

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Carece de competencia para dictar protocolo de revisión de escrutinios / PROTOCOLO DE REVISION DE ESCRUTINIOS - Su expedición corresponde al legislador estatutario / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Competente para expedir por ley estatutaria el procedimiento para la revisión de escrutinios / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - No tiene facultad para expedir procedimientos administrativos / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - El procedimiento de revisión de escrutinios desborda su facultad regulatoria / PROCEDIMIENTO EN ESCRUTINIOS - Por su materia es asunto con reserva de ley estatutaria / ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Acto de contenido electoral / ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL EXPEDIDO POR AUTORIDAD NACIONAL - La competencia para conocer respecto de su nulidad corresponde al Consejo de Estado

Los demandantes sostienen que la Resolución 754 del 9 de abril de 2010 se encuentra viciada de nulidad por: (i) falta de competencia del CNE para expedirla, (ii) violación al debido proceso y (iii) violación a las disposiciones del Código Electoral. La Resolución tiene por objeto regular la nueva facultad de revisión que le otorgó el Constituyente derivado al CNE en el numeral 4 del artículo 265 de la Constitución Política, asunto que se desprende no solo de la parte considerativa de la mencionada resolución sino de cada uno de los artículos que la componen. Se discute en esta sede, si el CNE ostentaba la competencia para regular dicha facultad. El apoderado del ente acusado señala que toda vez que el artículo 265, tal como fue reformado por el Acto Legislativo No. 01 de 2009 no hizo expresa referencia a la "ley" ello implica el reconocimiento de una facultad constitucional expresa para que el CNE "regule" directamente sus funciones, específicamente la de revisión de los escrutinios, sin necesidad de la intermediación del legislador. Entiende la Sección, entonces, que cuando el CNE decidió regular en la Resolución No. 754 de 2010 la atribución especial de revisión de los escrutinios y documentos electorales, con el meritorio propósito de ejercer la novísima facultad de revisión de escrutinios en el contexto de las elecciones del 2010, se excedió en sus atribuciones haciendo uso de una competencia que no le es propia, en la medida en que es una típica función electoral, en razón de su incidencia directa en el proceso electoral y en sus resultados, que corresponde desarrollar exclusiva y excluyentemente al legislador estatutario, en los términos del artículos 152 y 153 constitucional. En otros términos, el CNE excedió sus competencias para efectuar la regulación de su nueva función de revisión, por ser una materia que por su naturaleza está reservada al legislador estatutario y que, como tal, no puede ser objeto de regulación por órgano diverso al de representación popular pese a que, como se explicó en precedencia, ese ente ostente una naturaleza autónoma e independiente. Como el acto acusado tiene por fundamento la atribución de regulación que la norma superior le reconoce al CNE, entiende la Sala que lo acusado es un acto administrativo de contenido electoral cuya competencia para conocer sobre su nulidad, entre otros, por contrariar normas de rango constitucional, corresponde al Consejo de Estado y específicamente a esta Sección. Así, a juicio de esta Sala, el contenido de la regulación acusada desborda el alcance ordinario de la facultad regulatoria en cabeza del CNE que se refiere, únicamente, a aspectos administrativos subordinados y de mero detalle. En efecto, el acto demandado establece de forma clara un procedimiento que tiene incidencia en los escrutinios, asunto que tiene reserva de ley estatutaria, hecho que impedía al CNE su regulación. De esta forma, el CNE no podrá hacer uso de la facultad del numeral 4 del artículo 265 constitucional, de oficio ni a petición de cualquier persona, hasta tanto, en ejercicio de las funciones que le son inherentes, el Congreso de la República expida la ley estatutaria que consagre el alcance de la revisión y defina su procedimiento, asunto que, sin duda, debe ser entendido como

la regulación de función electoral. A partir de todo lo anterior, esta Sala considera que el CNE carecía de competencia para dictar la Resolución No. 754 del 9 de abril de 2010, mediante la cual se adoptó el protocolo de revisión de escrutinios, toda vez que los temas regulados en la misma tienen reserva de ley estatutaria por lo que exceden la facultad reguladora en cabeza de la entidad demandada, así como también extralimitan la atribución constitucional del CNE para adoptar su propio reglamento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 152 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 153

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Le compete regular, inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Carece de atribuciones de creación normativa de manera paralela o sustituta de la ley / POTESTAD REGULADORA - Es la atribución que la Constitución confiere, entre otros, a los órganos autónomos para que, expidan actos de carácter general, impersonal y abstracto que generen efectos jurídicos, con sujeción a la ley y la Constitución / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Su facultad de regular, se circunscribe a desarrollar aspectos administrativos, subordinados y de mero detalle sobre la organización electoral / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Solamente puede desarrollar aspectos administrativos, subordinados y de mero detalle sobre la organización electoral / POTESTAD REGULADORA - No puede de ninguna manera equipararse a la potestad legislativa

En el ordenamiento jurídico colombiano existen ámbitos específicos de regulación asignados a órganos de creación constitucional al margen de la potestad reglamentaria que recae en cabeza del Presidente de la República. Esa facultad, en el caso del CNE, encuentra su fundamento en el artículo 265 superior que establece que a dicho órgano le compete regular, inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos garantizando el cumplimiento de los principios y deberes. La potestad para regular, es la atribución que la Constitución confiere, entre otros, a los órganos autónomos para que, al igual que el Presidente, expidan actos de carácter general, impersonal y abstracto que generen efectos jurídicos, con sujeción a la ley y la Constitución. Esa potestad es una atribución que, como la reglamentaria, es otorgada por la Constitución o la ley, no ya al Presidente de la República tal y como se establece en el numeral 11 del artículo 189, sino a otros órganos; cuyo sustento normativo se evidencia, entre otros, en los artículos 265, 268, 354 y 371 constitucionales, así como en el artículo 5 de la Ley 99 de 1993, artículo 86 de la Ley 222 de 1995, artículos 14 y 26 de la Ley 130 de 1994 y el artículo 79 de la Ley 142 de 1994. Se determina que esta potestad reguladora, en cualquiera de sus acepciones legales o constitucionales, no puede de ninguna manera equipararse a la potestad legislativa, pues de esa manera se estaría generando un vaciamiento de las funciones propias de la Rama Legislativa. Esa facultad en lo que concierne al CNE se circunscribe a “desarrollar aspectos administrativos, subordinados y de mero detalle sobre la organización electoral.” En otras palabras, la función de regular al igual que la reglamentaria, no es una función que dé atribuciones de creación normativa de manera paralela o sustituta de la ley. La diferencia entre estas dos potestades se limita exclusivamente al sujeto que la ejerce en orden a las disposiciones constitucionales y en razón de las específicas funciones a ellos conferidas. Así, la potestad reglamentaria en principio es exclusiva del Presidente de la República y la regulatoria es ejercida

por distintos órganos, todo ello en el marco del sistema difuso de producción normativa que rige en nuestro país.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la potestad reguladora, Sentencias C-1162 de 2000 y C-155 de 2005, Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 265

REGLAMENTO - Naturaleza. Acto administrativo de carácter general / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - La función de darse su propio reglamento no lo faculta para regular temas que tienen reserva de ley

El acto demandado cita en su acápite de consideraciones, como fundamento para su expedición, la facultad constitucional del CNE de darse su propio reglamento. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación, ha establecido que un reglamento es “un típico acto administrativo de carácter general, que regula la función administrativa específicamente asignada a una Corporación”. En este sentido, el hecho de que sean actos expedidos por la administración, deja claro que estos reglamentos no pueden ostentar un carácter supralegal o de estirpe constitucional por haber atribuido la Constitución a algunas entidades la función de “darse su propio reglamento”. Por el contrario, esto lo que significa es el interés del Constituyente por otorgar cierta autonomía a sus entidades en lo referente a su funcionamiento interno y organización de sus funciones con el fin de que estas entidades sean más eficientes en el desempeño de sus labores, pero no quiere decir esto que, con fundamento en esta facultad, una entidad pueda invadir la órbita del legislador, pues si bien los temas a tratar en los reglamentos son fundamentales para el efectivo ejercicio de las funciones, éstos no pueden ser utilizados para regular temas que tienen una clara reserva de ley, motivo por el cual los reglamentos sólo pueden definir temas exclusivamente administrativos.

A efectos de ahondar en el argumento, lo que se quiere decir es que estos reglamentos sólo tienen efectos internos y son dictados con el propósito de aligerar y hacer más eficiente la prestación del servicio. Así lo sostuvo la Sección Quinta del Consejo de Estado refiriéndose al reglamento interno del CNE: “Crear que el reglamento interno del Consejo Nacional Electoral, tiene jerarquía supralegal, estirpe constitucional, es una afirmación errada pero por sobre todo exagerada, La ley la expide el Congreso, el reglamento interno el Consejo Electoral; la ley se supedita a la Constitución y prima sobre el reglamento. Estos principios elementales no han cambiado con la Carta del 91”. A lo largo de esta providencia, la Sección se ha encargado de reiterar que es función exclusiva y excluyente del legislador estatutario regular y desarrollar la facultad de revisar los escrutinios y los documentos electorales a que se refiere el artículo 265, numeral 4 de la Constitución Política, en tanto se trata de una típica función electoral. Pues bien, una simple lectura de la Resolución No. 754 de 2010, permite a la Sección concluir que sus artículos no pueden tener fuente en la facultad de darse su reglamento y exceden su facultad reguladora propia sino que, más allá, desarrollan una típica función electoral, razón por la que aquel no podía arrogarse dicha competencia, como acertadamente lo indican los demandantes en el proceso de la referencia

NOTA DE RELATORIA: Sobre la facultad constitucional del CNE de darse su propio reglamento, Sentencia 1751 de 16 de julio de 1998, C.P. Roberto Medina López, Consejo de Estado, Sección Quinta.

RESOLUCION 754 DE 2010 - Efectos en el tiempo de la declaratoria de su nulidad / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Produce efectos ex tunc

La Sala considera importante fijar los efectos de la presente decisión, máxime cuando en los escrutinios que se efectuaron en las pasadas elecciones para corporaciones públicas, la Resolución 754 de 2010 fue aplicada y, en consecuencia, todos los resultados electorales podrían verse afectados por la decisión que aquí se adopta, en el sentido de declarar su nulidad, pues como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sección y de otras Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, los efectos que genera la declaratoria judicial de nulidad de los actos administrativos tienen un carácter retroactivo, máxime cuando se trata de la falta de competencia para proferirlos. Así lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corporación al indicar que “la nulidad declarada de los actos administrativos produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o ‘ex tunc’, pues el estudio de su legalidad se remite a su origen, situación que se distingue de la que tiene lugar cuando por otras causas desaparece el fundamento de derecho del acto, como ocurre por ejemplo con la declaración de inexequibilidad de una ley, la cual como regla general, tiene consecuencias a futuro, o ‘ex nunc’, sin afectar la validez de la norma desde su existencia o las situaciones jurídicas que bajo su imperio se generaron. [...]”. De lo anterior se sigue que, por regla general, las consecuencias jurídicas del tipo de efecto que produce la declaratoria de nulidad de un acto administrativo son las de volver la situación al estado en que se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado. De esta manera, la declaratoria de nulidad del acto administrativo retrotrae la situación jurídica a la que existía antes de la expedición del acto anulado, debiéndose tener como si éste no hubiera existido, pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo, en todo caso, las situaciones individuales consolidadas y pudiendo verse afectadas sólo aquellas no consolidadas o las que al tiempo de producirse el fallo eran objeto de debate o susceptibles de ser controvertidas ante las autoridades judiciales o administrativas, al igual que aquellas que por afectar derechos de terceros no puedan entenderse como consolidadas.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 754 DE 2010 EXPEDIDA POR EL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (ANULADA)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., dieciocho (18) octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00014-00

Actor: EDGAR DANIEL BOHORQUEZ ENCISO Y OTROS

Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Surtido el trámite legal, se dispone la Sala a decidir la solicitud de simple nulidad de la Resolución No. 754 de abril 9 de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral, “*Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios.*”

I. ANTECEDENTES

1. De la acumulación de procesos

En primer lugar, la Sala advierte que fueron tres las demandas que se interpusieron en contra de la Resolución No. 754, expedida por el Consejo Nacional Electoral el 9 de abril de 2010 y posteriormente publicada en el Diario Oficial No. 47.687 de 21 de abril del mismo año.

Esas demandas fueron tramitadas, inicialmente, en distintos procesos, hasta que por auto del 5 de octubre de 2010, en aplicación del artículo 145 del Código Contencioso Administrativo, y 157 y 158 del Código de Procedimiento Civil, los expedientes sustanciados por el Despacho del suscrito Consejero (Exp. 2010 - 00014) y del H. Consejero doctor Mauricio Torres Cuervo (Exp. 2010 - 00018), fueron acumulados al primero de estos, por cuanto en él se cumplió primero la notificación del auto admisorio de la demanda.

Posteriormente, por auto del 6 de diciembre de 2010, se decidió también la acumulación del proceso 2010-00119, puesto que respecto de éste existía también una identidad que permitía tramitarlos como uno solo.

2. Las pretensiones

Los demandantes concretaron sus pretensiones solicitando la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 754, expedida por el Consejo Nacional Electoral el 9 de abril de 2010 y posteriormente publicada en el Diario Oficial No. 47.687 de 21 de abril del mismo año.

3. Los hechos

Como único hecho se expuso que el 9 de abril de 2010, el Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE), mediante la Resolución No. 754 "*Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios*", dispuso:

"RESOLUCION 754 DE 2010

Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios.

El Consejo Nacional Electoral,

En ejercicio de sus facultades constitucionales, en especial las conferidas por el artículo 265 numerales 4 y 13 de la Constitución Política,

CONSIDERANDO

Que el artículo 265 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, le atribuye al Consejo Nacional Electoral la Suprema Inspección, Vigilancia y Control de la Organización Electoral, estando dentro de sus funciones:

“4. Además, de oficio, o por solicitud, revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados.

...

6. Velar,., por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.

...”.

Norma que además faculta a esta Corporación para darse su propio reglamento.

Que corresponde a la Registraduría Nacional del Estado Civil organizar los diferentes procesos electorales, recepcionar las actas de escrutinio de mesas que efectúen los jurados de votación, efectuar el preconteo de los resultados electorales y ejercer la secretaría de las diferentes comisiones escrutadoras.

Que se hace necesario reglamentar aspectos relativos a la realización del trámite de revisión de los escrutinios, a fin de garantizar mayor transparencia en el desarrollo de los procesos electorales.

RESUELVE:

Artículo 1°. Una vez el Consejo Nacional Electoral, mediante resolución, haya decidido realizar la revisión de un escrutinio, se procederá de conformidad con el siguiente protocolo.

Artículo 2°. Conformación de salas unitarias. Para adelantar el trámite de revisión de los escrutinios, el Consejo Nacional Electoral se dividirá en Salas Unitarias de Revisión, cada una de las cuales estará conformada por uno de los magistrados que integran la Corporación, y tendrá a cargo la etapa de análisis para identificar

con precisión el alcance y la profundidad de la revisión, la que se adelantará de acuerdo al protocolo que aquí se adopta, así como a elementos razonables no previstos en ella, que de acuerdo a la sana crítica orientarán la actuación.

Artículo 3°. Base para el análisis de revisión de escrutinios. Servirán de base para el análisis que cada sala unitaria debe hacer para seleccionar las mesas sobre las cuales se harán recuentos o verificaciones detalladas, los siguientes elementos:

- 1. Análisis de las variaciones de los resultados de las mesas, comparando los datos arrojados en el preconteo, los formularios E-14, los consignados en el formulario E-24, junto con las correspondientes actas de escrutinios.*
- 2. Comparación del número de votantes tomados directamente de la verificación del formulario E-11 con el número total de votos consignados para la mesa en el formulario E-24.*
- 3. Concentración de la votación en un solo candidato o partido.*
- 4. Participación electoral superior a los promedios del puesto, zona, municipio o departamento.*
- 5. Variaciones súbitas de la votación de un candidato o partido dentro de las mesas de un mismo puesto de votación.*
- 6. Votaciones por candidatos desconocidos en la respectiva zona.*
- 7. Formularios E-14 mal diligenciados.*

Parágrafo. Se precisa que el preconteo reflejado en los boletines informativos de la Registraduría Nacional del Estado Civil no constituye documento electoral oficial válido y que solo tienen carácter informativo, y en tal condición será apreciado en el trámite de revisión de escrutinios.

Cuarto. Acciones de revisión. Serán acciones de revisión por parte de la sala unitaria, de acuerdo a las circunstancias del caso, las siguientes:

EN CUANTO A LAS MESAS:

- 1. Revisar todas las decisiones mediante las cuales los escrutadores resolvieron solicitudes y reclamaciones.*
- 2. Revisar que los pliegos electorales hayan sido recibidos en tiempo, tanto por los delegados o registradores auxiliares como por los respectivos claveros. Para esto se verificarán los formularios E-17 y E-19.*

3. Verificar que los formularios E-14 estén firmados al menos por dos (2) de los jurados, bien en la parte correspondiente a Senado de la República, Cámara de Representantes o Parlamento Andino.

EN CUANTO A LAS TARJETAS ELECTORALES

1. Recontar las tarjetas electorales.
2. Verificar la autenticidad de las Tarjetas Electorales, tanto por la lectura del código de barras como por los elementos de seguridad en ellas incorporados, como la marca de agua.
3. Verificar que las Tarjetas Electorales correspondan a la mesa en que aparecen depositadas. Para ello se apoyará en la lectura del código de barras y/o las certificaciones correspondientes.
4. Verificar que el jurado que firma las Tarjetas Electorales haya sido regularmente designado como tal en la mesa donde se depositó el voto.
5. Cotejar grafológicamente la firma del jurado que aparece en la Tarjeta Electoral con la que aparece en los formularios E-11 y E-14.

EN CUANTO A LOS FORMULARIOS E-14

1. Verificar la autenticidad de los formularios E-14, tanto por la lectura del código de barras como por los elementos de seguridad en ellos incorporados.
2. Verificar que la firma de los jurados corresponda a quienes han sido regularmente designados como tales en la respectiva mesa.
3. Verificar grafológicamente la firma de los jurados con la consignada en el formulario E-11.

EN CUANTO A LOS FORMULARIOS E-11

1. Verificar que los nombres de los votantes correspondan a las cédulas con que se relacionan y hagan parte del censo electoral de la mesa.
2. Verificar la identidad del votante por medio del cotejo de su huella dactilar.
3. Verificar que los jurados de mesa que lo firman hayan sido regularmente designados como tales en esa mesa.
4. Verificar que no hayan votado ciudadanos identificados con cédulas excluidas por el Consejo Nacional Electoral; preparadas por primera vez

con posterioridad al 14 de diciembre de 2009; o, que el 14 de marzo de 2010 no hayan sido entregadas por primera vez.

Parágrafo: Los despachos podrán hacer revisiones aleatorias de mesas por puestos, zonas o municipios de manera tal que encontrando en ellas inconsistencias, amplíe el número de mesas a revisar y/o profundice en las acciones a seguir.

Artículo 5°. Audiencia de revisión. Finalizada la etapa de análisis, la sala unitaria, mediante auto, convocará audiencia especial de revisión con indicación de la fecha, hora y lugar de inicio, decisión que se comunicará mediante aviso que se fijará en cartelera en la Subsecretaría de la Corporación.

Artículo 6°. De conformidad con los hallazgos realizados, cada sala unitaria de revisión podrá tomar una o varias las siguientes decisiones:

- 1. Como consecuencia del recuento de mesas, podrá excluir o incluir votos mal computados por los jurados o escrutadores.*
- 2. Excluir o incluir mesas en el cómputo de votos de acuerdo a las causales previstas en el Código Electoral.
También se excluirá una mesa cuando las suplantaciones de electores en el formulario E-11 sean igual o superior al sesenta por ciento (60%) de los votantes ahí registrados.*
- 3. Excluir tarjetas electorales al azar cuando estas excedan el total de votantes registrados para votar en la mesa. Este excedente también se genera cuando se ha determinado que ha habido suplantación de electores en el formulario E-11.*
- 4. Excluir tarjetas electorales al azar equivalentes al número de votantes que omitieron colocar su huella dactilar en el formulario E-11.*
- 5. Excluir del escrutinio de mesa las tarjetas electorales cuya firma no corresponda a jurados debidamente designados; que no correspondan a la mesa donde aparece depositada; o, que no sean auténticas.*
- 6. Excluir del escrutinio las mesas cuando los resultados consten en formularios E-14 que no sean auténticos; no correspondan al asignado a la mesa; o, no estén firmados por jurados debidamente designados.*
- 7. Corregir errores aritméticos.*

8. *Corregir digitaciones en los formularios E-24 que no correspondan a los consignados en los formularios E-14, cuando no haya habido recuentos que consten en las respectivas actas de escrutinio.*
9. *Corregir digitaciones en los formularios E-26 cuando no correspondan a las sumas de los respectivos formularios E-24.*

Las decisiones tomadas por las salas unitarias de revisión serán notificadas en estrados dentro de la Audiencia Pública que se adelante y contra ellas procederá el recurso de apelación ante la Sala Plena, el que deberá interponerse en la misma audiencia.

Cualquier otra decisión que proceda, distinta de las señaladas, deberá ser tomada directamente por la Sala Plena del Consejo Nacional Electoral.

Artículo 7°. La Registraduría Nacional del Estado Civil brindará al Consejo Nacional Electoral el apoyo humano, técnico y logístico que requiera para la realización de este proceso de revisión.

Artículo 8°. Comuníquese el contenido de la presente resolución al Registrador Nacional del Estado Civil y a los partidos y movimientos políticos que postularon candidatos”.

La citada Resolución fue publicada en el Diario Oficial No. 47.687 de 21 de abril.

4. Las normas violadas y el concepto de violación

Los demandantes señalaron que la expedición de la resolución acusada contravino los artículos 29, 40, 121, 150, 152, 209 y 265 de la Constitución, así como las disposiciones del Código Electoral y de su texto, expresa y tácitamente, se encuentran formulados los siguientes cargos de nulidad:

- 4.1. Falta de competencia del CNE para expedir el acto demandado.

Los demandantes señalan que con la expedición de la Resolución No. 754 de 2010, el CNE regula funciones electorales, al: (i) adicionar y reformar diferentes disposiciones del Código Electoral, como son la creación de salas unitarias de revisión de escrutinios, y (ii) consagrar nuevas nulidades y exclusiones en las

votaciones, estableciendo formas de modificación de los escrutinios en firme. En síntesis, alegan que la reglamentación de funciones electorales, por mandato constitucional, debe realizarse a través de ley estatutaria¹, por ser normas que, debido a sus características, contemplan una reserva legal propia de este tipo².

Así, sostienen que si bien el Acto Legislativo modificó la Carta Política y otorgó a este órgano una facultad de revisión, esta decisión no lo faculta para que *motu proprio* reglamente todo aquello que considere de su competencia, pues corresponde a este ente dictar normas de carácter administrativo y operativo, como lo ha sostenido la Corte Constitucional.

4.2. Violación al derecho fundamental al debido proceso con ocasión de la expedición del acto acusado.

En relación con este punto, los demandantes afirman que la vulneración al debido proceso radica en que el acto acusado se dictó el 9 de abril de 2010 y sólo se publicó el 21 del mismo mes, es decir, tiempo después de haberse llevado a cabo las elecciones –realizadas el 14 de marzo de 2010-. Por ello, su contenido y efectos eran desconocidos por los partidos políticos y sus candidatos, quienes de haber conocido de éste, habrían podido preparar o capacitar a sus testigos electorales y apoderados.

Aunado a lo anterior, los demandantes comparten que con la creación de salas unitarias, se les desconoce su derecho fundamental al debido proceso. Lo anterior, en tanto que esta figura no existía en el ordenamiento hasta la expedición del acto acusado, salas éstas que por demás desconocen la norma constitucional, artículo 265, que asigna la competencia de revisión en cabeza del órgano colegiado³ y no en cada uno de sus miembros.

¹ De conformidad, puede citarse lo manifestado por el demandante José Manuel Abuchaibe Escolar, rad. 2010-0018, a folio 10: “En un acto administrativo, como la **Resolución N° 0754 de 2010** que adoptó el protocolo de revisión de escrutinios, encontramos en todo su contenido normas de funciones electorales, como la creación de Salas Unitarias de revisión de escrutinios, consagración de nuevas nulidades y exclusiones en las votaciones, y en general encontramos situaciones que deben ser propias de una ley estatutaria electoral.”

² Así lo sostiene el señor Herbert Rudecindo Mosquera Castro, rad. 2010-0119, a folio 9: “Se concluye que la función establecida en el numeral cuarto del artículo 265 de la constitución política, modificada por el Acto Legislativo No. 1 de 2009 y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que es fuente de derecho, no puede ser objeto de reglamentación directa y sustancial por parte del Consejo Nacional Electoral, pues ella compete única y exclusivamente al legislador, para que establezca el debido proceso de la revisión de escrutinios y los documentos electorales en cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección y así brindar seguridad jurídica a las decisiones administrativas”(Sic).

³ “De conformidad con el numeral 4 del artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2009 que modificó el artículo 265 de la Constitución Política, **la competencia para revisión se encuentra en cabeza del Consejo**

En este sentido, manifiestan que la resolución se expidió con el fin de regular el proceso de revisión de unas elecciones ya cumplidas, con lo cual se cambian las reglas de juego al otorgarle efectos retroactivos al acto objeto de esta demanda⁴.

4.3. Desconocimiento del procedimiento de escrutinio establecido por el Código Electoral.

Expresan los demandantes que el proceso de escrutinios es considerado como el debido proceso administrativo electoral, el cual contiene unas etapas preclusivas⁵, las cuales deben seguirse por el carácter especial de la disposición.

Entonces, con la expedición de la resolución en cuestión, y con la disculpa de la revisión, los demandantes consideran que el CNE crea una nueva etapa del proceso de escrutinios⁶, con lo cual desconoce las instancias, derechos y oportunidades procedimentales del proceso administrativo de elección vigentes para la época de las elecciones. Por esta razón, consideran, el CNE somete todo el proceso electoral efectuado, a una inseguridad jurídica de proporciones impredecibles.

5. Las contestaciones de las demandas

El CNE, obrando a través de apoderado, se pronunció en el escrito de contestación de la demanda a efectos de desvirtuar los cargos formulados en las demandas de nulidad simple contra la Resolución No. 754 de 2010.

Nacional Electoral como ORGANO COLEGIADO, por lo que la Sala Unitaria que dispone el acto administrativo acusado carece de competencia funcional para proferir cualquier acto en base a dicha norma superior". A folio 15, rad. 2010-0018.

⁴ En lo referente, puede hacerse mención a lo siguiente: "...el pasado 9 de abril de 2010, el Consejo Nacional expidió la Resolución N° 0754 "Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios", fundamentado en los numerales 4° y 6° del artículo 265 de la Constitución Política, violando de esta manera el debido proceso administrativo electoral, ya que luego de iniciado el proceso de escrutinios introduce, sin mediar ley que reglamente la materia, un "protocolo de revisión de escrutinios" que hasta ese momento del proceso era completamente desconocido por las partes..."(Sic). A folio 6, rad. 2010-0014.

⁵ Con relación a esta afirmación, el demandante Edgar Daniel Bohórquez Enciso, rad. 2010-0014, a folio 3 señala: "...el proceso de escrutinios es considerado como el debido proceso administrativo electoral. 2. Dicho debido proceso electoral, se encuentra claramente establecido por el Título VII del Decreto 2241 de julio de 1986 -Código Electoral-, el cual contiene una serie de ritos específicos, personas intervinientes, así como unas **etapas preclusivas** que la mencionada norma distingue por el factor territorial..."

⁶ Sostiene el demandante José Manuel Abuchaibe Escolar, rad. 2010-0018, a folio 16: "La **Resolución N° 0754 de 2010** introdujo nuevas normas acerca de nulidades o exclusiones de mesas y votaciones, trata sobre modificaciones de escrutinios en firma y en general **contempla un proceso que percibimos como una nueva etapa de los escrutinios realizados...**"

En cuanto al cargo esbozado por desconocimiento de la preclusión de las diferentes etapas de escrutinio del Código Electoral, considera que se confunde la facultad de revisión atribuida a ese organismo, con otras figuras jurídicas tales como el recurso de revisión y pone de presente que el Congreso de la República realizó una modificación estructural y funcional del CNE, de forma tal que la resolución enjuiciada se profirió con fundamento en las nuevas facultades otorgadas por el Acto Legislativo No. 1 de 2009.

De esta forma y después de hacer mención de los antecedentes históricos del CNE, resaltó la novísima función concedida por el artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2009, de conformidad con la cual, la entidad demandada puede, de oficio o a petición de parte: *“revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la veracidad de los resultados”*.

De conformidad con lo anterior, puso de presente que el Acto Legislativo No. 1 de 2009 introdujo importantes modificaciones a las facultades del CNE, con la finalidad de establecer la veracidad en el trámite del proceso electoral. El apoderado indicó, asimismo, que la primera de estas transformaciones, fue la de introducir una instancia de revisión de los escrutinios y de los documentos electorales a cargo del CNE para, de esta forma, obtener la verdad de los mismos; en segundo lugar, señaló que se suprimió del ordenamiento constitucional la exigencia de previo desarrollo legal para que el CNE pudiera ejercer las funciones que la Carta le asigna.

Así, con sustento en esta reforma constitucional y la facultad del CNE de otorgarse su propio reglamento, se advierte que la entidad demandada válidamente podía establecer el procedimiento cuestionado a efectos de ejercer la atribución de revisión de escrutinios, sin necesidad de la intermediación de una ley que la desarrolle y, por ello, resulta ajustada a derecho la regulación demandada, puesto que fue expedida en estricto cumplimiento de una norma de rango constitucional.

Ahora, en relación con la supuesta vulneración de los artículos 4, 40, 121 y 165 de la Constitución Política, señaló que: (i) el artículo cuarto que establece que la Constitución es normas de normas, no fue vulnerado o desconocido, pues al contrario, se realizó una aplicación directa de las normas constitucionales que establecen la facultad de revisión del CNE; (ii) asimismo, el artículo 40 que

consagra el derecho a elegir y ser elegido, tampoco fue vulnerado por el acto administrativo enjuiciado, y por el contrario éste propende a garantizarlo al establecer unos mecanismos orientados a obtener la verdad en los resultados electorales; (iii) el artículo 121 que consagra el principio de legalidad de la función administrativa tampoco se ve lesionado con el acto administrativo mencionado, en cuanto el CNE se sometió directamente a lo ordenado por la Constitución Política sobre la facultad de regulación de este organismo; y (iv) finalmente, el artículo 265 que enlista las facultades del CNE no resultó vulnerado, pues el acto administrativo, justamente, se profirió en cumplimiento de estas disposiciones.

En cuanto a las normas del Código Electoral, que presuntamente resultaron violadas con la Resolución 754, indicó el CNE a través de su apoderado, que sólo puede reiterar que el acto se profirió con base en las nuevas funciones previstas en el Acto Legislativo No. 1 de 2009 y que el procedimiento que estableció la corporación para desarrollar las revisiones no afecta el trámite de los escrutinios que consagra el Código Electoral, pues dicha regulación se mantiene intacta, de forma tal que no puede entenderse el acto acusado como reformatorio del procedimiento de escrutinios contemplado en el Código Electoral, en cuanto que la revisión y los escrutinios son etapas procesales completamente diferentes.

También señaló que con la Constitución de 1991 se reconoció la existencia de órganos dotados de autonomía e independencia diferentes a los que integran las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, dentro de los cuales se encuentran la Registraduría Nacional del Estado Civil y el CNE y, por ello, afirma que este último goza de autonomía para ejercitar las diferentes funciones encomendadas por la Constitución y la ley.

Finalmente propuso la que denominó, “*excepción de inepta demanda*”, en relación con la instaurada por el actor Edgar Daniel Bohórquez. Más adelante, la Sala realizará sus consideraciones en relación con el impedimento procesal propuesto.

6. Los alegatos de conclusión

Abierta esta etapa procesal, las partes hicieron sus pronunciamientos.

a) El señor José Manuel Abuchaibe Escolar, dentro del término pertinente, allegó los alegatos expresando lo siguiente:

Reiteró su pretensión de declaratoria de nulidad de la Resolución No. 754 del 9 de abril de 2010 proferida por el CNE a través de la cual adoptó el protocolo de revisión de escrutinios, por cuanto considera que dicha entidad obró por fuera de su competencia al reglamentar lo correspondiente a las funciones electorales.

Por ello, manifestó que al regular el artículo 12 –numeral 4- del Acto Legislativo No. 1 de 2009, el CNE no respetó la legislación imperante sobre funciones electorales, a lo cual estaba obligado: Reiteró, al respecto, que la razón es que la resolución modifica disposiciones del Código Electoral, para lo cual es menester seguir los procedimientos establecidos para los proyectos de ley estatutaria, como lo ha manifestado la Corte Constitucional bajo los lineamientos del artículo 152, literal c superior.

Señaló que la revisión que se le atribuye a la entidad demandada es para imponer los correctivos necesarios en los escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección, para garantizar la verdad de los resultados, ya que dentro de las funciones que le otorga el artículo 265 constitucional, como fuente de potestades de regulación, a partir de la interpretación que de esta ha hecho la Corte, se limita su atribución a la expedición de normas de naturaleza operativa y administrativa.

De esta forma, expresó que el órgano que expidió la resolución acusada no tenía la competencia para ello y que invadió otras esferas de funciones, excediendo la facultad fijada por la Constitución en los artículos 265 y 152 -literal c-.

b) El Consejo Nacional Electoral, por medio de apoderado, de igual forma dio a conocer sus alegatos, bajo los siguientes lineamientos:

Manifestó que la entidad que representa es un organismo autónomo e independiente y, por consiguiente, cuenta con cierto grado de autodeterminación, tanto a nivel interno -pues está facultado para darse sus reglas de funcionamiento-, como a nivel de terceros, en la medida en que puede reglamentar todo lo relacionado con la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, sus candidatos, directivos y representantes legales, de lo cual se desprenden funciones de carácter cuasi legislativo, inherentes a este tipo de entidades.

Además, sostuvo que la Constitución, en su artículo 265, le permite revisar en cualquier tiempo los escrutinios y demás documentos electorales con el propósito de establecer la verdad electoral, lo cual sirve de base para que el constituyente en virtud del Acto Legislativo No. 1 de 2009 le hubiere otorgado la competencia para regular lo concerniente a este tema. De conformidad con lo anterior, y por tratarse de un mandato constitucional, su aplicación es imperativa aun en ausencia de ley que la desarrolle, ya que no puede supeditarse la aplicación de la Constitución a la expedición de una ley. Por eso, correspondió al CNE adoptar una regulación que hiciera posible abordar el conocimiento de los asuntos sometidos a su revisión, expidiendo el acto demandado.

Asimismo, consideró que el acto emitido no es modificadorio del trámite de los escrutinios y que, no obstante su procedimiento sigue siendo el mismo, debe diferenciarse de la instancia de revisión creada por el Acto Legislativo, la cual corresponde a una situación nueva, que cuenta con una actuación procesal distinta y, por ende, se trata de instancias y procesos diferentes.

c) Por su parte, el señor Herbert Rudecindo Mosquera Castro, se abstuvo de pronunciarse en esta etapa del proceso y el señor Edgar Daniel Bohórquez Enciso lo hizo extemporáneamente por lo que su escrito no será tenido en cuenta a efectos de proferir la presente sentencia.

7. El concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, por concepto rendido el día 8 de junio de 2011, solicitó se accediera a las pretensiones de los demandantes y se decretara la nulidad total de la Resolución No. 754 del 9 de abril de 2010.

En relación con la excepción invocada por el apoderado del CNE correspondiente a "*demanda inepta*" respecto de la demanda instaurada por Edgar Daniel Bohórquez⁷, manifestó que, si bien en principio dicha demanda se encontraba viciada por no exponer el concepto de la violación, tal falencia fue corregida de manera oportuna por el accionante y, por ello, la excepción mencionada no está llamada a prosperar.

Respecto del cargo relacionado con la falta de competencia del CNE para expedir la Resolución No. 754 de 2010 concluyó que, efectivamente, dicho organismo carecía de competencia para proferir el acto administrativo acusado. Como fundamento de lo anterior expuso las siguientes consideraciones:

Indicó que la potestad reglamentaria consiste en la atribución que tienen determinados órganos del Estado de proferir disposiciones jurídicas de contenido normativo, obligatorias y con valor subordinado a la ley. Por tratarse de una función administrativa, dijo, la misma debe sujetarse al principio de legalidad y, con base en esto, manifestó que, a efectos de hacer uso de la nueva atribución constitucional de revisión, debía existir una ley que autorizara de manera expresa o implícita dicha función, de forma que si tal norma no existe debe entenderse que el órgano mencionado carece de la competencia para ejercer la función de revisión de escrutinios y por tanto para haber proferido el acto acusado.

En segundo lugar, explicó que la regulación del escrutinio está reservado a una ley estatutaria, ya que *“el trámite de revisión de los escrutinios, por tener naturaleza electoral y estar relacionado directamente con el derecho que constitucionalmente tiene todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, debe ser regulado de manera exclusiva por una ley estatutaria”*, y para dar mayor fundamento a su argumentación cita la sentencia C-145 de 1994, en la que la Corte Constitucional desarrolla a profundidad esta idea.

Finalmente, indicó que los numerales 4 y 13 del artículo 265 de la Constitución Política, que otorgan un conjunto de funciones al CNE, no pueden ser contemplados aisladamente y, por el contrario, deben ser entendidos *“dentro de un sistema jurídico armónico, que se autorregula y autolimita”*.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

⁷ Radicación No. 2010 - 00014

Los demandantes pretenden la nulidad de la Resolución No. 754 de abril 9 de 2010, expedida por el CNE, “*Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios*”⁸. Acto debidamente publicado, en el Diario Oficial No. 47.687.

Por tratarse la demanda de una solicitud de simple nulidad de un acto de contenido electoral⁹, corresponde a esta Sala el estudio de su conformidad con el ordenamiento jurídico (artículos 128 numeral 1 y 13 del Acuerdo 58 de 1999).

2. De las excepciones

Como se advirtió, en la contestación de la demanda presentada por el apoderado judicial del CNE, dentro del trámite del expediente 2010 - 00014 se propuso la excepción previa de “*inepta demanda*”.

Para el apoderado judicial se configura la excepción por cuanto, a su juicio, la demanda es insuficiente en expresar la violación de las normas y el concepto de la violación en el que se sustenta la pretensión de nulidad. Sobre el particular se afirma lo siguiente:

“Del acápite de normas violadas descritas por el actor contenido en el escrito principal de la demanda, si bien se menciona la violación al debido proceso electoral no guarda ninguna relación con las pretensiones pues el petitorio contiene la nulidad de la Resolución 754 del 9 de abril de 2010 por la cual se fijó el protocolo de revisión de escrutinios, ahora, en el escrito del demandante (sic) confunde las reclamaciones con la revisión y no tiene en cuenta que el objetivo de la resolución demandada fue fijar el procedimiento para ejercer la nueva competencia dada al Consejo Nacional Electoral por el Acto Legislativo No. 1 de 2009 en lo que tiene que ver con la revisión de los escrutinios para las elecciones de Congreso de Colombia realizado (sic) el 14 de marzo del presente año.”

⁸ Acto que obra a folio 29 del cuaderno principal.

⁹ Acto de contenido electoral, entendido éste como aquel que se dicta con el objeto de “... perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la votación del elector expresada en las urnas, y a los ciudadanos el derecho de organizarse en partidos y movimientos políticos, en los términos de la Constitución y la ley, y ejercer de ellos sus derechos” Auto del 23 de agosto de 2004, M.P. DARIO QUIÑONES PINILLA, Número de Radicación: 11001-03-28-000-2004-0028-01 (3447).

Ahora, el actor en fecha 28 de mayo de 2010 presentó escrito de corrección de la demanda, pero se limita a mencionar que la resolución número 754 de 2010 presenta violación por cuanto no cumple con los principios del estado social de derecho, que ésta desborda las funciones establecidas para esta Corporación, pero olvidó mencionar las facultades constitucionales que tiene el Consejo Nacional electoral, específicamente en el artículo 265 de la Carta Superior”¹⁰.

Posteriormente, hizo referencia al requisito de la publicación de los actos administrativos y sobre la Resolución 754 manifestó que:

“La precitada resolución fue publicada en el diario oficial del 14 de julio de 2009, por lo tanto se encuentra en firme y es de carácter obligatorio.”¹¹

En relación con el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-646 de 2000 señaló:

(...)

En consecuencia, el acto administrativo que no haya sido publicado o notificado será un acto ineficaz, esto es, que no producirá efectos, lo que no quiere decir, desde luego, que sea nulo o inexistente. El acto administrativo es válido desde que se expide, pero su contenido únicamente vincula y se impone desde el momento en que se cumplen los requisitos de publicación o notificación, según se trate de actos de contenido general o abstracto o de actos de contenido particular y concreto respectivamente.”
(Negrilla del apoderado judicial)”¹²

De esta forma, concluyó que con la expedición de la resolución demandada el CNE hace uso de una nueva competencia constitucional de revisión de escrutinios, de forma tal que debió fijar los parámetros y directrices para ejercer tal actividad. Según el apoderado, la omisión de la formalidad habría traído como

¹⁰ Folio 105 del cuaderno principal.

¹¹ En relación con esta afirmación, estima la Sala que debe tratarse de un error de digitación del apoderado judicial toda vez que está plenamente acreditado en el proceso que la Resolución No. 754, expedida por el Consejo Nacional Electoral el 9 de abril de 2010 y posteriormente publicada en el Diario Oficial No. 47.687 de 21 de abril del mismo año

¹² *Ibíd.*

consecuencia, seguramente, que *“no se hubiera podido ejercer la labor de revisión: por lo tanto la resolución que se ataca tiene plena validez”*¹³.

En relación con los vicios formales de la demanda evidenciados en su contestación, ocurre que en los procesos contencioso administrativos sólo son admisibles las excepciones de fondo, esto es, según lo establecido en el artículo 164 del C.C.A., las que se oponen a la prosperidad de las pretensiones. Desde luego, ese tipo de impedimentos pueden ser planteados pero no constituyen excepciones ni se proponen ni deciden como tales.

Así, es presupuesto que la demanda sea presentada en legal forma, de ahí que la ineptitud de la demanda es materialmente un impedimento procesal más que una excepción previa.

Habiéndose efectuado esta aclaración, tal y como se evidencia en el trámite del expediente 2010-00014, la inconsistencia evidenciada por la parte demandada fue puesta de presente por el Despacho Ponente al punto que mediante auto del 12 de mayo de 2010¹⁴ se resolvió inadmitir dicha demanda y ordenar su corrección. Sobre el particular, en su oportunidad se consideró que, efectivamente, como lo pone ahora de presente el apoderado de la parte demandada, que si bien en el capítulo titulado *“Normas violadas y concepto de la violación”* se indicó que la referida decisión desconoció los artículos 4º, 29, 40, 121 y 265 de la Constitución, así como las disposiciones del Título VII del Código Electoral, no se precisó el sentido de la violación, tal como lo impone el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, sino que simplemente se informaba sobre los inconvenientes que, por razón del protocolo establecido, se venían presentando en el proceso de escrutinio de votos para Congreso de la República.

Por eso, en el referido auto, se requirió al demandado para que precisara de qué forma consideraba que resultaron violadas las citadas disposiciones, es decir, para que formulara cargos contra el acto que se demanda, ya por violación de las normas en que debía fundarse, por incompetencia, falsa motivación, desviación de poder, expedición irregular o violación al derecho de audiencia y de defensa, como lo imponen los artículos 84 y 137 del Código Contencioso Administrativo.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Cfr. Folio20 del cuaderno principal.

Ahora bien, dentro del término establecido para el efecto, el actor procedió a corregir la demanda de forma tal que la Sala de Sección, mediante auto del 3 de junio de 2010, ordenó su admisión por reunir los requisitos legales y haber sido presentada en tiempo quedando superado cualquier vicio formal.

Finalmente, en lo que se refiere a las consideraciones de la parte demandada, en relación con las nuevas competencias constitucionales otorgadas al CNE, su estudio y decisión se realizará en el acápite siguiente, de forma conjunta con el análisis de los cargos planteados, toda vez que ello atañe directamente a los argumentos que los demandantes han manifestado como sustento de la defensa de los cargos formulados.

3. Análisis de los cargos

Los demandantes sostienen que la Resolución 754 del 9 de abril de 2010 se encuentra viciada de nulidad por: (i) falta de competencia del CNE para expedirla, (ii) violación al debido proceso y (iii) violación a las disposiciones del Código Electoral.

- i. Encuentran que existe falta de competencia, por cuanto la facultad para **regular** el mecanismo de revisión introducido al ordenamiento jurídico con el Acto Legislativo No. 1 de 2009 corresponde al legislador con reserva reforzada de ley estatutaria.
- ii. Sustentan la violación al debido proceso administrativo en que la Resolución 754, mediante la cual el CNE adoptó el protocolo de revisión de escrutinios, fue proferida con posterioridad a la fecha en la que tuvieron lugar las elecciones de forma tal que ni los candidatos, ni los escrutadores, ni los electores tenían claras las reglas de juego aplicables al procedimiento de revisión de escrutinios, sino hasta después de haberse surtido la fase electoral propiamente dicha.
- iii. Finalmente argumentan que el acto demandado vulnera el procedimiento electoral establecido en el Código Electoral, por lo que está viciado de nulidad por el desconocimiento de la ley, que le es superior.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala decidir si la resolución demandada está o no viciada de nulidad por: (i) falta de competencia, (ii) violación del derecho fundamental al debido proceso y (iii) desconocimiento del contenido y las etapas preclusivas del Código Electoral. Lo anterior se hará tomando en consideración los cargos y el concepto de violación expuestos por los demandantes en razón del carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa y la congruencia que debe existir entre el *petitum* y la sentencia que habrá de proferirse de conformidad.

Para proveer sobre el fondo de las pretensiones de la demanda y por efectos metodológicos, la Sala se ocupará de los siguientes asuntos, salvo que se encontrare probado algún cargo evento en el cual se relevará del estudio de los demás: 1) la competencia del CNE para expedir la Resolución 754 de 2010, “*Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios*”; 2) la vulneración del derecho al debido proceso administrativo; 3) el desconocimiento del procedimiento electoral establecido en el Código Electoral; 4) la conclusión general; y, 5) finalmente, se expondrán los efectos del presente fallo.

Ahora bien, en relación con las atribuciones regulatorias en cabeza de los diferentes órganos del Estado, desde 1976 ya el Consejo de Estado había evidenciado que la potestad de reglamentar la ley es distinta de la facultad de expedir actos de carácter general. ***“la primera es solo atribución del Presidente de la República, claro que con la participación del ministro del ramo o del director del departamento administrativo correspondiente, según lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución, y se ejerce mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, cuando sea necesario para que las leyes puedan ser ejecutadas; en tanto que, para ejercer determinadas funciones en cumplimiento de la ley, diversas autoridades están facultadas para expedir actos administrativos de carácter general”***¹⁵. (Negrillas propias de la Sala)

El Consejo de Estado, ya desde 1976, en sentencia de 29 de octubre, explicó esta diferencia así:

“[...] Una cosa es la reglamentación de la ley, cometido que no requiere texto legal que lo autorice o reitere; y otra, muy diferente, la adscripción de competencia a un ministerio para que cumpla o ejecute una misión determinada, aspecto que debe estar expresamente señalado en la

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, C.P. Dr. Mario Alario Méndez, sentencia del 12 de octubre de 1999, expedientes número 1730.

ley. El hecho de que esta facultad deba traducirse, de ordinario, en decretos de carácter general o abstracto no asimila a la citada potestad, causa de los reglamentos que para la cumplida ejecución de las leyes debe dictar el Gobierno, dentro de los marcos o límites que implícita o explícitamente se deriven de la ley reglamentada, pero no más.

El enunciado anterior muestra que la acción del Gobierno cuando reglamenta una ley tiene una órbita y una finalidad específica: el cumplimiento de la ley tal como fue expedida y para lo que fue expedida, ya que el decreto no podrá contener mandatos diferentes en cuanto a su materia, fines, sanciones, temporalidad o ámbito espacial.

En cambio, cuando la ley faculta a un ministro para que cumpla determinados objetivos, le deja la libertad de acción que los fines de la ley requiere y le permite la utilización de los poderes que tiene como jefe de la administración activa.

En la primera hipótesis (potestad reglamentaria) cumple el Gobierno o el funcionario delegatario, según el caso, en cierta forma, un papel de complementación legislativa; mientras que en la segunda, el ministro desarrolla pura y simplemente una labor administrativa que le compete como jefe superior de la administración y por esa razón se le otorga¹⁶.

Ahora bien, así como el Presidente de la República tiene “potestad reglamentaria” de la cual hace uso con el fin de lograr la ejecución de la ley, en específicos eventos tiene igualmente atribuida competencia para desarrollar directamente la Constitución. Sobre el punto desde el año 1962 esta Corporación explicó:

“Dadas las características de nuestro sistema institucional, la Constitución es la suprema norma de derecho. Es la ley fundamental, la ley de leyes, la ley por excelencia, categorías protegidas por vía de acción y por vía de excepción. A ella están necesariamente sujetos los estatutos inferiores y de ella derivan su legitimidad. De allí que si se entiende que la función administrativa es la actividad dirigida a la ejecución de la ley, ha de ser también y, aún con mayor razón, la actividad dirigida a la

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo, sentencia del 29 de octubre de 1976, expedientes acumulados 2324 y 2338.

ejecución de la Constitución en aquellos eventos en que ésta deba ser aplicada directamente por el Gobierno. Y como el poder reglamentario es la consecuencia forzosa de la facultad de realizar el derecho consagrado en la Carta Política y en la ley, el Presidente de la República ha de disponer necesariamente de la atribución de expedir reglamentos constitucionales en todos aquellos casos en que tenga que ejecutar directamente el Estatuto Fundamental y en los cuales sea preciso desarrollarlo para su adecuada aplicación, de la misma manera que puede hacerlo con relación a la ley. La situación es la misma, y el régimen de derecho ha de ser idéntico.

¿Cuáles son esos casos? En la Constitución se expresa que el Presidente de la República es la "suprema autoridad administrativa" de la Nación y que, como tal, ejercita todas las atribuciones relacionadas en el artículo 120. En esa enumeración de funciones aparecen algunas que tiene que desempeñar con arreglo a la ley, y otras que cumple sin ese requisito. Entre las primeras figuran las facultades administrativas propiamente dichas, y entre las segundas se encuentran aquellas otras que, por razón de su naturaleza o de circunstancias históricas especiales, tienen el carácter de atribuciones político administrativas"¹⁷.

Así, incluso cuando es menester que se aplique directamente la Constitución, a efectos de ejercer la "potestad reglamentaria" y expedir el correspondiente "reglamento constitucional" se requiere que el Presidente de la República cuente con una específica atribución.

En el marco de la constitución vigente, tal es el caso del Contralor General de la República, el cual tiene entre sus atribuciones, de conformidad con el artículo 268 de la Constitución, la de "Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas, los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse."¹⁸ Y "[d]ictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial"; o del Banco de la

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: CARLOS GUSTAVO ARRIETA. Sentencia del catorce (14) de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, Radicación número: 1255, Actor: ALBA INES ORDOÑEZ CALDERON, Demandado: GOBIERNO NACIONAL, Referencia: Decretos del Gobierno.

¹⁸ Atribución que no es novedosa de la Constitución de 1991 toda vez que era la misma que se encontraba en el artículo 60 numeral 2 de la Constitución de 1886.

República, frente al cual el artículo 371 de la Constitución señalan: “(...) Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar reservas internacionales (...)”.

En idéntico sentido a la jurisprudencia contenciosa administrativa, en sentencia C-805 de 2001, la Corte Constitucional, refiriéndose a la exequibilidad de las disposiciones contenidas en el Proyecto de ley 182 de 1999 (Senado), en particular sobre la atribución otorgada a los Ministerios de Minas y Energía y de Ambiente para regular lo relativo a control de emisiones derivadas de combustible, señaló:

*“Encuentra la Corte, que las modificaciones realizadas por las Cámaras legislativas, cuando para superar las objeciones formuladas por el gobierno **cambiaron las expresiones reglamentar o reglamentación por las de “regular” o “regulaciones técnicas” o “ambientales”, claramente se orientan a diferenciar tales competencias de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y las disposiciones así modificadas deben entenderse como ajustadas a la Carta, en los términos de esta providencia.***

(...)

Por las razones aquí expuestas habrán de declararse infundadas las objeciones presentadas contra algunos apartes del artículo 1 del proyecto de ley, en la medida en que ellos no se atribuye potestad reglamentaria a los ministros del despacho, sino que se habilita a los ministerios, para que, sin perjuicio de los reglamentos que correspondan expedir al Presidente de la República, expidan unas normas de carácter técnico especializado, en ámbito de sus respectivas competencias”.

A dichas “normas de carácter técnico especializado” que se expiden en el ámbito de las competencias propias de órganos que hacen parte de la Rama Ejecutiva, como en el caso anteriormente citado, o fuera de ellas, como en el caso de los órganos autónomos, se les denomina regulaciones, a fin de que no sean

confundidas con la potestad reglamentaria que, por disposición constitucional, recae en cabeza del Presidente de la República¹⁹.

3.1. La competencia del CNE para expedir la Resolución No. 754 de 2010, “Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios”.

3.1.1. La Resolución 754 de 2010 tiene por objeto regular la nueva facultad de revisión que le otorgó el Constituyente derivado al CNE en el numeral 4 del artículo 265 de la Constitución Política, asunto que se desprende no solo de la parte considerativa de la mencionada resolución sino de cada uno de los artículos que la componen.

Se discute en esta sede, si el CNE ostentaba la competencia para regular dicha facultad, asunto que para su resolución requiere de un análisis de la naturaleza jurídica del mencionado ente, así lo ha entendido la Sala de Decisión al señalar “*el examen de fondo de estos cargos [en referencia a la competencia de este órgano] conlleva a que de manera previa la Sala precise también la naturaleza jurídica del ente público que profirió este acto administrativo*”²⁰.

Sobre la naturaleza y origen del CNE, esta Sala ha explicado:

“Conforme a la misión de vigilancia y control de los partidos y movimientos políticos y de las elecciones que tiene asignadas, se le identifica como:

¹⁹ Cfr. En el mismo sentido: (i) CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla, Sentencia del 28 de septiembre de 2001. Expediente 2001 – 00034 “*Si bien es cierto que la potestad reglamentaria es una atribución exclusiva del Presidente de la República, no es menos cierto que las autoridades administrativas tienen una **facultad de regulación administrativa subordinada a la ley y a los reglamentos** (...) En síntesis, la facultad para dictar actos administrativos generales que difieren de los actos reglamentarios, corresponde a todos los actos administrativos como modo normal de expresarse y presupone la existencia de una atribución legal o constitucional que debe concretarse*” y (ii) CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, C.P. Mario Alario Méndez, Sentencia del 3 de marzo de 2000. Radicación 2218 y 2241 “*vale señalar que la específica potestad de reglamentar la ley no puede confundirse con la genérica y más amplia facultad de expedir actos administrativos de carácter general. Es así que, según lo expuesto en ejercicio de la potestad reglamentaria se expiden **decretos, resoluciones y órdenes necesarios para que la ley pueda ser ejecutada**, en tanto que mediante los actos que se expidan en ejercicio de la facultad de dictar actos de carácter general **se ejecuta la ley**. Además, la potestad de reglamentar la ley es atribución del Presidente de la República, según lo establecido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, en tanto que de la facultad de expedir actos administrativos de carácter general están investidas muchas autoridades. Entonces, según lo establecido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución,, es atribución del Presidente y no de otras autoridades, ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, en cuanto sea necesario para la cumplida ejecución de las leyes; de cualesquiera leyes, que en ello no se hicieron distinciones. Y esa potestad es distinta de la facultad atribuida a muchas autoridades para el cumplimiento de determinadas funciones, aun cuando esas funciones se cumplan mediante la expedición de actos administrativos de carácter general” (Negrillas propias de la Sala).*

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, Sentencia del 19 de septiembre de 2011, Expediente número: 11001-03-28-000-2010-00041-00. (C.P. Susana Buitrago Valencia).

“Órgano autónomo del poder público, como suprema autoridad de la Organización Electoral, que regula, inspecciona, vigila y controla el cumplimiento de la actividad electoral y de sus actores, garantizando en plenas condiciones, el ejercicio de la participación democrática y de los derechos electorales, para el fortalecimiento del Estado Social de Derecho.”²¹

A partir del criterio finalístico es posible determinar su naturaleza, debido a que de manera expresa ni la Constitución Política ni la Ley, en específico, la señalan.

Según los artículos 264 y 265 de la Constitución es un órgano colegiado, - autoridad electoral que está conformada por (9) nueve miembros elegidos por el Congreso en pleno para períodos de (4) cuatro años previa postulación de los partidos, y que goza de autonomía presupuestal y administrativa.

*Derivado de estos rasgos distintivos, por mandato del artículo 265 Superior le compete **regular, inspeccionar, vigilar y controlar** toda la actividad electoral de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos garantizando el cumplimiento de los principios y deberes.*

*En este orden de ideas, es posible ubicar al CNE dentro de la categoría jurídica: **“Otros órganos” autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, a los cuales se refiere el artículo 113 de la Constitución Política** cuando señala cuales son las tres ramas del poder público y específica que esta clase de organismos: los autónomos e independientes, **no hacen parte de ninguna de estas tres ramas.***

Así, es viable concluir que el CNE no integra el Gobierno Nacional pues es una autoridad electoral de control y vigilancia, independiente y autónoma.

En tal carácter emite pronunciamientos de autoridad pública que conciernen a la específica materia electoral a su cargo como lo es regular la manera de abordar, como medio de control de los escrutinios, la revisión de éstos.

²¹ Consultado en <http://www.cne.gov.co/CNE/MISION-Y-VISION.page>

Tal aptitud revisora obedece también a que le corresponde declarar las elecciones de carácter nacional y conocer vía recursos de apelación, reclamaciones presentadas ante sus delegados, así como también del sometimiento a examen de irregularidades presuntamente constitutivas de nulidad de la futura elección por declarar, el requisito de procedibilidad que puede presentar cualquier persona.

Así, la naturaleza jurídica de autoridad administrativa de este ente conduce a que el control judicial de constitucionalidad y de legalidad de sus actuaciones, incluidas las de regulación, corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en específico al Consejo de Estado a través de su Sección Quinta²². (Negritas fuera del texto original).

Esa autonomía que la Sala le ha reconocido al CNE y que hace de la autoridad electoral de control y vigilancia de los partidos y movimientos políticos una autoridad independiente, le ha servido de justificación, en este caso al ente demandado, para concluir que podía válidamente dictar el procedimiento demandado a efectos de ejercer la atribución de revisión de escrutinios, sin necesidad de la intermediación de una ley que la desarrollase. Por ende, a su juicio, resulta ajustada a derecho la regulación demandada, porque fue expedida en estricto cumplimiento de una norma de rango constitucional.

3.1.2. Como se explicó, en el ordenamiento jurídico colombiano existen ámbitos específicos de regulación asignados a órganos de creación constitucional al margen de la potestad reglamentaria que recae en cabeza del Presidente de la República.

Esa facultad, en el caso del CNE, encuentra su fundamento en el artículo 265 superior que establece que a dicho órgano le compete **regular**, inspeccionar, vigilar y controlar toda la actividad electoral de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos garantizando el cumplimiento de los principios y deberes.

²² *Ibídem.*

La potestad para regular, es la atribución que la Constitución confiere, entre otros, a los órganos autónomos para que, al igual que el Presidente, expidan actos de carácter general, impersonal y abstracto que generen efectos jurídicos, con sujeción a la ley y la Constitución.

Esa potestad es una atribución que, como la reglamentaria, es otorgada por la Constitución o la ley, no ya al Presidente de la República tal y como se establece en el numeral 11 del artículo 189, sino a otros órganos; cuyo sustento normativo se evidencia, entre otros, en los artículos 265, 268, 354 y 371 constitucionales, así como en el artículo 5 de la Ley 99 de 1993, artículo 86 de la Ley 222 de 1995, artículos 14 y 26 de la Ley 130 de 1994 y el artículo 79 de la Ley 142 de 1994.

Respecto del alcance de esta potestad, la Corte Constitucional, en sentencia C-1162 de 2000, mediante la cual declaró la exequibilidad de los artículos 14, 69, 128 y 129 de la Ley 142 de 1994, estableció:

***“Tampoco resultan ajustadas a la Constitución otras interpretaciones doctrinarias que han venido haciendo carrera en nuestro medio, consistentes en que las resoluciones de las comisiones de regulación ‘en forma conjunta con la ley forman una proposición jurídica’, y que a diferencia de los decretos reglamentarios pueden ‘llenar los vacíos legislativos dejados por el legislador’, en la medida en que son actos de creación del Derecho.*”**

Este tipo de interpretaciones es abiertamente opuesto a la Constitución, ya que ellas otorgan a los actos de las comisiones - que la Corte estima subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios- un alcance normativo general de alta jerarquía y le confieren la atribución inconstitucional de ‘crear derecho’ en forma compartida con el legislador ordinario, o la de desplazarlo, e incluso la de formulación de normas ‘como atribución constitucional propia’. Se ha llegado al extremo de definir las disposiciones reguladoras como una ‘legislación secundaria’, y ello bajo la desacertada importación de modelos foráneos que no encajan dentro de nuestro sistema jurídico, y que han sido acogidos sin tener en cuenta las muy diversas bases fácticas y jurídicas que han moldeado los diferentes sistemas. También se ha dicho erróneamente que, en virtud de la delegación, las comisiones podrían llegar a derogar

leyes y aún a dictar normas 'de aplicación preferente frente a ellas', todo lo cual desnaturaliza el concepto mismo de delegación de funciones administrativas, pues excede los límites de ellas, y rompe la estructura de separación funcional prevista en la Constitución. (arts. 113 y 150 C.P.)"

Más adelante, manifiesta la Corte que la regulación está supeditada a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales. De esta manera, se determina que esta potestad reguladora, *en cualquiera de sus acepciones legales o constitucionales*, no puede de ninguna manera equipararse a la potestad legislativa, pues de esa manera se estaría generando un vaciamiento de las funciones propias de la Rama Legislativa. Esa facultad en lo que concierne al CNE se circunscribe a "**desarrollar aspectos administrativos, subordinados y de mero detalle sobre la organización electoral.**"²³

En otras palabras, la función de regular al igual que la reglamentaria, no es una función que dé atribuciones de creación normativa de manera paralela o sustituta de la ley. La diferencia entre estas dos potestades se limita exclusivamente al sujeto que la ejerce en orden a las disposiciones constitucionales y en razón de las específicas funciones a ellos conferidas. Así, la potestad reglamentaria en principio es exclusiva del Presidente de la República y la regulatoria es ejercida por distintos órganos, todo ello en el marco del sistema difuso de producción normativa que rige en nuestro país.

A idéntica conclusión ya se había llegado en el Consejo de Estado cuando en el año de 1997, con apoyo de la decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, se entendió que era ésta la Corporación competente para conocer de las demandas presentadas contra el Decreto 1421 de 1993, en todo o en parte. Así que el máximo juez de lo contencioso administrativo asumió competencia y en sus consideraciones sobre el particular citó, en lo pertinente, la decisión del Consejo Superior de la Judicatura:

"En efecto, para la Sala el presupuesto esencial para la definición de la controversia se encuentra en el artículo 121 de la Carta según el cual 'ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de la que le atribuyen la constitución y la ley'. Entonces, dentro del nuevo régimen constitucional, como en el antiguo, la atribución de a competencia está

*reservada a la ley y a la Constitución. Es decir que por fuera de la atribución de funciones legal o constitucionalmente otorgadas ninguna entidad pública puede realizar actividades públicas. **Luego no es procedente pretender que una u otra competencia surge de un análisis filosófico jurídico, por muy importante y profundo que éste sea, si la ley o la constitución expresamente no la determinan[...]***²⁴

3.1.3. Es claro, por otra parte, que bajo el principio de separación de funciones, consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política, la función legislativa que ejerce el Congreso de la República no puede ser radicada en ninguna otra rama del poder público u órgano autónomo, salvo en el caso excepcional consagrado en el numeral 10 del artículo 150 de la Carta Política. Así lo ha considerado la Corte Constitucional, al señalar lo siguiente:

*“[L]a función legislativa -salvo la expresa y excepcional posibilidad de otorgar facultades extraordinarias al Presidente de la República (artículo 150, numeral 10, C.P.)- no puede ser entregada por el Congreso al Gobierno y menos todavía a otros organismos del Estado, así gocen de autonomía, ya que ésta únicamente es comprensible en nuestro sistema jurídico bajo el criterio de que se ejerce con arreglo a la ley”*²⁵.

Si el Congreso se desprende de la función que por su naturaleza le es propia, trasladándola a otra rama u órgano del poder público, se desconocería el principio de separación de poderes sobre el que se sustenta nuestra democracia. En otros términos, esa delegación sería inconstitucional.

Una interpretación de los demás postulados constitucionales o de la ley que contravenga en ese sentido el artículo 113 de la Constitución Política, supone claramente un desconocimiento de la importancia que tiene la recíproca contención y equilibrio del poder entre las ramas.

Esta Sala ha sido cuidadosa en resaltar que *“la circunstancia que concierne a que el artículo 265 Superior no señale de manera expresa que las atribuciones conferidas al CNE le corresponden “de conformidad con la Ley”, en manera alguna significa que este organismo esté autorizado para desarrollar sus funciones*

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 155 de 2005.M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ Revista Jurisdiccional Disciplinaria, Número 4, ps. 177 a 181, Ob. Cit. En, CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 7 de diciembre de 1997. Exp. AI-013. Págs. 11 y 12.

²⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 564 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

*desatendiendo la Ley, o que tenga facultad para incursionar en materias de reserva de Ley Estatutaria, a las voces del literal c del artículo 152 Superior*²⁶.

En el mismo sentido se pronunció recientemente la Corte Constitucional al indicar que las decisiones del CNE deben observar las normativas constitucionales y legales que rigen la actividad electoral y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos. En la sentencia C-490 de 2011²⁷ se puntualizó:

*“... Por ende, se está ante un procedimiento reforzado de protección de las normas constitucionales, legales y estatutarias, aplicables a la organización y funcionamiento de partidos y movimientos políticos, con control en sede electoral por parte del CNE y judicial ante el contencioso. Todo esto bajo el entendido que, como se ha señalado insistentemente en la presente decisión, **la actividad del CNE tiene como marco y límite las regulaciones constitucionales y legales referidas tanto a la actividad electoral, como a la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos.**”* (Negrillas fuera de texto original).

3.1.4. Del análisis expuesto en precedencia, hoy la sala se permite concluir que no es de recibo el argumento expuesto por el apoderado del CNE, en el sentido de afirmar que cuando el Constituyente derivado de 2009 no señaló en el encabezado del artículo 265 de la Constitución que las atribuciones del ente colegiado electoral se desarrollarían “**de conformidad con la ley**”, implicó una autorización explícita para que este órgano desarrollase o “**regulase**” directamente las funciones constitucionales al él reconocidas; sin necesidad de la intervención del legislador.

Al apoderado del ente acusado señala que toda vez que el artículo 265, tal como fue reformado por el Acto Legislativo No. 01 de 2009 no hizo expresa referencia a la “**ley**” ello implica el reconocimiento de una facultad constitucional expresa para que el CNE “**regule**” directamente sus funciones, específicamente la de revisión de los escrutinios, sin necesidad de la intermediación del legislador.

La anterior afirmación, si bien se explica desde la loable intención del CNE de garantizar la verdad de los resultados, en criterio de la Sala, resulta contraria no solo al diseño constitucional que tiene el Estado Colombiano, en donde el

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, Sentencia del 19 de septiembre de 2011, Expediente número: 11001-03-28-000-2010-00041-00. (C.P. Susana Buitrago Valencia).

legislador, en el sistema de separación y colaboración armónica de los poderes juega un papel preponderante, artículo 113 de la Constitución, sino a las precisas atribuciones que a éste le reconoció el Constituyente de 1991, en el caso en estudio, la regulación de las **funciones electorales** que por disposición taxativa del artículo 152, literal c) de la Carta, corresponde de forma exclusiva y excluyente al legislador mediante la expedición de una ley de naturaleza especial: la estatutaria.

Entiende la Sección, entonces, que cuando el CNE decidió regular en la Resolución No. 754 de 2010 la atribución especial de revisión de los escrutinios y documentos electorales, con el meritorio propósito de ejercer la novísima facultad de revisión de escrutinios en el contexto de las elecciones del 2010, se excedió en sus atribuciones haciendo uso de una competencia que no le es propia, en la medida en que es una **típica función electoral, en razón de su incidencia directa en el proceso electoral y en sus resultados, que corresponde desarrollar exclusiva y excluyentemente al legislador estatutario**, en los términos del artículos 152 y 153 constitucional.

En otros términos, el CNE excedió sus competencias para efectuar la regulación de su nueva función de revisión, por ser una materia que por su naturaleza está reservada al legislador estatutario y que, como tal, no puede ser objeto de regulación por órgano diverso al de representación popular pese a que, como se explicó en precedencia, ese ente ostente una naturaleza autónoma e independiente.

En efecto, como ha dicho la Corte Constitucional (Sentencia C-690/03), en *“aquellos asuntos que por virtud de la cláusula general de competencia corresponde desarrollar primariamente al legislador, no pueden ser objeto del ejercicio de potestades de regulación por parte de autoridades distintas sin que previamente se haya expedido la ley que contenga la regulación básica”*, menos aún en materias cuya regulación haya sido reservada al legislador estatutario *“institución jurídica conforme a la cual, por disposición de la propia Constitución, corresponde exclusivamente al legislador”* su desarrollo. En la misma sentencia advirtió la Corte que *“las materias que se encuentran dentro del ámbito de una específica reserva de ley no pueden ser objeto de remisión al reglamento, puesto*

²⁷ (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

que corresponde al legislador la regulación clara y expresa de las materias reservadas”.

3.1.5. Como el acto acusado tiene por fundamento la atribución de regulación que la norma superior le reconoce al CNE, entiende la Sala que lo acusado es un acto administrativo de contenido electoral cuya competencia para conocer sobre su nulidad, entre otros, por contrariar normas de rango constitucional, corresponde al Consejo de Estado y específicamente a esta Sección.

3.1.6. El acto demandado también cita en su acápite de consideraciones, como fundamento para su expedición, la facultad constitucional del CNE de darse su propio reglamento.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación²⁸, ha establecido que un reglamento es *“un típico acto administrativo de carácter general, que regula la función administrativa específicamente asignada a una Corporación”*. En este sentido, el hecho de que sean actos expedidos por la administración, deja claro que estos reglamentos no pueden ostentar un carácter supralegal o de estirpe constitucional por haber atribuido la Constitución a algunas entidades la función de *“darse su propio reglamento”*. Por el contrario, esto lo que significa es el interés del Constituyente por otorgar cierta autonomía a sus entidades **en lo referente a su funcionamiento interno y organización de sus funciones con el fin de que estas entidades sean más eficientes en el desempeño de sus labores**, pero no quiere decir esto que, con fundamento en esta facultad, una entidad pueda invadir la órbita del legislador, pues si bien los temas a tratar en los reglamentos son fundamentales para el efectivo ejercicio de las funciones, éstos no pueden ser utilizados para regular temas que tienen una clara reserva de ley, motivo por el cual los reglamentos sólo pueden definir temas exclusivamente administrativos.

A efectos de ahondar en el argumento, lo que se quiere decir es que estos reglamentos sólo tienen efectos internos y son dictados con el propósito de aligerar y hacer más eficiente la prestación del servicio.

Así lo sostuvo la Sección Quinta del Consejo de Estado refiriéndose al reglamento interno del CNE:

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, Sentencia de 16 de julio de 1998, Radicación número: 1751. (C.P. Roberto Medina López).

*“Crear que el reglamento interno del Consejo Nacional Electoral, tiene jerarquía supralegal, estirpe constitucional, es una afirmación errada pero por sobre todo exagerada, La ley la expide el Congreso, el reglamento interno el Consejo Electoral; la ley se supedita a la Constitución y prima sobre el reglamento. Estos principios elementales no han cambiado con la Carta del 91”.*²⁹

3.1.7. A lo largo de esta providencia, la Sección se ha encargado de reiterar que es función exclusiva y excluyente del legislador estatutario regular y desarrollar la facultad de revisar los escrutinios y los documentos electorales a que se refiere el artículo 265, numeral 4 de la Constitución Política, en tanto se trata de una típica función electoral

Pues bien, una simple lectura de la Resolución No. 754 de 2010, permite a la Sección concluir que sus artículos no pueden tener fuente en la facultad de darse su reglamento y exceden su facultad reguladora propia sino que, más allá, desarrollan una típica función electoral, razón por la que aquel no podía arrogarse dicha competencia, como acertadamente lo indican los demandantes en el proceso de la referencia, tal como pasa a explicarse.

El artículo 1°, se ocupa definir el objeto de la Resolución que no es otro que adoptar un protocolo de revisión de escrutinios, es decir, regular la competencia constitucional contenida en el artículos 265, numeral 4, que a la fecha no ha sido objeto de desarrollo por el legislador estatutario, si se tiene en cuenta que la revisión es una función electoral con una incidencia clara en el proceso de escrutinio y votación.

En el artículo 2° se determina la creación de salas unitarias a efectos de adelantar el trámite de revisión de los escrutinios, y por tanto reguló la forma de ejercer una función que requiere de una ley estatutaria que determine las características, límites, procedimientos para el ejercicio de esta facultad.

En el artículo 3°, se definen las bases para el análisis de revisión de los escrutinios, es decir, define un procedimiento cuya competencia está en cabeza

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, Sentencia de 16 de julio de 1998, Radicación número: 1751. (C.P. Roberto Medina López).

del legislador estatutario, por tratarse inescindiblemente de una tema que afecta, impacta el procedimiento electoral.

En el artículo 4°, señala las que serán acciones de revisión por parte de las salas unitarias en relación con las mesas, las tarjetas electorales, los formularios E-14 y E-11, es decir, hace una regulación que no le correspondía definir al CNE sino al legislador.

En sus artículos 5° y 6, se introduce la figura de la audiencia de revisión y establece su oportunidad, forma de convocatoria, y la manera en la que se surtirán las notificaciones de las decisiones que ahí se adopten, el 6° se refiere a los hallazgos de la sala de revisión y a las decisiones que pueden adoptarse con ocasión de dichos hallazgos, las cuales, incluso, pueden consistir en la exclusión o inclusión de tarjetas o formularios y corrección de errores. De igual manera, en el referido artículo se define lo relativo al recurso de apelación de las decisiones que se adopten en sala unitaria. Estos dos preceptos introducen un procedimiento que sólo puede regular el legislador, por tratarse de una materia que incide directamente en los resultados electorales.

Finalmente, los artículos 7° y 8° se refieren al apoyo humano, técnico y logístico que brindará la Registraduría Nacional del Estado Civil en lo referido al trámite de la revisión de escrutinios, y a la comunicación del contenido de la resolución, respectivamente. Normas estas que sí tienen un contenido meramente administrativo y de trámite, pero cuya pervivencia depende de los preceptos anteriores.

Así, a juicio de esta Sala, el contenido de la regulación acusada desborda el alcance ordinario de la facultad regulatoria en cabeza del CNE que se refiere, **únicamente, a aspectos administrativos subordinados y de mero detalle.** En efecto, el acto demandado establece de forma clara un procedimiento que tiene incidencia en los escrutinios, asunto que tiene reserva de ley estatutaria, hecho que impedía al CNE su regulación.

De esta forma, el CNE no podrá hacer uso de la facultad del numeral 4 del artículo 265 constitucional, de oficio ni a petición de cualquier persona, hasta tanto, en ejercicio de las funciones que le son inherentes, el Congreso de la República expida la ley estatutaria que consagre el alcance de la revisión y defina su

procedimiento, asunto que, sin duda, debe ser entendido como la regulación de función electoral.

3.1.8. En la sentencia C-490 de 2011³⁰ -previamente mencionada- mediante la cual, la Corte Constitucional revisó el Proyecto de Ley Estatutaria “por el cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, puso de presente que:

*“La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que las materias que constituyen regulación de los procesos electorales están sometidas a reserva de ley estatutaria, **no sólo en lo que tiene que ver con aspectos de contenido sustancial**, sino también en lo relacionado con todos aquellos parámetros o presupuestos permanentes para el ejercicio adecuado del derecho de participación por parte de los ciudadanos. Ello incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, ‘como la fijación de las fechas de elecciones, el establecimiento de los términos de cierre de las inscripciones de candidatos o del registro de votantes, el diseño de las tarjetas electorales **o los procedimientos de escrutinio**’.*

Y ha indicado que forma parte de la potestad de configuración del legislador estatutario, el señalar mecanismos y plazos relacionados con las distintas etapas del proceso electoral, pues este requiere un mínimo de orden que asegure la posibilidad de organizar oportunamente todos los elementos materiales requeridos para la realización de los comicios electorales”³¹.
(Negritas fuera del texto original).

De conformidad con lo expuesto en los acápites anteriores, la Sala declarará la nulidad de la regulación acusada, por cuanto considera que el CNE extralimitó sus funciones sobre todo cuando se tiene que en el ordenamiento jurídico de cualquier estado de derecho no existen competencias implícitas, por analogía o por extensión³².

³⁰ (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-490 de 2011. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

3.1.9. Para la Sección es importante advertir que esta decisión no contradice la providencia recientemente proferida dentro del proceso 2010 - 00041, en la que se juzgó la legalidad del artículo 10 de la Resolución No. 552 expedida por CNE el 10 de marzo de 2010, por las siguientes razones.

3.1.9.1. Mediante dicho artículo, que la Sala encontró condicionalmente ajustado a derecho, se estableció que *“en desarrollo de la facultad prevista en el numeral 4 del artículo 265 de la Constitución, el Consejo Nacional Electoral podrá, de oficio o a petición de parte interesada, asumir el conocimiento directo de cualquier escrutinio zonal, municipal, distrital o departamental en el estado en que se encuentre, revisar las actuaciones realizadas y corregir los errores hallados. Finalizada la revisión el CNE podrá remitirlo nuevamente a los escrutadores iniciales o terminar directamente el respectivo escrutinio.”*

De la anterior forma el CNE dio alcance a la facultad constitucional de revisión de escrutinios, de conformidad con la cual podrá *de oficio, o por solicitud, revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la verdad de los resultados.*

De entrada la Sala encuentra con la simple lectura de la norma, cuya legalidad fue previamente revisada por esta Sección, que su contenido no estableció procedimiento alguno relativo al trámite de la revisión de los escrutinios. Así, mientras que la norma del artículo 10 de la Resolución No. 552 del 10 de marzo de 2010, puede ser considerada como una **simple reiteración de la disposición constitucional**, los diferentes artículos que componen la Resolución 754 del 9 de abril de 2010 son verdaderas normas **procedimentales**, en la medida en que a través de ellas el CNE fijó las reglas procesales aplicables a la nueva atribución constitucional, adoptando un verdadero protocolo de revisión de escrutinios.

3.1.9.2. Aunado a lo anterior, y en consideración a que algunos apartes del artículo décimo de la Resolución No. 552 del 10 de marzo de 2010 simplemente daban cuenta de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 265 constitucional, la Sala en su oportunidad adoptó la decisión de declarar

³² Sobre el punto Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, por su parte, en sentencia de 8 de junio de 2.000, Corte Constitucional, sentencias C-319 de 3 de mayo de 2.007 y C-

ajustado a derecho la norma demandada “en el entendido que el artículo 10º de la Resolución Nº 0552 de 2010, expedida por el CNE, es ajustado a derecho con el condicionamiento que la revisión de escrutinios y documentos electorales a cargo del Consejo Nacional Electoral, tiene el alcance de poder operar, únicamente, cuando a ello le sea indispensable acudir de manera excepcional por parte de esta autoridad administrativa electoral, en virtud a que en el escenario de conocer directamente o vía recurso de apelación de una causal de reclamación, o, cuando se trate del sometimiento a examen de alguna irregularidad en la votación o en el escrutinio para efectos de poder cumplir con el requisito de procedibilidad de la acción judicial de nulidad electoral. Y únicamente procederá a **terminarlos**, siempre y cuando exista norma legal o reglamentaria que así lo autorice, o, cuando por motivos de orden público en la circunscripción territorial, de conformidad con los requisitos y el procedimiento expuesto en la parte motiva del presente fallo”³³.

Incluso la Sala fue cautelosa en sus apreciaciones al punto de afirmar que, “ahora bien, comienza la Sala por precisar que la circunstancia que concierne a que el artículo 265 Superior **no señale de manera expresa que las atribuciones conferidas al CNE le corresponden “de conformidad con la Ley”, en manera alguna significa que este organismo esté autorizado para desarrollar sus funciones desatendiendo la Ley, o que tenga facultad para incursionar en materias de reserva de Ley Estatutaria, a las voces del literal c del artículo 152 Superior”**.”

De forma tal que admitió su legalidad restringiendo la facultad de revisión a los precisos y estrictos eventos de modulación específicamente indicados en la providencia **y advirtiendo el deber de sujeción a la ley que desarrollara la materia.**

3.1.9.3. En tercer término, y en consideración al carácter rogado de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el fallo adoptado por la sala el pasado 19 de septiembre de 2011 no se efectuó un estudio de la cláusula de reserva de ley estatutaria como límite a la competencia de la autoridad administrativa electoral a efectos de dictar el referido acto administrativo.

1154 de 26 de noviembre de 2.008.

³³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Fallo del diecinueve (19) de septiembre de dos mil once (2011). Expediente Número: 11001-03-28-000-2010-00041-00.

En el fallo adoptado por la Sala se dijo:

*“El estudio de constitucionalidad y de legalidad que la Sala abordará, **estará circunscrito a las precisas censuras que contra el artículo 10º de la Resolución 522 se le atribuyen en la demanda.***

En los procesos de simple nulidad la esencia del debate consiste en que el Juez Contencioso mediante confrontación entre el acto que se acusa con las precisas normas que el demandante alega transgredidas, verifique si hay desajuste u oposición, y concluya si la presunción de legalidad de la que está amparado el pronunciamiento de la administración, se desvirtúa o no.

*El demandante sostiene que lo dispuesto en este artículo 10º de la Resolución 552 de 2010 acerca que de oficio o a petición de parte el CNE puede asumir “el conocimiento directo de cualquier escrutinio zonal, municipal, distrital o departamental en el estado en que se encuentre, e incluso terminarlo directamente”, **es contrario y opuesto a lo que señalan los artículos 29 y 265 de la Carta, así como también a concretas disposiciones que cita del Código Electoral”.***

En efecto, en dicho proceso el demandante indicó como normas violadas “los artículos 29 y 265 de la Constitución Política, este último, modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2009, y a nivel legal los artículos 160, 161, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 177, 180, 182, 187, 189, 192, y 193 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986)”³⁴ debido a que “en apreciación del actor el artículo 10º de la Resolución que acusa, vulnera este precepto constitucional pues no respeta la competencia, ni el procedimiento, ni los mecanismos de defensa establecidos en el trámite administrativo electoral para los administrados” pero nada dijo en relación con el artículo 152, literal c, constitucional, norma con fundamento en la cual esta Sala encuentra probada la falta de competencia alegada por los demandantes.

³⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Fallo del diecinueve (19) de septiembre de dos mil once (2011). Expediente Número: 11001-03-28-000-2010-00041-00.

Por lo anterior es claro que no existe contradicción alguna entre lo que acá se decide y lo recientemente fallado en relación con el artículo 10 de la Resolución No. 552 del 10 de marzo de 2010.

3.1.10 Ahora bien, un lector atento pudiera detectar que, algunas de las causales de reclamación electoral del artículo 192 del Código Electoral son parecidas a las adoptadas por el artículo 3 del Protocolo No. 754 del 9 de abril de 2010 como situaciones base para el análisis de revisión de escrutinios. Veamos:

<i>Causales de reclamación del artículo 192 del Código Electoral</i>	<i>Situaciones base para el análisis de revisión de escrutinios del artículo 3 de la Resolución No. 754 de 2010.</i>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados conforme la Ley. 2. Cuando la elección se verifique en días distintos de los señalados por la Ley, o de los señalados por la autoridad con facultas legal para este fin. 3. Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos. 4. Cuando se hayan destruido o perdido los votos emitidos en las urnas y no existiere acta de escrutinio en la que conste el resultado de las votaciones. 5. Cuando el número de sufragantes de una mesa exceda al número de ciudadanos que podían votar en ella. 6. Cuando el número de votantes en una cabecera municipal, un corregimiento, una inspección de policía o un sector rural exceda al total de cédulas aptas para votar en dicha cabecera, corregimiento, inspección de policía o sector 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Análisis de las variaciones de los resultados de las mesas, comparando los datos arrojados en el preconteo, los formularios E-14, los consignados en el formulario E-24, junto con las correspondientes actas de escrutinios. 2. Comparación del número de votantes tomados directamente de la verificación del formulario E-11 con el número total de votos consignados para la mesa en el formulario E-24. 3. Concentración de la votación en un solo candidato o partido. 4. Participación electoral superior a los promedios del puesto, zona, municipio o departamento. 5. Variaciones súbitas de la votación de un candidato o partido dentro de las mesas de un mismo puesto de votación. 6. Votaciones por candidatos desconocidos en la

<p>rural, según los respectivos censos electorales.</p> <p>7. Cuando los pliegos electorales se hayan recibido extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violencia. Fuerza mayor o caso fortuito, certificados por un funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos.</p> <p>8. Cuando el acta se extienda y firme en sitio distinto del lugar o local en donde deba funcionar la respectiva corporación escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente.</p> <p>9. Cuando las listas de candidatos no se hayan inscrito o modificado en la oportunidad legal o cuando los candidatos no hubieren expresado su aceptación y prestando el juramento correspondiente dentro de los términos señalados por la Ley para la inscripción o para la modificación, según el caso.</p> <p>10. Cuando en un jurado de votación se computen votos a favor de los candidatos a que se refiere el artículo <u>151</u> de este Código.</p> <p>11. Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinios se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella.</p> <p>12. Cuando con base en las papeletas de votación y en las diligencias de inscripción aparezca de manera clara e inequívoca que en las actas de escrutinios se incurrió en error al anotar los nombres o</p>	<p>respectiva zona.</p> <p>7. Formularios E-14 mal diligenciados.</p>
--	---

<i>apellidos de uno o más candidatos.</i>	
---	--

Sin embargo, la situación anterior no avala o legitima la circunstancia de que es el legislador estatutario el único habilitado para regular función electoral, y por ende, para darle desarrollo a la atribución constitucional de revisión de escrutinios en cabeza del CNE. Así, si bien el Código Electoral contempló como causales de reclamación situaciones iguales o parecidas a las que sirven de base para la revisión de escrutinios, las contenidas en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 activan una competencia y procedimiento distintos a la facultad constitucional del artículo 265 de la Carta, que el CNE pretendió regular en su procedimiento mediante la adopción del protocolo de revisión de escrutinios contenido en la Resolución 754 de 2010.

Así pues, el cargo planteado prospera, de forma tal que la Sala queda relevada de adentrarse en el estudio de los demás cargos.

Corolario de lo anterior, es que la facultad de *“revisar escrutinios y documentos electorales”*, que el numeral 4 del artículo 265 constitucional atribuye al CNE, sólo podrá ser ejecutada por dicha corporación cuando el Congreso de la República expida la correspondiente ley estatutaria, en desarrollo de sus inherentes competencias.

3.2. Conclusión

A partir de todo lo anterior, esta Sala considera que el CNE carecía de competencia para dictar la Resolución No. 754 del 9 de abril de 2010, mediante la cual se adoptó el protocolo de revisión de escrutinios, toda vez que los temas regulados en la misma tienen reserva de ley estatutaria por lo que exceden la facultad reguladora en cabeza de la entidad demandada, así como también extralimitan la atribución constitucional del CNE para adoptar su propio reglamento.

Así, a esta Sala de Decisión no le resta sino declarar la nulidad de la Resolución 754 del 9 de abril de 2010, proferida por el CNE, cuyos efectos serán los que a continuación pasan a explicarse.

3.3. Los efectos de la presente declaratoria de nulidad.

La Sala considera importante fijar los efectos de la presente decisión, máxime cuando en los escrutinios que se efectuaron en las pasadas elecciones para corporaciones públicas, la Resolución 754 de 2010 fue aplicada y, en consecuencia, todos los resultados electorales podrían verse afectados por la decisión que aquí se adopta, en el sentido de declarar su nulidad, pues como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sección y de otras Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, los efectos que genera la declaratoria judicial de nulidad de los actos administrativos tienen un carácter retroactivo, máxime cuando se trata de la falta de competencia para proferirlos.

Así lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corporación al indicar que *“la nulidad declarada de los actos administrativos produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o ‘ex tunc’, pues el estudio de su legalidad se remite a su origen, situación que se distingue de la que tiene lugar cuando por otras causas desaparece el fundamento de derecho del acto, como ocurre por ejemplo con la declaración de inexecutable de una ley, la cual como regla general, tiene consecuencias a futuro, o ‘ex nunc’, sin afectar la validez de la norma desde su existencia o las situaciones jurídicas que bajo su imperio se generaron. [...]”*³⁵.

De lo anterior se sigue que, por regla general, las consecuencias jurídicas del tipo de efecto que produce la declaratoria de nulidad de un acto administrativo son las de volver la situación al estado en que se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado³⁶.

De esta manera, la declaratoria de nulidad del acto administrativo retrotrae la situación jurídica a la que existía antes de la expedición del acto anulado, debiéndose tener como si éste no hubiera existido, *pero dejando a salvo de ese efecto retroactivo, en todo caso, las situaciones individuales consolidadas*³⁷ y pudiendo verse afectadas sólo aquellas no consolidadas o las que al tiempo de

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2011, referencia 50001-23-31-000-2003-10058-021177-09 (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren). Si bien esta posición jurisprudencial ha sido reiterada y encuentra respaldo en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, es importante poner de presente que existe una segunda tesis respecto de los efectos temporales de la declaratoria judicial de nulidad de un acto administrativo, según la cual, dichos efectos sólo pueden producirse hacia el futuro. Se trata de una posición defendida principalmente en jurisprudencia de años atrás, proferida por esta Corporación. No obstante, la posición que se asume en la presente providencia parece haberse consolidado en la jurisprudencia de los últimos años.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 16 de marzo de 2006, referencia 76001-23-31-000-2001-01858-013985-05 (C.P. Tarsicio Cáceres Toro).

³⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 21 de mayo de 2009, referencia 25000-23-27-000-2003-00119-01 (C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta).

producirse el fallo eran objeto de debate o susceptibles de ser controvertidas ante las autoridades judiciales o administrativas³⁸, al igual que aquellas que por afectar derechos de terceros no puedan entenderse como consolidadas.

III. LA DECISION

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 754 de abril 9 de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral, "*Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios*".

En firme este fallo archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

Salvo voto

MAURICIO TORRES CUERVO

Salvo voto

ALBERTO YEPES BARREIRO

WILLIAM ALVIS PINZON

Conjuez

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Conjuez

Salvo voto

³⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 23 de julio de 2009, referencia 76001-23-31-000-2002-00452-0116404 (C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas). De igual manera, autores como Luis Enrique Berrocal Guerrero, siguiendo la línea jurisprudencial descrita, defienden esta misma tesis. Él, en particular sostiene: "La nulidad de los actos administrativos tiene, por regla general, efectos a partir de la fecha de expedición de los mismos, debido a que se tiene como si el acto no hubiera existido, es decir, que la decisión de anulación tiene efectos retroactivos (ex tunc), de modo que permite asumir que las cosas vuelven al estado anterior al de la expedición del acto anulado, salvo las situaciones individuales que se hubieran consolidado. [...]". Luis Enrique Berrocal Guerrero, "Manual del Acto Administrativo", Librería Ediciones del Profesional Ltda., Quinta Edición, Bogotá, 2009.

ANTONIO J. LIZARAZO OCAMPO

Conjuez

MARIO ALARIO MENDEZ

Conjuez

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Por mandato de la Constitución puede revisar escrutinios y documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección sin necesidad de mediación de la Ley / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Es suprema autoridad administrativa de inspección vigilancia y control de la organización electoral / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Cuenta con potestad regulatoria según el inciso 1 del artículo 265 de la Constitución Política / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Le compete revisar escrutinios y documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - No tiene preclusividad para revisar los escrutinios

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en esta oportunidad de la que se adoptó en el proceso de la referencia con el apoyo de Conjuces, me permito a continuación explicar los motivos esenciales por los cuales me aparté de la determinación que asumí en la sentencia de 18 de octubre de 2012, de acceder a las súplicas de la demanda en el proceso de simple nulidad contra acto de contenido electoral, y que declaró la nulidad de la Resolución No. 754 de 9 de abril de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral. En mi criterio, por los presuntos vicios que las demandas le atribuyeron a este acto administrativo general no procedía declararla nula, puesto que no padece de ellos. 1.) La primera razón en la que fundo mi disenso es de carácter "Superior": porque la atribución que le compete al Consejo Nacional Electoral de "revisar escrutinios y documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto que se garantice la verdad de los resultados", le deviene directamente de la Carta Política (artículo 265 numeral 4°), por disposición del Acto Legislativo 01 de 2009. Al asignar esta competencia la disposición constitucional no establece que para ejercerla el CNE requiera previamente de Ley ordinaria o especial que desarrolle y determine sobre cuales específicos asuntos electorales y bajo qué procedimiento puede abordar tal competencia. El artículo 265 Superior tiene naturaleza normativa, no necesita desarrollo legal. 2.) La segunda tiene que ver con el hecho de que el CNE, como suprema autoridad administrativa de inspección vigilancia y control de la organización electoral, al cual compete declarar elecciones y expedir las credenciales cuando se trata de escrutinios generales, cumple también función regulatoria según el inciso 1° del artículo 265 de la C.P., y como órgano de control, es un ente autónomo e independiente que no integra ninguna de las tres ramas del poder público (artículo 113 Superior). Y de acuerdo con el sentido de la sentencia, debió: i) ordenarle al Congreso de la República que en un plazo breve y razonable expida la Ley que reglamente esta materia, y ii) exhortar al Consejo Nacional Electoral para que ejerza la función atribuida en el numeral 5° del artículo 265 Superior (iniciativa legislativa) pues de lo contrario los efectos de fallo y como quedo en la sentencia, el organismo está avocada a que en las próximas elecciones a que pese a estar obligados a atender la función constitucional que les asigna el artículo 265 en el numeral 4° denieguen justicia por orden de esta sentencia y se imposibilite el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012)

Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en esta oportunidad de la que se adoptó en el proceso de la referencia con el apoyo de Conjueces, me permito a continuación explicar los motivos esenciales por los cuales me aparté de la determinación que asumió la sentencia de 18 de octubre de 2012, de acceder a las súplicas de la demanda en el proceso de simple nulidad contra acto de contenido electoral, y que declaró la nulidad de la Resolución No. 754 de 9 de abril de 2010, “por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios”, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

*En mi criterio, por los presuntos vicios que las demandas le atribuyeron a este acto administrativo general **no** procedía declararla nula, puesto que **no** padece de ellos.*

*1.) La primera razón en la que fundo mi disenso es de carácter “Superior”: porque la atribución que le compete al Consejo Nacional Electoral de “revisar escrutinios y documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto que se garantice la verdad de los resultados”, **le deviene directamente de la Carta Política** (artículo 265 numeral 4°), por disposición del Acto Legislativo 01 de 2009.*

*Al asignar esta competencia la disposición constitucional **no** establece que para ejercerla el CNE requiera previamente de Ley ordinaria o especial que desarrolle y determine sobre cuales específicos asuntos electorales y bajo qué procedimiento puede abordar tal competencia.*

El artículo 265 Superior tiene naturaleza normativa, no necesita desarrollo legal.

*2.) La segunda tiene que ver con el hecho de que el CNE, como suprema autoridad administrativa de inspección, vigilancia y control de la organización electoral, al cual compete declarar elecciones y expedir las credenciales cuando se trata de escrutinios generales, **cumple también función regulatoria** según el inciso 1° del artículo 265 de la C.P., y como órgano de control, es un ente autónomo e independiente que no integra ninguna de las tres ramas del poder público (artículo 113 Superior).*

*3.) El Juez administrativo no es autoridad competente para calificar de inconstitucional la Constitución Política. A ello conlleva desconocer, como implícitamente lo hace la sentencia de la que me aparto, que es la propia Carta Política la que de manera **directa** le asigna al CNE como facultad clara y*

específica (numeral 4° del artículo 265 C.P.), “Revisar de oficio o a solicitud de parte los escrutinios y los documentos electorales **de cualquiera de las etapas del proceso administrativo electoral.**” Con tal atribución el constituyente quiso dotar a este Ente de un instrumento o herramienta que le posibilite “garantizar la verdad de los resultados”.

4.) Fue la propia Sección Quinta del Consejo de Estado la que en su momento sugirió al Congreso de la República cuando se proyectaba la tramitación y aprobación de la reforma política que finalmente se convirtió en acto legislativo 01 de 2009, que se le impusiera al CNE mayor exigencia en el examen y verificación de las posibles anomalías presentes en el trámite del proceso de escrutinios, atendiendo a su capacidad logística integral para el efecto y a su intermediación con la prueba, y que para tal fin se le autorizara que pudiera efectuar recuento de votos penetrando incluso en etapas anteriores que hasta entonces se entendían precluidas, y le imposibilitaban hacerlo. Ello, a fin de que dicho órgano administrativo electoral se constituyera al máximo, en filtro para detectar y corregir las posibles irregularidades acaecidas en las diferentes etapas del escrutinio, con el propósito de que en lo posible en esa instancia administrativa se pudiera solucionar en mayor medida todo aquello que se opusiera a que el resultado de una elección no fuera fiel reflejo de la voluntad libre y transparente expresada por los electores en las urnas.

En esta misma orientación igualmente el Consejo de Estado - Sección Quinta-propugnó por la consagración constitucional de la exigencia del presupuesto procesal de la acción de nulidad electoral, denominado “Requisito de procedibilidad”, que se elevó a canon superior por la misma reforma política y quedó incorporado en el parágrafo de artículo 237 de la Carta.

5.) El verbo “Revisar” que rige o que es el “Rector” del numeral 4° del artículo 265 Constitucional, porque se haya empleado en tal norma, no significa en sí mismo que haya creado otra manera totalmente novedosa y diferente de **verificación** de un escrutinio o de medio para **analizar** un acta o un documento electoral, o de **realizar recuento de votos**. El término es sinónimo de todas estas nociones, equivale a lo mismo. Revisar es “volver” a mirar, examinar, analizar. Así, en realidad lo único novedoso que encierra este numeral 4° del artículo 265 Superior es que el examen se puede extender a cualquiera de las etapas del procedimiento administrativo electoral, que ya no hay preclusividad.

En este entendido lo cierto es que el CNE siempre, desde antes del Acto Legislativo 01 de 2009, ha “revisado” escrutinios y documentos electorales pues ello le es inherente a su función connatural como ente que decide los recursos que se interponen contra decisiones de sus delegados, que resuelve solicitudes a título de requisito de procedibilidad y que declara elecciones.

Antes de la reforma política del Acto Legislativo 01 de 2009, la revisión para decidir recursos y reclamaciones podría encontrar escenario de su trámite en el Código Electoral.

6.) Pero no ocurre lo mismo frente a lo que ahora a partir de la consagración del numeral 4° del artículo 265 constitucional le compete frente al examen de documentos electorales y recuento de votos **“de cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección”, esto es, sin que esté limitado para ello por la preclusividad de la instancia**. En este sentido, y a fin de contar con una guía de operatividad técnica para atender a tal atribución no prevista en el Código Electoral que es del año 1986, el CNE, imposibilitado constitucional y legalmente para “denegar justicia administrativa electoral” impuesta por la propia Carta Política, debió acudir a proferir un acto, la Resolución 0754 de 9 de abril de 2010, precisamente con el propósito de “Regular” (que no de reglamentar), los aspectos técnicos y operativos necesarios para asumir de manera ordenada y pública el nuevo contexto de revisión, sin preclusividad de la etapa, de las situaciones presuntamente irregulares que de oficio observe en determinados escrutinios, o que, se le pongan de presente por solicitud de parte.

7.) Ya esta Sala de Decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia³⁹ adoptada por unanimidad y que hizo tránsito a cosa juzgada, declaró ajustado a derecho, “condicionadamente” el artículo 10° de la Resolución 552 de marzo 10 de 2010, acto general igualmente proferido por el CNE, en el cual ese organismo “estableció unos procedimientos **de control a los escrutinios**”. En esa oportunidad la Sala, ante similares reproches a los que se elevaron por los demandantes contra la Resolución 754 de 2010 “protocolo de revisión de escrutinios”, **no** los consideró como vicios que afectaran su validez, sino que admitió, como lo ha sostenido la Corte Constitucional y esta misma Corporación que el CNE puede regular aspectos técnicos y operativos.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia, sentencia de 19 de septiembre de 2011, Expediente número: 2010-00041.

8.) No es congruente con la decisión que se asumió en ese fallo donde de manera condicionada **se admitió la licitud y la validez** de que el CNE esté facultado para “En desarrollo de la facultad prevista en el numeral 4 del artículo 265 de la Constitución, el Consejo Nacional Electoral podrá, de oficio o a petición de parte interesada, asumir el conocimiento directo de cualquier escrutinio zonal, municipal, distrital o departamental en el estado en que se encuentre, revisar las actuaciones realizadas y corregir los errores hallados. Finalizada la revisión el CNE podrá remitirlo nuevamente a los escrutadores iniciales o terminar directamente el respectivo escrutinio”, esto, es “cuando”, “en que eventos” pueda revisar escrutinios y documentos electorales de cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección (esto es sin preclusividad), que ahora en la sentencia de la cual disiento, se diga que el CNE carece absolutamente de toda competencia y capacidad legal para determinar la operatividad de esta facultad revisora que le asignó directamente la Constitución Política.

La decisión de la Sala contenida en la sentencia de la que me aparto, resulta así contradictoria y opuesta con su pronunciamiento anterior que como ya destacué, “es cosa juzgada”.

9.) La sentencia para concluir en la existencia del vicio de “incompetencia” de que adolece la Resolución del CNE que fija el protocolo para abordar la revisión de escrutinios y de documentos electorales “sin sujeción a la preclusividad de la etapa administrativa electoral”, se enfrasca insistentemente en un único argumento: que la mecánica, el trámite que prevé tal acto administrativo corresponde al desarrollo de “una función electoral”, y que lo que concierne a esta materia es tema exclusivo de Ley Estatutaria conforme lo establece el artículo 152 constitucional.

Pero omite explicar porque razón considera que la Regulación que contiene la Resolución va más allá de lo meramente operativo y técnico, necesario para adelantar la función revisora atribuida al organismo administrativo de control y vigilancia electoral.

10.) El fallo tampoco aclara ni precisa el concepto y alcances de que es “función electoral” y pasa por alto que las determinaciones que ese protocolo contiene como actuaciones a las que conducen los hallazgos, en términos generales corresponden a las que prevé en el Código Electoral en los escenarios de Resolver recursos y conocer y decidir reclamaciones.

11.) Es cierto que la Resolución a partir de señalar que en su Sala Plena la que determina si revisa, a continuación le asigna de manera unitaria a sus integrantes a la asunción de algunas conclusiones como resultado de la función, pero también es cierto permite que estas conclusiones puedan ser “apeladas” ante el organismo en pleno.

Si bien esta manera como previó que lo concluido por las llamadas “Salas Unitarias” no es la figura técnica apropiada, en todo caso el efecto práctico es que permite que las inconformidades frente a tales opiniones sobre el resultado del recuento de votos y del examen de los documentos electorales sea ratificado o revocado por el ente en pleno.

12.) El concepto de violación de las demandas no contiene alegación a profundidad sobre la razón de la ciencia del cargo de incompetencia que le atribuye a la resolución, se contenta con enunciarlo y señalar, sin explicar por qué, que lo regulado en ésta es materia propia de Ley Estatutaria, y que el CNE está creando procedimientos no previstos en el Código Electoral, pero no se adentra en precisar de manera concreta la censura. Pese a ser ello carga que compete al demandante que alega el vicio que afecta el acto, la sentencia realiza examen oficioso de aspectos **no** desarrollados en las demandas que son las que fijan el marco del análisis de las censuras que le atribuyen a la Resolución.

13.) El Código Electoral no puede ser el racero o parámetro de referencia para evaluar los aspectos técnicos y operativos de cómo abordar una función dirigida a esclarecer la transparencia de las elecciones pues tal codificación no previó los alcances de la actual atribución revisora extendida a todas las etapas, que por lo tanto, es novedosa.

14.) De acuerdo con el sentido de la sentencia, debió: i) ordenarle al Congreso de la República que en un plazo breve y razonable expida la Ley que reglamente esta materia, y ii) exhortar al Consejo Nacional Electoral para que ejerza la función atribuida en el numeral 5° del artículo 265 Superior (iniciativa legislativa) pues de lo contrario los efectos de fallo y como quedo en la sentencia, el organismo esta avocado a que en la próximas elecciones a que pese a estar obligados a atender la función constitucional que les asigna el artículo 265 en el numeral 4° denieguen

justicia por orden de esta sentencia y se imposibilite el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Atentamente,

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Consejera de Estado

EL PROCESO ADMINISTRATIVO ELECTORAL - Es el conjunto de actuaciones que deben cumplir las autoridades electorales para la expedición de un acto administrativo electoral / EL PROCESO ADMINISTRATIVO ELECTORAL - Está establecido para concretar las decisiones de las mayorías en la provisión de los cargos públicos de elección popular

El proceso administrativo electoral ha sido concebido como el conjunto de actuaciones que deben cumplir las autoridades electorales para la expedición de un acto administrativo electoral. Está establecido para concretar las decisiones de las mayorías en la provisión de los cargos públicos de elección popular. Es un procedimiento complejo que se halla regulado por el Código Electoral (Decreto Ley 2241 de 1986), expedido desde 1986. La complejidad y obsolescencia de las normas que regulan el trámite de expedición de los actos de elección popular, aunadas a la necesidad de perfeccionar nuestro sistema político (de democracia participativa), impusieron la necesidad de expedir sendas reformas constitucionales, las contenidas en los actos legislativos 1 de 2003 y 2009.

FUNCION ELECTORAL - Tiene dos acepciones: facultad del ciudadano y ciertos funcionarios públicos y la Organización Electoral y el conjunto de funciones que cumple / FUNCION ELECTORAL - Comporta el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político / FUNCION ELECTORAL - Tiene reserva de ley estatutaria / PROTOCOLO DE REVISION DE ESCRUTINIOS - No todo su contenido s nueva regulación de función electoral / PROTOCOLO DE REVISION DE ESCRUTINIOS - Contiene competencias establecidas en normas supra legales y legales preexistentes / PRINCIPIO PRO ADMINISTRACION - Unicamente debió declararse la nulidad parcial acto administrativo en razón del valor normativo de la Carta y la necesidad de asegurar el principio de soberanía popular en el que se funda la República / EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA SENTENCIA - Debieron ser ex nunc para garantizar la seguridad jurídica y la estabilidad institucional

Al igual que la mayoría estimamos que la función electoral, en cuanto determina el ejercicio de una garantía basilar del sistema de democracia participativa por el que optó el Constituyente de 1991, como es el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, eligiendo y siendo elegido (artículo 40 superior), es tema de ley estatutaria, pues así lo prevé el literal c) del artículo 152 de la Carta. Empero, el hecho de que el Consejo Nacional Electoral mediante un acto infra legal haya previsto de qué forma iba a actuar frente a la competencia que le fue asignada por el artículo 12 de la enmienda constitucional contenida en el Acto Legislativo 1 de 2009, no tornó en inconstitucional todo el

protocolo de revisión pues éste si bien contiene nuevas previsiones, también reproduce disposiciones preexistentes contenidas en normas supralegales y legales. Basta examinar el contenido del articulado del acto enjuiciado, para comprobar que no todo lo que se decidió implica una nueva regulación de función electoral, se insiste, buena parte de las previsiones que contiene representan la reivindicación de las competencias previamente establecidas en las normas supra legales y legales preexistentes, tendiente a hacer posible la revisión y por contera que los resultados electorales correspondieran a la verdad, así como medidas en orden a armonizar lo nuevo y lo hasta ese entonces existente. En esas condiciones la pretensiones de la demanda sólo estaban llamadas a prosperar en forma parcial, pues no todo lo dispuesto en el acto demandado implicaba una nueva regulación de función electoral, así pues en aplicación del principio pro administración, únicamente debió declararse la nulidad parcial del citado acto administrativo, específicamente la de los artículos 2º y 6 parcial, a saber: 6 - 2 inciso segundo, 6 - 3, 6 - 4 e inciso final del citado artículo y, mantener incólume las demás disposiciones porque no implicaban nada diferente que la reivindicación de competencias constitucionales y legales ya establecidas con el propósito de cumplir la atribución establecida por la enmienda constitucional del Acto Legislativo 1 de 2009, cuya aplicación se tornaba en imperiosa por dos razones básicas: i) por el valor normativo de la Carta, y ii) por la necesidad de asegurar el principio de soberanía popular en el que se funda la República, lo que sólo era posible implementando, en forma inmediata, el mecanismo de la revisión que, como se dijo, fue diseñado para garantizar que los resultados electorales fueran el fiel reflejo de la votación depositada en las urnas. Finalmente, el sentido de nuestro voto también está referido a los efectos del fallo, creemos que, en este caso, valores como la seguridad jurídica y la estabilidad institucional, imponía que los efectos de la nulidad que se decretó en forma plena no obstante que debió ser parcial, se modularan en orden a que se surtieran a futuro o "ex nunc", pues si no se hacía en forma expresa dicha precisión, lo resuelto podría afectar situaciones electorales en trámite respecto de actos electorales cuya formación se cumplió de buena fe, por las partes y el Consejo Nacional Electoral, atendiendo al protocolo de escrutinios. Máxime si con la aplicación retroactiva general, en el evento de congresistas elegidos que no fueron demandados o aquellas controversias judiciales en las que no se discutió la inconstitucionalidad de la Resolución 754 de 2010, se llegare a anular el acto de elección y los escrutinios definitivos del Consejo Nacional Electoral, de manera que los nuevos resultados pudieran culminar con la anulación de elecciones que nunca estuvieron en contienda. En los anteriores términos dejamos consignadas las razones de nuestra salvedad de voto.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejeros: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, MAURICIO TORRES CUERVO

Salvedad de voto

Con nuestro acostumbrado respeto por las opiniones de la mayoría, de manera atenta expresamos las razones de nuestro voto respecto de la decisión adoptada en el asunto de la referencia.

La posición de la mayoría

La Sala, en el entendido de que la Resolución 0754 del 9 de abril de 2010, acto demandado, desarrolló la competencia de revisión de escrutinios y documentos electorales, aludida en el artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2009, por el cual se modificó el artículo 265 de la Carta, sostuvo que el citado acto **reguló función electoral**, materia propia de ley estatutaria, conforme con la cláusula de reserva prevista en el literal c) del artículo 152 de la Carta, y ante la evidencia de que el Consejo Nacional Electoral no ostentaba la condición de legislador, pues no fue erigido como tal por el Constituyente derivado del Acto Legislativo 1 de 2009, consideró que este órgano actuó sin competencia. Criterio fundamental de la decisión fue considerar, como regla imperativa, que del texto constitucional no surge la posibilidad del ejercicio directo por el Consejo Nacional Electoral, de la facultad de revisión, sino que es imprescindible una previa ley estatutaria que la desarrolle. En forma consecuente dispuso la anulación del citado acto.

La facultad Constitucional de revisión

El proceso administrativo electoral ha sido concebido como el conjunto de actuaciones que deben cumplir las autoridades electorales para la expedición de un acto administrativo electoral. Está establecido para concretar las decisiones de las mayorías en la provisión de los cargos públicos de elección popular.

Es un procedimiento complejo que se halla regulado por el Código Electoral (Decreto Ley 2241 de 1986), expedido desde 1986.

La complejidad y obsolescencia de las normas que regulan el trámite de expedición de los actos de elección popular, aunadas a la necesidad de perfeccionar nuestro sistema político (de democracia participativa), impusieron la necesidad de expedir sendas reformas constitucionales, las contenidas en los actos legislativos 1 de 2003 y 2009.

La última, es decir la de 2009, se ocupó de temas relacionados con el acceso a los cargos públicos de elección popular y con el procedimiento con arreglo al cual se expiden los actos de elección, y ante la evidencia de que en éste solían presentarse vicios que afectaban la verdad electoral cuya purga sólo era posible en ejercicio de las acciones judiciales, decidió establecer unos mecanismo tendientes a enervar defectos en la votación y escrutinio de votos para, así mismo, asegurar la primacía de la voluntad popular expresada en las urnas⁴⁰.

Uno de esos mecanismos es el de la revisión de escrutinios y documentos electorales, prevista en el artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2009, por virtud del cual las autoridades electorales dejaron de ser meras espectadoras frente a irregularidades que configuran vicios del acto de elección popular para convertirse en verdaderas garantes de la verdad electoral, elemento afectado con las referidas incorrecciones, pues a partir de la expedición de la enmienda constitucional, ante la presencia circunstancias que afectan la decisión de las mayorías, deben actuar, de oficio o a petición de parte, a efecto de impedir que tales defectos se trasladen al acto de elección.

Los temas materia de ley estatutaria tratándose de función electoral

⁴⁰ Tales mecanismos corresponde al requisito de procedibilidad de la acción electoral al que se refiere el artículo 8 del Acto Legislativo 1 de 2009 y a la revisión de escrutinios y documentos electorales, del artículo 12 ibídem.

La función electoral, frente al tema de reserva de ley estatutaria, conforme la doctrina constitucional, tiene dos acepciones, a saber:

La primera, precisa que corresponde a la facultad que tiene el ciudadano - y ciertos funcionarios públicos - para asumir decisiones, entre otros temas, en materia de vinculación a la función pública, a través de los mecanismos de participación ciudadana, especialmente el voto.

De hecho se ha precisado que: *“los ciudadanos ejercen el voto [...] como una función electoral...”*⁴¹.

- concepto material -

La segunda, sostiene que la función electoral es la Organización Electoral y el conjunto de funciones que cumple, relacionadas con la realización de las actividades necesarias para que los ciudadanos ejerzan el derecho a elegir y ser elegidos como una de las formas en las que se materializa el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Sobre el tema se ha dicho que *“Las funciones electorales son entonces la expresión orgánica del principio democrático...”*⁴²

- concepto orgánico - funcional -

La primera acepción ha permitido que la jurisprudencia constitucional sostenga que conforme con el contenido normativo del artículo 152 c) de la Constitución, según el cual: *“Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: [...] c. Organización y régimen de los partidos y movimiento políticos; estatuto de la oposición y **funciones electorales...**”*, es materia de ley estatutaria el establecimiento de *“mecanismos e instituciones de participación...”*⁴³.

La segunda ha permitido sostener que es materia de ley estatutaria el *“desarrollo de instrumentos materiales y de una serie de instituciones que se responsabilicen de que la voluntad popular se pueda manifestar en forma genuina y que sus decisiones sean respetadas....”*⁴⁴.

Entonces, al momento de establecer los límites de la actividad del legislador en cuanto a la materia sobre la cual actúa, tratándose de la función electoral, la Corte ha considerado indistintamente los 2 conceptos, pues ha sostenido que: *“De admitirse el carácter puramente estatal de la función electoral, los ciudadanos se convertirían en agentes pasivos del poder estatal y no en fuente soberana del mismo, tesis incompatible con el principio de soberanía popular consagrado en la Constitución (CP art 3). El pueblo dejaría de ser la fuente de poder para transformarse en un órgano del Estado”*⁴⁵.

Dicho de otra manera, entiende que la función electoral, a la que se refiere el literal c) del artículo 152 de la Carta, corresponde i) a aquella que cumple el ciudadano a través de los distintos mecanismos de participación, especialmente el

⁴¹ Sentencia C-145/94.

⁴² Ib., supra 1.

⁴³ Id., 3.

⁴⁴ Sentencia C – 055/98.

⁴⁵ Id., 3.

del voto, y ii) a aquella que adelanta o cumple la Organización Electoral, relacionada con *“la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia...”* (artículo 120 de la Constitución Política).

De hecho ha identificado con esta función, todo lo que se relaciona con el ejercicio del derecho a participar en la conformación del poder político, especialmente en lo que tiene que ver con elegir, así como todo lo que realizan las autoridades que conforman la Organización Nacional Electoral, salvedad hecha de las competencias que se tornan en puramente operativas.

El valor normativo de la Constitución

Las constituciones modernas se caracterizan porque se hallan dotadas de un valor normativo, dicho en otras palabras, porque tienen fuerza vinculante.

Esta fuerza vinculante implica cuatro consecuencias⁴⁶, a saber: i) que sus previsiones prevalezcan frente a otras fuentes del derecho - supremacía de la constitución, ii) que se erijan en referente de validez de resto del sistema jurídico, iii) que sus valores deban ser atendidos por las leyes y iv) que sean susceptibles de aplicación inmediata no obstante que no exista ley que las desarrolle.

Frente a la última consecuencia, es de vital importancia recordar que si las leyes se producen para atender necesidades de la colectividad, por lo que una vez se expiden deben cumplirse, con lo que se impone que las autoridades encargadas de *“cumplirlas y hacerlas cumplir”* ejecuten las actuaciones necesarias para que se tornen operantes por ejemplo, dictando decretos reglamentarios, con mayor razón las disposiciones constitucionales, pues al igual que otras normas son dictadas para que se apliquen.

El contenido de la Resolución 754 de 2010

La Resolución 754 de 2010 *“Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios”*, conforme con su parte motiva fue dictada con el propósito *“reglamentar aspectos relativos a la realización del trámite de revisión de los escrutinios, a fin de garantizar mayor transparencia en el desarrollo de los procesos electorales...”*.

Contiene previsiones nuevas que inciden de manera directa en la materialización del derecho a participar en la confrontación, ejercicio y control del poder, reproduce otras ya existentes que tienen la misma característica e incorpora unas adicionales que apuntan a asegurar el funcionamiento de lo nuevo y lo compilado.

Las normas nuevas, las retomadas y las de funcionamiento fueron dictadas y traídas al protocolo para hacer posible el cumplimiento de la competencia atribuida por el Constituyente derivado al Consejo Nacional Electoral habida cuenta del valor normativo de la Constitución, por virtud del cual, como se dijo, la Carta dejó de ser un conjunto de principios y valores cuya concreción demandaba de la actividad del legislador en orden a desarrollarlos mediante la expedición de leyes, para convertirse en un compendio de normas, principios y valores de aplicación inmediata, es decir, que no requieren el desarrollo ulterior por parte del legislativo.

⁴⁶DE ASIS Roig, Agustín. “La ley como fuente del Derecho en la Constitución de 1975”, citado por SIERRA Porto, Huberto en “Conceptos y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana”, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2001, página 60.

Entre las primeras se encuentran las que refieren a la creación de Salas Unitarias (artículo 2), las que establecen la etapa audiencia de revisión (artículo 5º), las que establecen las decisiones a tomar frente a los hallazgos de la revisión que aluden a la exclusión de mesas cuando se prueba una cantidad de suplantaciones igual o superior al 60% de los votantes (artículo 6 - numeral 2º inciso segundo) o a la exclusión de tarjetas electorales por exceso de votos sobre votantes de la mesa o por la omisión de huellas (artículo 6 numerales 3º y 4º) o las que establecen recursos contra las decisiones de revisión (artículo 6º inciso final), que no estaban previstas en la ley.

Dentro de las segundas están las que aluden a la competencia del Consejo para adelantar la revisión (artículo 1º), o refieren la posibilidad de excluir o incluir votos mal computados (artículo 6º numeral 1º), o las que precisan la posibilidad de excluir mesas - en verdad registros - por las causales del Código Electoral (artículo 6º numeral 2º), o las que permiten excluir tarjetas que no hayan sido firmadas por los jurados o que no correspondan al kit de la mesa o que no sean auténticas (artículo 6º numeral 5º), o las que habilitan para excluir actas de jurado (formularios E - 14) cuando no sean auténticas, no correspondan a la mesa o no estén firmadas o por la intervención de jurados de facto (artículo 6º numeral 6), o las que precisan la posibilidad de corregir errores aritméticos y errores de digitación en los E - 24 y E - 26 (artículo 6º numerales 8º y 9º).

De las últimas pueden citarse las que informan la base del análisis para la revisión (artículo 3º), o las que dan cuenta de las acciones de revisión (artículo 4º) o precisan el deber de colaboración del Registrador, artículo 7º).

Nuestro criterio

Al igual que la mayoría estimamos que la función electoral, en cuanto determina el ejercicio de una garantía basilar del sistema de democracia participativa por el que optó el Constituyente de 1991, como es el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, eligiendo y siendo elegido (artículo 40 superior), es tema de ley estatutaria, pues así lo prevé el literal c) del artículo 152 de la Carta.

Empero, el hecho de que el Consejo Nacional Electoral mediante un acto *infra legal* haya previsto de qué forma iba a actuar frente a la competencia que le fue asignada por el artículo 12 de la enmienda constitucional contenida en el Acto Legislativo 1 de 2009, no tornó en inconstitucional todo el protocolo de revisión pues éste si bien contiene nuevas previsiones, también reproduce disposiciones preexistentes contenidas en normas supralegales y legales.

Basta examinar el contenido del articulado del acto enjuiciado, para comprobar que no todo lo que se decidió implica una nueva regulación de función electoral, se insiste, buena parte de las previsiones que contiene representan la reivindicación de las competencias previamente establecidas en las normas supra legales y legales preexistentes, tendiente a hacer posible la revisión y por contera que los resultados electorales correspondieran a la verdad, así como medidas en orden a armonizar lo nuevo y lo hasta ese entonces existente.

El análisis, a doble columna, del articulado de la Resolución 754 y las normas constitucionales y legales previas a su expedición permiten demostrar el anterior aserto:

Resolución 754	Por qué la respectiva competencia podía ejercerse
-----------------------	--

	sin que existiera la Resolución 754
Artículo 1. Establece que la revisión, una vez haya sido decidida por el pleno, se ajustará al protocolo.	Esta previsión prevé la competencia del Consejo en Pleno para decidir si en una elección específica se ejerce la facultad revisora por lo que no hace nada distinto que parafrasear el artículo 265 - 4 de la Carta, que establece que el Consejo puede <i>“revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección...”</i> , luego compila lo existente.
Artículo 2. Crea las Salas Unitarias.	Esta previsión es nueva y no podía ser asumida con base en las competencias que constitucional (artículos 263 y siguientes de la Carta) y legalmente (Decreto ley 2241 de 1986) tenía el Consejo, pues comporta determinar competencia para conocer de una etapa del proceso administrativo electoral, lo que era materia de ley no sólo porque regula función electoral sino porque como se sabe implica la adopción de un trámite administrativo nacional, que debe ser regulado por una ley, en cuanto, en los términos del artículo 29 Superior, <i>“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones [...] administrativas...”</i> , y el procedimiento no es nada distinto a las reglas conforme a las cuales se tramita un asunto, las que en los términos de la misma disposición constitucional deben hallarse en “Leyes preexistentes” .
Artículo 3. Establece los criterios que dan lugar a la revisión, a saber: i) Diferencias entre preconteo y formularios electorales E-14 o E -24. ii) Diferencias entre formularios electorales E -11 y E-24. iii) Concentración de votos por determinado candidato. iv) Participación de votantes en una mesa superior al promedio del respectivo puesto, zona, municipio o departamento. v) Variaciones súbitas en la votación. vi) E - 14 mal diligenciados.	Esta previsión es meramente operativa y los criterios pudieron ser establecidos por la Sala Plena sin necesidad de dictar la Resolución 754, pues pueden considerarse como indicadores de irregularidades susceptibles de ser solucionadas por virtud de la revisión a la que alude el artículo 265 - 4 de la Carta que, se recuerda, tiene por objeto <i>“garantizar la verdad electoral”</i> . En otras palabras al ejercer la competencia que emanada del citado dispositivo constitucional, pudo considerar esos criterios sin necesidad de que los estableciera formalmente. Si se quiere, el Consejo pudo establecerlos a través de una circular interna o en órdenes verbales de los Consejeros a sus subalternos. Fue dictada para armonizar lo existente con lo nuevo.
Artículo 4. Acciones de revisión. - En cuanto a las mesas. i) Revisión de decisiones sobre reclamaciones. ii) Revisión de la oportunidad en la entrega de los pliegos electorales de los Jurados al Registrador y/o a sus delegados y de éstos a los	También es un asunto operativo y en cuanto todas las acciones están relacionadas con los documentos electorales, y éstos son la base del acto de elección el que debe dictarse conforme los verdaderos resultados, cada una de las acciones a las que se refiere el artículo, podía implementarse a partir de las competencias establecidas en el Código Electoral, pues corresponden a actividades que pueden considerarse como las mínimas que hay que cumplir cuando se tiene a cargo la consolidación de los resultados.

<p>claveros.</p> <p>iii) Verificar firmas de de los Formularios E-14 (ya sea para Senado o para Cámara).</p> <p>- En cuanto a las tarjetas electorales.</p> <p>i) Recuentos.</p> <p>ii) Verificación en cuanto a la autenticidad de las tarjetas electorales.</p> <p>iii) Verificación de que las tarjetas correspondan al kit de la mesa.</p> <p>iv) Verificación de las firmas de los jurados, que quien firma haya sido debidamente designado.</p> <p>v) Verificar, grafológicamente, las firmas de los jurados, entre tarjetón y formularios E-11 y E-14.</p> <p>- En cuanto a formularios E - 14.</p> <p>i) Verificar autenticidad de los formularios E - 14.</p> <p>ii) Verificar firmas de los jurados de votación, que correspondan a los legalmente designados.</p> <p>iii) Verificar firmas contra el E -11.</p> <p>- En cuanto a los E-11.</p> <p>i) Verificar contra el ANI, nombres y número de cédula de los votantes.</p> <p>ii) Verificar la identidad del votante contra la tarjeta decadactilar.</p> <p>iii) Verificar que los jurados que lo firmaron hayan sido legalmente designados.</p> <p>iv) Verificar que los votantes no se correspondan a votantes cuya cédulas hayan sido excluidas, no hayan sido expedidas luego del 14 de diciembre de 2009 o no hayan sido reclamadas antes del 14 de marzo de 2010,</p>	<p>Con mayor razón si se tiene en cuenta, además, que la competencia deferida al Consejo Nacional Electoral por el artículo 265-4, implica que el proceso administrativo electoral ya no se gobierne por el principio de la preclusión.</p> <p>Aquí pueden surgir las siguientes preguntas:</p> <p>a) Si el Consejo podía recontar. La respuesta es sí, porque si bien el artículo 163 de Código Electoral reserva esa competencia para las comisiones zonales o municipales en cuanto prevé: <i>“las comisiones escrutadoras [zonales o auxiliares, municipales y distritales –téngase en cuenta que esta norma se halla en el Título IV, que se refiere a escrutinios distritales, municipales y zonales]”</i>, en cuanto el artículo 265 - 4 establece que el Consejo puede revisar lo actuado en cualquier etapa, que incluye la de jurados, lo habilita para recontar.</p> <p>b) Si el Consejo podía examinar la autenticidad de los tarjetones (códigos de barras, pertenencia a una mesa - en verdad al kit electoral -, sellos de agua, firmas de jurados, etc.). La respuesta es sí, pues el recuento implica un nuevo escrutinio de votos, el que a su vez representa la cuantificación y calificación (aptitud para generar efectos jurídicos, que depende del hecho de que sean auténticos, no solo porque se emitieron por personas habilitadas para ello, sino porque constan en los <i>“tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente... - artículo 258 de la Constitución”</i>, de los votos.</p> <p>c) Si el Consejo Nacional Electoral podía verificar: i) autenticidad (es decir, si correspondían a los auténticos) y ii) legalidad (o sea, si fueron firmados por lo menos por 2 jurados de derecho) de los formularios E -14, la respuesta también es sí, por las siguientes razones:</p> <p>1) La ley impone que en los escrutinios posteriores al de mesa se consideren las actas contenidas en formularios oficiales, es decir, en los elaborados por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en condición de autoridad responsable de la <i>“organización de las elecciones...”</i> - artículo 266 Superior -, en cumplimiento de la facultad que a ésta se defiere en el artículo 203 del Código Electoral, a cuyo tenor <i>“elaborará simplificándolos y abreviándolos, los modelos de formularios electorales...”</i> y,</p> <p>2) La ley obliga que en los escrutinios zonales o auxiliares, municipales o distritales, se consideren formularios válidos, y conforme con el artículo 5º de la</p>
---	---

	<p>Ley 163 de 1994, los únicos válidos son aquellos que han sido suscritos por lo menos por 2 jurados debidamente designados.</p> <p>d) Si el Consejo Nacional Electoral podía revisar los E - 11, en cuanto a la identidad de los votantes, la legalidad de su voto y que se hallara habilitado para votar en la respectiva mesa (inscrito y activo en el censo electoral). La respuesta es sí, pues corresponde a lo mínimo que debe analizarse para que identificar y corregir irregularidades que tienen su fundamento en esos documentos, a saber: suplantaciones, votos de personas no autorizadas, votos de muertos, doble votación, etc.</p> <p>Fue dictada para armonizar lo que existía con lo nuevo.</p>
<p>Artículo 5. Sobre citación a audiencia de revisión.</p>	<p>En una nueva previsión en cuanto precisa que la convoca quien está a cargo de la Sala Unitaria y que en ella se decide, por el mismo funcionario, sobre las posibles irregularidades, no corresponde a un tema que tenga soporte en las normas contentivas en la Constitución (artículo 264 y siguientes) ni en el Código Electoral (Decreto 2241 de 1986), pues hace relación a la competencia para decidir un asunto administrativo que como se dejó dicho corresponde a un tema vertebral o basilar del debido proceso administrativo, que debe ser establecido por la ley (artículo 29 constitucional).</p>
<p>Artículo 6. Sobre las decisiones de revisión.</p> <p>1. Excluir o incluir votos por razón de recuento.</p> <p>2. Excluir o incluir mesas por las causales del Código Electoral.</p> <p>3. Excluir al azar tarjetas cuando hallan más votos que votantes.</p> <p>4. Excluir al azar tarjetas electorales cuando se omite la huella dactilar, en un número igual al de huellas omitidas.</p>	<p>Contiene reglas nuevas y compila previsiones ya existentes.</p> <p>1. Podía hacerlo pues es una consecuencia obvia del recuento, que se habilitó cuando la norma constitucional autorizó al Consejo para revisar lo actuado en cualquier etapa del escrutinio.</p> <p>2. Es plausible pues contiene una remisión a una atribución establecida en el Código Electoral, artículo 192.</p> <p>3. Esta solución no tiene asidero en las normas constitucionales (artículo 264 y siguientes de la Carta) ni legales (Código Electoral), preexistentes a la Resolución 754, por el contrario, pugna con la forma como el Código Electoral afronta el problema, prevista en el artículo 135, que proscribía solución como la prevista en la Resolución 754, luego de que los votos son escrutados.</p> <p>4. Esta medida no tiene respaldo en las normas constitucionales (artículo 263 y siguientes) ni legales (Código Electoral), anteriores a la Resolución 754, pues en los términos del artículo 114 de este último, el proceso de votación se halla debidamente regulado y no implica la toma de huellas.</p> <p>Ahora, es cierto que el artículo 206 del Decreto 2241 de</p>

<p>5. Excluir registros de mesas por jurados de facto.</p> <p>6. Excluir mesas cuyos E -14 no sean auténticos o no se hallen firmados por lo menos por 2 jurados.</p> <p>7. Corregir errores aritméticos.</p> <p>8. Corregir digitaciones en los E 24.</p> <p>9. Corregir errores de digitación en el E- 26.</p> <p>Y finalmente a precisar recursos contra los actos que se dictaran en el trámite de revisión.</p>	<p>1986, autoriza a la Registraduría para elaborar formularios en orden a que las autoridades electorales cumplan, de mejor manera, sus funciones, pero tal habilitación no permite que en éstos se implemente actuaciones tendientes a la verificación de requisitos no previstos en la ley.</p> <p>5. Esta solución es plausible a la luz de las normas existentes sin considerar dentro de ellas las de la Resolución 754, pues conforme con el artículo 5º de la Ley 163 de 1994, las actas firmadas por menos de 2 jurados de derecho son inválidas, y a partir de esta disposición puede inferirse que tampoco lo son las firmadas por más de 4 jurados de facto.</p> <p>6. Esta solución tiene soporte normativo en las disposiciones anteriores a la Resolución 754, a saber: en el artículo 1º del Código Electoral, que establece el objeto del mismo como: <i>"asegurar que los resultados electorales sean reflejo de la expresión auténtica de los ciudadanos depositada en las urnas..."</i>, que autoriza para no considerar formularios falsos (aquí son los formularios y no los registros) y en el precitado artículo 5º de la Ley 163 de 1994, que erige en ilegales los E - 14 firmados por menos de 2 jurados debidamente designados, circunstancia que impiden que sean tenidos en cuenta en el escrutinio posterior al de mesa.</p> <p>7. Competencia que puede cumplirse en cuando se eliminó la preclusión y, por lo mismo, se pueden examinar formularios de cualquier etapa del escrutinio y por el contenido del artículo 192-11 del Código Electoral.</p> <p>8. Solución plausible por el hecho de que se acabó la preclusión.</p> <p>9 También corresponde a una solución posible por las razones expuestas en precedencia.</p> <p>Esta previsión no tiene fundamento en normas anteriores, pues implica precisión sobre aspectos determinantes del debido proceso administrativo.</p>
<p>Artículo 7. Sobre apoyo del Registraduría.</p>	<p>Previsión puramente operativa que es consecuente con el hecho de que cuando el Consejo cumple funciones de escrutador, las que como se vio se materializan en la revisión, tiene un Secretario y éste es el Registrador. En efecto, el artículo 26 del Código Electoral prevé: <i>"Artículo 26. El Registrador Nacional del Estado Civil tendrá las siguientes funciones: [...] 6. Actuar como secretario del Consejo Nacional Electoral y como clavero del arca triclave de la misma Corporación..."</i>.</p>
<p>Artículo 8. Sobre comunicación</p>	<p>Previsión operativa que tiene fundamento en el contenido del artículo 209 de la Carta y 43 de Código Contencioso</p>

Al margen de lo discurrido, el análisis anterior también permite sostener, como quedó demostrado de manera palmaria, que sí es posible que el Consejo Nacional Electoral en pleno ejerza la función de revisión de escrutinios y de los documentos electorales, en defensa y garantía de la voluntad popular, sin que exista ley estatutaria porque el Código Electoral y demás normas supralegales y legales que regulan la materia, consagran disposiciones que aplicadas permiten el debido ejercicio de esta atribución.

Entre dichas normas se tienen algunas como los artículos 134, 135, 143, 163, 164 y 187 y siguientes del Código Electoral, que precisan que los escrutinios se cumplen en audiencia pública, o los artículos 122, 164 y 192, que habilitan la posibilidad de presentar reclamaciones y solicitudes de recuento escritas a efecto de resolver incorrecciones que de no conjurarse pueden llegar a afectar el acto de elección.

Otras normas legales que fueron repetidas en el protocolo como medidas de revisión, tales como los artículos 144 y 192 del Código Electoral, que tornan en ilegales los pliegos electorales entregados a los registradores o sus delegados en forma extemporánea y permiten su exclusión, o el 164 ibídem, que habilita los recuentos y con ello la corrección de diferencias en los registros contenidos en las actas de jurados (formulario E - 14) y el registro de votantes (formulario E - 11), los artículos 5º de la Ley 163 de 1994 y 192 del Código anteriormente citado, que tornan en ilegales las actas de jurado suscritas por jurados de facto o por menos de 2 jurados de derecho y permiten su exclusión, etc.

De suerte que si el Consejo Nacional Electoral en pleno - porque es órgano elegido con representación política proporcional - que controla las elecciones y las declara, adopta las decisiones pertinentes y ejerce esta competencia por las causales y procedimiento del Código Electoral y demás normas que lo complementan, tal actuación se ajusta a la Constitución y a la ley por lo que resulta legítima.

De lo anterior, resulta evidente que al incluir en el protocolo las reglas preexistentes hizo viable jurídicamente la aplicación de la norma constitucional.

Esta interpretación jurídica en la que la prima la aplicación de la norma constitucional está acorde con los criterios de hermenéuticos fijados por la Corte Constitucional - efecto útil de las normas⁴⁷ - y se prefiere ante la interpretación que hace inane la disposición constitucional que fue en lo pertinente la adoptada por el fallo del que disentimos.

En las anteriores condiciones la pretensiones de la demanda sólo estaban llamadas a prosperar en forma parcial, pues no todo lo dispuesto en el acto demandado implicaba una nueva regulación de función electoral, así pues en aplicación del principio *pro administración*⁴⁸, únicamente debió declararse la

⁴⁷ El principio del "efecto útil de las normas" impone que "debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias..." sentencia C-569/04.

⁴⁸ Principio que tiene como referente el denominado "*pro legislatore*", según el cual "la Corte ha validado en innumerables oportunidades la posibilidad de dictar sentencias moduladas, en las que se declare una exequibilidad condicionada, en aquellos eventos en los que sea posible conservar el precepto normativo en el ordenamiento jurídico, dando aplicación al principio *pro legislatore*, y siempre y cuando exista una

nulidad parcial del citado acto administrativo, específicamente la de los artículos 2º y 6 parcial, a saber: 6 - 2 inciso segundo, 6 - 3, 6 - 4 e inciso final del citado artículo y, mantener incólume las demás disposiciones porque no implicaban nada diferente que la reivindicación de competencias constitucionales y legales ya establecidas con el propósito de cumplir la atribución establecida por la enmienda constitucional del Acto Legislativo 1 de 2009, cuya aplicación se tornaba en imperiosa por dos razones básicas: i) por el valor normativo de la Carta, y ii) por la necesidad de asegurar el principio de soberanía popular en el que se funda la República, lo que sólo era posible implementando, en forma inmediata, el mecanismo de la revisión que, como se dijo, fue diseñado para garantizar que los resultados electorales fueran el fiel reflejo de la votación depositada en las urnas.

Finalmente, el sentido de nuestro voto también está referido a los efectos del fallo, creemos que, en este caso, valores como la seguridad jurídica y la estabilidad institucional, imponía que los efectos de la nulidad que se decretó en forma plena no obstante que debió ser parcial, se modularan en orden a que se surtieran a futuro o “*ex nunc*”, pues si no se hacía en forma expresa dicha precisión, lo resuelto podría afectar situaciones electorales en trámite respecto de actos electorales cuya formación se cumplió de buena fe, por las partes y el Consejo Nacional Electoral, atendiendo al protocolo de escrutinios.

Máxime si con la aplicación retroactiva general, en el evento de congresistas elegidos que no fueron demandados o aquellas controversias judiciales en las que no se discutió la inconstitucionalidad de la Resolución 754 de 2010, se llegare a anular el acto de elección y los escrutinios definitivos del Consejo Nacional Electoral, de manera que los nuevos resultados pudieran culminar con la anulación de elecciones que nunca estuvieron en contienda.

En los anteriores términos dejamos consignadas las razones de nuestra salvedad de voto.

Fecha ut supra.

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
Conjuez

MAURICIO TORRES CUERVO

*interpretación de la norma que al incorporarla al alcance normativo del precepto o al entendimiento del enunciado normativo, subsane la posible vulneración de la Carta Política y la torne en constitucional....”
Tomado de la sentencia C-171/12.*