

PRUEBAS - Inspección judicial con asistencia de peritos / PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL - Por causales objetivas el cargo se sustenta principalmente en la prueba documental que contienen los formularios electorales

Visto el contenido de la demanda y en particular la solicitud de pruebas, especialmente en lo que tiene que ver con la inspección judicial con asistencia de peritos, la Sala observa que los medios probatorios solicitados por el actor en su trasfondo pretenden "preconstituir" los presupuestos de la irregularidad objetiva, siendo ello inapropiado, porque las pruebas y su respectiva solicitud suponen por lo menos la previa claridad y determinación del supuesto fáctico, es decir, los presupuestos del cargo deben haber sido planteados desde la postulación de la censura cuando se trata de causal objetiva y no buscar la prueba para completarlos. A título de ejemplo, no es lo mismo aseverar en forma genérica que hubo suplantación de electores y solicitar el dictamen grafológico para verificar quiénes fueron o no suplantados, que concretar o determinar la irregularidad invocando los presupuestos del cargo: zona, puesto, mesa, nombre y cédula del suplantado y nombre del suplantador y para demostrarlo adjuntar o solicitar los formularios respectivos a fin de cotejar el dicho. En el primer caso, la prueba se utiliza para suplir el vacío de la indeterminada postulación; en el segundo, la irregularidad corresponde en forma adecuada a sus presupuestos y la prueba se utiliza para corroborar -no para suplir- el hecho denunciado como irregular. En palabras comunes en el caso concreto, con la prueba no se pretendió demostrar el hecho fehaciente del fraude sino auscultar si esas expectativas o latencias de irregularidad podían ser un hecho cierto comprobable, que no es propio de los juicios que recaen sobre la presunción de legalidad del acto administrativo, pues así como las elucubraciones son situaciones inciertas que pueden resultar o no reales, precisamente del otro lado, se encuentra la presunción de carácter legal cierta -establecida por ley, no elucubrada- consistente en que la manifestación de voluntad de la administración, en este caso el acto declaratorio de elección, es válida. En el proceso de nulidad electoral por causales objetivas, se debe tener en cuenta que este se sustenta principalmente y, casi en forma exclusiva, en la prueba documental que contienen los formularios electorales, razón por la cual la prueba que se pretenda esgrimir para desvirtuar el documento electoral, por regla general, deviene de la propia información que este arroja, siendo viable, claro está, el recibo de otro tipo de prueba siempre que ésta tenga la contundencia necesaria para reflejar las situaciones que permitan al operador jurídico cuestionar, pero ante todo comprobar en forma fehaciente la información contenida en los documentos electorales. Pues bien observada el acta en la que se recaudó la inspección judicial, la Magistrada sustanciadora indicó que fue imposible efectuar el cotejo grafológico entre los formularios E-10, E-11 y E-14 de las zonas 3, 5, 9 y 10 del municipio de Pereira, de una parte, porque el E-10 es un formato preimpreso con nombres y números de cédulas sin firmas y, de otra parte, por no contar con los formularios o los patrones de firmas de jurados. A su vez, el actor acusó que tampoco se revisaron las tarjetas electorales contra el E-14, ni el material sobrante. La impresión que se da al lector con la acusación del apelante es la deficiencia de la administración de justicia en cuanto a la función de recaudo de la prueba y de análisis del acervo. Al respecto la Sala considera en primer término que no se advierte la falencia en términos de ineficiencia atribuida a la conducta del tribunal a quo, en tanto este decretó la prueba y estando en su práctica encontró obstáculos insalvables que escapaban de su órbita instructiva.

PROCESO ELECTORAL - Suplantación y manipulación del material electoral / ACTA DE ESCRUTINIO - Alteración luego de firmadas / PROCESO DE NULIDAD ELECTORAL - Por causales objetivas se deben cumplir unos

presupuestos obligatorios para su estudio / CAUSALES OBJETIVAS DE NULIDAD ELECTORAL - Si se trata de hechos que exceden el formulario como la violencia, existen presupuestos como que no es cualquier tipo de fuerza sino aquella capaz de mutar el resultado

Para el análisis del segundo cargo sobre suplantación y manipulación del material electoral fue trascendental el informe de la Fiscalía General de la Nación y los dichos de algunos testigos, para concluir que las arcas triclaves no fueron sometidas a violencia y para la segunda parte del cargo, relativa a la suplantación, el a quo consideró que el actor incumplió con la carga de la prueba, toda vez que pidió la inspección judicial, pero no fue posible realizar el cotejo grafológico entre los E-11 y los E-14 porque los primeros habían sido remitidos a la RNEC. Que el cargo tres, de alteración de las actas luego de firmadas, fue desechado por falta de presupuestos esenciales del cargo y el cuarto cargo, sobre la violación del derecho de audiencia y defensa, tuvo en cuenta el acta de escrutinio. Pero más allá de la ponderación probatoria que, se recaba, sí se advierte en el estudio de la sentencia, lo cierto es que grosso modo la demanda presenta condiciones que afectaban la prosperidad de la pretensión de nulidad sustanciales y anteriores a la etapa propia de la instrucción probatoria. Así pues, la Sala con el propósito de verificar el dicho del censor, se ha dado a la tarea de observar la postulación, sobretodo la efectuada en la demanda respetando el límite del recurso de apelación, en atención a su condición de juez ad quem, y además, las pruebas obrantes al proceso, no como si se tratara de un fallo extrapetita sino con el fin de correr el manto de duda que se cierne sobre la administración de justicia contencioso administrativa, ante la acusación de negligencia e ineficiencia de la primera instancia. Al respecto, la Sala recuerda que para la acusación de las irregularidades de nulidad objetivas, es decir, aquellas atinentes a los procesos de votación o de escrutinio deben especificarse algunos presupuestos que son de obligatorio cumplimiento a fin de permitir el análisis de la nulidad electoral. En efecto, debe especificarse la zona, el puesto y la mesa, la irregularidad que se acusa conexas al formulario sobre el cual recae la disconformidad de su contenido, o si se trata de hechos que exceden el formulario como la violencia, existen otros presupuestos como que no es cualquier tipo de fuerza sino aquella capaz de mutar el resultado. En más de las veces la formulación de irregularidades, probadas o no, son vistas por los protagonistas de las contiendas electorales como hechos con la suficiente certeza para que al calificárseles de irregularidad por se generen la nulidad de la elección, sin detenerse a analizar que existe de por medio la presunción de legalidad que protege al acto administrativo y el principio de la eficacia del voto que protege la voluntad popular de la mayoría y, por ende, el sistema democrático y, en últimas, el Estado Social de Derecho y que legitima a sus instituciones y a sus gobernantes.

NULIDAD ELECTORAL - Presupuestos que deben acreditarse cuando se pretenda anular el acto de elección con base en hechos de violencia / VIOLENCIA - Debe ser de tal entidad que vulnere y varíe el resultado electoral / NULIDAD ELECTORAL - El hecho de violencia constitutivo de causal de nulidad debe ser de tal entidad que vulnere la voluntad popular / VIOLENCIA CONTRA ESCRUTADORES - No todo acto violento da lugar siempre a la nulidad electoral

La censura primera atinente a la violencia que prevé el numeral 1 del artículo 223 del C.C.A., el actor consideró que las fotos y videos que adjuntó daban cuenta de la obstrucción a la labor de los jurados de votación, al transporte del material electoral en vehículos particulares, circunstancias que dice el a quo no tuvo en cuenta, como tampoco la cantidad de votos sin doblez e insiste en que

autoridades como el CNE sí encontraron razón de los hechos denunciados para proceder a la revisión respectiva. La Sala considera que es una de las causales de nulidad electoral sui generis, en tanto sus presupuestos deben ser acreditados y ella -la violencia- debe ser de tal entidad que haya vulnerado y variado el resultado electoral. Así que además del aspecto sustancial derivado del supuesto jurídico previsto en la norma que se cumple en la medida en que se observen y prueben los presupuestos del hecho de la violencia, existe un postulado de efecto o consecuencial que es la modificación del resultado electoral. Se reitera que el hecho de violencia constitutivo de causal de nulidad electoral debe ser de tal entidad que vulnere la voluntad popular, así que cualquier hecho disociador del orden electoral ni aquel que teniendo entidad para mutar el resultado no se concreta y determina en forma que permita tener la certeza en qué afectó al resultado no puede tenerse como cumplidor del supuesto fáctico de la causal. La Sala advierte que el demandante se limitó a afirmar unas conductas que no determinó por puestos y mesas de votación donde los constreñidos fungieron como testigos electorales y cómo eso se reflejó en los electores afectando su voluntad electoral. Ha de recordarse que la violencia contra personas, para efectos de nulidad electoral, se traduce en la coacción física o psicológica que quiebra la voluntad de quien la padece, bien sea autoridad electoral o elector o nominador. No obstante no todo acto violento, por criticable que sea, da lugar siempre a la nulidad electoral; por cuanto la violencia, independientemente de que recaiga sobre las personas o las cosas, solo puede viciar la elección dependiendo de dos factores que superan el supuesto fáctico violento. El primero, la afectación real y efectiva sobre la voluntad o el querer de la persona que lo inhibe a tal grado que su voluntad se doblega y se somete a los deseos del que ejerce la violencia (agresor) y la afectación sobre la existencia física de los instrumentos electorales; el segundo consiste en los efectos del acto violento que afecten y conduzcan a la mutación real en el resultado electoral. Así pues, la ocurrencia del hecho violento (aspecto objetivo) con la afectación de la voluntad de quien es violentado (aspecto subjetivo) y/o la vulneración de la existencia física de los elementos electorales (aspecto físico o material), en concurrencia con la modificación del resultado electoral (aspecto consecuencial) son los presupuestos que deben acreditarse cuando se pretenda anular el acto de elección con base en hechos de violencia.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -
ARTICULO 223 - NUMERAL 1

**NULIDAD ELECTORAL - Formulación indeterminada e imprecisa del cargo /
NULIDAD ELECTORAL - Presupuestos que deben acreditarse cuando se
pretenda anular el acto de elección con base en hechos de violencia /
VIOLENCIA CONTRA ESCRUTADORES - No se presentó ya que los testigos
electorales no manejan los resultados electorales / NULIDAD ELECCION DE
ALCALDE - Sentencia inhibitoria por falta de agotamiento del requisito de
procedibilidad**

En el caso sub judice la situación de violencia planteada por el actor se centra en que la función de los testigos electorales fue impedida por los funcionarios de la Registraduría, quienes no encuadran en el supuesto fáctico de la norma que refiere a los escrutadores, calidad que no se predica de aquellos, toda vez que no manejan directamente los resultados electorales- y en hechos que no son constitutivos de violencia atinentes al rompimiento de la cadena de custodia porque los documentos electorales fueron transportados en vehículos no oficiales, los formatos de reclamación o tarjetas electorales encontradas en la basura, las tarjeta sin doblar y el hecho de que el 100% de la población votó, sin presencia de abstencionismo y la compra de votos. El demandante afirmó que como la revisión

el CNE se hizo por muestreo, entonces consideró que la censura recae sobre todas las mesas de las zonas 3, 5, 9 y 10. Si se aceptara tal indeterminación, observada la Divipol se tendría que la zona 3 abarcó 44 mesas, la zona 5 contuvo 106 mesas; por su parte, la zona 9 tuvo 73 mesas y la zona 10, 108 mesas, para un gran total de 331 mesas, frente a las cuales el actor pretende que el juez de la nulidad electoral asuma un estudio oficioso para que verifique en cuál de todas esas mesas en realidad se presentó violencia, pues ni siquiera tiene claridad en ello y para que además concluya si el resultado de la votación fue alterado. En realidad se está frente a la formulación indeterminada e imprecisa del cargo y al vacío en el planteamiento de los presupuestos que deben acompañar la causal de nulidad, en tanto no es claro para el demandante si las 331 mesas que corresponden a las 4 zonas fueron violentadas (requisito de cualificación) ni tampoco precisó cuál fue el caudal de la votación afectado y que lograba mutar el resultado (requisito consecencial o de efecto). Retomando lo dicho al inicio, la única conducta que eventualmente habría encuadrado como supuesto fáctico en la causal de violencia era la relativa a las tarjetas electorales encontradas en la basura como señal de destrucción de las mismas, pero nuevamente la falta de determinación de las mesas cuyas tarjetas electorales fueron desechadas, junto con la afectación del caudal de la votación dejan al juez de la nulidad sin soporte para abordar el estudio. Por otra parte, el apelante insiste en que el CNE sí tuvo en cuenta sus argumentos y sus pruebas de video y fotografías, lo cual se evidencia con la revisión efectuada. En este punto, la Sala deja en claro, un aspecto sustantivo como es que la actuación del organismo electoral es autónoma y, en momento alguno, puede considerarse obligatoria para el juez de la nulidad electoral y menos en cuanto hace al análisis probatorio judicial, porque precisamente está subjúdice el acto declaratorio de elección que expide la Organización Electoral. Y un aspecto práctico y es que en la revisión efectuada por el CNE a partir de esas supuestas irregularidades, esta autoridad electoral no encontró mérito en lo denunciado, como se evidencia en el acta intitulada "inicio de la verificación y revisión de los escrutinios del Alcalde del municipio de Pereira, ordenado por el CNE mediante Resolución No. 4385 del 3 de noviembre de 2014" Con base en lo anterior, se insiste en que el problema de la no prosperidad de la demanda del actor, en este aspecto de la causal de violencia, excede la hipotética falla en la instrucción del caso que endilga al tribunal a quo.

ACCION ELECTORAL - Requisito de procedibilidad / FALSEDAD O APOCRIFICIDAD - Las conductas constitutivas de falsedad objetiva fueron sometidas al requisito de procedibilidad para poder judicializar la inconformidad / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - No se agoto

En relación con el segundo cargo, que sustentó en la falsedad o apocrificidad que concretó en conductas como: tarjetas sin doblar, el "cambiazó" de documentos electorales que soporta en las diferencias en las horas registradas en el E-17 con respecto al E-20 y la marcación igualitaria en la opción del voto que manejaban las tarjetas electorales y el que actor llamó uniprocedencia; inexistencia de E-11; inexistencia de E-14 claveros, al respecto la Sala considera: lo cierto es que las conductas constitutivas de falsedad objetiva desde el Acto Legislativo 01 de 2009 fueron sometidas al requisito de procedibilidad como requisito sine qua non para poder judicializar la inconformidad, constituyéndose en presupuesto procesal de la acción y, como tal, evaluable por el juez de la apelación independientemente de que se haya discutido en el recurso o no, pues lo cierto es que esta clase de presupuestos no son saneables por el silencio del juez a quo y menos porque la parte afectada no lo haya planteado como censura de la apelación. En efecto, situaciones como la caducidad de la acción, la falta de agotamiento de la vía gubernativa y la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad no son

governables por las partes ni están sometidas al límite de la reformatio in pejus por cuanto afectan los cimientos de la acción jurisdiccional. Pues bien de las 208 mesas que fueron demandadas con base en este cargo, ninguna de las 48 mesas correspondientes a la zona 10 agotó dicho requisito y en tal sentido el juez de la nulidad electoral no puede asumir el estudio porque la carencia de cumplir con ese requisito es obstáculo infranqueable para asumir el estudio de fondo de la situación, en tanto las solicitudes de 6 y 26 de noviembre de 2011 con las cuales el actor dijo acreditar el agotamiento de dicho presupuesto procesal no aluden a la precitada zona.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el requisito de procedibilidad en temas como ante cual autoridad debe agotarse, sentencias de 30 de enero de 2014, Rad. 2012-00008-02. 2011-01849, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia. Sentencia de 25 de julio de 2013. Rad. 2012-00047 M.P. Alberto Yepes Barreiro. Sección Quinta

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISTIVO 01 DE 2009

REGISTRO DE VOTANTES O FORMULARIO E11 - Refleja quienes de los inscritos sufragaron / REGISTRO DE VOTANTES O FORMULARIO E11 - Su inexistencia por si sola no afecta el acto de elección

Frente al cargo del “E-11 no existe” debe tenerse en cuenta que aún demostrado este hecho y si el propósito es que sirva de supuesto a la favorabilidad de la pretensión de nulidad, la carga de la prueba del interesado recae en acreditar la incidencia de ese hecho en la legalidad de la elección, en tanto el E-11 solo refleja quiénes de los inscritos sufragaron y los identifica con sus nombres y cédulas de ciudadanía, sin que el solo hecho de su inexistencia afecte los escrutinios, salvo que se demuestre y conecte esa falencia con alguna causal anulatoria, como por ejemplo, la suplantación, en tanto el escrutinio se realiza con base en las tarjetas electorales y se plasma en el E-14. De tal suerte, que mientras se cuente con el E-14, es de suponer que hubo escrutinio, así que la inexistencia del E-11 no tendría la entidad para afectarlo ni para vulnerar la consecencial presunción de legalidad del acto de elección, salvo que, y se insiste en ello, se pruebe la causal anulatoria cuyo supuesto fáctico debe exceder a la mera inexistencia del E-11. A título de ejemplo, la causal de más votos que votantes se estructura sobre la comparación del E-11 con el E-14 y la afectación del resultado en el E-24, pero es un hecho que la sola mención de la inexistencia del E-11 es insuficiente en su alcance para concluir sobre la irregularidad acusada. Frente a glosas como E-11 sin firma o con firma pero ilegible, firmas diferentes entre E-11 y E-14, diferencias entre E-11 y E-14, independientemente de si son constitutivas de nulidad electoral, y que fueron expuestas respecto de mesas diferentes a las que adolecen del cargo de inexistencia del E-11, lo cierto es que no reposan en el expediente los E-11, siendo imposible verificar tales situaciones al carecer del formulario idóneo para proceder al análisis.

ACTA DE ESCRUTINIO DE JURADOS DE VOTACION O FORMULARIO E14 - Su inexistencia por si sola no afecta el acto de elección / ACTA DE ESCRUTINIO DE JURADOS DE VOTACION O FORMULARIO E14 - Los errores aritméticos son causal de reclamación

Frente al cargo referente a que E-14 claveros no existe, este debe reflejarse en la incidencia del siguiente formulario (E-24), para así determinar la manipulación y la irregularidad constitutiva de causal de nulidad electoral. Ha sido reiterado que mientras el defecto se glose sólo con respecto al acta de los jurados de votación, el operador jurídico no puede advertir que el resultado per se sea falso y, por ende constitutivo de causal de nulidad electoral, en tanto puede tratarse de una

irregularidad que incluso transgreda una disposición, pero no por ello constitutiva de nulidad electoral, pues ésta responde a la afectación de la voluntad libre y espontánea del conglomerado elector. Frente a lo anterior aunado a que conforme al artículo 142 del Código Electoral, se presume que ambos E-14, esto es claveros y delegados son idénticos en su contenido, de tal suerte que a falta de uno de ellos el escrutinio puede efectuarse con el otro ejemplar y como tal la sola inexistencia de uno de ellos no constituye supuesto de causal de nulidad electoral. Esta consideración también es aplicable a la acusación de votos no registrados en el E-14 Claveros. En relación con la censura nominada por el actor como “el total de sufragantes no es igual al total del E-14”, la Sala considera que el supuesto error en la contabilización al interior de un formulario, no constituye per se una irregularidad con la capacidad de anular el acto de elección, en tanto mientras las cifras sean determinables es viable realizar la sumatoria y totalizar, por ende, la carga del demandante es probar la falsedad o el fraude. Por otra, debe alegarse por vía de reclamación, no siendo viable traerlo en forma directa y primigenia ante el juez electoral sin haber pasado por el trámite, análisis y decisión administrativa de la reclamación. Además, aunque el actor determinó las mesas, lo cierto es que el demandante debió precisar cuál era la inconsistencia numérica, pero en el caso concreto, en unas mesas no la determinó y en las que lo hizo, el número de sufragantes es mayor al número de votos de la mesa que no es considerado irregularidad electoral constitutiva de causal de nulidad.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia de 6 de mayo de 2010.Rad. 03351. M.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo. Demandado: Alcalde de Bello.

RECIBO DE DOCUMENTOS ELECTORALES ENTREGADOS POR LOS JURADOS DE VOTACION O FORMULARIO E17 - Entrega extemporánea

En relación con las inconsistencias de horario entre los formularios E-17 y E-20, para tratar de convencer al operador jurídico del fraude electoral, la Sala considera que las divergencias temporales han sido tradicionalmente solucionadas con la preponderancia de la información suministrada en el E-17, e incluso, en algunos casos en que siendo el E-19 o el E-20 anteriores al E-17 y pretendiendo con ello argumentar falsedad, se ha solucionado con la información del tiempo que se plasme en el E-17. Por otra parte, el E-20 o acta de introducción de documentos electorales lo que refleja es la entrega del Registrador o del Delegado de éste a los claveros, y en este caso se reitera que conforme lo analizó el tribunal las arcas triclaves no fueron violentadas y el CNE en su revisión tampoco encontró que tal evento hubiera acontecido. Ha de recordarse que en el estudio de la nulidad electoral ha cobrado principal preponderancia los datos consignados en el E-17, como documento que registra el día y la hora de entrega de aquellos, conforme lo prevé el artículo 144 del Código Electoral. Por tanto las demás entregas de documentos electorales que cronológicamente son posteriores a la que constata el E-17 (del Presidente del jurado de votación de mesa al Registrador o su delegado), tienen que ver con la entrega que el Registrador Auxiliar, el Delegado Municipal o Distrital o el Registrador del Estado Civil hace a otros funcionarios electorales (E-19) y con el acta de introducción o retiro de documentos en el acta triclave por parte de los claveros (E-20), cuya inoportunidad, para el caso de cabeceras municipales, como se predica de Pereira, no fue erigida ni como causal de nulidad ni de reclamación que conlleve la exclusión de la votación, sino como causal meramente disciplinaria, conforme a la previsión literal del artículo 150 del C.E. Así que, (a) a la entrega de documentos electorales del Presidente del jurado al Registrador o su delegado, le sucede (b) la entrega de éste a los claveros o a otros funcionarios electorales y luego (c) la introducción o retiro de los documentos en el arca triclave por parte de los últimos, queda constancia con la correspondiente fecha y hora. Del primer momento, en el formulario E-17,

denominado “Recibo de documentos electorales entregados por los jurados de votación”; del segundo, con el formulario E-19, llamado “Recibo de documentos electorales a funcionarios electorales”; y del tercero, con el E-20, nombrado “Acta de introducción de documentos electorales en el arca triclave”. La distinción entre los tres pasos es necesaria, puesto que cada uno reporta un momento diferente, entonces, puede suceder que entre la entrega de los documentos por parte del Presidente del jurado de votación al Registrador o a su delegado, y entre el momento en que éste los entrega a los claveros, y cuando finalmente ellos los introducen en el arca triclave, pase mucho tiempo, sin que ello necesariamente evidencie fraude.

NULIDAD ELECTORAL - Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad / ACTA PARCIAL DE ESCRUTINIO O FORMULARIO E14 - Alteraciones después de firmadas / FORMULARIO E14 - Más sufragantes que votos no es causal de nulidad

Con respecto al tercer cargo que el actor sustentó en la causal 223 numeral 3 del C.C.A. sobre las alteraciones sustanciales luego de firmadas las actas y que expuso a partir de situaciones que calificó de irregulares casi todas referidas al E-14, tales como: E-14 con más sufragantes que votos; E-14 con tachaduras y/o enmendaduras; E-14 sin número de sufragantes; firmas diferentes entre E-11 y E-14; firman dos jurados el cierre del E-11, diferencias entre E-14 y E-24 y error aritmético, encuentra la Sala que para la mayoría de las conductas constitutivas de nulidad electoral no se acreditó agotamiento del requisito de procedibilidad -luego de observar las solicitudes de 6 y 26 de noviembre de 2011, antes citadas obrantes a fls. 252 a 296 y 167 a 251 anexo demanda 1- y para los hechos que son de reclamación tampoco se probó la postulación que en tal sentido hicieran ante la autoridad administrativa electoral. A las conductas expuestas por el actor como E-14 con más sufragantes que votos es claro que no es un hecho irregular bajo ningún punto de vista porque el vicio que es aceptado como constitutivo de nulidad es el de más votos que votantes, porque en el primer evento ello, por lo general, sucede porque no todos los que son potenciales sufragantes ejercen el derecho al voto o porque algunos de esos votantes pudieron haber optado por no sufragar para todas las elecciones para las cuales el electorado es convocado. Finalmente, jurados con firmas similares tampoco puede generar la nulidad, en tanto las actas son válidas si cuentan con mínimo las firmas de dos (2) jurados de derecho, de conformidad con el artículo 192 numeral 3 del Código Electoral. Ahora, si el cuestionamiento que hace el actor se refiere a la suplantación de jurados, el cargo tampoco puede prosperar porque fue formulado en forma genérica, sin cumplir con los presupuestos propios de la censura.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 223 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 66001-23-31-000-2012-00011-01

Actor: JUAN MANUEL ARANGO VELEZ

Demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE PEREIRA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 19 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que se declaró inhibido para resolver de fondo sobre la pretensión de nulidad del acta de escrutinio E-26 AL del 30 de octubre de 2011 y negó las demás súplicas de la demanda.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se solicita¹:

“PRETENSION PRINCIPAL

PRIMERA: Se declare la nulidad del acta de escrutinio E-26 AL del 30 de octubre de 2011 y de la resolución 003 del 26 de Noviembre de 2011, mediante el cual (sic) la Organización Electoral a través de la Comisión Escrutadora Municipal declaró elegido Alcalde del municipio de Pereira al señor ENRIQUE ANTONIO VASQUEZ ZULETA, representante de los partidos políticos Partido de Unidad Nacional en coalición con el Partido Verde, para el período del 1º de enero del 2012 al 31 de diciembre del 2015 y consecuentemente se ordenó la expedición y entrega de credencial en lo relativo a la elección de Alcalde del Municipio de Pereira.

SEGUNDA: Que se ordene la exclusión del computo (sic) general de los votos contenidos en las actas de escrutinio E-24 de las zonas electorales 3, 5, 9, Y 10, respecto a la declaratoria de elección de ENRIQUE ANTONIO VASQUEZ ZULETA como alcalde, por cuanto se encuentran demostradas la (sic) causales de nulidad de (sic) contempladas en el artículo 223 numerales 1, 2 y 3 del C.C.A., igualmente se ordene la cancelación de la respectiva credencial por no reunir las condiciones legales, pues en dicho acto administrativo aparecen convalidándose los votos a su favor.

TERCERA: Que como consecuencia de lo anterior se ordene por este Honorable Tribunal un nuevo escrutinio con exclusión de las zonas viciadas y la entrega de la credencial al candidato que resulte ganador.

¹ Pretensiones tomadas del escrito de demanda que obra a folios 1 a 79.

PRETENSION SUBSIDIARIA

CUARTA: Que si del acervo probatorio y de las casuales (sic) de nulidad anunciadas se encuentra probado por el Honorable Tribunal que estas irregularidades eran de tal entidad que afectaron el total de las zonas electorales y la generalidad de las elecciones en violación al principio de eficacia del Voto, se ordenen nuevas elecciones en lo atinente a la alcaldía municipal señalando fecha para las mismas.”. (fols. 1 a 2 cdno. ppal.).

2.- Fundamentos de Hecho

Como fundamentos fácticos se afirma en la demanda lo siguiente:

1.- El 30 de octubre de 2011 se llevaron a cabo las elecciones para la alcaldía de Pereira en la que participaron como candidatos los señores Juan Manuel Arango Vélez, Enrique Antonio Vásquez Zuleta, Andrés Felipe Ocampo Villegas, Carlos Alfredo Crosthwaite, Alvaro de Jesús Arenas Patiño y Helmer Alonso Castaño Bermax.

2.- El día de las elecciones se presentaron una serie de irregularidades para favorecer al candidato Enrique Antonio Vásquez Zuleta.

3.- Mediante Resolución No. 4385 del 3 de noviembre de 2011, el Consejo Nacional Electoral ordenó a sus Delegados la revisión del escrutinio de la elección del alcalde del municipio de Pereira.

4.- El Consejo Nacional Electoral designó como Delegados para el proceso de revisión electoral a los señores Raúl Giorgi Laverde y Armando Rojas Fierro, quienes iniciaron labores el 6 de noviembre de 2011, en un proceso que el actor calificó de *“poco satisfactorio por cuanto no se cumplieron a cabalidad con las instrucciones dadas por el Consejo Nacional Electoral, arrojando un informe el cual se aparta de la realidad y desdibuja totalmente lo ocurrido en las elecciones (...).”*

5.- Con el fin de agotar el requisito de procedibilidad, presentaron escritos el 6 de noviembre ante la Comisión Escrutadora Municipal, y el 26 de noviembre de 2011 ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

6.- Por Resolución No. 03 del 26 de noviembre de 2011, la Comisión Escrutadora Municipal declaró elegido como alcalde de Pereira al señor Enrique Antonio Vásquez Zuleta, para el período constitucional 2012-2015.

3.- Normas Violadas y Concepto de Violación

En dicho acápite, la demanda presenta varias subdivisiones, que en síntesis plantean lo siguiente:

3.1.- Indicó que en 2010 el CNE descubrió nuevas modalidades de fraude electoral, que fueron empleadas en la elección que se impugna y que se plasmaron en un blog periodístico con el título de *“las 10 perlas del fraude electoral de marzo”*² que aludían a las irregularidades acontecidas en las elecciones del Congreso tales como: compra anticipada de la mesa, reducción del número real de tarjetas no marcadas, votación múltiple por una sola persona, alteración numérica de las actas, anulación de votos para favorecer a un tercero, municipio sin abstencionistas, tarjetas introducidas a la urna sin doblar, *“no hay más dedos para imprimir las huellas”*, jurados que cerraron la jornada electoral fueron distintos a quienes la abrieron y jurado firma varias veces la misma acta.

3.2.- Resultados de las encuestas y su “Fracaso”. Adujo que en las encuestas realizadas sobre todas las zonas, el demandante superaba al demandado, pero los resultados de la elección fueron contrarios.

3.3.- Compra de votos. Afirmó que el día de las elecciones y en inmediaciones del puesto de votación del Colegio Bayron Gaviria, el señor Oscar Cuellar, administrador de un parque público del sector del Oso, estaba comprando votos a treinta mil pesos a favor del demandado, de lo cual hay declaraciones en tal sentido que reposan en la Fiscalía General de la Nación.

3.4.- Obstrucción a la función de testigo electoral. Sin precisar mesas, el actor refirió que en muchos puestos de votación rural, los corregidores de policía y la fuerza pública, con la venia de los Delegados de la Registraduría, impidieron la entrada de los testigos electorales del candidato demandante y no permitieron dejar constancias al respecto. Indicó que los formularios E-14 de Delegados no fueron digitalizados dentro de las seis horas siguientes al certamen electoral, como lo había informado el Registrador Departamental, sino tres días después.

² Se cita como autores de dicho documento, a los señores Fabio Callejas Ramírez y Rodrigo Silva.

Adujo que en otros puestos de votación no recibieron los formularios E-25 de reclamación; así mismo, que en la mayoría de puestos de las zonas 3, 5, 9 y 10, donde el candidato demandado ganó por amplio margen no permitieron tomar fotografías a los formularios E-14, ni a las tarjetas electorales anuladas y no marcadas, lo que imposibilitó la presentación de reclamaciones.

En otros puestos de votación, en las que sí recibieron las reclamaciones, no se supo qué pasó con ellas, pues nunca llegaron a las Comisiones Escrutadoras Auxiliares. Agregó que concluida la jornada electoral, un indigente mostró una bolsa de basura con papeles rotos sacados del Centro Cultural Lucy Tejada (lugar donde se realizaron los escrutinios), correspondientes a los formatos de reclamación presentados por sus testigos. Así mismo, que se impidió por parte de la fuerza pública el seguimiento de los documentos electorales desde el puesto de votación hasta el Centro Cultural Lucy Tejada, adonde llegaron después de transcurrido mucho más tiempo del normalmente esperado.

3.5.- Manipulación de documentos electorales. Sostuvo que los escrutinios de mesa finalizaron aproximadamente a las 6:30 de la tarde. Sin embargo, los documentos electorales empezaron a llegar a las Comisiones Escrutadoras a las 9:30 de la noche, en un trayecto que normalmente no supera los diez o quince minutos. Además, los documentos electorales llegaron en vehículos particulares, lo que pone en duda la cadena de custodia de los mismos. Así mismo, en algunas zonas a los testigos electorales se les permitió el acceso solo hasta el parqueadero, pero a partir de allí perdieron contacto con los documentos.

Entre otras irregularidades alegó lo siguiente: (i) los documentos electorales fueron manipulados por personal con chaleco alusivo al demandado quienes no los ingresaban directamente al Centro Cultural sino a un lugar oscuro al lado de la entrada; (ii) a las 12:30 a.m del 31 de octubre, unas personas encapuchadas comenzaron a sacar bolsas del Centro Cultural Lucy Tejada, que fueron depositadas en una patrulla de la Policía que después dejó el sitio, sin que fuera posible seguirla pues la misma policía lo impidió. (iii) A una camioneta a la que se le impidió la salida del Centro Cultural, le fueron encontrados documentos electorales como formularios E-14, cédulas de ciudadanía originales y certificados electorales, respecto de los cuales se informó que eran retirados del sitio para

digitalizarlos en la Registraduría, lo cual era innecesario pues en el Centro Cultural habían los equipos necesarios para ello.

Arguyó que aproximadamente a la una de la mañana, el señor Peterson Lopera impidió la salida del de una camioneta que transportaba documentos electorales, que sacaban a hurtadillas del centro cultural, por lo que se procedió a bloquear el vehículo siendo atacados por la fuerza pública y casi produciéndose una asonada, pues los seguidores del actor, abrieron las bolsas que reposaban en el vehículo, encontrando formularios E-14 Claveros que no pueden salir de las arcas triclave.

3.6.- Procedimiento ante Comisiones Escrutadoras Zonales. Argumentó que se presentaron las siguientes irregularidades: (i) los documentos electorales llegaron después de las nueve de la noche en bolsas blancas, muchas de las cuales estaban rotas o abiertas, circunstancia de la cual las Comisiones Escrutadoras no dejaron constancia en el acta, pese a las reclamaciones de los testigos; (ii) documentos electorales arrugados y maltrechos y formularios E-14 completamente lisos y en perfecto estado; (iii) no coincidencia de los votos y negativa de los funcionarios a efectuar recuentos de la votación para la alcaldía; (iv) negativa de los funcionarios a recibir reclamaciones, reposiciones y apelaciones con la anuencia de la Procuraduría; (v) amenazas de los funcionarios de las Comisiones Escrutadoras de denunciar penalmente a los testigos electorales, si éstos continuaban presentando reclamaciones y si insistían en la revisión por parte del CNE en cumplimiento de la Resolución 4121 de 2011.

Frente a muy pocas mesas se hizo recuento, pero en ellas se encontraron irregularidades frente a las cuales los funcionarios se negaron a atender las reclamaciones, desconociendo la Resolución 4121 de 2011 que establece en el artículo segundo como causal de reclamación la solicitud de saneamiento de nulidades.

3.7.- Actuación de la Comisión Escrutadora Municipal. El primero de noviembre a las ocho de la noche llegaron los documentos electorales a la Comisión Escrutadora Municipal, que procedió a confirmar las decisiones recurridas sin el más mínimo estudio y sin tener en cuenta las reclamaciones presentadas y los recursos concedidos. Adujo la vulneración del debido proceso porque muchos recursos fueron resueltos en bloque y otros no fueron ni recibidos, ni tramitados, tratando de impedir con ello el agotamiento de la vía gubernativa.

Adicionalmente, indicó que presentó escritos a la Comisión Escrutadora para informar sobre las irregularidades acontecidas, a saber: (i) caídas del sistema sin que dicha Comisión Escrutadora hubiere dejado constancia de ello; (ii) existencia de documentos electorales en la basura; (iii) candados violentados; (iv) faltas de sellos en las arcas triclave; (v) impedimento de ingreso al candidato por orden de la Registraduría; y, (vi) no contestación y caso omiso a las constancias presentadas. Frente al cúmulo de irregularidades se acudió ante el CNE, ente que envió a dos delegados quienes efectuaron el proceso de revisión.

3.8.- Disposiciones del Consejo Nacional Electoral: Proceso de Revisión. El CNE designó a dos Delegados que llevaran a cabo la revisión de los escrutinios. Iniciaron labores el 6 de noviembre de 2011 revisando solamente 60 mesas de las 1.053 instaladas. En sentir del actor, los delegados se negaron *“a verificar lo que hasta ese momento aparecía como obvio, y era que las tarjetas electorales habían sido cambiadas en su integridad en muchas de las mesas lo que ameritaba que se revisara el material sobrante en busca de las tarjetas electorales, realmente depositadas en la urna por los electores, a lo que se negaron de forma rotunda, tanto los delegados del CNE como los representantes de la campaña del candidato Vásquez (...).”*

Indicó que se presentaron irregularidades como: (i) existencia de alto número de votos sin doblar, de lo cual no se dejó constancia por parte de los delegados, quienes por el contrario doblaron ellos mismos las tarjetas electorales –véase video intitulado *“doblada de tarjetones”*–; (ii) negativa reiterada de revisar las firmas de los jurados de votación; (iii) retiro de grafólogos del CTI, por parte de los Delegados y a solicitud de la campaña del candidato Vásquez, evitando así el esclarecimiento de dudas que se advirtieron al revisar las tarjetas electorales; (iv) efectuado apenas el 40% de la revisión, los Delegados manifestaron a la prensa que no habían hallado irregularidades, lo que a juicio del actor constituyó un prejuizgamiento y la causa de un informe errático; (v) muchas peticiones presentadas por los representantes de la campaña del demandante, no fueron objeto de mención en el acta de revisión como tampoco en el informe final, con lo que el actor consideró se vulneró el derecho de audiencia y de petición.

3.9.- Cargos

3.9.1.- Primer Cargo. Basado en la causal primera del artículo 223 del C.C.A., para afirmar que la elección del Alcalde demandado tuvo como causa la destrucción de tarjetas electorales y en la violencia contra los testigos electorales que obstruyó el ejercicio de la función.

Cuestionó que a sus testigos se les impidiera ejercer la función de vigilancia del proceso electoral por parte de los funcionarios de la Registraduría y de la Fuerza Pública, con el argumento de que las tarjetas que los acreditaban como tal eran falsas. Por otra parte, que documentos electorales que fueron retirados en una patrulla de la policía, luego fueron regresados en un vehículo particular, circunstancia que evidencia la desaparición, cambio o mezcla de documentos electorales.

Sin especificar mesas, citó las zonas 3, 5, 9 y 10 y sostuvo que como la revisión fue en modalidad de muestreo se presume que corresponde a la totalidad de la zona. Indicó que en estas zonas se presentaron irregularidades ya consignadas en los numerales anteriores y además, que a muchas personas les entregaron votos ya marcados. Por otra parte, la Registraduría no permitió la inscripción de otros testigos, bajo el argumento de que ya aparecían inscritos por otros partidos, lo que restringió igualmente la vigilancia del proceso electoral.

Pretendió especificar las irregularidades a partir de las zonas, no de las mesas; de la siguiente forma:

Frente a la zona 3, acusó que algunos supernumerarios de la Registraduría sacaron los E-14 Claveros y pese a que fueron retenidos por la Fiscalía General de la Nación, continuaron ejerciendo funciones en la Comisión Escrutadora. Indicó que también fue retirada una bolsa con contenido electoral, de la cual nunca se supo su destino y frente a la cual la Registraduría nunca ofreció explicación satisfactoria. Además, el 99% de las tarjetas electorales carecen de dobleces, lo que constituye una nueva modalidad indicativa de fraude electoral.

Respecto de la zona 5, concretamente del puesto 3, la Fiscalía cuenta con una tarjeta electoral que estaba en la basura de la Gobernación de Risaralda y la persona -sin precisar el nombre ni la razón de su dicho, en tanto dice que ha sido sujeto de amenazas- que recogió la tarjeta de la basura dijo que había observado muchas más bolsas.

En relación con la zona 9, compuesta de cuatro puestos (Colegio Oficial Ciudadela Cuba, Centro Educativo Bayron Gaviria, Colegio Básico San Joaquín y Colegio Básico Sofía Hernández), fue denunciada ante las autoridades de policía la compra de votos por parte de las personas de la campaña del candidato Vásquez. Además, fue obstruida la función de los testigos electorales del demandante.

En cuanto a la zona 10, se impidió el ingreso de los testigos electorales porque supuestamente sus acreditaciones eran falsas o que ya habían sido designados testigos de otros partidos.

3.9.2.- Segundo Cargo. Acudió a la causal segunda del artículo 223 del C.C.A. y afirmó que la elección del demandado *“fue con base en actos delictivos, suplantación de actas de escrutinio, manipulación del material electoral por personal al parecer ajeno a la Registraduría, dejando un manto de duda sobre la autenticidad de los mismos”*.

El cargo fue sustentado en que en el proceso de revisión las tarjetas electorales para alcalde se encontraban lisas, sin doblar, es decir, sin rastros de haber sido manipuladas por los sufragantes. Adujo que es evidente que las tarjetas electorales fueron sustituidas en la medida en que los delegados se negaron a revisar el material sobrante, dándose así el denominado *“cambiao de documentos electorales”*, el cual puede ser corroborado a partir de la comparación entre las horas de registro que aparecen en los formularios E-17 con las del E-20 de las zonas 3, 5, 9 y 10, que en el mejor de los casos presenta una diferencia de al menos 47 minutos y hasta dos o tres horas en el peor de los casos, para unos desplazamientos que según el actor no requieren más de quince minutos.

Reiteró situaciones ya aludidas como: (i) las tarjetas electorales presentan dos o tres tipos de marcación lo que hace presumir la uniprocedencia de la persona que marca las equis en las tarjetas electorales. Luego relaciona las diferentes mesas en las que de forma separada refiere que ocurrieron las irregularidades enunciadas, que son: de la **zona 3**, puesto 1, de la zona 3, puesto 2, mesas: 1 a 10; zona 3, puesto 3, mesas: 1 a 14; **zona 5**, puesto 1, mesas: 1 a 5, 9 a 13, 15, 17 a 21, 23, 24 y 26 a 30; zona 5, puesto 2, mesas: 1 a 6, 9, 10, 12 a 14, 17 a 24, 27, 30, 31, 35 y 37 a 40; zona 5, puesto 3, mesas: 2 a 9, 14 a 19, 23 a 25, 28, 29, 31, 35 y 42; **zona 9**, puesto 1, mesas: 1, 4, 5, 7, 10 a 13, 15, 17, 22 a 24 y 26;

zona 9, puesto 2, mesas: 2, 3, 7 a 14, 16 a 18, 20 a 24 y 30 a 33; zona 9, puesto 3, mesas: 1, 3, 4, 7, 9, 10, 13 y 17; **zona 10**, puesto 1, mesas: 1, 2, 4 y 6 a 11; zona 10, puesto 2, mesas: 1 a 6, 8 a 10 y 13; zona 10, puesto 3, mesas: 2, 4 a 7, 10 a 12, 16 y 20; zona 10, puesto 4, mesas: 1, 8, 15 a 17, 19, 20, 34 y 38; zona 10, puesto 5, mesas: 1 a 3, 5, 14, 15, 17, 18 y 27. Respecto de dichas mesas, además de lo ya señalado, se aduce en general que se presentaron las siguientes irregularidades: (i) tarjetas electorales sin doblar; (ii) firmas en las tarjetas electorales no corresponden con las plasmadas por los jurados en los formularios E-14 y E-11; (iii) cantidad atípica de tarjetas electorales sin marcar; (iv) bolsas rotas o abiertas; (v) formularios E-14 con enmendaduras; (vi) no coincidencia entre el total de votos del formulario E-14 con el E-24 sin precisar valores; (vii) el total de sufragantes no es igual al total del E-14 y (viii) pueblo sin abstencionistas (Villa Colombia).

3.9.3.- Tercer Cargo. Citó la causal tercera del artículo 223 del CCA y se afirmó que la elección del demandado *“fue con base en actas de escrutinio de mesa modificadas y alteradas por parte de personas sin identificar.”*

Alegó que conforme a las revisiones efectuadas a los formularios E-14, éstos sufrieron alteraciones y las firmas que en ellos aparecen, no concuerdan con las registradas en los formularios E-11. Señaló como mesas en las cuales se presentaron irregularidades, las siguientes: **zona 3**, puesto 1, mesas: 4, 5, 10, 11 y 19; zona 3, puesto 3, mesas: 1, 3, 4, 5, 9 y 13; **zona 5**, puesto 1, mesas: 5, 10, 12, 13 y 28; zona 5, puesto 2, mesas: 1, 3, 10, 13, 17, 21, 22, 31, 35 y 38; zona 5, puesto 3, mesa 6; **zona 9**, puesto 1, mesas: 1, 4, 6, 7, 11, 13, 15 y 24; zona 9, puesto 2, mesas: 1, 3, 5 a 8, 10 a 12, 14, 20 a 24, 31 y 32; zona 9, puesto 3, mesas: 1, 3 y 17; zona 9, puesto 4, mesas: 2, 4, 7 y 9; **zona 10**, puesto 1, mesas: 4, 6 a 9 y 11; zona 10, puesto 2, mesas: 1, 5, 6, 8, 9, 10 y 13; zona 10, puesto 3, mesas: 4 y 6 a 8; zona 10, puesto 4, mesas: 11, 15, 16, 20, 29 y 39. Respecto de dichas mesas, además de lo ya señalado, se aduce en general que se presentaron las siguientes irregularidades: (i) E-14 con enmendaduras; (ii) diferencia entre el número de sufragantes en el E-14 y la suma de votos; (iii) error aritmético; (iv) E-14 sin número de sufragantes; (v) firman dos jurados el cierre del E-11 y (vi) diferencias entre E-14 y E-24.

3.9.4.- Cuarto Cargo. Sostuvo que el acto administrativo contentivo del acto de elección, se profirió con desconocimiento del derecho de audiencia, citando para ello el artículo 84 del C.C.A.

Para explicar el cargo, lo subdividió conforme con las irregularidades que en su criterio se presentaron durante las diferentes etapas del proceso electoral, así:

1) Ante los jurados de votación, porque a los testigos electorales se les impidió el ejercicio de sus funciones, no les recibieron reclamaciones y las que fueron recibidas *“fueron eliminadas y encontradas en la basura”*.

2) Ante las Comisiones Escrutadoras Zonales, porque los integrantes de éstas, amenazaron a los testigos electorales.

3) Ante la Comisión Escrutadora Municipal, porque se les solicitó que *“tuvieran en cuenta las solicitudes de los testigos electorales, y contestaron que no se trataba de una charla académica.”*

4) Ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral durante el proceso de revisión, porque la gran mayoría de solicitudes que les fueron presentadas no fueron atendidas. Igual suerte corrió la solicitud de revisión de firmas de las tarjetas electorales y del material sobrante.

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

El demandado **Enrique Antonio Vásquez Zuleta**, por intermedio de apoderado, contestó la demanda en la que se opuso a las pretensiones y solicitó se despachen en forma desfavorable.

En cuanto a los hechos, transcribió apartes del acta del 25 de noviembre de 2011 elaborada por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, de la que resaltó conclusiones en el sentido de que los Delegados no encontraron hallazgo alguno que justificara la existencia de irregularidades como tampoco de fraude electoral.

Frente a las normas violadas y concepto de violación alegados en la demanda, luego de desglosar los diferentes sub acápite allí contenidos³, salvo los cargos,

³ En la demanda, el concepto de violación está subdividido en diferentes partes, así: (i) introducción; (ii) resultados de las encuestas y su fracaso; (iii) compra de votos; (iv) obstrucción a la función de testigo electoral; (v) manipulación de documentos electorales; (vi) procedimiento ante comisiones escrutadoras zonales;

sostuvo en general, que técnicamente no hacen parte del concepto de violación, que *“únicamente podrían calificarse, como hechos, para luego ser confrontados con la norma jurídica correspondiente.”* Agregó, que la prueba contraria a todo lo expuesto por el demandante, se encuentra en las actas de las comisiones escrutadoras zonales y en las del proceso de revisión adelantado por los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

Frente a los cargos contestó:

(i) Al primer cargo, lo tildó de incoherente, pues en unas partes hizo referencia a violencia moral sobre testigos electorales, mientras que en otras, adujo violencia frente al material electoral, evento en el cual sostuvo que el demandante debió demostrar que los documentos electorales fueron mezclados, destruidos o cambiados. Afirmó que en los escrutinios jamás se presentó reclamación por violencia electoral y concluyó que el cargo no está llamado a prosperar pues el demandante *“no apunta a demostrar la destrucción violenta de las tarjetas electorales CON POSTERIORIDAD A LA VOTACION, de tal manera que afectara las actas de escrutinio. (...), QUE EN CONSECUENCIA IMPIDIERAN LA CONFRONTACION DE LOS RESULTADOS CON LAS ACTAS DE ESCRUTINIO”*.

(ii) Frente al segundo cargo, señaló que debe correr la misma suerte del anterior, en la medida que lo sustentan las mismas razones de hecho. Argumentó que el demandante *“debió enunciar y demostrar de manera coherente qué personas fueron sustituidas, qué fechas cambiadas, qué firmas alteradas y cuáles de los contenidos no obedecen a la realidad; y no contentarse con lanzar una serie de cargos abstractos, como si se pretendiera un debate probatorio abierto, en la búsqueda de algo que no halló el impugnante”*. Agregó, que además de tener la carga el demandante de acreditar la falsedad, ésta tiene que ser trascendente, al punto de alterar los resultados electorales, pues de no ser así, pasan a ser simples irregularidades. En su criterio, las alegaciones del cargo, son desvirtuadas conforme a lo dicho por los Delegados del CNE en el acta que con motivo de la revisión efectuada se elaboró.

(vii) actuación de la Comisión Escrutadora Municipal; (viii) disposiciones del Consejo Nacional Electoral: Proceso de revisión; (ix) Cargos.

(iii) Al tercer cargo, lo calificó de etéreo, pues no puede pretenderse abrir un debate probatorio atípico con *“pareceres, indicios y presunciones”*, ni *“procurarse una revisión por parte de organismos de control, cuando la jurisdicción competente es la contencioso administrativa.”* Agregó de una parte, que las matemáticas analizadas respecto de las zonas 03, 05, 09 y 10 no tienen la virtualidad de mutar los resultados electorales y que las censuras formuladas por el demandante fueron atendidas en diferentes oportunidades. Además, frente a la causal alegada, que el actor no enunció las mesas alteradas como tampoco, que dicha modificación hubiese tenido lugar después de firmadas las actas por los servidores públicos; así mismo, que *“lo fundamental es acreditar que el resultado electoral que se desprende de los documentos que ingresan a las arcas triclaves, es diferente a lo obtenido en el escrutinio de los jurados”*.

(iv) Respecto del cuarto cargo, señaló que en las actas de escrutinio hay constancia de la intervención del demandante en el proceso electoral, por lo que no es cierto que se haya incumplido con el derecho de audiencia y de contradicción.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante fallo del 19 de junio de 2012, resolvió declararse inhibido *“para decidir sobre el fondo de la pretensión de nulidad del acta de escrutinio E-26 AL del 30 de octubre de 2011”* y, negar las demás súplicas de la demanda por falta de prueba.

Como fundamento para la inhibición, señaló el *a quo* que, *“ningún análisis hará la Sala sobre esta pretensión [nulidad del acta de escrutinio E-26 AL], por cuanto la mencionada acta no constituye un acto administrativo definitivo, pasible de control jurisdiccional, sino que lo es únicamente el acto mediante el cual se declara la elección, por lo que sólo respecto de éste versará el objeto de la presente decisión, declarándose inhibida la Sala para resolver sobre esta última pretensión”*.

Luego de relacionar y valorar las pruebas allegadas al proceso, despachó los diferentes cargos, según se indica a continuación:

Primer Cargo. Consideró el Tribunal *a quo* frente a la causal alegada⁴, que conforme a la prueba testimonial rendida, entre otros, por testigos electorales, Jueces Primero, Tercero y Cuarto Civil del Circuito de Pereira, Procuradora Judicial Penal 250 de Pereira, no hubo acto de violencia alguno contra los testigos electorales del demandante que les impidiera el desarrollo de sus labores, por parte de funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil, ni de la Policía Nacional. Que tampoco hubo violencia contra el material electoral, pues pese a que se acreditó que algunas bolsas se encontraron abiertas, quedó demostrado que las bolsas interiores de menor tamaño se encontraban cerradas sin signos de ruptura.

Así mismo, que no se probó el transporte de material electoral en vehículos particulares como tampoco que se hubiese destruido, inutilizado o mezclado. En cuanto al transporte de material electoral en vehículos de la Policía Nacional, contrario a lo afirmado por el demandante, constituye una garantía en el proceso electoral.

Respecto a las otras irregularidades planteadas, algunas las calificó de apreciaciones subjetivas sin incidencia frente a la causal alegada, mientras que en otras, no logró demostrar la destrucción o mezcla de votos, como tampoco que hubiese existido violencia contra los testigos electorales o contra el material electoral.

Segundo Cargo. Luego de citar Jurisprudencia de la Sección, concluyó que las irregularidades alegadas no constituyen prueba de la falsedad de los votos o de la sustitución de los mismos⁵. Argumentó igualmente, que otras circunstancias cuestionadas⁶ son aspectos que no son objeto de verificación en sede judicial, ya que *“su consolidación se surte con el proceso de escrutinio, que goza de presunción de legalidad”*, apoyado además, en el hecho de que la revisión efectuada por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, no encontró irregularidad alguna ni mucho menos fraude. Otras pruebas demostraron que las arcas triclave no fueron objeto de violencia y que para los escrutinios se

⁴ La norma citada señala: *“Art. 223. Causales de Nulidad. ... 1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia”*.

⁵ Se cita como causal de nulidad, la contemplada en el numeral 2 del artículo 223 del CCA, que señala: *“2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación”*.

⁶ Irregularidades de uniprocedencia y tarjetas electorales sin doblar.

encontraban debidamente selladas con sus respectivos candados. Finalmente agregó, que por falta de prueba no se demostró que fueran distintas las firmas de los jurados de votación en los documentos electorales.

Tercer Cargo. Frente a la causal de nulidad alegada⁷ y luego de citar Jurisprudencia de la Sección, concluyó el *a quo*, *“que no se formula una verdadera imputación de ilegalidad o de configuración de alguna causal general o específica de nulidad electoral, sino que la parte actora plantea una duda y la necesidad de verificar su asidero, lo cual no corresponde con el principio de rogatividad que impone al demandante en los procesos de nulidad, (...) la carga de plantear y acreditar las causales de nulidad de los actos administrativos enjuiciados, en orden a desvirtuar la presunción de legalidad que, de otra forma, permanece incólume.”*

Cuarto Cargo. Se alegó en este cargo el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa contemplado en el artículo 84 del CCA, que fue despachado igualmente en forma desfavorable. Como parte de los argumentos giraron en torno del supuesto impedimento a los testigos electorales de ejercer sus funciones, el *a quo* reiteró los mismos fundamentos que expuso frente al mismo hecho en el cargo primero, referente a que la prueba testimonial rendida, entre otros, por testigos electorales, Jueces Primero, Tercero y Cuarto Civil del Circuito de Pereira, Procuradora Judicial Penal 250 de Pereira, no demostró impedimento alguno en el ejercicio de la función de los testigos electorales. De otra parte, sostuvo que se demostró que las reclamaciones presentadas por los colaboradores del demandante en el proceso electoral, fueron atendidas en debida forma.

En definitiva, concluyó el Tribunal que la parte demandante no logró demostrar los cargos de nulidad formulados contra el acto administrativo contenido en la Resolución No. 003 del 26 de noviembre de 2011, mediante la cual la Comisión Escrutadora Municipal declaró elegido como alcalde de Pereira al demandado. (fs. 443-490).

IV. RECURSO DE APELACION

⁷ Se cita la causal 3 del artículo 223 del CCA, que señala: *“3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden”.*

El demandante por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación en el que reiteró argumentos de la demanda relativos a las encuestas. Cuestionó que el *a quo* no hubiese hecho manifestación alguna sobre las pruebas que aportó correspondientes a fotos y videos de las irregularidades alegadas.

Señaló que pese a que lo solicitó, incluso desde los escrutinios, no fue posible por medio de ninguna autoridad, lograr la revisión exhaustiva del material electoral, luego de lo cual transcribió apartes del acápite de pruebas de la demanda, de lo dicho por el *a quo* al respecto, al igual que en la sentencia, de donde concluyó que *“la diligencia se llevó a cabo, pero sólo en lo referente al numeral 2, literal b, quedaron sin practicarse, 4 numerales y 10 literales de la prueba que ordenó el A-quo.”* Se quejó a renglón seguido, de que no pudo practicarse la prueba del literal b, del numeral 2 (experto que comparara las firmas de los jurados de votación) y acusó a la Registraduría de haber enviado solo parte de la información electoral solicitada.

Agregó que no se revisaron las tarjetas electorales, que no se compararon con el E-14 pudiendo haberlo hecho y que tampoco se revisó el material sobrante, del cual no se hizo mención en el fallo. Cuestionó, igualmente, que en desarrollo de una prueba, para lo cual fue menester trasladarse a la Registraduría, esta no se practicó por razones ajenas al demandante.

Recordó la elección del Gobernador del departamento de Valle del Cauca, respecto del cual dice, se puso al descubierto un fraude llevado a cabo por funcionarios de la Registraduría, señalando que había sucedido lo mismo para la elección del alcalde de Pereira.

Criticó que el fallo nunca hizo mención a las declaraciones presentadas por sus testigos, en lo que respecta a irregularidades que ameritaban una revisión. Expuso igualmente que las declaraciones rendidas por la registradora y por los testigos Mariano Ospina Vélez y Elizabeth Rueda Luján adolecen de imprecisiones.

Respecto del primer cargo, reiteró los argumentos esbozados en la demanda y cuestionó la forma en que el *a quo* valoró las pruebas. Agregó que la acusación que hace la sentencia en cuanto a que el actor no cumplió con la carga probatoria no es cierta por cuanto *“la carga de la prueba, rogada y decretada por el despacho, le correspondía al A-quo, quien no la practicó, además gracias a que la*

Registraduría del Estado Civil a quien esta práctica le era incómoda, la impidió y dio como resultado la providencia que hoy se impugna”.

Respecto del segundo cargo, indicó que al haberse solicitado la inspección judicial como prueba de la falsedad alegada, la Registraduría obstruyó su práctica con el envío de los documentos electorales a Bogotá. Criticó que el *a quo* “*nunca solicitó para examen las tarjetas electorales, que eran las que había decretado su cotejo con los formularios E-14, tampoco del material sobrante, para verificar en él la existencia o no de las tarjetas electorales sobrantes para la alcaldía de Pereira, ni los formularios E-17 y E-20 para verificar la cadena de custodia; menos solicitó las marcas distintivas de los formularios E-14 que determinan su validez, para la prueba documentológica.*”

Frente al tercer cargo, manifestó que “*he de respetar la libre apreciación de la prueba por parte del A-quo quien no encuentra irregularidad alguna en el aporte de los documentos con las enmendaduras anexo, pues en este caso tuvieron más peso para el juzgador, las declaraciones de quienes debían proteger su actuar, que las evidencias documentales, que al parecer no tuvieron el suficiente examen*”.

En cuanto al cuarto cargo, reiteró sus argumentos en el sentido de que hubo vulneración del derecho de audiencia y de defensa por la resolución en bloque de las reclamaciones presentadas. Agregó que las pruebas decretadas como fundamento del cargo, no fueron ni aceptadas ni rechazadas en la sentencia.

En acápite que denominó “*Inconstitucionalidad del fallo inhibitorio*”, afirmó que en la sentencia no aparecen las razones de la inhibición. Adicionó que solamente la falta del cumplimiento del requisito de procedibilidad puede conllevar a un fallo inhibitorio, que para el presente caso no tiene lugar en la medida que fueron radicados escritos con tal propósito, el 6 de noviembre de 2011 ante la Comisión Escrutadora Municipal y, el 26 de noviembre del mismo año ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

Consideró que la decisión inhibitoria no es otra cosa que la denegación de justicia por parte del Tribunal Administrativo de Risaralda. Además que de las pruebas decretadas, algunas no fueron practicadas, en tanto que otras no fueron valoradas.

Por lo anterior, solicitó en acápite aparte la necesidad de practicar la prueba denominada *“Diligencia de inspección judicial y prueba pericial”*, conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 361 del C. de P.C., porque pese a que fue decretada por el juez de primera instancia, al momento de practicarla, *“algunos documentos que habían sido solicitados en custodia, habían sido remitidos a la ciudad de Bogotá, y otros no (sic) siquiera fueron solicitados por el A-quo.”*

Finalmente, solicitó revocar la sentencia impugnada y que se ordene al Tribunal Administrativo de Risaralda, que adicione la sentencia *“de forma que resuelva de mérito y de manera definitiva, cierta y completa las pretensiones de la demanda, exponiendo con toda claridad y precisión los argumentos en los que basa su decisión.”* (fols. 491-513).

V. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

1.- Del actor

Por intermedio de apoderado, afirmó que las pruebas solicitadas no se practicaron ni siquiera en un 1% de la forma en que fueron solicitadas y decretadas, violando con ello el debido proceso. Agregó que toda vez que no fue posible practicar la prueba conforme se esperaba, no se pudo demostrar los supuestos de hecho en que se basaban los cargos.

Luego de citar la declaratoria de nulidad de la Resolución 0754 de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral, por parte del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro, concluyó que *“la nulidad del proceso de revisión de escrutinios del 30 de octubre de 2011, llevado a cabo por los delegados el (sic) Consejo Nacional Electoral en la ciudad de Pereira, no tiene validez alguna y consecuente con esto, el efecto jurídico es que los escrutinios en la ciudad de Pereira no han sido revisados y en conclusión debe su señoría proceder a hacerlo en las condiciones solicitadas y decretadas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, pero que no fue practicada sin culpa de esta parte inconforme.”*

Finalmente, reiteró su solicitud de revisar la totalidad de las pruebas presentadas y sobre las cuales no hubo mención alguna por parte del Tribunal, en particular las pruebas de videos aportadas. (fls. 550-553).

2.- Del demandado

En la etapa de alegatos, el apoderado del demandado, luego de relacionar en forma textual los cargos y la forma como fueron despachados en la sentencia, afirmó que el apoderado de su contraparte no cumplió con la carga de *“acreditar en qué estuvo desacertado el fallador fáctica y jurídicamente.”* Además, que *“se tiene el deber de demostrar la incidencia que tiene en el fallo, es decir, que de no haberse producido el equívoco, la decisión habría sido diferente.”*

Por lo demás, se refirió a los cargos alegados reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señaló, que el incumplimiento de la carga probatoria implica para quien demanda la no prosperidad de las pretensiones, que es precisamente lo que solicita al finalizar su escrito. (fols. 524-546).

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado intervino en el asunto solicitando se confirme la sentencia apelada.

Frente al primer cargo, señaló que el actor no acreditó en debida forma el requisito de procedibilidad, pues de los documentos allegados con tal fin, no es claro que con ellos se haya reclamado con fundamento en la causal 1ª del artículo 223 del CCA.

Explicó que los hechos alegados no denotan el ejercicio de violencia física ni de otro orden sobre el escrutador o el elector, pues el demandante afirmó que ello había tenido lugar sobre los testigos electorales; además, que la violencia sobre las tarjetas electorales o mezcla de éstas, no pasan de ser simples suposiciones e inferencias subjetivas que no fueron probadas. El ejercicio de la violencia no hace nula la elección porque para ello se requiere demostrar que la misma estaba dirigida a alterar el resultado electoral.

En cuanto al segundo cargo, el Agente del Ministerio Público sostuvo que *“el demandante enlista una serie de irregularidades que no configuran la causal de*

nulidad por falsedad o apocrificidad de los registros electorales pues no se denota que estas irregularidades hayan alterado el resultado electoral, ni que las mismas estén relacionadas 'con la mutación física o material de los pliegos, con la alteración intelectual de su contenido y con la inexistencia de los documentos que puedan contribuir a la formación de los registros, cuando tales documentos constituyen garantía eficaz e irremplazable de la pureza del sufragio'.”.

Agregó que los hechos invocados por el actor que sí pueden ser constitutivos de la causal de nulidad alegada, no resultan relevantes en la medida que no tendrían la capacidad de modificar el resultado electoral, pues las que *“enuncia el demandante por su número y diferencias prima facie, permiten concluir en que resultan inanes para los fines perseguidos con el ejercicio de la acción de nulidad”*.

Respecto del tercer cargo, afirmó que no obstante las irregularidades alegadas por el actor, no es posible deducir de éstas la configuración de la causal 3ª de nulidad, *“pues no son demostrativas de los presupuestos que se exigen para efectos de configurar la causal de nulidad a saber: i) una alteración sustancial en lo escrito; ii) que haya sido realizada en forma posterior a la firma de quienes las expidieron.”*. Agregó que no hay prueba de la alteración sustancial de documentos electorales con posterioridad a cuando fueron suscritos por quienes los expidieron.

En cuanto al cuarto y último cargo, sostuvo que *“el demandante pretende explicar esta causal aduciendo como argumento que a los testigos electorales no se les permitió el ejercicio de las funciones que a ellos les permite la Ley en el curso de los procesos electorales ante las distintas autoridades en las que intervienen en el proceso electoral llevado, presupuesto fáctico, que conforme es propuesto por el demandante, por sí solo, no demuestra el desconocimiento de esta garantía.”*.

Agregó a lo dicho, que *“el demandante no precisa en la demanda las normas que consagran este derecho y en ese entendido, dado el carácter rogado de esta jurisdicción, no es posible adelantar estudio alguno en relación con la causal, motivo por el cual se ha de desestimar el cargo y confirmar la decisión de primera instancia.”* (fs. 554-578).

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo emitido el 19 de junio de 2012, por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala de Decisión, conforme lo dispone el artículo 129 del C.C.A., subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, en armonía con el artículo 132 numeral 8 (mod. art. 40 Ley 446 de 1998) y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 - Reglamento Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

2.- Del Acto demandado y de su prueba

Las pretensiones dan cuenta del acto declaratorio de elección del señor Enrique Antonio Vásquez Zuleta como Alcalde del municipio de Pereira contenido en la Resolución 003 del 26 de noviembre de 2011 de la Comisión Escrutadora Municipal de Pereira (fls. 149 a 153 cdno. ppal.).

3.- Cuestiones previas

Antes de abordar el asunto de fondo, la Sala hará las siguientes aclaraciones:

3.1. La insistencia en la práctica de la diligencia de inspección judicial con prueba pericial no tiene cabida en este momento, pues se recuerda que se trata de un asunto decidido en segunda instancia en etapa procesal anterior a esta sentencia, la cual se encuentra finiquitada.

En efecto, por auto de ponente del Consejo de Estado fechado el 17 de abril de 2013, esa solicitud fue negada, desde la consideración de que el proceso de nulidad electoral que es de carácter especial, para la segunda instancia no prevé la posibilidad de práctica de pruebas y aunado a que se impone aplicar los principios constitucionales de celeridad y eficacia implica que en esta particular materia no sea posible remitirse ni al Código de Procedimiento Civil ni a los artículos 214 y 234 del C.C.A. Además, indicó la providencia que el demandado no recurrió la providencia de cierre probatorio (folios 582 a 585 cdno. ppal.).

Esa decisión de ponente fue confirmada por la Sala quien conoció por vía de súplica y se pronunció en auto de 23 de octubre de 2013, en el entendido de que

el propósito del solicitante era suplir su posible omisión de no pedir aclaración durante la práctica de la prueba o recurrir la decisión, en tanto participó en la diligencia de recaudo de la prueba⁸ (folios 602 a 606 cdno. ppal.).

3.2. Frente a la alusión a la declaratoria de nulidad de la Resolución 0754 de 2010 del Consejo Nacional Electoral, que hiciera el Consejo de Estado, la Sala simplemente dirá que la Resolución en cita hizo referencia a la elección del Congreso de la República, no siendo acto administrativo aplicable a la elección de Alcaldes municipales.

Ha de tenerse en cuenta que la revisión efectuada antes de la elección del Alcalde Municipal de Pereira se hizo con fundamento en la Resolución 4121 de 2011, en cuyos considerandos explicó que las Resoluciones 552 y 754 de 2011 no eran aplicables a las elecciones territoriales, cuando dijo: “...se hace necesario determinar el procedimiento para implementar el funcionamiento de estas instituciones constitucionales por parte de las Corporaciones Escrutadoras departamentales, distritales, municipales y auxiliares que funcionarán con ocasión de las elecciones territoriales que se realizarán el 30 de octubre de 2011”, por no ser aplicables para los escrutinios a su cargo, las disposiciones contenidas en las Resoluciones 552 y 754 de 2010.

Además, la Resolución 4121 de 2011 no ha sido anulada ni suspendida por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por las razones expuestas, la Sala no asumirá el estudio de los dos puntos anteriores en los problemas jurídicos a dilucidar.

4.- Problemas jurídicos a resolver

En atención al límite de la apelación, cuya competencia deviene restringida, en tanto únicamente apeló la parte actora, se evidencia que son dos los asuntos centrales a resolver: i) si el recaudo y posterior análisis probatorio del tribunal a quo fue deficiente y causa directa en la decisión desfavorable de las pretensiones

⁸ La decisión fue objeto de aclaración de voto por parte del Consejero Alberto Yepes, quien sugirió reevaluar la posición del no decreto de pruebas en segunda instancia, pero mostrando su acuerdo con la negativa de no decretar la prueba debido a que el actor omitió el ejercicio de una conducta procesal activa en la práctica de esta.

y ii) la prohibición y alcance de una decisión inhibitoria que en el caso concreto se atribuye a una indebida valoración probatoria.

i) La causa de la decisión desfavorable de las pretensiones

El censor sostuvo, en vía de la apelación, que las ciencias estadísticas actualmente permiten develar con anticipación la realidad electoral, presentando márgenes de error muy bajos, tal afirmación la hace en el contexto de que aún cuando reconoce que se encuentra en el terreno de la elucubración, fue dicente que las firmas encuestadoras acertaran en los resultados de todo el país menos de Pereira y que aunque no es determinante para comprobar el fraude electoral “*si (sic) ha dado un campanazo de alerta que da luces en el sentido de que algo ocurrió en las elecciones para Alcalde de Pereira, período 2012-2015, que pudo sumarse a otras irregularidades presentadas, tales como el retiro de formularios, el traslado de material electoral, por ciudadanos... de la campaña del Dr. Vásquez, y otros ciudadanos encapuchados, candados violentados, entre muchos otros*” (fol. 492).

Criticó la omisión del tribunal al no valorar la prueba vertida en fotografías y discos compactos que demostraban las conductas fraudulentas vulneradoras de la elección.

Aunado a lo anterior, llamó la atención en que la grave situación electoral padecida en la ciudad de Pereira fue percibida por la Organización Electoral y reflejo de ello fue la Resolución 4385 de 2011 del CNE “*Por medio de la cual se dispone la revisión del escrutinio de Pereira... referente a la elección del Alcalde municipal en los comicios de 30 de octubre de 2011*”, autoridad electoral que sí tuvo en cuenta las fotos, videos y otros documentos como indicativos de situaciones que comprometieron la transparencia del proceso, tales como: manipulación de la documentación electoral por personas no autorizadas, violación de las bolsas, cambio de votos, destrucción y ocultamiento de los formularios, desconocimiento de la cadena de custodia.

Insistió en que ninguna manifestación hizo el *a quo* sobre las fotos y videos que las autoridades electorales sí tuvieron en cuenta, que fueron adjuntadas al proceso sin oposición de la parte accionada y del Ministerio Público y acusó a la magistrada ponente de la falta de agotamiento probatorio. Se opuso a la

afirmación del Ministerio Público atinente al incumplimiento de la carga probatoria, en tanto considera que ha solicitado desde los escrutinios la revisión exhaustiva del material electoral sin lograr que autoridad alguna lo haga y por eso solicitó prueba de inspección judicial asistida de peritos.

Sea lo primero advertir por la Sección Quinta del Consejo de Estado que observado el fallo de primera instancia el análisis probatorio se observa juicioso, acorde a la sana crítica y nutrido, dando preponderancia a la prueba documental, cotejada en lo pertinente con la prueba testimonial y con la inspección judicial con asistencia de peritos, para concluir que no encuentra que las aseveraciones de la parte actora fueran idóneas para permitir la declaratoria de nulidad de la respectiva elección.

Ahora bien, visto el contenido de la demanda y en particular la solicitud de pruebas, especialmente en lo que tiene que ver con la inspección judicial con asistencia de peritos⁹, la Sala observa que los medios probatorios solicitados por el actor en su trasfondo pretenden “preconstituir” los presupuestos de la irregularidad objetiva, siendo ello inapropiado, porque las pruebas y su respectiva solicitud suponen por lo menos la previa claridad y determinación del supuesto fáctico, es decir, los presupuestos del cargo deben haber sido planteados desde la postulación de la censura cuando se trata de causal objetiva y no buscar la prueba para completarlos.

⁹ En la solicitud de la prueba se lee lo siguiente: “*Tarjetas Electorales: a. en primer lugar para verificar cómo se dejó constancia, de que las tarjetas estaban plenamente planas... b. de igual forma para que un experto en grafística y documentología, revise tales documentos, y determine si las firmas que reposan en las tarjetas electorales, corresponde o no con las firmas de los jurados de votación asignados a dicha mesa... c. Para verificar el consecutivo de las tarjetas electorales... 2. Formularios E-14: a. Se solicitará a la RNEC o a la empresa contratista que señale cuáles son las marcas de seguridad que se implementaron en estos documentos... 3. Formularios E-17 y E-20 para verificar lo relativo a la cadena de custodia de los documentos electorales... 4. Material electoral sobrante: Con la finalidad de revisar las tarjetas electorales sobrantes... y de esta forma verificar lo siguiente: a. si existe en estas bolsas la totalidad de las tarjetas electorales que debieron destruir los jurados de votación; b. si existe en estas bolsas, tarjetas electorales para alcalde marcadas... c. determinar si las tarjetas electorales que se encuentran en el material sobrante, corresponde con los indicativos seriales de esa mesa; d. revisar la autenticidad de las tarjetas electorales que hay en el material sobrante... e. descartar o confirmar, la presencia de esta material de documentos electorales que no revistan la calidad de material sobrante...*” fls. 77 a 78, solicitud de prueba de la demanda.

A título de ejemplo, no es lo mismo aseverar en forma genérica que hubo suplantación de electores y solicitar el dictamen grafológico para verificar quiénes fueron o no suplantados, que concretar o determinar la irregularidad invocando los presupuestos del cargo: zona, puesto, mesa, nombre y cédula del suplantado y nombre del suplantador y para demostrarlo adjuntar o solicitar los formularios respectivos a fin de cotejar el dicho. En el primer caso, la prueba se utiliza para suplir el vacío de la indeterminada postulación; en el segundo, la irregularidad corresponde en forma adecuada a sus presupuestos y la prueba se utiliza para corroborar -no para suplir- el hecho denunciado como irregular.

En palabras comunes en el caso concreto, con la prueba no se pretendió demostrar el hecho fehaciente del fraude sino auscultar si esas expectativas o latencias de irregularidad podían ser un hecho cierto comprobable, que no es propio de los juicios que recaen sobre la presunción de legalidad del acto administrativo, pues así como las elucubraciones son situaciones inciertas que pueden resultar o no reales, precisamente del otro lado, se encuentra la presunción de carácter legal cierta -establecida por ley, no elucubrada- consistente en que la manifestación de voluntad de la administración, en este caso el acto declaratorio de elección, es válida. Así que se requiere algo más que de una elucubración, pues debe formularse un supuesto fáctico determinado que permita pasar a la comprobación de si en realidad el hecho que se acusa sucedió o no, para quebrar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo.

De interés resulta la explicación que Carnelutti¹⁰ hace mediante el ejemplo de la operación matemática al asimilarla al juicio, lo cual presupone que aquella, la operación o el juicio (el hecho) está precisado en sus presupuestos y elementos, para proceder a probarlo, pero no se estructura la prueba primero para desentrañar los elementos del juicio (hecho) o de la operación matemática: *“La prueba sirve para **comprobar el juicio** por medio de la ley. Las etapas lógicas son...: **concepto**, juicio, ley. De estos tres productos del pensamiento, por mérito de los físicos el más conocido es la ley. Sabemos, y la palabra misma ha comenzado a enseñárnoslo, que la ley vincula con seguridad un **prius** y un **posterius**, dos momentos del devenir... Nosotros hablamos de probar un hecho, pero se debe decir: probar un juicio; es el juicio el que se pone a prueba. Probar, tiene poco más o menos, el mismo significado de tentar. Se pone a prueba el juicio*

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Colección Clásicos del Derecho. Méjico. 1994. Págs. 83 y 84.

como se somete a prueba una operación matemática... que no es otra cosa que un juicio...”

Aunado a lo anterior y aplicado al proceso de nulidad electoral por causales objetivas, se debe tener en cuenta que este se sustenta principalmente y, casi en forma exclusiva, en la prueba documental que contienen los formularios electorales, razón por la cual la prueba que se pretenda esgrimir para desvirtuar el documento electoral, por regla general, deviene de la propia información que este arroja, siendo viable, claro está, el recibo de otro tipo de prueba siempre que ésta tenga la contundencia necesaria para reflejar las situaciones que permitan al operador jurídico cuestionar, pero ante todo comprobar en forma fehaciente la información contenida en los documentos electorales.

Pues bien observada el acta en la que se recaudó la inspección judicial, la Magistrada sustanciadora indicó que fue imposible efectuar el cotejo grafológico entre los formularios E-10, E-11 y E-14 de las zonas 3, 5, 9 y 10 del municipio de Pereira, de una parte, porque el E-10 es un formato preimpreso con nombres y números de cédulas sin firmas y, de otra parte, por no contar con los formularios o los patrones de firmas de jurados. A su vez, el actor acusó que tampoco se revisaron las tarjetas electorales contra el E-14, ni el material sobrante.

La impresión que se da al lector con la acusación del apelante es la deficiencia de la administración de justicia en cuanto a la función de recaudo de la prueba y de análisis del acervo.

Pues bien, al respecto la Sala considera en primer término que no se advierte la falencia en términos de ineficiencia atribuida a la conducta del tribunal *a quo*, en tanto este decretó la prueba y estando en su práctica encontró obstáculos insalvables que escapaban de su órbita instructiva.

Ha de tenerse claro que el poder instructivo del juez no puede ser valorado como una potestad omnímoda al punto de dejarle a él la responsabilidad por la existencia o por la presencia de los instrumentos que debe evaluar, en tanto “*la instrucción es ante todo una secuela de compases*” (Carnelutti, 1994) cuyo equilibrio está dado en el punto exacto entre las facultades de instrucción del juez y la carga de la prueba como obligación de la parte interesada.

Por otra parte, y respecto de uno de los argumentos que el actor considera de mayor fuerza, esto es, el referente a la no valoración de los videos y fotografías, la Sala considera que el *a quo* no omitió pronunciarse en forma expresa sobre el valor probatorio de los medios audiovisuales aportados por la parte demandante contenidos en fotografías y discos compactos de imagen (CDs), de ello da cuenta el siguiente aparte: *“Las fotografías que aparecen en los folios 66 y ss. del segundo cuaderno, alusivas a vehículos particulares y a elementos hallados en su interior no otorgan a la Sala la certeza de que tales elementos corresponden a material electoral, ni de la destrucción o violencia contra el mismo”* (fl. 76 de la sentencia). La providencia entonces se sustentó en otros medios probatorios que consideró de mayor contundencia, como la prueba documental.

La situación que sí se advierte a lo largo de la sentencia impugnada es que el Tribunal efectuó una ponderación propia de la sana crítica entre la fortaleza y contundencia de los medios probatorios, sin que ello pueda constituir desconocimiento o falta de valoración del acervo probatorio, en tanto luego de que son decretados, trascienden a las partes para convertirse en la comunidad probatoria para el juicio.

Ahora bien, en cuanto a la falta de valoración de la prueba testimonial que plantea el censor, la expone desde dos aristas, la primera de aquellos quienes dieron cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales acontecieron las irregularidades y de quienes consideró disfrazaron la verdad en sus ponencias. De todos modos, el Consejo de Estado sí encuentra que la prueba testimonial fue evaluada a folios 53 a 73 de la sentencia y en consideraciones como aquella que se lee a folio 77, sobre el primer cargo: *“en lo que respecta a la demora en el transporte y arribo electoral... aunque los declarantes confirmaron tal demora, en cuanto al material fue ingresado para escrutinio a partir de las siete de la noche hasta las diez de la noche, no por ello puede tenerse por acreditada la destrucción o mezcla de votos o formularios y tampoco perderse de vista las vicisitudes que se presentaron en razón de los disturbios... Tampoco puede tenerse como acto de violencia electoral con aptitud para enervar la legalidad del acto de elección... la ocurrencia de disturbios en las afueras... por cuanto la ‘jornada de escrutinio se realizó en condiciones normales al interior de dicho recinto’, según lo informó la Comisión y se corroboró con la prueba testimonial que obra en el expediente”*. En

todo caso, para el tribunal pesó en forma importante el informe de la Comisión Escrutadora

Para el análisis del segundo cargo sobre suplantación y manipulación del material electoral fue trascendental el informe de la Fiscalía General de la Nación y los dichos de algunos testigos, para concluir que las arcas triclaves no fueron sometidas a violencia y para la segunda parte del cargo, relativa a la suplantación, el a quo consideró que el actor incumplió con la carga de la prueba, toda vez que pidió la inspección judicial, pero no fue posible realizar el cotejo grafológico entre los E-11 y los E-14 porque los primeros habían sido remitidos a la RNEC (véase fols. 84 a 87 de la sentencia). Que el cargo tres, de alteración de las actas luego de firmadas, fue desechado por falta de presupuestos esenciales del cargo y el cuarto cargo, sobre la violación del derecho de audiencia y defensa, tuvo en cuenta el acta de escrutinio (véase fol. 93 de la sentencia).

Pero más allá de la ponderación probatoria que, se recaba, sí se advierte en el estudio de la sentencia, lo cierto es que *grosso modo* la demanda presenta condiciones que afectaban la prosperidad de la pretensión de nulidad sustanciales y anteriores a la etapa propia de la instrucción probatoria.

Así pues, la Sala con el propósito de verificar el dicho del censor, se ha dado a la tarea de observar la postulación, sobretodo la efectuada en la demanda respetando el límite del recurso de apelación, en atención a su condición de juez *ad quem*, y además, las pruebas obrantes al proceso, no como si se tratara de un *fallo extrapetita* sino con el fin de correr el manto de duda que se cierne sobre la administración de justicia contencioso administrativa, ante la acusación de negligencia e ineficiencia de la primera instancia.

Al respecto, la Sala recuerda que para la acusación de las irregularidades de nulidad objetivas, es decir, aquellas atinentes a los procesos de votación o de escrutinio deben especificarse algunos presupuestos que son de obligatorio cumplimiento a fin de permitir el análisis de la nulidad electoral.

En efecto, debe especificarse la zona, el puesto y la mesa, la irregularidad que se acusa conexas al formulario sobre el cual recae la disconformidad de su contenido, o si se trata de hechos que exceden el formulario como la violencia, existen otros

presupuestos como que no es cualquier tipo de fuerza sino aquella capaz de mutar el resultado.

En más de las veces la formulación de irregularidades, probadas o no, son vistas por los protagonistas de las contiendas electorales como hechos con la suficiente certeza para que al calificárseles de irregularidad *per se* generen la nulidad de la elección, sin detenerse a analizar que existe de por medio la presunción de legalidad que protege al acto administrativo y el principio de la eficacia del voto que protege la voluntad popular de la mayoría y, por ende, el sistema democrático y, en últimas, el Estado Social de Derecho y que legitima a sus instituciones y a sus gobernantes.

1) Cargo primero

En efecto, en la **censura primera** atinente a la violencia que prevé el numeral 1º del artículo 223 del C.C.A., el actor consideró que las fotos y videos que adjuntó daban cuenta de la obstrucción a la labor de los jurados de votación, al transporte del material electoral en vehículos particulares, circunstancias que dice el a quo no tuvo en cuenta, como tampoco la cantidad de votos sin doblez e insiste en que autoridades como el CNE sí encontraron razón de los hechos denunciados para proceder a la revisión respectiva.

Pues bien, la Sala considera que es una de las causales de nulidad electoral *sui generis*, en tanto sus presupuestos deben ser acreditados y ella -la violencia- debe ser de tal entidad que haya vulnerado y variado el resultado electoral. Así que además del aspecto sustancial derivado del supuesto jurídico previsto en la norma que se cumple en la medida en que se observen y prueben los presupuestos del hecho de la violencia, existe un postulado de efecto o consecuencial que es la modificación del resultado electoral.

Se reitera que el hecho de violencia constitutivo de causal de nulidad electoral debe ser de tal entidad que vulnere la voluntad popular, así que cualquier hecho disociador del orden electoral ni aquel que teniendo entidad para mutar el resultado no se concreta y determina en forma que permita tener la certeza en qué afectó al resultado no puede tenerse como cumplidor del supuesto fáctico de la causal.

La Sala advierte que el demandante se limitó a afirmar unas conductas que no determinó por puestos y mesas de votación donde los constreñidos fungieron como testigos electorales y cómo eso se reflejó en los electores afectando su voluntad electoral.

Ha de recordarse que la violencia contra personas, para efectos de nulidad electoral, se traduce en la coacción física o psicológica que quiebra la voluntad de quien la padece, bien sea autoridad electoral o elector o nominador. No obstante no todo acto violento, por criticable que sea, da lugar siempre a la nulidad electoral; por cuanto la violencia, independientemente de que recaiga sobre las personas o las cosas, solo puede viciar la elección dependiendo de dos factores que superan el supuesto fáctico violento. El primero, la afectación real y efectiva sobre la voluntad o el querer de la persona que lo inhibe a tal grado que su voluntad se doblega y se somete a los deseos del que ejerce la violencia (agresor) y la afectación sobre la existencia física de los instrumentos electorales; el segundo consiste en los efectos del acto violento que afecten y conduzcan a la mutación real en el resultado electoral.

Así pues, la ocurrencia del hecho violento (aspecto objetivo) con la afectación de la voluntad de quien es violentado (aspecto subjetivo) y/o la vulneración de la existencia física de los elementos electorales (aspecto físico o material), en concurrencia con la modificación del resultado electoral (aspecto consecuencial) son los presupuestos que deben acreditarse cuando se pretenda anular el acto de elección con base en hechos de violencia.

En el caso sub judice la situación de violencia planteada por el actor se centra en que la función de los testigos electorales fue impedida por los funcionarios de la Registraduría, quienes no encuadran en el supuesto fáctico de la norma que refiere a los escrutadores, calidad que no se predica de aquellos, toda vez que no manejan directamente los resultados electorales- y en hechos que no son constitutivos de violencia atinentes al rompimiento de la cadena de custodia porque los documentos electorales fueron transportados en vehículos no oficiales, los formatos de reclamación o tarjetas electorales encontradas en la basura, las tarjeta sin doblar y el hecho de que el 100% de la población votó, sin presencia de abstencionismo y la compra de votos.

El demandante afirmó que como la revisión el CNE se hizo por muestreo, entonces consideró que la censura recae sobre todas las mesas de las zonas 3, 5, 9 y 10.

Si se aceptara tal indeterminación, observada la Divipol se tendría que la zona 3 abarcó 44 mesas, la zona 5 contuvo 106 mesas; por su parte, la zona 9 tuvo 73 mesas y la zona 10, 108 mesas, para un gran total de 331 mesas, frente a las cuales el actor pretende que el juez de la nulidad electoral asuma un estudio oficioso para que verifique en cuál de todas esas mesas en realidad se presentó violencia, pues ni siquiera tiene claridad en ello y para que además concluya si el resultado de la votación fue alterado.

En realidad se está frente a la formulación indeterminada e imprecisa del cargo y al vacío en el planteamiento de los presupuestos que deben acompañar la causal de nulidad, en tanto no es claro para el demandante si las 331 mesas que corresponden a las 4 zonas fueron violentadas (requisito de cualificación) ni tampoco precisó cuál fue el caudal de la votación afectado y que lograba mutar el resultado (requisito consecuencial o de efecto).

Retomando lo dicho al inicio, la única conducta que eventualmente habría encuadrado como supuesto fáctico en la causal de violencia era la relativa a las tarjetas electorales encontradas en la basura como señal de destrucción de las mismas, pero nuevamente la falta de determinación de las mesas cuyas tarjetas electorales fueron desechadas, junto con la afectación del caudal de la votación dejan al juez de la nulidad sin soporte para abordar el estudio.

Por otra parte, el apelante insiste en que el CNE sí tuvo en cuenta sus argumentos y sus pruebas de video y fotografías, lo cual se evidencia con la revisión efectuada.

En este punto, la Sala deja en claro, un aspecto sustantivo como es que la actuación del organismo electoral es autónoma y, en momento alguno, puede considerarse obligatoria para el juez de la nulidad electoral y menos en cuanto hace al análisis probatorio judicial, porque precisamente está subjúdice el acto declaratorio de elección que expide la Organización Electoral. Y un aspecto práctico y es que en la revisión efectuada por el CNE a partir de esas supuestas irregularidades, esta autoridad electoral no encontró mérito en lo denunciado,

como se evidencia en el acta intitulada “*inicio de la verificación y revisión de los escrutinios del Alcalde del municipio de Pereira, ordenado por el CNE mediante Resolución No. 4385 del 3 de noviembre de 2014*” (fols. 105 a 162 Anexo No. 1).

Con base en lo anterior, se insiste en que el problema de la no prosperidad de la demanda del actor, en este aspecto de la causal de violencia, excede la hipotética falla en la instrucción del caso que endilga al tribunal *a quo*.

2. Cargo segundo

En relación con el **segundo cargo**, que sustentó en la falsedad o apocricidad que concretó en conductas como: tarjetas sin doblar, el “*cambiazó*” de documentos electorales que soporta en las diferencias en las horas registradas en el E-17 con respecto al E-20 y la marcación igualitaria en la opción del voto que manejaban las tarjetas electorales y el que actor llamó uniprocedencia; inexistencia de E-11; inexistencia de E-14 claveros, al respecto la Sala considera:

Lo cierto es que las conductas constitutivas de falsedad objetiva desde el Acto Legislativo 01 de 2009 fueron sometidas al requisito de procedibilidad como requisito *sine qua non* para poder judicializar la inconformidad, constituyéndose en presupuesto procesal de la acción y, como tal, evaluable por el juez de la apelación independientemente de que se haya discutido en el recurso o no, pues lo cierto es que esta clase de presupuestos no son saneables por el silencio del juez *a quo* y menos porque la parte afectada no lo haya planteado como censura de la apelación.

En efecto, situaciones como la caducidad de la acción, la falta de agotamiento de la vía gubernativa y la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad no son gobernables por las partes ni están sometidas al límite de la *reformatio in pejus* por cuanto afectan los cimientos de la acción jurisdiccional.

Pues bien de las 208 mesas que fueron demandadas con base en este cargo, ninguna de las 48 mesas correspondientes a la zona 10 agotó dicho requisito y en tal sentido el juez de la nulidad electoral no puede asumir el estudio porque la carencia de cumplir con ese requisito es obstáculo infranqueable para asumir el estudio de fondo de la situación, en tanto las solicitudes de 6 y 26 de noviembre de 2011 con las cuales el actor dijo acreditar el agotamiento de dicho presupuesto

procesal no aluden a la precitada zona (véanse fls. 252 a 296 y 167 a 251 anexo de la demanda 1).

En jurisprudencia reciente de la Sala, sobre el requisito de procedibilidad en temas como ante cuál autoridad debe agotarse y cuál debe ser su contenido se consideró lo siguiente:

En sentencia de 30 de enero de 2014¹¹, en la que se decidió la demanda de nulidad contra la elección de un alcalde municipal:

“La Sección Quinta del Consejo de Estado¹², en reiterada jurisprudencia, ha advertido que la denuncia de irregularidades no es un acto de la absoluta discrecionalidad del interesado, de modo que se pueda escoger libremente el momento en que se hace y la autoridad ante quien se radica la denuncia respecto de las votaciones y los escrutinios. Al ‘efecto debe tomarse en cuenta que el Código Electoral determinó que los escrutinios, según la autoridad política a elegir y sin tomar en cuenta el que realizan los jurados de votación, se debe adelantar por las comisiones escrutadoras auxiliares o zonales, municipales, distritales, los delegados del Consejo Nacional Electoral y por supuesto cuando se trate de autoridades del orden nacional, por ésta entidad de la Organización Electoral’.

Por esta razón y a fin de que no se obstruya el avance normal del escrutinio ni retrotraerlo a instancias ya superadas, ‘la oportunidad y la autoridad competente para atender las peticiones encaminadas a agotar el requisito de procedibilidad, debe tomar en cuenta ‘la autoridad administrativa correspondiente’, que corresponde a la autoridad que tiene la competencia para hacer la declaratoria de elección’.

Así por ejemplo, si se trata de irregularidades concernientes a la elección de un alcalde municipal, la denuncia debe formularse ante la comisión escrutadora municipal y a más tardar, hasta antes de que se (sic) ésta provea sobre la elección. No sería admisible, por tanto, que dichas inconsistencias se dieran a conocer directamente a los integrantes de la comisión escrutadora departamental o incluso al Consejo Nacional Electoral, puesto que se trata de autoridades incompetentes para conocer de primera mano las irregularidades sucedidas durante los escrutinios municipales, y porque solamente están autorizadas para conocer de las apelaciones que se formulen contra las decisiones de su respectivo inferior funcional”.

En sentencia de la misma fecha¹³ se depura la forma adecuada de cómo agotar el requisito de procedibilidad:

¹¹ Exp. 20120000802. M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

¹² “Entre otras, ver sentencia del 25 de julio de 2013. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Exp. 2012-00047”.

¹³ Exp. 201101856 y 201101849 Acum. M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

“...agotar debidamente el requisito de procedibilidad como presupuesto procesal para instaurar el contencioso electoral implica que las censuras de las que se acuse el acto de elección estén incluidas o correspondan a aquellos mismos reproches puestos en conocimiento y decididos por las autoridades electorales. Sobre los motivos de nulidad no contemplados en las peticiones previas ante la autoridad administrativa electoral correspondiente, no podrá pronunciarse el juez de lo electoral, por falta de agotamiento del citado requisito.

La Sala reitera que no hace falta que sea el mismo demandante quien haya presentado ante la autoridad electoral la reclamación constitutiva de causal de nulidad, pues la jurisprudencia ha concluido que cualquier persona pudo haber presentado dicha solicitud. Pero para que se entienda agotado el requisito de procedibilidad en el caso en concreto, debe existir coincidencia entre lo reclamado administrativamente y lo demandado judicialmente. Entonces, en principio, la solicitud de revisión y de saneamiento que presentó el apoderado... pudiera configurar el cumplimiento del requisito, siempre y cuando la demanda verse sobre los mismos vicios y mesas...”.

Por otra parte frente al cargo del “E-11 no existe” debe tenerse en cuenta que aún demostrado este hecho y si el propósito es que sirva de supuesto a la favorabilidad de la pretensión de nulidad, la carga de la prueba del interesado recae en acreditar la incidencia de ese hecho en la legalidad de la elección, en tanto el E-11 solo refleja quiénes de los inscritos sufragaron y los identifica con sus nombres y cédulas de ciudadanía, sin que el solo hecho de su inexistencia afecte los escrutinios, salvo que se demuestre y conecte esa falencia con alguna causal anulatoria, como por ejemplo, la suplantación, en tanto el escrutinio se realiza con base en las tarjetas electorales y se plasma en el E-14. De tal suerte, que mientras se cuente con el E-14, es de suponer que hubo escrutinio, así que la inexistencia del E-11 no tendría la entidad para afectarlo ni para vulnerar la consecencial presunción de legalidad del acto de elección, salvo que, y se insiste en ello, se pruebe la causal anulatoria cuyo supuesto fáctico debe exceder a la mera inexistencia del E-11.

A título de ejemplo, la causal de más votos que votantes se estructura sobre la comparación del E-11 con el E-14 y la afectación del resultado en el E-24, pero es un hecho que la sola mención de la inexistencia del E-11 es insuficiente en su alcance para concluir sobre la irregularidad acusada.

Frente a glosas como E-11 sin firma o con firma pero ilegible, firmas diferentes entre E-11 y E-14, diferencias entre E-11 y E-14, independientemente de si son

constitutivas de nulidad electoral, y que fueron expuestas respecto de mesas diferentes a las que adolecen del cargo de inexistencia del E-11, lo cierto es que no reposan en el expediente los E-11, siendo imposible verificar tales situaciones al carecer del formulario idóneo para proceder al análisis.

Frente al cargo referente a que E-14 claveros no existe, este debe reflejarse en la incidencia del siguiente formulario (E-24), para así determinar la manipulación y la irregularidad constitutiva de causal de nulidad electoral. Ha sido reiterado¹⁴ que mientras el defecto se glose sólo con respecto al acta de los jurados de votación, el operador jurídico no puede advertir que el resultado *per se* sea falso y, por ende constitutivo de causal de nulidad electoral, en tanto puede tratarse de una irregularidad que incluso transgreda una disposición, pero no por ello constitutiva de nulidad electoral, pues ésta responde a la afectación de la voluntad libre y espontánea del conglomerado elector.

Frente a lo anterior aunado a que conforme al artículo 142¹⁵ del Código Electoral, se presume que ambos E-14, esto es claveros y delegados son idénticos en su contenido, de tal suerte que a falta de uno de ellos el escrutinio puede efectuarse

¹⁴ Véase sentencia de 6 de mayo de 2010. Alcalde de Bello. Exp. 03351, C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo, en la cual la Sala hizo la siguiente consideración: “*El conteo y escrutinio de votos en una elección popular es un proceso complejo que se desarrolla en diferentes etapas consecutivas, obligatorias y previamente reglamentadas en la ley o en la Constitución... De manera que los resultados inicialmente registrados por los jurados de votación en el formulario E-14 pueden ser modificados toda vez que ellos no tienen el carácter de definitivos. Por lo anterior, cuando existe una diferencia numérica entre el guarismo registrado en el formulario E-24 con relación al formulario E-14, la jurisprudencia de la Sección ha admitido que esa discordancia por sí sola no es constitutiva de falsedad de los documentos electorales. Por lo anterior, el demandante tiene la carga de la prueba y el deber de precisar y explicar de manera particular y concreta en cuál registro y en qué consiste la supuesta irregularidad en la que incurrió la comisión escrutadora para desvirtuar la veracidad del registro electoral definitivo corregido en el formulario E-24. Es decir, el actor debe informar el dato o registro del formulario E-14 que fue modificado en forma favorable o desfavorable en el formulario E-24 con indicación del candidato beneficiado o afectado y para no caer en temeridad, debe acreditar con las actas generales de escrutinio que estas diferencias no aparecen allí justificadas*”.

¹⁵ El artículo 142 del C.E. dispone: “*Los resultados del cómputo de votos que realicen los jurados de votación se harán constar en el acta expresando los votos obtenidos por cada lista o candidato. Del acta se extenderán **dos (2) ejemplares iguales** que se firmarán por los miembros del jurado de votación; **todos los ejemplares serán válidos** y se destinarán así; uno para el arca triclave y otro para los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil*”.

con el otro ejemplar y como tal la sola inexistencia de uno de ellos no constituye supuesto de causal de nulidad electoral. Esta consideración también es aplicable a la acusación de votos no registrados en el E-14 Claveros.

En relación con la censura nominada por el actor como “el total de sufragantes no es igual al total del E-14”, la Sala considera que el supuesto error en la contabilización al interior de un formulario, no constituye *per se* una irregularidad con la capacidad de anular el acto de elección, en tanto mientras las cifras sean determinables es viable realizar la sumatoria y totalizar, por ende, la carga del demandante es probar la falsedad o el fraude. Por otra, debe alegarse por vía de reclamación, no siendo viable traerlo en forma directa y primigenia ante el juez electoral sin haber pasado por el trámite, análisis y decisión administrativa de la reclamación.

Además, aunque el actor determinó las mesas, lo cierto es que el demandante debió precisar cuál era la inconsistencia numérica, pero en el caso concreto, en unas mesas no la determinó y en las que lo hizo, el número de sufragantes es mayor al número de votos de la mesa que no es considerado irregularidad electoral constitutiva de causal de nulidad.

En relación con las inconsistencias de horario entre los formularios E-17 y E-20, para tratar de convencer al operador jurídico del fraude electoral, la Sala considera que las divergencias temporales han sido tradicionalmente solucionadas con la preponderancia de la información suministrada en el E-17, e incluso, en algunos casos en que siendo el E-19 o el E-20 anteriores al E-17 y pretendiendo con ello argumentar falsedad, se ha solucionado con la información del tiempo que se plasme en el E-17. Por otra parte, el E-20 o acta de introducción de documentos electorales lo que refleja es la entrega del Registrador o del Delegado de éste a los claveros, y en este caso se reitera que conforme lo analizó el tribunal las arcas triclaves no fueron violentadas y el CNE en su revisión tampoco encontró que tal evento hubiera acontecido.

Ha de recordarse que en el estudio de la nulidad electoral ha cobrado principal preponderancia los datos consignados en el E-17, como documento que registra el día y la hora de entrega de aquellos, conforme lo prevé el artículo 144 del Código Electoral.

Por tanto las demás entregas de documentos electorales que cronológicamente son posteriores a la que constata el E-17 (del Presidente del jurado de votación de mesa al Registrador o su delegado), tienen que ver con la entrega que el Registrador Auxiliar, el Delegado Municipal o Distrital o el Registrador del Estado Civil hace a otros funcionarios electorales (E-19) y con el acta de introducción o retiro de documentos en el acta triclave por parte de los claveros (E-20), cuya inoportunidad, para el caso de cabeceras municipales, como se predica de Pereira, no fue erigida ni como causal de nulidad ni de reclamación que conlleve la exclusión de la votación, sino como causal meramente disciplinaria, conforme a la previsión literal del artículo 150 del C.E.

Así que, (a) a la entrega de documentos electorales del Presidente del jurado al Registrador o su delegado, le sucede (b) la entrega de éste a los claveros o a otros funcionarios electorales y luego (c) la introducción o retiro de los documentos en el arca triclave por parte de los últimos, queda constancia con la correspondiente fecha y hora. Del primer momento, en el formulario E-17, denominado *“Recibo de documentos electorales entregados por los jurados de votación”*; del segundo, con el formulario E-19, llamado *“Recibo de documentos electorales a funcionarios electorales”*; y del tercero, con el E-20, nombrado *“Acta de introducción de documentos electorales en el arca triclave”*.

La distinción entre los tres pasos es necesaria, puesto que cada uno reporta un momento diferente, entonces, puede suceder que entre la entrega de los documentos por parte del Presidente del jurado de votación al Registrador o a su delegado, y entre el momento en que éste los entrega a los claveros, y cuando finalmente ellos los introducen en el arca triclave, pase mucho tiempo, sin que ello necesariamente evidencie fraude.

Ahora bien, si se insistiera que el propósito de acusar la inconsistencia entre E-17 y E-20 es apoyar la acusación de fraude propia de la causal 223-2 del C.C.A., lo cierto es que la disconformidad de horas incluso siendo los E-19 o E-20 anteriores en la anotación horaria no ha tenido eco ante la aplicación preponderante de la información vertida en el E-17.

Además, sin tener la intención de abordar el estudio como juez de la primera instancia, lo cierto es que en el acta zonal con respecto al escrutinio se lee: *“sin novedad”* en algunas mesas y en otras *“hubo recuento”*, conclusiones de la

autoridad escrutadora que permiten aseverar que el escrutinio fue normal y en lo que no, ello fue solucionado mediante recuento.

E incluso en el acta de los Delegados del CNE se verificaron los códigos de barras de las tarjetas electorales no encontrando disconformidad con la asignación dada por la RNEC para cada mesa de votación, lo cual desvirtúa la acusación nominada por el demandante como "*cambiazos de documentos electorales*", circunstancia que él mismo reconoce en la explicación que hace en la demanda al segundo cargo y que pretende ahora corrobore el operador jurídico con las tarjetas electorales que reposan como material sobrante o en la basura, pero olvida que no contamos con el formulario E-24 mesa a mesa que permitiría ver integralmente el componente votacional para determinar cuáles en realidad fueron cambiadas y determinar si hay diferencia que evidencie el fraude.

Así sucesivamente, las irregularidades expuestas por la parte actora van perdiendo la entidad que debe acompañar a los eventos que permiten anular el acto de elección.

Siguiendo con los planteamientos contenidos en el cargo quedan por observar, el atinente a la "uniprocedencia" en la opción marcada en el tarjetón, salto consecutivo de tarjetas y tarjetas electorales sin doblar fue glosado por el demandante en forma cronológica luego de elaborado el E-14 por los jurados de votación. Nuevamente en estos casos en acta zonal de escrutinio registra frases como "sin novedad" que da cuenta que el estudio cualitativo y cuantitativo frente a los documentos electorales no presentaba anomalías y en otros que se efectuó recuento, es decir, que en vía administrativa electoral se adoptaron las medidas del caso. El caso intitulado por el actor como "bolsa rota y/o abierta" resulta dicente porque en el acta zonal se menciona que si bien se encontraron abiertas las bolsas el contenido fue revisado encontrándose debidamente aforado en paquetes individuales y en perfecto estado y aquellas mesas en las que quedó alguna duda se procedió al recuento sin que se advirtiera anomalía (zona 3: anexo demanda 1A, fols. 17 a 25 y anexo demanda 1D; zona 5, cuaderno 16; zona 9: anexo demanda 1H).

Independientemente de todo lo anterior se advierte un obstáculo general y omnicomprendido de todas las posibles irregularidades esbozadas por el actor que impediría la prosperidad de las pretensiones y es que no reposa en el expediente,

siendo carga de quien está interesado en que el efecto jurídico de la norma le sea favorable, los E-24 mesa a mesa en el que se refleja el resultado de la votación escrutada en estas y que es la base para la declaratoria de la elección, pues con este y su cotejo con el formulario inmediatamente anterior se posibilita precisar cuál fue el impacto que las irregularidades probadas causaron en el resultado electoral.

Sobre hechos constitutivos de reclamación como el error aritmético y E-14 con tachaduras y enmendaduras no se probó que hubiera agotado el trámite de reclamación, para efectos de posibilitar la judicialización del hecho que a su juicio fue irregular.

Son todas las precitadas razones, las que permiten insistir en que la demanda tenía serios yerros en la formulación de los cargos de nulidad que le impedirían encontrar prosperidad en sus pretensiones.

3) Cargo tercero

Con respecto al **tercer cargo** que el actor sustentó en la causal 223 numeral 3 del C.C.A. sobre las alteraciones sustanciales luego de firmadas las actas y que expuso a partir de situaciones que calificó de irregulares casi todas referidas al E-14, tales como: E-14 con más sufragantes que votos; E-14 con tachaduras y/o enmendaduras; E-14 sin número de sufragantes; firmas diferentes entre E-11 y E-14; firman dos jurados el cierre del E-11, diferencias entre E-14 y E-24 y error aritmético, encuentra la Sala que para la mayoría de las conductas constitutivas de nulidad electoral no se acreditó agotamiento del requisito de procedibilidad -luego de observar las solicitudes de 6 y 26 de noviembre de 2011, antes citadas obrantes a fls. 252 a 296 y 167 a 251 anexo demanda 1- y para los hechos que son de reclamación tampoco se probó la postulación que en tal sentido hicieran ante la autoridad administrativa electoral.

A las conductas expuestas por el actor como E-14 con más sufragantes que votos es claro que no es un hecho irregular bajo ningún punto de vista porque el vicio que es aceptado como constitutivo de nulidad es el de más votos que votantes, porque en el primer evento ello, por lo general, sucede porque no todos los que son potenciales sufragantes ejercen el derecho al voto o porque algunos de esos

votantes pudieron haber optado por no sufragar para todas las elecciones para las cuales el electorado es convocado.

Finalmente, jurados con firmas similares tampoco puede generar la nulidad, en tanto las actas son válidas si cuentan con mínimo las firmas de dos (2) jurados de derecho, de conformidad con el artículo 192 numeral 3 del Código Electoral¹⁶. Ahora, si el cuestionamiento que hace el actor se refiere a la suplantación de jurados, el cargo tampoco puede prosperar porque fue formulado en forma genérica, sin cumplir con los presupuestos propios de la censura.

4) Cargo cuarto

Respecto del **cuarto cargo** aunque la censura se estructuró apoyada en un llamado cargo general, en tanto se refiere al desconocimiento del derecho de audiencia (art. 84 C.C.A.) lo cierto es que las conductas que la concretan, a saber a su juicio en: 1) Ante los jurados de votación, porque a los testigos electorales se les impidió el ejercicio de sus funciones, no les recibieron reclamaciones y las que fueron recibidas *“fueron eliminadas y encontradas en la basura”*; 2) Ante las Comisiones Escrutadoras Zonales, porque los integrantes de éstas, amenazaron a los testigos electorales; 3) Ante la Comisión Escrutadora Municipal, porque se les solicitó que *“tuvieran en cuenta las solicitudes de los testigos electorales, y contestaron que no se trataba de una charla académica.”*; 4) Ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral durante el proceso de revisión, porque la gran mayoría de solicitudes que les fueron presentadas no fueron atendidas. Igual suerte corrió la solicitud de revisión de firmas de las tarjetas electorales y del material sobrante.

Nuevamente, las conductas de las que se pretende derivar irregularidades que afecten el acto declaratorio de elección se presentan indeterminadas en su contexto al carecer de precisión en las mesas a las que alude y tampoco se identificaron las supuestas reclamaciones.

ii) La decisión inhibitoria que se atribuye a la indebida valoración probatoria.

¹⁶ El par. 2 del art. 5 de la Ley 163 de 1994 en relación con las firmas de las actas de escrutinio de los jurados de votación prescribe que su validez se da cuando estén firmadas **al menos por dos jurados**. El art. 192-3 C.E. prevé como causal reclamación que el acta de escrutinio esté firmada por menos de 3 de ellos, número que fue modificado a dos (2) por la Ley 163/94.

Finalmente, en cuanto a la decisión inhibitoria, la Sala simplemente dirá que ésta solo abarcó la pretensión de nulidad contra el E-26AL, que como bien lo dijo el tribunal no contiene decisión alguna y como tal no puede reputarse acto administrativo definitivo enjuiciable jurisdiccionalmente. Es una decisión que se considera adecuada y conforme a derecho y que en nada afecta la denegatoria de pretensiones contra el acto en sí demandable como lo es la declaratoria de elección materializada y documentada en la Resolución 003 de noviembre de 2011.

En conclusión y con apoyo en las anteriores consideraciones encuentra la Sala que la sentencia de primera instancia debe ser modificada para declarar probada de oficio la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y, en consecuencia, inhibirse de los cargos de nulidad que el actor planteó contra las mesas de la zona 10.

En mérito de 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. MODIFICASE la sentencia de 19 de junio de 2012 proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda que se declaró inhibida y negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad electoral presentado por el señor Juan Manuel Arango Vélez contra el acto declaratorio de elección del Alcalde Municipal de Pereira señor Enrique Antonio Vásquez Zuleta contenido en la Resolución 003 de 26 de noviembre de 2011, en el sentido de declarar probada de oficio la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y en consecuencia, **INHIBIRSE** para conocer del fondo del asunto respecto de las mesas de la zona 10 por la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

SEGUNDO. CONFIRMASE la sentencia en las demás decisiones adoptadas.

TERCERO. Contra esta decisión no procede recurso alguno, al tenor de lo previsto en los artículos 181 y 250 del C.C.A

CUARTO. DEVUELVA el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE, NOTIFIQUESE y CUMPLASE

ALBERTO YEPES BARREIRO
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA