Guanajuato (UVEG). Recuperado el 13 de julio de 2016 de <http://roa.uveg.edu.mx/repositorio/postgrado2015/37/Fundamentosdelmarketingpolitico.pdf>.

Ugarriza, Juan. A. C. (enero-abril de 2013). *¿Qué se negocia en los procesos de paz?* Agendas y factores de éxito 1989-2012. *Análisis político* (77), 159-173.



# LA DIVERSIDAD Y EL REGISTRO CIVIL EN COLOMBIA

## DIVERSITY AND THE CIVIL REGISTRY IN COLOMBIA

**Beldys A. Hernández Albarracín<sup>1</sup>**  
Abogada Colombia Diversa

**Mávilo Nicolás Giraldo Chica<sup>2</sup>**  
Abogado Colombia Diversa

### RESUMEN

Este artículo aborda las pautas que existen en el ordenamiento jurídico colombiano en relación con la inclusión de la diversidad, sexual y de género, en el registro civil y su aplicación, de acuerdo con las experiencias conocidas por Colombia Diversa a través de las labores de acompañamiento de casos y atención de consultas. El tema se desarrolla en tres secciones: inscripción en el registro civil de nacimiento de la doble filiación materna o paterna, registro civil de matrimonios de parejas del mismo sexo y la corrección del componente de sexo en el registro civil y la cédula. Se muestra que a pesar de los avances del ordenamiento jurídico a través de sentencias y reglamentaciones en la materia, las personas LGBT aún se encuentran con múltiples obstáculos para el ejercicio de sus derechos fundamentales, en particular la igualdad y la libertad.

### PALABRAS CLAVE

Registro civil, doble filiación, matrimonio, corrección de sexo, LGBT, familias homoparentales, identidad de género, diversidad sexual, personalidad jurídica, parejas del mismo sexo.

1 Abogada de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia y con estudios de maestría en Género, Sociedad y Políticas Públicas de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) de Argentina. familia@colombiadiversa.org

2 Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, abogado de las áreas de familia y constitucional de la organización no gubernamental Colombia Diversa, que tiene como misión promover la plena inclusión, el respeto de la integralidad de los derechos, el reconocimiento y la movilización de lesbianas, gays, bisexuales y personas trans (LGBT) en los ámbitos económico, social, político y cultural, con el fin de contribuir en la construcción de una sociedad democrática, moderna y con justicia social en Colombia. Bogotá, Colombia. familia@colombiadiversa.org

## ABSTRACT

This article discusses the patterns that exist in the Colombian legal system in relation to the inclusion of sexual and gender diversity in the civil registry and its application, according to the experiences known to Colombia Diversa through the work of accompaniment of cases and queries. The theme is divided into three sections: registration in the birth record double maternal or paternal filiation, civil registration of marriages of same-sex couples and correction component of sex in the civil registry and ID card. Showing that despite the progress of the law through rulings and regulations on the subject, LGBT people still have many obstacles to the exercise of their fundamental rights, including equality and freedom.

## KEY WORDS

Civil registration, double parentage, marriage, sex correction, LGBT, sex families, gender identity, sexual diversity, legal status, same-sex couples.

## INTRODUCCIÓN

El registro civil es un documento meramente declarativo en el que se consigna lo relacionado con el estado civil de las personas que, de acuerdo con el Decreto 1260 de 1970, hace referencia a su situación jurídica en la familia y en la sociedad<sup>3</sup>.

En él debe obrar entonces el nombre con el que se identifica la persona, su fecha de nacimiento, padres, matrimonios, capitulaciones, divorcios, separaciones de cuerpos y de bienes, cambios de nombre, entre otros<sup>4</sup>. Estas situaciones al ser registradas habilitan a una persona para ejercer ciertos derechos y contraer determinadas

obligaciones; su ausencia comporta el desconocimiento de la realidad de una persona, así como su imposibilidad de actuar jurídicamente de acuerdo con su realidad personal, familiar y social. Esa información convierte al registro civil en un elemento esencial de todo ser humano en Colombia y en una protección constitucional y legal del derecho a la personalidad jurídica<sup>5</sup>.

No obstante, las personas con orientación sexual diversa a la heterosexual o con identidad de género diferente a la esperada de acuerdo con el sexo asignado al nacer se han visto forzadas a aceptar que su registro civil no corresponda con su realidad ya que si bien las disposiciones legales sobre el registro civil no prohíben ni restringen expresamente el reconocimiento e inscripción de la diversidad, sí

3 Presidencia de la República (1970). Decreto 1260, *Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas* (artículo 1.º). Bogotá, D. C.

4 Presidencia de la República (1970). Decreto 1260, *Por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas* (artículo 5.º). Bogotá, D. C.

5 T-196 Corte Constitucional, 2016.

requieren la ubicación de las personas en categorías que se aplican tradicionalmente desde la división binaria hombre-mujer, como el sexo, padre o madre, el cónyuge, la cónyuge, resultando de allí la exclusión de la diversidad sexual de las personas en el registro civil, sin consideración de los principios y valores que estableció la Constitución de 1991, de acuerdo con la cual es deber de todo funcionario y funcionaria público aplicar cada una de las normas del ordenamiento jurídico colombiano, independientemente de si dicha normatividad fue promulgada antes o después de esta, en observancia del principio de supremacía de la Constitución<sup>6</sup>.

Dicha exclusión ha ocasionado que no solo se vulneren derechos fundamentales de las personas con una orientación sexual<sup>7</sup> diferente a la heterosexual y de las personas con identidad de género<sup>8</sup> diversa a la

asignada a su sexo, como el derecho a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la personalidad jurídica, entre otros, sino también que el registro civil no corresponda con la realidad, desconociendo el deber legal de inscribir en este todos los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas, sin que pueda el funcionario o la funcionaria encargada del registro civil abrogarse la facultad de elegir qué actos o hechos inscribe o no, o crear requisitos adicionales a los establecidos legalmente en aras de satisfacer inquietudes o dudas personales.

Para lograr esta claridad en relación con el registro civil, los pronunciamientos de la Corte Constitucional (en adelante la Corte) y su acatamiento por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil (en adelante la Registraduría) han sido de vital importancia, en especial en relación con tres temas: la inscripción en el registro civil de nacimiento de la doble filiación materna o paterna, el registro civil de matrimonios de parejas del mismo sexo y el cambio de sexo por parte de las personas trans; los que a continuación se abordan siguiendo las pautas dadas por la Corte, la Registraduría y su aplicación en la realidad de acuerdo con las experiencias conocidas por Colombia Diversa.

6 “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia (artículo 4.º). Bogotá, D. C.

7 Se refiere a la atracción afectiva, emocional y sexual que una persona pueda sentir hacia otras de su mismo género, del género opuesto o de ambos, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. A partir de ello, se puede hablar de hombres gay o mujeres lesbianas, personas heterosexuales o personas bisexuales, respectivamente. *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (2006). Indonesia.

8 Se refiere a cómo cada persona de manera individual e interna se identifique con lo masculino o con lo femenino, independientemente del sexo que se le haya reconocido en el momento de su nacimiento según su genitalidad. Cuando la vivencia personal del género no corresponde con el que se considera propio de su “sexo”, se habla de hombres o mujeres trans. Es decir, personas que al nacer fueron clasificadas como mujeres, pero que se identifican a sí mismas con lo masculino, y personas que al nacer fueron clasificadas como hombres, pero que se identifican a sí mismas con lo femenino. Dicha vivencia personal del género se puede expresar de distintas maneras: en su corporalidad (lo cual a veces puede involucrar procedimientos quirúrgicos o procesos de hormonización), su vestimenta, su modo de hablar, sus modales, etc. *Principios de Yogyakarta sobre*

*la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (2006). Indonesia.

## INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO DE LA DOBLE FILIACIÓN MATERNA O PATERNA

La sentencia SU-696 de 2015<sup>9</sup> es la disposición judicial a partir de la cual se estableció que la presunción de filiación consagrada en el artículo 213<sup>10</sup> del Código Civil era aplicable también a los hijos concebidos por las parejas del mismo sexo, sin distinción alguna, recientemente reiterada en el fallo de tutela T-196 de 2016.

En el fallo de unificación, la Corte, en coherencia con el reconocimiento de la calidad de familia<sup>11</sup> de las comunidades de vida establecidas por parejas del mismo sexo a través de uniones maritales de hecho o matrimonios y con el desarrollo de los avances científicos que en materia reproductiva permiten la concepción humana sin necesidad de la existencia de relaciones sexuales entre dos personas de sexo opuesto o del aporte genético de ambos miembros de la pareja que desea tener un hijo, consideró que en virtud de la prevalencia del interés superior del menor y de la materialización de los principios de protección y no discriminación a todas las formas de familia, debía reconocerse, en el registro civil de na-

cimiento de las y los menores concebidos en parejas del mismo sexo, la doble filiación materna o paterna.

La sentencia de unificación tiene origen en el caso de una pareja de hombres que luego de recurrir a la asistencia científica lo gran concebir dos hijos, los que a pesar de tener padres colombianos no son reconocidos como tales debido a la imposibilidad alegada por diversas autoridades de inscribir en el registro civil de nacimiento a dos padres a partir de argumentos de biología reproductiva “natural”; falta de regulación, jurisprudencia o instrucciones administrativas sobre el registro de hijos de parejas del mismo sexo; limitación de la actuación en virtud de normas procesales: falta de competencia o formato con campos exclusivos para padre y madre; la necesidad de registrar la filiación “natural” del menor; la procedencia de un trámite de restablecimiento de derechos en el caso de los menores, entre otros, que desconocen la prevalencia del interés superior del menor y supeditan el derecho de protección de los menores, así como la correlativa obligación de protección de las autoridades a la orientación sexual de sus padres.

Lo anterior lleva a que a la Corte Constitucional establezca en dicha sentencia, a través de sus consideraciones, las siguientes pautas a la hora de cumplir con la función registral relativa a la inscripción en el registro civil de nacimiento de la doble filiación materna o paterna:

- Frente a los derechos de los niños y niñas, no pueden aducirse otras obli-

9 SU-696 Corte Constitucional, 2015.

10 “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”. Congreso de la República, 1887. Código Civil (art. 213).

11 C-577 (Corte Constitucional 2011).

gaciones que dilaten la eficacia de la acción del Estado y de la sociedad hacia su protección, porque el deber hacia estos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica.

- La inscripción en el registro civil de nacimiento de ambos padres o madres de un niño o niña involucra el cumplimiento del deber del Estado de generar las condiciones necesarias para facilitarle a los padres cumplir con sus deberes de cuidado, solidaridad y protección para con sus hijos.
- Sin importar el tipo de hogar, los derechos de los niños prevalecen, y las grandes garantías que el régimen constitucional reconoce para su protección no cambian en lo más mínimo.
- Tratándose de los niños y niñas, se debe proceder en forma inmediata con el registro civil, el cual no solo es un derecho constitucional fundamental, sino la forma idónea para asegurar el ejercicio continuo y libre de sus demás derechos.
- La inscripción en el registro civil de nacimiento debe ser oportuna, ya que cuando se carece de certeza sobre el estado civil no es posible que la persona se logre ubicar en su núcleo familiar y social, y por lo tanto se le priva de la posibilidad de ostentar determinados atributos que constituyen su esencia.
- En el caso de los menores de edad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y de los atributos que lo acompañan,

como la inscripción de la relación filial en el registro civil, priman ante las formalidades de cualquier proceso jurídico o administrativo.

- En el caso de niños y niñas existe un deber de diligencia y protección estatal en virtud del cual se debe remover cualquier obstáculo administrativo para el reconocimiento ágil y eficaz de su nacionalidad, por ser un derecho fundamental.
- El concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia.
- Si bien los notarios tienen un margen de apreciación e interpretación reducido frente a las posibilidades de incorporar información al registro, la función notarial no puede ser ajena a los avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional.
- El notario ejerce una función pública, por lo que debe actuar con absoluta imparcialidad; de ahí que sus convicciones religiosas, ideológicas o partidistas no pueden influenciar su actuación notarial, ya que, de lo contrario, el interés superior de la buena fe que representan se vería comprometido.
- En el caso de hijos de parejas del mismo sexo, se debe aplicar por analogía la presunción de legitimidad contenida en el artículo 213 del Código Civil y extender sus efectos a la solicitud de registro civil que presenten como pareja legalmente reconocida.
- No es necesario que el legislador cree una figura específica para los casos del

registro de hijos e hijas de parejas del mismo sexo, ya que la legislación civil ofrece una salida práctica y eficiente a cualquier duda hermenéutica que tengan los funcionarios notariales frente a los límites del registro civil.

- No existe ninguna razón material u objetiva que justifique una razón para no proteger, a través de la presunción de filiación del artículo 213 del Código Civil, a los hijos de parejas del mismo sexo. Esta tiene doble valor: por un lado, garantiza los derechos de los niños y niñas y, por otro, preserva la intimidad de la familia.
- En el caso de los hijos concebidos por parejas del mismo sexo, se trata de menores de edad que tienen una relación filial con sus dos padres o madres a partir de la presunción de legitimidad del Código Civil y por la naturaleza del proceso de reproducción asistida al que acudieron los accionantes, por lo que la figura de la adopción, destinada a reemplazar un vínculo biológico o reconocer la realidad filial en una familia, no se aplica.
- El registro civil de nacimiento no es un instrumento jurídico que da fe de un hecho biológico, sino un mecanismo con el que cuenta el Estado para generar capacidad jurídica.
- La presunción del artículo 213 del Código Civil es una manera eficiente para poder superar cualquier duda interpretativa que solicitudes como el caso objeto del fallo les puede generar a los funcionarios encargados del registro civil, quienes en

el momento de resolver estas solicitudes deben aplicar la Constitución, así como los principios de interpretación *por persona y pro infans*<sup>12</sup>.

- Exigir una prueba genética en caso de niños o niñas concebidos por medio de reproducción asistida de una pareja homosexual constituye discriminación de estos por origen familiar, ya que en los casos de familias heterosexuales solo es necesario acudir a presunciones legales existentes, pues la carga se invierte cuando se trata de impugnar la paternidad y la maternidad legítimas.
- En aras de preservar el derecho a la igualdad de los niños que forman parte de familias diversas, por analogía, se debe extender la presunción legal del artículo 213 del Código Civil cuando se trata del reconocimiento de la paternidad, la nacionalidad y, sobre todo, la personalidad jurídica de los menores de edad.

El incumplimiento de estos parámetros, de acuerdo con la Corte, lleva a desconocer el derecho de un niño o niña a formar parte de un núcleo familiar, el derecho a la igualdad, a la dignidad, a la personalidad jurídica y a la prevalencia de los derechos de los menores de edad, toda vez que, en criterio de la Corte, aceptar que el contenido del artículo 213 del Código Civil no se puede aplicar a familias diversas afecta de manera sustancial su proyecto de vida, su capacidad para ejercer plenamente su individualidad, lo que genera un déficit de

12 T-196 Corte Constitucional, 2016.

protección respecto de los menores de edad motivado en la orientación sexual de los padres, con lo que se infringe la prohibición de discriminación por origen familiar, ya que no es posible encontrar un fin imperioso que justifique el tratamiento diferenciado.

Por su parte, la Registraduría, a través de la Dirección Nacional del Estado Civil, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte en la sentencia antes mencionada, emitió la circular 024 de 2016<sup>13</sup>, que imparte instrucciones a todos los funcionarios autorizados para llevar la función del registro civil para la aplicabilidad de esta, señalando que para la inscripción en el registro civil de nacimiento de hijos de parejas del mismo sexo, los padres o madres deben cumplir con los requisitos generales de ley, así como aportar alguno de los documentos antecedentes idóneos para la inscripción, surtiendo el trámite de acuerdo con lo establecido por el Decreto 1260 de 1970, sin diferenciar entre familias homoparentales o heteroparentales.

Este marco jurídico, no obstante su amplitud y claridad, en la práctica ha encontrado la sistemática reiteración de los problemas identificados por la Corte en la sentencia SU-696 de 2015 en los 19 trámites de registro de hijos e hijas de parejas del mismo sexo que Colombia Diversa ha conocido durante el año 2014, 2015 y lo transcurrido de 2016, los que terminan por rechazar la realidad familiar de los menores de edad con

fundamento en su forma de concepción o su origen familiar.

A continuación presentamos los principales problemas que enfrentan los hijos e hijas de parejas del mismo sexo para acceder a un registro civil respetuoso de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad, la personalidad jurídica y ser parte de una familia, agrupados según la caracterización de las barreras administrativas realizada por la Corte Constitucional en la sentencia antes citada.

- **Interpretación discriminatoria.** Las registradurías auxiliares, las notarías y los consulados de Colombia en otros países, de manera reiterada niegan la aplicación de la regla general de la presunción de legitimidad, desconociendo que se trata de relaciones filiales cobijadas por la presunción del artículo 213 del Código Civil que no admiten cuestionamientos en sede de registro por tener un carácter meramente declarativo y existir otros mecanismos, de ser el caso, para el debate probatorio por parte de los o las interesadas<sup>14, 15</sup>.

De igual, forma también se observan casos en que se argumenta la falta del formato como impedimento para acceder a un registro adecuado, lo que lleva a que por lo general la información que reciban derive a la pareja a la adopción trámite que la Corte expresamente ha señalado no es procedente en estos

13 Registraduría Nacional del Estado Civil, Dirección Nacional de Registro Civil, 2016. Circular 024. Bogotá, D. C.

14 SU-696 Corte Constitucional, 2015.

15 Registraduría Nacional del Estado Civil, Dirección Nacional de Registro Civil, 2008. Circular 070. Bogotá, D. C.

casos ya que sus presupuestos fácticos y procesales no corresponden con una medida de restablecimiento de derechos, sino de un verdadero hijo o hija de la pareja, por lo que debe surtirse a través de un trámite de registro que debe realizarse de manera sencilla.

- **Itinerario burocrático.** La remisión de las parejas a otras instancias o trámites se convierte en una herramienta efectiva para dilatar en el tiempo las solicitudes de registro de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. En cada trámite de registro las familias se someten a dilaciones injustificadas, sustentadas en un aparente desconocimiento generalizado por parte de funcionarios y funcionarias de sus funciones en materia de registro de niños y niñas, exclusivamente, cuando existen dos madres o dos padres.

Para las parejas del mismo sexo no hay respuestas unívocas sobre la aplicación de la presunción de legitimidad, el alcance de la sentencia y la competencia para extender el registro. Este hecho ocasiona un recorrido administrativo o judicial al que se ven abocadas las parejas en aras de garantizar el derecho de sus hijos, que mientras se surte deja a los menores de edad en una situación de vulneración porque a falta del reconocimiento de la personalidad jurídica, no tienen acceso a los servicios que ofrece el Estado para garantizar su desarrollo integral ni a los beneficios que se derivan de la ubicación de las personas en la familia.

- **Ausencia de claridad.** En gran parte de los casos acompañados por Colombia Diversa, los funcionarios manifiestan no tener claridad sobre el procedimiento de registro, los documentos que deben solicitarse y el orden en que deben inscribirse los apellidos. Lamentablemente, estas dudas se resuelven de manera tardía o en perjuicio de las familias, porque se emplean como forma de negar el trámite y de remitir a otras autoridades la resolución de la solicitud.
- **Requisitos adicionales.** En los trámites de registro ante diferentes notarías hay una práctica reiterada consistente en la solicitud de requisitos no previstos por la Corte ni por la Registraduría en los pronunciamientos antes señalados, a través de los cuales no se busca obtener el documento idóneo precedente para la inscripción del registro civil, sino probar a un funcionario o funcionaria la veracidad de lo dicho por la pareja en relación con la filiación del menor o menores de edad. Los requerimientos son establecidos arbitrariamente por los funcionarios; en algunos casos han llegado incluso a desconocer el carácter de reserva que tiene la historia clínica, solicitar pruebas de material genético o pruebas imposibles, cuando en casos de niños o niñas nacidos con anterioridad a la sentencia se les exige para el establecimiento de su segunda filiación que la declaración de la unión marital de hecho haya sido realizada por la pareja antes del nacimiento de este.



La negación sistemática de la inscripción en el registro civil de la doble filiación materna o paterna, en aplicación de la presunción legal consagrada en el artículo 213 del Código Civil por parte de las autoridades encargadas de llevar el registro civil, parte de prejuicios según los cuales las parejas del mismo sexo no cuentan con la misma protección que proporciona el artículo 42 de la Constitución Política a las familias heterosexuales; la aplicación de las sentencias de la Corte Constitucional depende de la operativización o reglamentación por parte de otra autoridad, con independencia de si se trata de la garantía de derechos fundamentales y, por consiguiente, la percepción de que en el caso de las familias homoparentales la o el funcionario está legitimado para cuestionar la estructura familiar o para, en palabras de la Corte, actuar bajo una presunción de sospecha dirigida a cuestionar la validez social, constitucional y legal de las familias diversas.

La situación antes descrita, para las parejas del mismo sexo se traduce en múltiples desplazamientos, la exposición de su intimidad a tortuosas interacciones con las y los operadores de registro civil –cargadas de violencia simbólica– e incluso la espera por meses de una respuesta favorable sin ninguna consideración por el interés superior de sus hijos e hijas. El mismo trámite para una familia heteroparental tan solo significa unos cuantos minutos y que, como lo expresa la Corte “En todo caso, una interpretación sistemática de los derechos de los menores habría permitido desplegar esa conducta en aras de evitar las lesiones que en este caso se presentaron”<sup>16</sup>.

## REGISTRO CIVIL DE MATRIMONIO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

Desde el 20 julio de 2013, en virtud de la orden quinta<sup>17</sup> de la sentencia de la Corte Constitucional C-577 de 2011, las parejas del mismo sexo han podido acceder al matrimonio como vínculo jurídico para conformar una familia, acceso que hasta el 28 de abril de 2016 estuvo restringido solo a parejas que tenían la capacidad económica para asumir los gastos de traslado a los municipios en los que los jueces aplicaban en la interpretación del fallo en mención el principio pro persona y daban cumplimiento a la orden constitucional de la forma en que mejor se respetaban los derechos de las parejas del mismo sexo, ya que los jueces que en Bogotá en ejercicio de su autonomía judicial que celebraron matrimonio fueron objeto de demandas por parte de la Procuraduría, acciones que tuvieron un efecto de prevención general en cuanto a la realización de matrimonios por parte de otros jueces, haciendo que el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familia y su derecho acceder a un vínculo jurídico para su conformación se convirtiera durante cerca de tres años en algo tratado como clandestino.

Las dificultades de acceso, si bien en muchos casos jueces y notarios las justificaron

16 T-196 Corte Constitucional, 2016.

17 “Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual” C-577 (Corte Constitucional, 2011).

en la falta de claridad de la orden dictada por la Corte, al no haber expresado cuál era la forma a través de la cual las parejas del mismo sexo podían acudir a formalizar y solemnizar su vínculo, también encontraron eco en el desconocimiento de los derechos de las personas LGBT promovido a nivel institucional por la Procuraduría General de la Nación, que aprovechando sus funciones disciplinarias y jurisdiccionales pretendió imponer como única y exclusiva la interpretación según la cual no podía aplicarse por analogía el matrimonio a las parejas del mismo sexo<sup>18</sup>.

Lo anterior derivó en la creación, por parte de las notarías, de una figura jurídica no prevista en el ordenamiento a la que denominaron “unión solemne”, a la que pretendieron dotar de las mismas consecuencias del matrimonio, en particular las relativas a la modificación del estado civil. Esta creación notarial se trató de un contrato innominado al que, como fue claramente señalado por la Registraduría en concepto remitido a la Corte Constitucional en abril de 2014<sup>19</sup>, era imposible dotar de efectos en relación con el estado civil de las personas, debido a que este solo puede ser modificado en virtud de asignación legal, concepto en el que la Registraduría indica, adicionalmente, que ha procedido con la expedición del registro civil de matrimonios entre parejas del mismo sexo cuando estas allegan como documento antecedente la sentencia judicial por medio de la cual se celebra el matrimonio civil.

18 T-444 Corte Constitucional, 2014.

19 Registraduría Nacional del Estado Civil, Dirección Nacional de Registro Civil, 2014. *Concepto radicado interno DNRC AT 1105-2014*. Bogotá, D. C.

El acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio ha sido en sí mismo un continuum de reclamaciones en diversas instancias, que en lo referente al estado civil puede dividirse en tres etapas:

### 1. El registro civil de los matrimonios civiles celebrado en Colombia

Durante esta etapa, el ejercicio del derecho a constituir una familia a través del matrimonio civil por parte de parejas del mismo sexo estuvo muy restringido a pesar de la claridad en el concepto emitido por la Registraduría y dirigido a la Corte, en el que se señalaba que “la inscripción de las actas de matrimonio era para los operadores de registro una obligación absolutamente autónoma en donde no emerge facultad discrecional ni valorativa alguna para este de efectuar estimaciones de juridicidad del acta que formaliza el contrato celebrado ante un Juez de la República investido para ello bajo el título de matrimonio”<sup>20</sup>.

Las notarías, en su mayoría, no solo persistieron en la promoción de la “unión solemne”, sino que se negaron a la inscripción de los matrimonios celebrados ante los jueces, así como a la elaboración de cualquier tipo de documento (capitulaciones, declaración extrajudicial) de parejas del mismo sexo que incluyera la palabra matrimonio. Por su parte, para las Registradurías Auxiliares el registro civil de los matrimonios se convirtió en una suerte de especialidad que preferiblemente solo hacían las que ya tenían experiencia en “esos casos”, remitiendo de

20 *Ibidem*.

manera informal a las parejas a sus colegas que sabían ya habían realizado el registro civil de matrimonios de parejas del mismo sexo.

## 2. El registro civil de los matrimonios celebrados en el exterior

La interpretación mayoritaria de la orden quinta de la sentencia C-577 de 2011 en el sentido de negar a las parejas del mismo sexo el acceso al contrato de matrimonio ocasionó que las parejas que habían celebrado su matrimonio en el exterior quedaran en un limbo jurídico al no corresponder su estado civil colombiano con su realidad y al no poder acceder a otro tipo de vínculo en Colombia porque uno de sus integrantes tenía un impedimento, su matrimonio vigente, lo que también dificultaba que estas parejas eligieran libremente su domicilio conyugal, ya que en caso de desear vivir en Colombia, uno de ellos estaría expuesto a quedarse en una situación irregular al no poder acceder a la visa de cónyuge, situación en la que las familias conformadas por parejas del mismo sexo caían en una situación que tenía la potencialidad de destruir su vínculo familiar por la separación forzosa de sus integrantes.

Solo con la circular 036 del 3 de mayo de 2016, expedida por la Registraduría, motivada a partir de un derecho de petición presentado en 2015 por una pareja de hombres colombo-española para el registro de su matrimonio, fue posible el registro civil de los matrimonios celebrados en el exterior. Claro, dicho registro, no obstante las instrucciones para su inscripción por par-

te de todos los funcionarios autorizados para llevar la función del registro civil, al igual que el registro civil de matrimonios realizados en Colombia, presenta similares dificultades en las notarías, consulados y oficinas de registro, siendo las principales objeciones las categorías “el cónyuge” y “la cónyuge” del formato de registro civil de matrimonio, la duda sobre a quién poner en cada una de estas casillas, y, en el caso de los consulados, la ausencia de un pronunciamiento por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo que en los casos que ha conocido Colombia Diversa, sus funcionarios prefieren remitir a las personas a las autoridades nacionales.

## 3. Cumplimiento de la sentencia SU-214 de 2016 y el cambio de formato del registro civil

A pesar de la decisión del 28 de abril de 2016, de la Corte Constitucional, a través de la cual se señaló expresamente que “celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género”<sup>21</sup>, el matrimonio está lejos de ser para las parejas del mismo sexo una opción pacífica, ya que con independencia del comunicado de prensa emitido por la Corte en el que se despeja toda duda sobre la validez de los matrimonios civiles celebrados en Colom-

21 SU-214 Corte Constitucional, 2016.

bia con posterioridad al 20 de junio de 2013 y la publicación del fallo, de la circular emitida por la Superintendencia de Notariado y Registro 1004<sup>22</sup> –en la que exhorta a los notarios a cumplir con lo dispuesto por la Corte en la sentencia SU-214 de 2016 en lo que corresponde con la prestación del servicio público notarial– y de la circular 080<sup>23</sup> de la Registraduría –a través de la que se indica a todos los funcionarios y funcionarias con funciones de registro civil que la inscripción del matrimonio de parejas del mismo sexo debe surtir de la misma forma en que se registra un matrimonio de parejas heterosexuales siguiendo lo establecido por el Decreto 1260 de 1970, en la que incluso, recogiendo las experiencias aprendidas, se señala expresamente que en caso de no contar con los nuevos formatos se deben utilizar los que tengan preimpresos anotando que se trata de un matrimonio de pareja del mismo sexo.

Con dichas instrucciones no se compadece la sistemática reiteración de los obstáculos, mencionados en las anteriores etapas, que se les continúan presentando a las parejas del mismo sexo cuando desean acceder a la inscripción en el registro civil de su matrimonio celebrado en Colombia o en el exterior, llegando inclusive a negar la publicación de un edicto en el consulado colombiano para la celebración de un matrimonio por las autoridades extranjeras, argumentando que por no haberse publicado el texto completo de la sentencia SU-2214

de 2016 no se conocen los términos de la sentencia y, en consecuencia, las entidades como el Ministerio de Justicia, la Registraduría y la Cancillería de Colombia no saben cómo proceder, no se han adecuados los sistemas, no se han elaborado los formularios ni se han dado a conocer los requisitos y procedimientos que se deben seguir.

Esta realidad demuestra que las razones que subyacen para negar el matrimonio a las parejas del mismo sexo son el prejuicio y la arraigada convicción de que las familias conformadas por dos personas del mismo sexo no pueden ser objeto de igual tratamiento que las conformadas por parejas heterosexuales, contraviniendo los principios fundantes de nuestro ordenamiento jurídico, que tiene como piedra angular la Constitución de 1991, que en su preámbulo establece como fines del Estado y por consiguiente de quienes actúan en nombre de este asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo<sup>24</sup>.

## LA CORRECCIÓN DEL COMPONENTE DE SEXO EN EL REGISTRO CIVIL Y LA CÉDULA

La personalidad jurídica representa uno de los derechos más conculcados para los

22 Superintendencia de Notariado y Registro, 2016. Circular 1004. Bogotá, D. C.

23 Registraduría Nacional del Estado Civil, Dirección Nacional de Registro Civil, 2016. Circular 080. Bogotá, D. C.

24 Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia (preámbulo). Bogotá, D. C.

hombres y mujeres trans, quienes ven en la posibilidad de elegir su nombre y su sexo, con el reconocimiento del Estado, una garantía para proteger su identidad, su libre desarrollo de la personalidad y su dignidad. Los avances en esta materia han sido progresivos desde que en 1993 la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-594, permitió el cambio de nombre para una persona trans conforme a su identidad. En esa ocasión, la Corte protegió el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>25</sup> expresado en la posibilidad de cambiar el nombre en los documentos oficiales, señalando que “es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino, o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida”<sup>26</sup>. Posteriormente, en las sentencias T-977 de 2012, T-918 de 2012 y T-086 de 2014 la Corte reafirmó el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas trans, expresado en la posibilidad de cambiar sus documentos oficiales de acuerdo a su construcción identitaria.

25 *“La esencia del libre desarrollo de la personalidad como derecho es el reconocimiento que el Estado hace de la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás. El fin de ello es la realización de las metas de cada individuo de la especie humana, fijadas autónomamente por él, de acuerdo con su temperamento y su carácter propio, con la limitación de los derechos de las demás personas y del orden público”* T-594 Corte Constitucional, 1993.

26 *Ibidem*.

Sin embargo, el pronunciamiento más importante en la materia se dio a través de la sentencia T-063 de 2015. En ella la Corte Constitucional analizó el caso de una mujer que interpuso acción de tutela para proteger sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la personalidad jurídica, que fueron vulnerados por la negativa de una notaría de Medellín a autorizar el cambio del sexo inscrito en el registro civil de nacimiento y demás documentos de identificación. La Corte analizó la relación entre la identidad sexual y de género y los datos inscritos en el registro civil como una garantía de los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C. P.), el reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14 C. P.), y el respeto de la dignidad humana, entendida en sus tres dimensiones constitucionales: i) vivir como se quiere; ii) vivir bien; y iii) vivir sin humillaciones. Para la Corporación, en el caso de estudio, “(...) se ven concernidas las tres dimensiones, especialmente la primera y la tercera, en tanto la falta de correspondencia entre la identidad sexual y de género que asume una persona y la que aparece registrada en sus documentos de identidad implica negarle una dimensión constitutiva de su autonomía personal (del derecho a vivir como uno quiera), lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás (derecho a vivir sin humillaciones) y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una vida digna (derecho a vivir bien)”<sup>27</sup>.

27 T-063 Corte Constitucional, 2015.

Lo anterior, tomando en consideración el contexto de discriminación que sufren las personas trans, hace imperiosa la necesidad de proteger sus derechos y eliminar las barreras legales que impiden su efectivo ejercicio. Para el Alto Tribunal “La comunidad trans forma parte de un grupo social históricamente sometido a patrones de valoración cultural negativos, sus integrantes han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos y su situación socioeconómica evidencia de manera nítida las circunstancias de desprotección y segregación que padecen. Dentro del sector LGBT, es justamente la población transgénero la que afronta mayores obstáculos para el reconocimiento de su identidad y el goce efectivo de sus derechos, y constituyen las víctimas más vulnerables y sistemáticas de la comunidad LGBT. Por lo anterior, esta Corporación ha señalado que se trata de una población en condiciones de debilidad manifiesta y en esa medida gozan de especial protección constitucional. Ante estas circunstancias de segregación, esta Corporación ha garantizado en escenarios constitucionales específicos el derecho de las personas transgénero a definir su identidad sexual y de género y a no ser discriminadas en razón de ella”<sup>28</sup>.

Así entonces, el derecho a la personalidad jurídica de las personas trans encontraba hasta ese momento barreras legales injustificadas que rompían el principio de igualdad con respecto a la población cisgénero y que constituían imposiciones gravosas que vulneraban su dignidad, pues al ser

sometidos(as) a un proceso de jurisdicción voluntaria que buscaba corroborar el cambio de sexo médicamente, se denigraba a las personas y se desconocían sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional entiende la identidad sexual como “(...) un proceso de adscripción que cada persona tiene derecho a realizar de manera autónoma, respecto de la cual el papel del Estado y de la sociedad consiste en reconocer y respetar dicha adscripción identitaria, sin que la intervención de las autoridades estatales tenga carácter constitutivo de la misma”<sup>29</sup>. En esa medida, las personas trans sufren una vulneración de sus derechos fundamentales “(...) cuando se establecen obstáculos innecesarios para lograr la corrección del sexo en el registro civil a fin de que coincida con su identidad vivida, y ha señalado que procede directamente dicha modificación, sin acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria, siempre que se cuente con las pruebas médicas o psicológicas que sustenten la petición”<sup>30</sup>.

Finalmente, la Corte Constitucional estableció en dicha providencia que la exigencia de acudir a un proceso de jurisdicción voluntaria para cambiar el sexo inscrito en el registro civil constituía una medida desproporcionada y desigual contra las personas trans, pues “Al constatar la existencia de un medio alternativo que cuenta con cobertura legal, es menos lesivo de los derechos fundamentales y reviste idoneidad equivalente para alcanzar los fines constitucionales que se satisfacen con el proceso

---

29 *Ibidem.*

30 *Ibidem.*

28 *Ibidem.*

de jurisdicción voluntaria, la Sala encuentra que la obligación impuesta a la accionante de acudir a este último mecanismo para realizar la corrección del sexo inscrito en el registro civil es una medida innecesaria y gravosa para sus derechos, y que además representa un trato discriminatorio en relación con el que se dispensa a las personas cisgénero, quienes pueden corregir este dato mediante escritura pública<sup>31</sup>.

En desarrollo de dichos mandatos judiciales, el Gobierno nacional expidió en el año 2015 el Decreto 1227, que reglamentaba la sentencia T-063 de 2015, el cual simplificó el trámite de cambio de sexo en la cédula y registro civil para las personas trans, evitando el sometimiento a procesos judiciales que atentaban contra su dignidad, facilitando que ahora solo se requiera la manifestación de su voluntad para rectificar sus documentos de conformidad con su identidad.

El Gobierno plasmó la tesis de la Corte Constitucional que privilegiaba el trámite notarial para acceder al cambio de sexo en los documentos: “La corrección por vía notarial reduce los obstáculos y exclusiones que padecen las personas transgénero en razón de los mayores costos y tiempos de espera que supone el recurso a un proceso judicial, y que en sus particulares condiciones de marginación y exclusión se convierten en una carga especialmente dura de afrontar; asimismo, elimina la diferencia de trato que se establece entre personas cisgénero y transgénero, permitiendo a estas últimas hacer uso del procedimiento

de corrección del sexo en el registro que hoy se admite para las primeras y contribuye a eliminar la tendencia hacia la patologización de la identidad de género (...) la corrección a través de escritura pública permite lograr con el mismo grado de idoneidad las finalidades que se pretenden asegurar a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria”<sup>32</sup>.

Sin embargo, la vigencia y aplicación del Decreto 1227 de 2015 han sido obstaculizadas principalmente por dos factores. En primer lugar, el Decreto fue demandado en acción de nulidad por inconstitucionalidad<sup>33</sup> ante el Consejo de Estado por parte de la Procuraduría General de la Nación, entidad que se ha caracterizado por hacer una muy fuerte resistencia, desde la institucionalidad, al reconocimiento progresivo de derechos de la población LGBT. En el momento de escribir este artículo, el Consejo de Estado ha rechazado la solicitud de suspensión provisional del citado decreto, elevada por la Procuraduría, y procedió a estudiar de fondo los argumentos de la demanda. Colombia Diversa ha intervenido desde el inicio de la demanda, reclamando la protección del Estado para las personas trans y defendiendo la vigencia del Decreto. Esta situación evidencia cómo desde la propia institucionalidad del Estado colombiano, las garantías y protección constitucional que merecen las personas trans se ven seriamente obstaculizadas en detrimento de sus derechos.

31 *Ibidem*.

32 *Ibidem*.

33 Congreso de la República, 2011. Ley 1437 (artículo 135).

En segundo lugar, la aplicación del Decreto se ha visto entorpecida por los funcionarios de registro, especialmente notarios, quienes en varios casos exigen requisitos no previstos en el Decreto, lo cual dificulta la posibilidad de que las personas trans corrijan sus documentos. Así mismo, Colombia Diversa ha atendido y asesorado casos de colombianos y colombianas que viven en el exterior y han acudido ante los consulados para hacer el trámite previsto por el Decreto 1227 de 2015, encontrándose con negativas a practicar el procedimiento, respuestas confusas y falta de claridad y conocimiento de los funcionarios sobre la regulación vigente. Todo esto a pesar de que la Registraduría expidió la circular 139 del 24 de junio de 2015, por medio de la cual se dan directrices institucionales para la aplicación del mencionado Decreto, dirigida, entre otros funcionarios, a los cónsules.

Todo lo anterior repercute ineludiblemente en la posibilidad de acceder al mercado laboral para las personas trans, quienes deben soportar la discriminación y el rechazo porque en muchos casos su expresión de género no corresponde con sus documentos de identidad o porque se les exigen requisitos adicionales para trabajar, como la libreta militar, en el caso de las mujeres trans, a pesar de que la Corte ha reconocido que no es exigible dicho requisito para ellas<sup>34</sup>.

En la actualidad, hemos reportado varios problemas que son resultado de vacíos jurídicos. Por ejemplo, la aplicación del Decreto 1227 de 2015 se ha venido impulsan-

do progresivamente; sin embargo, hemos identificado que los casos de niños, niñas y adolescentes trans que desean corregir sus documentos conforme a su identidad se ven obstaculizados por los funcionarios de registro, que alegan no poder aplicar el citado decreto debido a que, según su interpretación, este hace referencia únicamente a la cédula de ciudadanía y por ende solo los mayores de edad se encontrarían habilitados para corregir sus documentos. Esta situación afecta de manera grave los derechos de los niños, niñas y adolescentes trans por su doble condición de sujetos de especial protección constitucional.

Sin duda, existe una interpretación que no toma en consideración los postulados constitucionales, sino que prioriza la interpretación exegética y no garantista de la norma, obstaculizando así la efectiva realización de derechos. En situaciones como las expuestas, se tiene que, de acuerdo con la experiencia vivida en la aplicación de la sentencia C-577 de 2011, al existir campos medianamente amplios de interpretación para los funcionarios y operadores jurídicos, estos optan preferiblemente por las interpretaciones más restrictivas, sujetas al texto de la ley, sin efectuar una valoración constitucional, o considerando los desarrollos jurisprudenciales en materia de derechos, ni privilegiando estos sobre las formas jurídicas.

## Conclusión

De acuerdo con la forma como hasta ahora se ha desarrollado jurídicamente y de facto la inclusión de la diversidad en el registro ci-

34 T-099 Corte Constitucional, 2015.




vil, quisiéramos invitar a quienes se han tomado el tiempo de leer este planteamiento, independientemente de si compartan nuestro punto de vista o no, a considerar las principales características atribuidas a los derechos humanos –inherentes, universales e inalienables– y luego pensar si bajo estos es admisible sostener la diferenciación de las personas en virtud de los gustos que tengan o las preferencias por las que hayan decantado el disfrute de su vida.

El respeto y garantía de los derechos de las personas LGBT y de las familias conformadas por estas solo reclama efectividad de las promesas constitucionales, entre estas la igualdad de trato de todas las personas, sin distingo de sus características particulares, basada en el común denominador de la dignidad humana, en aras de impedir que se reproduzcan patrones de desigualdad y violencia que les terminan por negar a las personas algo que les es inherente a su calidad de ser humano, su dignidad.

Los obstáculos y barreras administrativas impuestos y creados por funcionarios y operadores jurídicos que tienen a su cargo

las labores de registro a través de la exigencia de requisitos adicionales; la información errónea proporcionada a los ciudadanos y ciudadanas; la falta de claridad en la aplicación de la regulación vigente y sobre los derechos de lesbianas, gais, bisexuales y personas trans; la remisión a otras entidades o la simple negativa a llevar a cabo los trámites solicitados, entre otros, imposibilitan que la efectiva protección de derechos y la promesa de igualdad y paz de la Constitución de 1991 sean una realidad para esta población.

La jurisprudencia específica sobre derechos fundamentales que producen la Corte Constitucional y las demás autoridades como garantes de la Constitución no requiere consagración legal para su aplicación, sino que su fuerza vinculante deviene de la naturaleza propia del derecho constitucional, a través del cual se busca garantizar de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, una mayor coherencia del ordenamiento jurídico y mayor seguridad jurídica. Esta convicción debe trascender a la existencia o no de una sanción legal por el incumplimiento de funciones. 

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional Constituyente (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, D. C.

C-577 Corte Constitucional, 2011.

Colombia Diversa (2016). *Derechos de las parejas del mismo sexo y sus familias: ¿una realidad? Informe sobre obstáculos identificados en la aplicación de las sentencias de la Corte Constitucional relativas al ámbito familiar de las parejas del mismo sexo*. Bogotá: Colombia Diversa.

\_\_\_\_\_. (2016). *Intervención ciudadana de Colombia Diversa en el proceso T-5.307.214. Acción de tutela formulada por JGG y CMAR, actuando en nombre propio y en representación de su hija L, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y otros*.

Congreso de la República (1887). Código Civil (artículo 213).

Congreso de la República (2011). Ley 1437 (artículo 135).

Presidencia de la República (1970). Decreto 1260, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas. Bogotá, D. C.

\_\_\_\_\_ (2015). Decreto 1227, por el cual se adiciona una sección al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, relacionada con el trámite para corregir el componente sexo en el registro del estado civil. Bogotá, D. C.

*Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (2006). Indonesia.

Registraduría Nacional del Estado Civil, Dirección Nacional de Registro Civil (2016). Circular 024. Bogotá, D. C.

\_\_\_\_\_ (2016). Circular 036. Bogotá, D.C.

\_\_\_\_\_ (2016). Circular 080. Bogotá, D. C.

\_\_\_\_\_ (2015). Circular 0139. Bogotá, D. C.

\_\_\_\_\_ (2008). Circular 070. Bogotá, D. C.

\_\_\_\_\_ (2014). Concepto radicado interno DNRC AT 1105-2014. Bogotá, D. C.

SU-214 (Corte Constitucional, 2016).

SU-696 (Corte Constitucional, 2015).

Superintendencia de Notariado y Registro. (2016). Circular 1004. Bogotá, D. C.

T-196 Corte Constitucional, 2016.

T-063 Corte Constitucional, 2015.

T-099 Corte Constitucional, 2015.

T-444 Corte Constitucional, 2014.

T-594 Corte Constitucional, 1993.





# **BALANCE DEL DERECHO ELECTORAL COLOMBIANO**

## **BALANCE OF COLOMBIAN ELECTORAL LAW**

**Rocío Araújo Oñate**

**Óscar Delgado Sánchez**

**Beatriz Franco Cuervo**

**Juan Carlos Galindo Vácha**

**Fernando Mayorga García**

**Juan Manuel Ramírez Pérez**

**Manuel Alberto Restrepo Medina**

**Rubén Sánchez David**

**Carlos Ariel Sánchez Torres**

Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia,  
octubre de 2007. 389 p. ISBN: 978-958-8298-79-5

Con la premisa “la transformación del elector en ciudadano es el reto fundamental de la democracia colombiana y sus libertades, objetivo que se logra con la efectividad de los derechos de la ciudadanía” se abre la presente obra, sobre la cual la Facultad de Jurisprudencia, en asocio con la Facultad de Ciencia Política y Gobierno del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, convocó a los profesores y expertos en materia electoral que se encuentran enunciados en el numeral 1, a fin de que analizaran la problemática que actualmente la aqueja y que ha impedido alcanzar la ciudadanía plena.

Con esta visión, los cuatro capítulos que integran el libro *Balance del derecho electoral colombiano* se relacionan con las razones por las que no se han logrado mayores índices o niveles de libertad e igualdad real, justicia y progreso, aun cuando existen elecciones en forma regular y frecuente de gobernantes. A la vez, se analiza la limitación que le asiste a nuestra democracia en la medida que esta se circunscribe

al espectro electoral y partidista. Hace parte también de dicho análisis la distancia que existe entre la política, los políticos, las instituciones de representación y los electores.

En el primer capítulo del libro, relativo a fraudes electorales y sanción electoral, el cual está dividido en dos secciones, se recogen, por un lado, el trabajo del doctor Carlos Ariel Sánchez Torres, intitulado *Apocriofidad, falsedad y error aritmético en materia electoral*, y, por el otro, el escrito presentado por el doctor Manuel Alberto Restrepo Medina denominado *Causales de pérdida de investidura de los servidores públicos de las corporaciones de elección popular*.

El primer texto –y según el mismo autor– tiene por finalidad facilitar una mejor ilustración, comprensión, análisis y estudio del fraude electoral, para demostrar y determinar con exactitud en qué consiste la apocriofidad al tenor de la doctrina del Consejo de Estado en los temas relativos a mesas no escrutadas, mesas que registran más votos que sufragantes, mesas afectadas con apocriofidad en los registros del E-24, suplantación de electores, sufragantes fallecidos o con pérdida de derechos políticos, doble votación de personas, actuación de jurados de facto, sufragantes no inscritos ni inhabilitados para votar, falsedad o suplantación de firmas de jurados de votación y apocriofidad por diligenciamiento de varios registros de votación (E-11) de distintas mesas de votación por un mismo autor, todos vistos dentro y desde la eficacia del voto.

A renglón seguido, y dentro de la obra desarrollada por el doctor Restrepo Medina,

se entra a analizar la pérdida de investidura de los servidores públicos, figura introducida por la Constitución de 1991 con el fin de fungir como un mecanismo de moralización, depuración y limpieza del Congreso. El legislador amplió el margen de aplicación de esta figura, cobijando a diputados, ediles y concejales, resaltando el hecho de que los procesos son similares en cuanto a su régimen constitucional, pero con diferencias muy notorias, principalmente en cuanto a la definición de sus causales, por lo cual realiza un paralelo sobre el procedimiento en uno y otro caso.

El segundo capítulo desarrolla el concepto de sistema electoral, está compuesto por tres artículos. El primero es el del profesor Óscar Delgado, *Sistemas electorales: Breve historia*; lo secunda el trabajo del profesor Rubén Sánchez David, *Democracia, representación y sistemas electorales*; para finalizar con la obra de la doctora Beatriz Franco-Cuervo, en la que se hace un acercamiento a los resultados de la reforma política que tuvo lugar en el 2003, *Panóptico: una mirada a la reforma político-electoral 2003 desde la elección senatorial 2006*.

El escrito del profesor Delgado se inicia con un recuento histórico de los sistemas electorales que han sido aplicados en América y Europa, pasando al estudio de las principales autoridades electivas, concretamente sobre la figura de presidente y cuerpos colegiados, para finalizar con conceptos generales sobre circunscripciones electorales y modos de escrutinio.

A su vez, el profesor Sánchez David basa su texto en el hecho de que el ciudadano

no puede intervenir en todos los asuntos públicos, por lo cual, afirma, se debe acudir al concepto de democracia representativa. Sin embargo, resalta el autor que no existe un sistema electoral perfecto u óptimo, puesto que su aplicación dependerá de los procesos y estructuras sociales que emergen de situaciones y condiciones institucionales y políticas diferentes.

El otro gran tema que toca es el de los efectos de un sistema electoral, el cual dependerá –en consideración del autor– de la capacidad de respuesta que tengan los partidos políticos frente a las condiciones de éxito o fracaso que vienen implícitas dentro de los mismos procesos electorales.

Para finalizar dicho capítulo, aparecen las consideraciones de la doctora Franco Cuervo, bajo el nombre de *Panóptico: una mirada a la reforma político-electoral 2003 desde la elección senatorial 2006*, que para leerse se debe tener en cuenta que lo elaboró en un momento histórico en el cual el poder legislativo y el ejecutivo se encontraban en una disputa sobre cómo reformar estructuralmente la Carta Magna en varios aspectos, principalmente en lo referente a la obtención, conservación y ejecución del poder.

Teniendo en cuenta este hecho, la autora examina el Acto Legislativo 01 de 2003, punto de partida de la denominada reforma político-electoral, y lo enfrenta a diversos resultados estadísticos y electorales, derivando en una reflexión sobre los efectos técnicos del sistema electoral que a la fecha se tenía, los resultados de las elec-

ciones de Senado, sus efectos colaterales y su impacto real en la representación política.

El trabajo se desarrolla en el contexto del sistema electoral vigente a la fecha de publicación y la influencia que tiene este frente a la conformación del órgano elegido, el reclutamiento de la clase política, la formación de opinión y voluntad de la ciudadanía, la actitud o posición de los grupos de interés y la cultura política de los pueblos, para correlacionar sus posibles efectos con el sistema de partidos, con la gobernabilidad y con la legitimidad electoral, afirmando que tales efectos están condicionados por factores históricos, político-culturales y coyunturales; es decir, el contexto *hace la diferencia*.

La reforma política de 2003 es considerada por la doctora Franco Cuervo como revolucionaria, puesto que para su gusto se hicieron demasiados cambios –radicales, además– para enfrentar un problema que, si bien estaba desbordando el sistema partidista, su origen no se encontraba en el sistema electoral, sino en factores externos a él.

En lo relacionado con las elecciones del año 2006, se analizan las herramientas previstas en la reforma política contra la atomización de avales, indisciplina partidista e intrapartidista, auge de microempresas electorales, específicamente, la proliferación de partidos y movimientos políticos a nivel formal, es decir, la lista única por partido, la fórmula matemática d'Hondt o cifra repartidora y diferentes barreras o umbrales electorales.

En el tercer capítulo del libro se aborda el tema de organización electoral, vista desde

la evolución del órgano electoral, hoy conocido como Consejo Nacional Electoral, bajo la premisa de que este debe estar dotado de un grado de autonomía a fin de que brinde a la sociedad confianza y credibilidad sobre el resultado de las elecciones. Por lo anterior, el profesor Fernando Mayorga García presenta el trabajo titulado *De la corte electoral al Consejo Nacional Electoral. La organización electoral moderna en Colombia (1948-2006)*.

Dentro de dicho escrito responde a la pregunta si estos órganos deben estar al margen de la política partidaria o si en ellos debe buscarse la participación directa de los grupos o partidos políticos de manera que se neutralicen mutuamente, lográndose la objetividad de sus actuaciones, por lo cual indaga sobre en cabeza de quién está la competencia para escoger los miembros del Consejo Nacional Electoral, el tiempo de duración de su periodo o los requisitos que estos deben reunir.

Habiéndose realizado este recuento histórico, el trabajo de investigación señala dos propósitos. Por un lado, visualizar cómo el legislador ha cumplido con la tarea de integrar el Consejo Nacional Electoral y las condiciones de sus miembros para poder lograr el correcto e imparcial funcionamiento del mencionado organismo. Por el otro, mostrar claramente cómo se ha adaptado o transformado la organización electoral en puntos clave de la historia política colombiana, siendo ejemplos de ello la muerte del prócer Jorge Eliécer Gaitán –que precipitó la reforma electoral que dio origen a la Cor-

te Electoral, organismo que antecedió al Consejo Nacional Electoral, creado por medio de la Ley 85 de 1981– y la conformación y disolución del Frente Nacional.

El cuarto capítulo del libro, compuesto por tres obras e igual número de autores, refiere a temas un poco más actuales relacionados con el proceso electoral. La primera es el escrito elaborado por el hoy señor Registrador Nacional del Estado Civil, doctor Juan Carlos Galindo Vácha, *El proceso electoral y el voto electrónico*; la segunda, el artículo de la doctora Rocío Araújo Oñate *El voto electrónico en Colombia*, y, para finalizar tanto el capítulo como el libro, aparece el texto del doctor Juan Manuel Ramírez Pérez intitulado *Importancia de las encuestas de opinión en los procesos electorales*.

El doctor Galindo Vácha aborda el concepto del proceso electoral y el voto electrónico analizado desde la perspectiva de la democracia participativa, entendido como un nuevo concepto político-constitucional del Estado en el que el individuo goza de un acertado papel en la vida social y política. Dentro de las múltiples modalidades de intervención ciudadana, destaca el autor en forma especial el ejercicio del derecho del sufragio en la elección de las principales autoridades representativas.

En igual sentido y visualizando el andamiaje electoral, analiza las relaciones que surgen entre los diferentes intervinientes dentro del proceso electoral, el cual culmina con la expresión de la ciudadanía en las urnas (sufragio), representada en selección de gobernantes o toma de decisiones que



afectan a una comunidad específica, sin importar si es nacional, departamental, municipal o de otra índole.

Teniendo en cuenta lo anterior, hace una relación entre el sufragio y los avances tecnológicos –como métodos de información y comunicación– logrados en el siglo xx que han permitido que los conteos y difusión de resultados sean cada vez más rápidos y confiables.

Para tal efecto, se toman experiencias de países donde se han implementado urnas electrónicas que reemplazan a las “físicas” y se muestra con mayor claridad cómo la tecnología es usada en el antes, en el durante y en el después del proceso electoral, en el que se advierte que el voto electrónico no es más que una fase de aquella sistematización.

Sobre esta base, se destaca que antes de pensar en la implementación del voto electrónico, es necesario examinar y analizar el proceso electoral, sus aspectos jurídicos, técnicos, financieros y sociopolíticos con fundamento en el cual se puede sistematizar el proceso electoral, dentro del cual el voto electrónico constituye tan solo una de sus fases, resultando esencial las condiciones de seguridad y auditabilidad en procura de garantizar la transparencia y la agilidad.

Por la misma vía está sentada la posición de la doctora Araújo Oñate, la cual se interna en los medios modernos de comunicación e información en el proceso electoral. Su obra se finca en la relación existente entre la política y los preanotados medios, solo que esta es vista a gran escala, de la cual deriva la

aparición del concepto democracia electrónica, fenómeno con el cual se ha fortalecido la Administración Pública.

El interrogante que pretende resolver la investigación es si con estos medios modernos se puede incentivar a una mayor y mejor participación política de los ciudadanos en las distintas instituciones democráticas, especialmente en el ejercicio del sufragio.

Se entiende que en caso de existir voto electrónico, estamos en presencia de una democracia electrónica, con la cual se busca robustecer y ampliar el rango de la democracia. Por ello se señala que dentro de la reforma política constitucional en el año 2003 se introdujo el voto electrónico, buscando mayor agilidad y transparencia en todas las elecciones, proceso que no se ha logrado dar cabalmente debido a que en el país no se ha avanzado notoriamente en las condiciones que posibilitan ejercer de manera segura los derechos de los sufragantes.

Por último, se señalan las posibles ventajas y desventajas que puede traer para nuestro país y democracia el desarrollo o implementación de tecnologías modernas que habiliten el voto electrónico.

Para finalizar tanto el capítulo como la obra, aparece el escrito del doctor Ramírez Pérez que analiza las encuestas de opinión en los procesos electorales, afirma que el sistema electoral colombiano padece graves deficiencias, dado que está basado en un estatuto obsoleto, el cual se ha reformado a través de decretos o leyes sobre materias puntuales, lo que hace que una

interpretación estructural requiera un alto grado de imaginación por parte de autoridades judiciales y administrativas.

Bajo este contexto aparece el estudio sobre las encuestas electorales y la necesidad de actualizar la legislación que las regula, por lo que cree útil empezar a aplicar conceptos que la Asociación Mexicana de las Agencias de Investigación y Opinión Pública (AMAI) recoge del Seminario sobre Encuestas y Elecciones México 2003, convocado por el IFE, AMAI, CI y WAPOR.

Expresa que al ser las encuestas un instrumento de utilidad ciudadana, deben elabo-

rarse bajo vitrina metodológica única, reduciendo las limitaciones para la elaboración de encuesta sumado al hecho de que solamente deben ser sancionadas aquellas personas que las utilicen de manera indebida.

Como conclusión, predica el hecho de que la modernización de encuestas debe partir de un proceso de actualización legislativa, la cual blinde este proceso, resaltando el papel fundamental que tiene la academia universitaria en esta materia, ya que debe ser un trabajo de investigación y educación con el cual se afiance y fortalezca el sistema democrático.

Gerardo Andrés Sanabria Muñoz<sup>1</sup> 

---

1 Abogado CEDAE  
Registraduría Nacional del Estado Civil  
Abogado egresado de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Derecho Comercial y candidato a Magister en Derecho Económico de la misma institución. Se ha desempeñado en diversos cargos en el sector público, casi todos ellos dentro de la rama judicial. Actualmente presta sus servicios al Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales – CEDAE de la Registraduría Nacional del Estado Civil.  
gasanabria@registraduria.gov.co

# HACIA UN NUEVO DERECHO ELECTORAL

## TOWARDS A NEW ELECTORAL LAW

**Juan Carlos Galindo Vácha (2010)**

Hacia un nuevo derecho electoral. Depalma, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez. 163 p.  
ISBN: 978-958-749-023-7

La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, con el fin de divulgar el pensamiento jurídico nacional, cuenta con una colección de monografías que tiene un formato cómodo y accesible cuyo séptimo número es el texto Hacia un nuevo derecho electoral, que contiene una serie de reflexiones sobre el pasado, presente y futuro del derecho electoral, muchas de ellas tienen como fuente la experiencia personal del autor. Afirma este que el texto es un abre bocas al tema, una introducción que señala los antecedentes, la realidad de lo electoral, con sus fortalezas y debilidades, así como ideas que se lanzan para trabajar en el mejoramiento de la estructura democrática.

El texto consta de dos partes, el capítulo primero, que se denomina Pasado y presente, y el capítulo segundo, El futuro del derecho electoral, donde se revela la realidad del derecho electoral, así como sus problemáticas. La primera parte, a su turno, tiene cinco secciones, a saber: el sistema electoral colombiano, proceso electoral y procedimiento administrativo electoral, el control electoral del Ministerio Público, el proceso jurisdiccional de nulidad electoral y las elecciones del 2010.

Galindo Vácha empieza describiendo la organización electoral compuesta por las autoridades electorales, como el

Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil. El primero como entidad que realiza la inspección y vigilancia de la organización electoral; por su parte, la Registraduría, con atribuciones de registro civil e identificación de las personas, como también la dirección y organización de las elecciones. Posteriormente se precisa el proceso electoral entendido como *“el mecanismo o instrumento específico, constituido por una sucesión de actividades, por medio de la cual el Estado garantiza a los ciudadanos la posibilidad de su expresión o deseo con relación a la selección de sus autoridades o pronunciamiento de decisiones trascendentes”* (pp. 42-43). El autor describe cada una de las actividades preelectorales, electorales y poselectorales.

En este mismo apartado se describe la importancia del control electoral del Ministerio Público y cómo se fue avanzando hacia intervenciones antes, durante y después de los eventos electorales que se realizaron en un mismo fin de semana y cómo ha sido decisiva la intervención de dicho ministerio en procesos judiciales que han finalizado con la nulidad de elecciones que han defraudado la voluntad del elector. Sin embargo, el autor critica los cambios de jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que en ocasiones debilitan el control judicial y evitan castigos ejemplarizantes a los partidos y movimientos políticos ante prácticas non sanctas. Esta parte se encuentra muy bien fundamentada en el proceso jurisdiccional de nulidad electoral. En este aparte hay que indicar que el texto es de 2010 y aún no cuenta con una actuali-

zación del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo sancionado en el año 2011.

Interesante resulta la reflexión del autor en relación con la problemática del proceso de nulidad electoral, aún vigente, que trata sobre los mecanismos de examen y estudio de las pruebas que impiden que se obtengan fallos definitivos en términos más razonables. Finaliza esta primera parte con un análisis de las elecciones de 2010, particularmente las de Congreso de la República y el entonces en proceso proyecto de referendo constitucional que permitía la segunda reelección presidencial. En suma, en esta primera parte el autor describe el sistema electoral colombiano, realizando un diagnóstico que le permitirá en la segunda parte lanzar una serie de propuestas que buscan el fortalecimiento del derecho electoral en Colombia.

En la segunda parte, sobre el futuro del derecho electoral, se abordan propuestas desde el punto de vista de la normatividad, de la logística y operación electoral, así como desde la concientización de la colectividad para mejorar la participación ciudadana. Este segundo capítulo se divide en cuatro títulos, a saber: el fortalecimiento de la organización electoral y de la acción de las autoridades del Estado, la renovación de la legislación electoral, el voto electrónico o la sistematización del proceso electoral y el proceso judicial electoral. En relación con el fortalecimiento de la organización electoral y de la acción de las autoridades del Estado, el autor destaca que son nece-

sarios ajustes constitucionales para mejorar la operación electoral y evitar los conflictos que surgen por celos de poder o por carencia o deslinde adecuado de competencias. Los ajustes concretos son esbozados en esta primera parte por el autor; así mismo, en relación con los organismos de vigilancia y control, como la Fiscalía, la Policía y la Procuraduría, dice, deben reforzarse y convertir la Unidad de Reacción Inmediata en lo Electoral (URIEL) en una instancia de verdadera ejecución contra los delitos electorales y no en una dependencia de mera recepción de quejas, sin ninguna posibilidad de actuación.

Respecto a la renovación de la legislación electoral, se deja en evidencia la aplicación de una normativa que se ha convertido en una colcha de retazos y con disposiciones caducas que interfieren con la normativa constitucional como lo es el Decreto 2241 de 1986 o Código Nacional Electoral. Según el autor, ha sido imposible la expedición de un nuevo estatuto, dada la falta de interés y de oportunidad para la presentación de una nueva compilación. Igualmente, Galindo Vácha realiza una disquisición sobre la importancia de mantener separadas las funciones administrativas de las judiciales en lo relacionado con el control electoral en dos organismos autónomos e independientes como lo son el Consejo Nacional Electoral y la Sección Quinta del Consejo de Estado, brindando garantía de imparcialidad y transparencia a la ciudadanía.

En el acápite sobre el voto electrónico y la sistematización del proceso electoral, se hace una conceptualización de la palabra

voto y se discurre sobre la modernización de la Registraduría Nacional del Estado Civil y su programa piloto de voto electrónico del 27 de octubre de 2007. Así mismo, se revisan experiencias internacionales para concluir que para que se pueden implementar nuevas tecnologías, *“también existen variables exógenas que pueden tener influencia en los procesos electorales como son: el analfabetismo: no solo por el manejo de la tecnología, sino porque gran parte de la población es escéptica a utilizar esos mecanismos, por la falta de confianza en los mismos; la implementación del marco legal y normativo: por ser un sistema totalmente nuevo, se debe crear una regulación que permita llevar a cabo un proceso electoral, estructurado en un esquema legal que le dé total garantía y transparencia; recursos logísticos: la utilización de tecnología exige como presupuesto necesario existencia de recursos físicos –instalaciones–, de fluido eléctrico, comunicaciones, vías de comunicación, transmisión de datos, que deben ser observados y existentes por parte de quienes estén diseñando un esquema tecnológico electoral, so pena de dar al traste con un proceso de modernización”* (pp. 147-148).

Para finalizar este aparte, se analiza el proceso judicial electoral y se proponen ajustes para que la Registraduría cuente con instrumentos tecnológicos que faciliten el proceso judicial y se acuda a los medios digitales para facilitar y disminuir los términos del contencioso electoral. En el epílogo de la obra se analiza la sentencia que declaró la inexequibilidad de la Ley 1353 de 2009, que convocaba a un referendo constitucional para permitir

la segunda reelección del Presidente Álvaro Uribe. El autor demuestra cómo se generó un absoluto respeto por el pronunciamiento jurisdiccional. Por último, se presentan observaciones en relación con las elecciones del 14 de marzo de 2010, que originaron críticas a la organización electoral, de manera que el autor lanza una voz de aliento para que en los siguientes comicios la Registraduría Nacional del Estado Civil recupere su prestigio y reconozca el esfuerzo y dedicación de los servidores que conforman la organización.

En términos generales, recomiendo la lectura del libro porque se destaca por

su claridad en el lenguaje. Le explica al lector de manera muy didáctica las problemáticas que tiene el derecho electoral en Colombia. Pese a los ajustes que se le deben hacer al texto, dados los cambios legales y jurisprudenciales del momento, es una monografía que mantiene plena vigencia en lo referente al diagnóstico y propuestas para el fortalecimiento de la organización, de la normatividad y del sistema jurídico de los procesos electorales en Colombia.

Aura Ximena Osorio Torres<sup>1</sup> 

---

1 Coordinadora CEDAE  
Registraduría Nacional del Estado Civil  
Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Derecho Administrativo de esa misma casa de estudios. Profesora de planta de la Pontificia Universidad Javeriana desde 1998 a 2016 de las cátedras de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Contratación Estatal. Actualmente mantiene la cátedra de Derecho Administrativo en la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y se desempeña como Coordinadora del Centro de Estudios en Democracia y Asunto Electorales CEDAE.  
axosorio@registraduria.gov.co

# RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ELECCIONES EN COLOMBIA

## LEGAL REGIME OF THE ELECTIONS IN COLOMBIA

**Guillermo Mejía Mejía**

Registraduría Nacional del Estado Civil –  
Ediciones UNAULA – editorial DIKE  
2015

ISBN: 978-958-8869-21-6  
349 págs.

El libro explica la estructura y funcionamiento de los poderes electorales, desde el Consejo Nacional Electoral y el Registrador Nacional del Estado Civil, hasta llegar al jurado de votación. Se recogen múltiples leyes dispersas en el ordenamiento jurídico electoral y numerosas sentencias incoexas del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

En el texto se explica de una manera muy sencilla, la forma como se lleva a la práctica la democracia, cómo se ejerce la participación popular y se selecciona entre diferentes alternativas políticas. Se hace un recuento sobre cómo se organizan las elecciones, quiénes pueden votar, cómo se cuentan los votos, cómo se eligen a los gobernantes, entre otros aspectos de la logística electoral.

Estrada Villa establece que el libro tiene una doble virtud: “describe y analiza lo actual con profundidad y crítica, y propone con buen juicio. Así mismo proporciona ideas para mejorar el funcionamiento del sistema electoral que todavía, veinticinco años después de aprobada la Constitución Política de 1991 y de varios actos legislativos reformativos,

adolece de muchos graves defectos en las distintas fases del proceso, tal como se exponen en esta obra, y se han puesto en evidencia en las últimas elecciones celebradas en Colombia en los años 2010 y 2014”.

Este libro consta de cuatro partes, no todas con la misma extensión, las cuales son: el sistema y régimen electoral; la denominada “Antes de las elecciones; otra “El día de las elecciones”, y finalmente “Después de las elecciones”.

El primer capítulo “Sistema y régimen electoral” empieza con un marco teórico sobre sistema electoral, destacándose la tesis de Nohlen según la cual “el mejor sistema institucional es el que mejor funciona; por lo tanto, no hay normas universales que se puedan aplicar indiscriminadamente a cualquier situación”; la frase es elocuente pues de manera reiterada queremos poner fin a nuestros problemas institucionales, trasplantando modelos foráneos y olvidando nuestra tradición. Es el caso de la estructura de la organización electoral, desde 1948 se asignaron a la Registraduría Nacional del Estado Civil las funciones del manejo de los Archivos Nacionales de Identificación y la realización de los procesos electorales, justamente por la conexión que hay entre el censo electoral y las bases de datos de identificación y el sistema ha funcionado adecuadamente. Sin embargo, los vientos de reforma nos quieren llevar a parecernos a otros modelos que pueden crear a retrocesos como el que la información de Identificación y Registro pase a manos de un organismo que aunque dependa del gobierno perdería la autonomía e independencia

con la que se ha contado en la vigencia de la Carta de 1991.

Así mismo, destaca el autor la necesidad de modernizar el régimen electoral, actualmente denominado Código Electoral que es el decreto 2241 de 1986, esta norma es anterior al régimen constitucional de 1991 y ha sido objeto de reformas aunque está desactualizada y desarticulada. Es testigo Mejía Mejía de los varios proyectos de ley que se han presentado para modernizar y adecuar el Código Electoral, así como de su fracaso, dada la falta de oportunidad y de voluntad tanto del Gobierno y del Congreso de la República para modernizarse.

Muy interesante resulta el decurso histórico que realiza de la Organización Electoral, inicia con el Gran Consejo Electoral creado por la Ley 7 de enero 31 de 1888 y su análisis sobre el origen político desde el comienzo de esta institución que hoy tiene reconocimiento constitucional y constituye el Consejo Nacional Electoral. Igualmente, estudia el origen de la Registraduría Nacional del Estado Civil a través de la Ley 89 de 1948, como resultado de la recomendaciones de la Misión Canadiense para centralizar el archivo dactiloscópico, alfabético, numérico, fotográfico y estadístico, lo que constituye hoy en día el ANI o Archivo Nacional de Identificación. El capítulo finaliza con un rápido esbozo de algunos modelos de tribunales, consejos o cortes electorales en América Latina, es un análisis interesante, sin embargo, le hace falta de menos su fuente legal o doctrinal, para quienes quieran profundizar en un análisis comparado.



El segundo capítulo y es el más representativo en extensión pues prácticamente comprende la mitad del texto, cuenta con un detallado análisis de cada una de las etapas del proceso electoral, con un estudio sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que es el que más complejidad ofrece en el sistema político colombiano. Después de citar los principios rectores para la interpretación de las normas electorales, se enlaza la función constitucional del Registrador Nacional del Estado Civil de la dirección general de las elecciones, con la función legal de elaborar el calendario electoral para cada certamen, y en adelante se analizan una a una las etapas del respectivo calendario.

La primera de las actividades antes de las elecciones es la inscripción de las cédulas de los ciudadanos y extranjeros que residen en el país, ya que según el artículo 100 de la Constitución Política pueden votar en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital. Después el artículo 99 del Código Electoral ordena que en las elecciones deberán colocarse mesas de votación en las cabeceras municipales y en los corregimientos e inspecciones de policía con cupo numérico, es necesario que estas entidades estén creadas con seis meses de antelación a la fecha de las elecciones.

Seguidamente se estudia ¿cómo se inscriben los candidatos?, las listas y candidatos únicos, la doble militancia dejando en claro que las curules obtenidas por los partidos o grupos significativos de ciudadanos pertenecen a dichas colectividades y no a quienes las ocupan, pues estos tienen la obligación constitucional y legal de actuar en bancadas mientras desempeñen el cargo

para el que fueron elegidos. La sanción que establece la Ley 1475 de 2011 para los miembros de corporaciones públicas que incurran en doble militancia es la revocatoria de la inscripción para las nuevas elecciones por parte del Consejo Nacional Electoral.

También se explica el proceso de integración de los jurados de votación ya que en Colombia son particulares o servidores públicos que desempeñan temporalmente funciones públicas de carácter electoral. Las excepciones para ser jurado se encuentran en los artículos 104 y 108 del Código Electoral. Por otro lado, es importante conocer la definición de campaña electoral porque esta tiene límites en el tiempo y dentro de estos se podrán realizar aquellas actividades políticas, en espacio público, económicas y de divulgación encaminadas a obtener el favor de los electores.

Un tema muy interesante y novedoso lo constituye, sin lugar a dudas, el derecho que tienen los promotores del voto en blanco en las campañas para cargos o corporaciones de elección popular porque les da los mismos derechos de divulgación de su propaganda electoral, en las mismas condiciones que se fijan para las demás opciones a elegir respecto del mismo cargo o corporación en la respectiva circunscripción.

Así mismo, es un aspecto sensible el relativo a la definición, elaboración y publicación del censo electoral, porque según el artículo 47 de la Ley 1475 dispone “El registro general de las cédulas de ciudadanía correspondientes a los ciudadanos colombianos, residentes en el país y en el exterior, habilitados por la Constitución y la ley para ejercer

el derecho de sufragio y, por consiguiente, para participar en las elecciones y para concurrir a los mecanismos de participación ciudadana”. La depuración del censo electoral es el reto permanente de la Registraduría Nacional del Estado Civil, para garantizar procesos electorales transparentes, confiables y seguros.

Mejía Mejía hace un intento por hacer una apretada síntesis del régimen de inhabilidades, para lo cual inicia con una definición jurisprudencial tomada de la sentencia C-544 de 2005 en la que se plantea que “Las inhabilidades son prohibiciones de acceso a la función pública. Una inhabilidad es una circunstancia fáctica cuya verificación le impide al individuo en el que concurre, acceder a un cargo público. (p. 133)”. Parecería desde el punto de vista teórico que el régimen de inhabilidades es de sencilla aplicación dado que es restrictivo y de naturaleza eminentemente legal; sin embargo, la práctica ha demostrado que las normas de rango constitucional y legal que consagran inhabilidades no son de tan fácil interpretación y aplicación. Esto ha ocasionado que los registradores municipales y departamentales, que deben hacer un primer filtro ante la inscripción de candidatos aparentemente inhabilitados, deben, so pretexto de garantizar el derecho fundamental a la participación política, aceptar su inscripción, y solo después de un largo pleito electoral, el juez contencioso es el que tiene la última palabra sobre si determinada situación constituía o no inhabilidad.

Igualmente, el autor hace un análisis del régimen de las incompatibilidades en donde

también, de la mano de la jurisprudencia constitucional, se determina que las incompatibilidades legales tienen como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y la buena marcha de la gestión pública. Finaliza esta primera parte con un análisis sobre la financiación de las campañas y una crítica a los inconvenientes que se han generado con la vigencia de la ley de garantías electorales. La publicación del texto en análisis es anterior a la vigencia del Acto Legislativo 2 de 2015 denominado “Acto de equilibrio de poderes y reforma institucional” el cual derogó la reelección presidencial, así como otras, por lo que se encuentran en el texto algunas instituciones que no conservan hoy en día su vigencia.

El tercer capítulo, denominado “El día de las elecciones”, además de mencionar los diferentes formatos que usa la Registraduría para proceso electoral, reseña lo referente al voto, sus características, la inmunidad de los ciudadanos y escrutadores y la ley seca. Se hace un análisis sobre lo complejo que puede resultar el cambio al voto electrónico, puesto que, revisando experiencias vecinas como Brasil, se puede observar que tardaron quince años en educar a la población para votar en máquinas electrónicas. Igualmente, afirma que el voto electrónico solo se puede adelantar cuando ya está automatizado todo el proceso, desde el censo, la identificación biométrica del votante

y del jurado de votación con un solo documento de identidad.

El día de elecciones tiene diferentes actividades como lo son los horarios en que deben comparecer los jurados, la apertura, cierre y sellamiento de las urnas, el procedimiento para la votación de cada ciudadano, las restricciones a la publicidad, encuestas y reuniones en la plaza pública, la terminación de la votación y los escrutinios, la comunicación de los resultados electorales, todas ellas son analizadas en un paso a paso por el autor. Este capítulo termina con la abstención y una disertación sobre el voto obligatorio, la cual lleva a Mejía a afirmar que “Desde el punto de vista meramente filosófico, no se ve bien que la quintaesencia del sistema democrático, el voto, tenga que ejercerlo el ciudadano compelido por la amenaza de una sanción legal. (p. 267)”. Con estas expresiones se puede concluir que Mejía Mejía, rechaza de plano la figura del voto obligatorio, como respuesta al alto índice de abstención.

El cuarto y último capítulo es “Después de las elecciones” empieza con la entrega del material electoral para la realización de los escrutinios, según el diccionario electoral del Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL) es “una contabilización de los elementos que se relacionan directamente con la emisión del voto, el cual se lleva

a cabo en diversas instancias o etapas. (p. 269)”. Este proceso contempla elementos como las arcas triclaves y los actores como los claveros, porque los artículos 148 y 149 del Código Electoral determina quiénes son. Así mismo, se enuncian las causales de reclamación y su diferencia con las causales de nulidad electoral. El capítulo tiene un aparte sobre delitos electorales que resulta ilustrativo y finaliza con una predicción sobre el mecanismo de participación que buscaría refrendar los acuerdos de paz de la Habana con las FARC.

Finalmente, el autor en la conclusión busca dar respuesta a la pregunta ¿Es confiable para la democracia colombiana el actual sistema electoral? Y contesta que formalmente el sistema es confiable, pero deja la duda sobre la credibilidad de los ciudadanos en el sistema. En suma, el texto es un documento que ofrece de una manera muy clara, concisa y con un lenguaje sencillo, un panorama sobre el proceso electoral en sus etapas pre, electoral y pos, con el análisis de los temas que se encuentran directamente relacionados con el sistema como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que, como ha reconocido el autor, merecen un tratamiento sistemático, en aras de brindar una mayor seguridad jurídica tanto a los candidatos como a los electores.

Aura Ximena Osorio Torres 

# EL REGISTRO CIVIL EN COLOMBIA DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y NORMATIVIDAD. ASPECTOS PRÁCTICOS RELEVANTES

## THE CIVIL REGISTRY IN COLOMBIA DOCTRINE, JURISPRUDENCE AND NORMATIVITY. RELEVANT PRACTICAL ASPECTS

### **Autores:**

Juan Pablo Vidal Kling  
Clara Inés Echavarría Lopez  
Fernando Cadena Guevara  
Fridole Ballén Duque

No. Hojas: 120

Año de Edición: 2015

ISBN: 9789589883655

Editorial: Registraduría Nacional del Estado Civil

Los autores presentan un libro que sirve de guía a los funcionarios encargados de cumplir funciones registrales y, que en sus actividades diarias, deben dar trámite a los registros del Estado Civil, a las consultas y a las peticiones; también, constituye un texto de consulta indispensable para todas aquellas personas interesadas en conocer la evolución y desarrollo del Registro Civil en Colombia.

Por ello, la obra constituye un aporte valioso al mundo académico y jurídico al presentar el desarrollo del Registro Civil, desde el tratamiento que se le ha dado a través de la normatividad vigente, la doctrina existente y los avances que la jurisprudencia ha realizado, adaptando así, al Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas de 1970, el

nuevo ordenamiento constitucional y a los cambios jurisprudenciales.

Para tal fin, los autores se apartaron de un léxico técnico y jurídico, son más explícitos para presentar y comentar la normatividad, la jurisprudencia y las directrices administrativas sobre el Registro Civil; unificando en un solo cuerpo todas estas disposiciones, manteniendo un criterio uniforme y coherente con los cambios jurídicos y sociales.

El texto fue diseñado para que el interesado pudiera consultarlo de manera intuitiva, hallando fácilmente la información requerida. Por esta razón, cuenta con 8 capítulos que desarrollan el Registro Civil, el Regis-

tro Civil de Nacimiento, el Registro Civil de Matrimonio, el Registro Civil de Defunción, el Libro de Registro de Varios, los temas comunes, las solicitudes ante la Dirección Nacional de Registro Civil y los aspectos prácticos relevantes. Este constituye una herramienta fundamental para afianzar el conocimiento garantice la efectividad de los derechos de todas las personas y la exigencia de sus deberes.

Se puede decir que con esta publicación, el Registro Civil está al alcance, no solo de los funcionarios que realizan alguna actividad relacionada con el Registro Civil, sino de todas las personas.

Erika Sarquis Matta<sup>1</sup> 

---

1 Asesora Registraduría Nacional del Estado Civil Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, con especialización en Derecho Administrativo de la misma universidad. Se desempeñó como Coordinadora Administrativa del posgrado en Derecho Administrativo en la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente es asesora en la Registraduría Nacional del Estado Civil. epsarquis@registraduria.gov.co

## RECORDANDO LA REGISTRADURÍA

María Cristina Manzano Noguera



1948

Ley 89 de 1948, **creó una organización electoral imparcial**, ajena a la influencia de los partidos, compuesta por la Corte Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Al Registrador Nacional del Estado Civil se le asignaron dentro de sus funciones ser el secretario permanente de la Corte Electoral, la Dirección de la Oficina Nacional de Identificación y la vigilancia del proceso de cedulación.



1951

De acuerdo con las recomendaciones de la Misión Técnica Canadiense, mediante el Decreto 2628 de 1951 se dispuso la expedición de una **nueva cédula de ciudadanía laminada**, adoptando el **Sistema de clasificación dactiloscópica Henry**.



1954

El Acto Legislativo 3 de 1954 **otorgó a las mujeres el derecho a elegir y ser elegidas**, la primera cédula de esta clase se expidió a doña Carola Correa de Rojas Pinilla el 25 de mayo de 1956.



1961

La Ley 39 de 1961 estableció que a partir del 1° de enero de 1962, los colombianos mayores de **21 años solo podrán identificarse con la cédula de ciudadanía laminada**, en todos los actos civiles, políticos, administrativos y judiciales.



1970

El Decreto 1260 de 1970 otorga a la Registraduría Nacional del Estado Civil la facultad de expedir la **tarjeta de identidad** a todos los colombianos y colombianas **mayores de 7 años** y menores de 21.

# Registraduría



1975

Mediante el Acto Legislativo 1 de 1975 se **baja la mayoría de edad a los 18 años.**



1979

La Ley 28 de 1979 adopta el código electoral, el cual reitera el mandato de **mantener la organización electoral ajena a la influencia de los partidos y movimientos políticos**, se modificó por la Ley 96 de 1985 que suprime la Corte Electoral creando el Consejo Nacional Electoral.



1986

El Decreto 2241 de 1986 reunió las normas vigentes en el actual código electoral, manteniendo el objetivo de **perfeccionar el proceso y la organización electoral.**



1991

La Constitución de 1991 elevó a **rango constitucional a la organización electoral**, le otorga a la Registraduría Nacional del Estado Civil las funciones de la dirección y organización de las elecciones, el registro civil y la identificación de las personas.

2000

En el año 2000 inicia la **expedición de la cédula amarilla con hologramas**, basada en tecnología AFIS.



2007

En el año 2007 las cortes realizan el **primer concurso de méritos para la elección del Registrador Nacional del Estado Civil**, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 266 de la Constitución Política.

# LA BIBLIOTECA DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, ESCENARIO ACADÉMICO PARA LOS SERVIDORES Y CIUDADANOS EN COLOMBIA

## THE LIBRARY OF THE NATIONAL REGISTRY, ACADEMIC SETTING FOR THE SERVERS AND CITIZENS IN COLOMBIA

**William Enrique Muñoz Quintero<sup>1</sup>**  
Profesional Universitario  
Registraduría Nacional del Estado Civil

**María Camila Cárdenas<sup>2</sup>**  
Comunicadora Social  
Registraduría Nacional del Estado Civil

*“La libertad, la prosperidad y el desarrollo de la sociedad y de la persona son valores humanos fundamentales que solo podrán alcanzarse si ciudadanos bien informados pueden ejercer sus derechos democráticos y desempeñar un papel activo en el seno de la sociedad. La participación constructiva y la consolidación de la democracia dependen de una buena educación y de un acceso libre e ilimitado al conocimiento, el pensamiento, la cultura y la información.” Manifiesto de la Unesco sobre la Biblioteca Pública 1994.*

- 1 Administrador de empresas con estudios en bibliotecología, con 18 años de experiencia en el área de servicios al usuario, 9 años en la Registraduría Nacional del Estado Civil como responsable de la administración de los recursos bibliográficos y la recuperación de la memoria institucional.  
wemunoz@registraduria.gov.co
- 2 Comunicadora Social y Periodista graduada de la Universidad de la Sabana. Actualmente hace parte del equipo de periodistas de la Oficina de Comunicaciones y Prensa de la Registraduría Nacional, encargada de los productos de comunicación interna de la entidad.  
mccardenas@registraduria.gov.co



La historia de la Biblioteca de la Registraduría Nacional del Estado Civil se remonta al año 1990, cuando un grupo de funcionarios de la época consideró la importancia de tener un recurso académico que resolviera sus necesidades de adquirir información relevante para su desarrollo profesional.

La idea fue acogida por el Registrador Nacional Gustavo Ardila Duarte, quien apoyó e incentivó el proyecto de crear una biblioteca en la entidad. Este aval contó con la ayuda de la República Islámica de Irán, Japón, Países Bajos, Brasil, Venezuela, Egipto y entidades como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Instituto Caro y Cuervo, la escuela de administración ESAP, las cuales remitieron diferentes publicaciones y gracias a la donación de libros de algunos funcionarios, la biblioteca pasó a ser una idea a un recurso tangible en la Registraduría Nacional.

El 16 de octubre de 2016, la biblioteca de la entidad cumplió 26 años de existencia prestando servicios a cada uno de los servidores de todo el país, ciudadanos y extranjeros que viven en Colombia.

La colección bibliográfica incrementó de manera significativa en el año 2007 con el apoyo del Registrador Nacional Juan Carlos Galindo Vácha, quien inició un cambio representativo en cuanto a los servicios básicos que prestaba la biblioteca y la adecuación física de sus instalaciones.

La modernización de la biblioteca de aquel año, permitió sin duda alguna, una mayor comodidad para los usuarios, fortaleció la misión en apoyar a los funcionarios a través de los servicios bibliográficos y así resolver las solicitudes de información con rapidez y

garantizando una buena calidad en los servicios prestados.

Desde sus comienzos, la biblioteca de la Registraduría Nacional ha tenido como objetivo institucional, garantizar a los usuarios el rápido acceso de información, la difusión de los recursos de información con la prestación de servicios bibliográficos bajo los valores de la responsabilidad y respeto, y utilizando medios de comunicación y nuevas herramientas tecnológicas.

Así mismo, el equipo de servidores de la entidad que está a cargo de la administración de la biblioteca busca ofrecer servicios de calidad a través de un recurso humano comprometido, con una buena actitud de servicio con recursos tecnológicos que permitan a los funcionarios y usuarios externos dentro y fuera de las instalaciones de la biblioteca satisfacer todas sus necesidades de información y así mismo apoyar las áreas misionales, conservar y preservar el patrimonio bibliográfico y representar y garantizar una buena imagen de nuestra institución.

Posicionar a la Biblioteca como una unidad de información especializada a nivel nacional e internacional es una de las metas de la entidad, además, de continuar apoyando a todas las dependencias de las Oficinas Central y las Delegaciones Departamentales a nivel nacional.

La biblioteca de la Registraduría Nacional cuenta con una organización mediante la utilización de un sistema de clasificación decimal para las colecciones bibliográficas, denominado Sistema Dewey. Así mismo, para conservar los recursos se cuenta con un control de paz y salvo con los funciona-



Biblioteca de la Registraduría en el año 1990



Biblioteca después de la modernización del año 2007



Biblioteca después de la modernización del año 2007

rios que se retiran de la entidad con el fin de preservar el material.

Durante su crecimiento, la biblioteca ha conseguido convenidos interinstitucionales con la biblioteca Luis Ángel Arango en la ciudad de Bogotá, lo que permite a los usuarios disponer de las colecciones y de una gran variedad de recursos de diferentes temas de interés sin ninguna dificultad.

La comunicación constante con los servidores de la entidad, también ha sido clave para que los funcionarios dispongan y aprovechen este recurso que tienen a su alcance, es así, como a través de los medios de comunicación internos con los que cuenta la entidad y liderados por la Oficina de Comunicaciones y Prensa se promociona semanalmente un libro de interés, al cual pueden acceder los funcionarios en cualquier región del país tan solo con el envío de un correo electrónico de solicitud a la biblioteca. Con ese mecanismo de promoción, desde el mes de febrero del presente año, se han recibido cerca de 200 solicitudes de usuarios en diferentes delegaciones de la Registraduría en el país.

La biblioteca de la Registraduría Nacional, además de ser la fuente de información de la Organización Electoral, también es memoria institucional de las más antiguas publicaciones de prensa, hasta archivos audiovisuales en los que la entidad ha sido protagonista.

Entre los recursos bibliográficos más importantes que aguarda esta biblioteca, se puede encontrar la historia de la identificación en Colombia, las características y antecedentes de los tres tipos de cédulas, la historia del registro civil y la consolidación de los resultados electorales desde el 5 de junio de 1949.

Adicionalmente, los usuarios pueden consultar sobre fuentes de información acerca de los informes de los registradores nacionales desde el año 1948, colección de leyes desde 1886, diarios oficiales desde 1917, las recomendaciones de la Misión Técnica Canadiense, publicaciones de prensa desde 1963 de diferentes periódicos regionales y nacionales en temas misionales de la entidad, acuerdos de elección de concejales de todos el país, resultados de la asamblea nacional constituyentes, antecedentes de la papeleta hacia la tarjeta electoral, fuentes primarias para investigadores, entre otros.

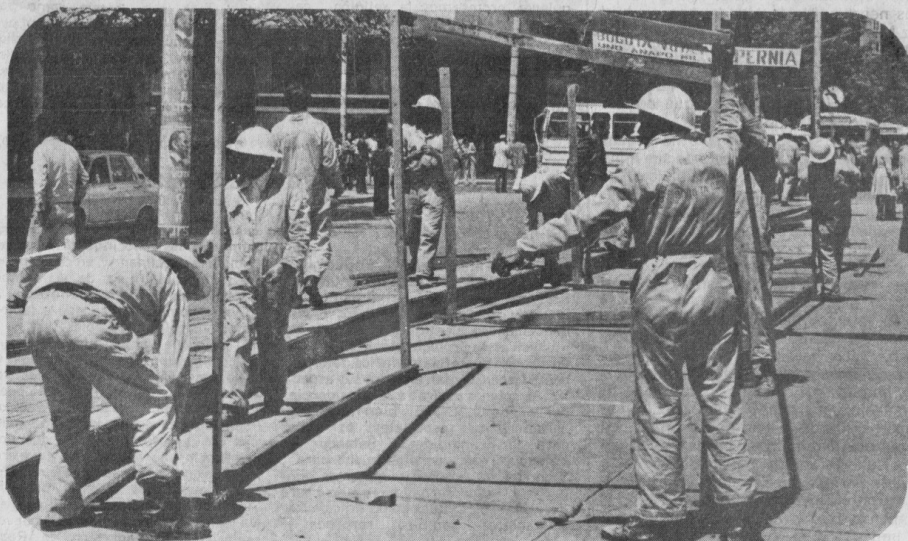
Así mismo, la biblioteca ha sido escenario de aprendizaje para los niños de diferentes colegios de la ciudad de Bogotá que visitan las instalaciones de la entidad como al programa “Todos Somos Democracia” liderado por el Centro de Estudios en democracia y asuntos electorales CEDAE, que busca incentivar la cultura y educación cívica de los infantes. Entre el recorrido que hacen los niños por la Registraduría Nacional, visitan la biblioteca donde participan activamente de actividades que promocionan la lectura e investigación.

El incremento de la colección de la biblioteca ha sido en gran parte, gracias al apoyo continuo del Registrador Nacional del Estado Civil Juan Carlos Galindo Vácha, quien envía material bibliográfico sobre diferentes temas de interés para los usuarios que visitan y consultan las instalaciones en busca de nutrir sus conocimientos por medio de la lectura, es por esto, que la biblioteca es y será siendo un patrimonio en la Organización Electoral con el fin de ser un beneficio para los que hacen parte de la entidad.



### **Bellos Rostros ante la Cámara de la Cedulación**

La cedulación continúa intensificándose en Bogotá, debido al próximo debate electoral, y no es extraño ver largas "colas" cerca de los puestos de cedulación. En la entrada a EL ESPECTADOR ha venido funcionando uno de esos puestos y en la gráfica aparece cedulándose una atractiva rubia, quien ya cumplió sus 21 años. (Foto de Vargas, para EL ESPECTADOR).



**INSTALACION DE CASETAS DE INFORMACION ELECTORAL.** — En la avenida 19 comenzó la Registraduría Distrital la instalación de casetas de información electoral. En esas casetas cualquier duda respecto a la ubicación de mesas de votación; lugares donde se debe

sufragar y otros datos serán despejadas por los funcionarios de la Registraduría. Las casetas estarán en pleno funcionamiento hoy a partir del mediodía. (Foto LA REPUBLICA. Robayo)



Colección bibliográfica de la Registraduría Nacional del Estado Civil





Biblioteca de la Registraduría Nacional promueve el aprendizaje a los niños en valores cívicos a través de las actividades del Centro de Estudios en Democracia y Asuntos Electorales (CEDAE)

# ÍNDICE TEMÁTICO

## A

- Adopción: 81
- Adopción homoparental: 82
- Acceso a la información de la identidad de las personas: 106
- Agotamiento de requisito de procedibilidad para ejercer el contencioso electoral ante la jurisdicción administrativa: 175
- Alcance, funcionalidad y problemáticas del referéndum constitucional: 114
- Alteración del orden constitucional: 24
- Análisis de la modalidad de inscripción de listas por partidos movimientos y grupos significativos de ciudadanos Cámara de Representantes territorial- Bogotá elecciones de marzo de 2006: 203
- Análisis de la participación política por partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos Cámara de Representantes territorial- Bogotá elecciones de marzo de 2002: 199
- Argumentos a favor de la incorporación constitucional de los partidos políticos de Hans Kelsen: 150
- Argumentos en contra de la incorporación constitucional de los partidos políticos de Heinrich Triepel: 149
- Aspectos estático y dinámico del derecho a la identidad: 98

Atribución constitucional al Consejo de Estado: 164

Atributos exigidos a los jueces, que también deben ostentar los funcionarios administrativos para el cumplimiento de funciones jurisdiccionales: 138

Ausencia de claridad en el procedimiento de registro: 224

Autenticación biométrica como herramienta contra el fraude por suplantación: 107

## C

Capacidad mental: 185

Circunscripciones especiales de minorías étnicas: 58-59

Circunscripción especial internacional: 60-61

Circunscripción territorial: 60

Cláusulas democráticas: 36

Competencia legal para determinar sobre asuntos que modifican o alteran el estado civil: 142

Componentes fundamentales del ejercicio de la democracia: 28

Concepción del sistema electoral: 209

Concepción internacional de los derechos a la identidad y a ser registrado: 100

Concepciones primarias sobre los partidos políticos en América y Europa: 148

Constituciones latinoamericanas y la democracia participativa: 116

Consulta popular y su problemática en la revisión constitucional, un conflicto desde la teoría de la Constitución: 124

Contraste del debate teórico con la realidad actual de los partidos políticos: 151

Corpus iuris internationalis: 101

Corrección de sexo a través de escritura pública: 87

Corrección del componente de sexo en el registro civil y la cédula: 228

Crisis de la representación y los partidos políticos: 122

## D

Democracia integral e integralidad de los Derechos Humanos: 11

Democracia iusfundamental o democracia con enfoque basado en los Derechos Humanos: 13

Democracia representativa y los partidos políticos: 120

Democracia y dignidad humana: 15

Democratización interna de los partidos políticos: 153

Derecho a la identidad en Colombia: 97

Derecho a la participación política: 184

Derecho humano fundamental a la democracia: 13

Desarrollo legal – medio de control de nulidad electoral – causales de anulación electoral – requisitos previos para demandar: 165

Determinación de un umbral: 199

Diferencia de saneamiento de nulidad electoral en sede administrativa y presentación de reclamaciones electorales: 176

Dificultades para presentar la solicitud de saneamiento de nulidad electoral en sede administrativa: 172

Diseño de la tarjeta electoral y voto en blanco: 62

## E

Edad: 184

Elementos esenciales de la democracia representativa: 27

Estructura de la organización electoral: 211

Estructura del Congreso de la República: 57

Evolución de las relaciones interpersonales del hombre y la necesidad de identificarse: 93

Evolución y falencias en el diseño de la tarjeta electoral según cifras: 67

## F

Falencias en la implementación de la universalidad del registro civil y en la garantía al derecho a la identidad: 102

Financiación de las campañas: 192

## G

Garantía estatal del derecho a ser registrado: 98

## I

Identidad como reconocimiento de la personalidad jurídica: 95-96

Inclusión de una casilla para el voto en blanco: 64

Inscripción en el registro civil de hijos de parejas del mismo sexo: 85

Interdependencia y refuerzo mutuo entre democracia, derechos humanos y Estado social de derecho: 18

Interpretación discriminatoria: 223

Intersexuales: 86

Itinerario burocrático: 224

## L

La legalización de la democracia interna y la libertad: 155

Leyes de identificación de los votantes: 190

Línea jurisprudencial sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas: 133

## M

Matrimonio de parejas del mismo sexo: 80

Mayorías y la denominada democracia falsa: 115

Método de la cifra repartidora. 200 Modificaciones en la composición de la Cámara de Representantes: 58

## N

Nacionalidad y residencia..187

Necesidad de atribuirle funciones jurisdiccionales a la Dirección Nacional de Registro Civil: 143

Necesidad democrática de evidenciar la existencia de partidos políticos legítimos y en correcto funcionamiento: 191

Núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia: 16

Nueva concepción de partidos políticos: 148

Número Único de Identificación Personal (NUIP): 105

## O

Organización y la jurisdicción electoral: 211

## P

Papel de los partidos políticos dentro de la estructura del Estado: 147

Pautas para el cumplimiento de la función registral relativa a la inscripción en el registro civil de nacimiento de la doble filiación materna o paterna, según la h. Corte constitucional: 220-222

Plebiscito constituyente y su legitimidad.115

Poder de construir vs. Poder constituyente: 121

Práctica del registro en América y Europa: 94

Presunción legal de autenticidad de las inscripciones en el registro civil: 139

Principales problemas que enfrentan los hijos e hijas de parejas del mismo sexo para acceder a un registro civil: 23

Problemas sobre este respecto derivados de vacíos jurídicos: 232

Procedimiento electoral: 212

Proceso de votación y de escrutinios: 163

Promoción del derecho a la democracia: 16 - 17

Proporcionalidad del voto en blanco en circunscripciones ordinaria, internacional y especial: 65-66

## R

Reconocimiento de los derechos de los homosexuales en Colombia: 76

Reforma política de 2009: 205

Registro civil como base de la identificación en Colombia: 105

Registro civil de matrimonios de parejas del mismo sexo: 225

Registro civil e identificación de población vulnerable en Colombia: 106

Registro civil y la Registraduría Nacional del Estado Civil: 103

Registro en Colombia según la h. Corte constitucional: 99-100

Registros parroquiales: 99

Relación entre el registro civil y la función jurisdiccional: 139

Requisitos adicionales. En los trámites de registro ante diferentes notarías: 224

Restricciones a la participación: 184

Retos de la reforma del procedimiento electoral: 212

Ruptura del orden democrático: 22

## S

Sancionados penales: 189

Sentencias consolidadoras de línea: 134

Sentencia dominante: 135

Sentencias fundadoras: 134

Sentencias hito: 134

Sentencias reconceptualizadoras: 135

Sistema de Información de Registro Civil (SIRC): 104

**Sistema electoral y la reforma política de 2003: 192**

Solicitud de saneamiento de nulidad electoral en sede administrativa – derecho fundamental de petición: 167

## T

Trasfondo e implicaciones de la Sentencia de Unificación su-696 de 2015: 220

## U

Ubicación de la casilla del voto en blanco en la tarjeta electoral y el principio de imparcialidad: 66

Unidad de Atención a Población Vulnerable (UDAPV) de la Registraduría Nacional del Estado Civil: 106

Unión marital de hecho de parejas del mismo sexo: 78

## V

Valor jurídico del voto en blanco: 66

Voto nulo: 66

Voto preferente: 20



IMPRESA  
NACIONAL  
DE COLOMBIA

Carrera 66 No. 24-09  
Tel.: (571) 4578000  
[www.imprenta.gov.co](http://www.imprenta.gov.co)  
Bogotá, D. C., Colombia