

**PROCESO ADMINISTRATIVO ELECTORAL - Etapas / PROCESO ELECTORAL - Requisito de procedibilidad / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Se debe agotar cuando la demanda se funde en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el de escrutinio / CEDULAS EN CUSTODIA - Votación de ciudadanos cuyo documento de identidad se encontraba en poder de la Registraduría el día de las elecciones**

Según el actor en este caso no debe exigírsele cumplir con el aducido requisito por dos razones: i) porque la irregularidad no aconteció en la votación, sino que se “planeó con mucha más antelación para poder habilitarlas o permitir su utilización física por terceros en la votación” [refiriéndose a las cédulas de ciudadanía en custodia] y; ii) porque se enteró de la irregularidad con posterioridad a la declaración de la elección. Con relación al primer aspecto la Sala debe recalcar que el proceso administrativo electoral corresponde al conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para producir un acto de elección popular. En ese sentido, la jurisprudencia ha identificado tres estadios o etapas en este proceso, a saber: la preelectoral, la electoral y la poselectoral. El proceso administrativo electoral da inicio con la inscripción de candidatos, la designación de jurados de votación y todas aquellas actuaciones necesarias para la jornada electoral propiamente dicha (etapa preelectoral); de ella se ocupan los Títulos IV y V del Código Electoral. La segunda (etapa electoral) involucra la votación propiamente dicha y está regulada por el Título VI ibídem. Por último, la tercera (etapa poselectoral) comprende el escrutinio de votos, la proposición y resolución de reclamaciones y solicitudes de recuento, la de revisión de irregularidades ocurridas en la votación y escrutinio de votos (trámite que se impuso a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009), la declaratoria de elección y la consecuente expedición de credenciales; que se encuentra reglada en el Título VIII del Código Electoral y en el Acto Legislativo 01 de 2009. La presunta irregularidad referida por el actor -ciudadanos que votaron pese a que sus cédulas se encontraban en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá- aconteció en la etapa electoral, pues su materialización se concreta precisamente en el propio certamen electoral, es decir, el día de las elecciones. En efecto, si el documento de identificación del ciudadano se encontraba en poder de la Registraduría para la fecha en que se realizaron las elecciones, aunque el actor no señala cómo se consumó la supuesta irregularidad, sí fue porque esa persona no pudo ser identificada por parte de los jurados en la correspondiente mesa de votación como lo exige el artículo 114 del Código Electoral, y/o por suplantación tal vicio, de haberse presentado, tendría lugar el día de las votaciones, razón por la cual está comprendido dentro de los supuestos del Acto Legislativo 01 de 2009 [irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio] y por ello, es exigible el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las etapas del proceso administrativo electoral, sentencia de 29 de agosto de 2012, Rad. 2010-00050-00. Sección Quinta.

**PROCESO ELECTORAL - Requisito de procedibilidad / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Falta de agotamiento / EXCEPCION DE FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Probada frente al cargo de votación de ciudadanos cuyo documento de identidad se encontraba en poder de la Registraduría el día de las elecciones**

El actor alegó que no agotó el requisito de procedibilidad de la acción frente a la mencionada irregularidad, porque sólo tuvo en su poder el listado de las cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá el 22 de noviembre de 2011, fecha en la que se dio respuesta a la petición que presentó el 2 de noviembre de la misma anualidad.

Pese a lo expuesto por el recurrente, advierte la Sala que el actor bien pudo con la debida anterioridad solicitar a la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá que le suministrara el listado de las cédulas de ciudadanía que no habían sido reclamadas por sus titulares a efectos de obtener respuesta antes del día de las elecciones, y confrontar esta información con con el formulario E-11 [registro general de votantes] para determinar si efectivamente, el día del certamen electoral, se utilizaron para votar las cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia. El agotamiento del requisito de procedibilidad implica necesariamente que se determine, antes de la declaratoria de la elección, el número de cédula de ciudadanía del elector, que el documento de identidad efectivamente se encontraba en custodia y que pese a ello se utilizó el día de las elecciones para votar con la concreción de la zona, puesto y mesa. Lo anterior, para que se presente en debida forma la irregularidad ante la autoridad electoral correspondiente en sede administrativa, y luego, en caso de no obtener respuesta, o que ésta sea desfavorable, acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Frente al cierre de entrega de cédulas, el Registrador Nacional del Estado Civil, en virtud de sus funciones constitucionales de dirección y organización de elecciones, el 24 de Octubre de 2011 mediante la Circular No. 170 impartió instrucciones a los servidores públicos de la entidad –Delegados Departamentales, Registradores Distritales, Especiales, Municipales y Auxiliares - para el proceso de cierre de entrega de cédulas. En virtud de tal reglamentación interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el recurrente pudo obtener la información sobre las cédulas que quedaban en custodia el día en que se realizó el cierre de la entrega de cédulas, esto es el 29 de octubre de 2011. En el asunto en estudio, el actor el 2 de noviembre de 2011, es decir, con posterioridad a las elecciones que se celebraron el 30 de octubre de esa anualidad, presentó petición a la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá para que, entre otras cosas, le expidieran “Listado de cédulas de ciudadanía que llegaron a la Registraduría Especial de Tuluá a partir del 1° de Enero de 2007, y que a la fecha, no han sido reclamadas por los ciudadanos.” La presentación tardía de la petición del actor, impidió que éste pudiera determinar, antes de la declaratoria de la elección, cuáles cédulas de ciudadanía en custodia se utilizaron para votar y en cuáles mesas, razón por la cual fue por su propia incuria que no agotó el requisito de procedibilidad. Al margen de lo expuesto, que impone declarar la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad frente a este cargo, destaca la Sala –a título de pedagogía jurídica- que el actor en su demanda tampoco identificó del listado de cédulas de ciudadanía suministradas por la Registraduría cuáles se utilizaron para votar, ni precisó las zonas, puestos y mesas donde ello efectivamente aconteció. En consecuencia, habrá de modificar la decisión de primera instancia que declaró probada la excepción de inepta demanda, pues la exigencia constitucional no es un presupuesto de la demanda sino un requisito para poder formular la acción, y en su lugar declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

**PROCESO ELECTORAL - Excepción de oficio de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad / EXCEPCION DE FALTA DE AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD - Probada frente al cargo de indebida anulación de votos / NULIDAD ELECCION DE ALCALDE - No se agoto el requisito de procedibilidad**

Para sustentar este cargo el actor adujo que se presentó una anulación indebida de votos depositados en favor del candidato Gustavo Adolfo Vélez Román, en razón a que dichos tarjetones electorales no fueron exhibidos por los jurados de votación a los testigos electorales “para verificar si efectivamente lo eran y a que candidato correspondían”. El Tribunal negó las pretensiones porque consideró que

si bien el demandante agotó el requisito de procedibilidad de la acción, no especificó las zonas, puestos y mesas en donde presuntamente ocurrió la irregularidad. No obstante, en criterio de esta Sala, el actor no cumplió con el presupuesto procesal para ejercer el contencioso respecto de éste cargo toda vez que lo único que obra en el expediente es copia simple de una solicitud que en ejercicio del derecho de petición, el señor Henry Escobar Holguin y otros, realizaron ante la Comisión Escrutadora el 3 de noviembre de 2011. Se trató de una simple petición de información y no del planteamiento ante la autoridad administrativa electoral, de una censura constitutiva de posible nulidad de la elección que estaba próxima a declararse. Así, comoquiera que no se planteó con claridad en la etapa administrativa la existencia de un reproche y más bien se solicitó con vaguedad e imprecisión la explicación de unas situaciones presuntamente acaecidas con lo que se desnaturalizó la finalidad del presupuesto procesal creado con el Acto Legislativo 01 del 14 de julio de 2009 el cual persigue que la autoridad electoral corrija las irregularidades ocurridas que han sido puestas en su conocimiento, contrario a lo señalado por el Tribunal a quo, esta Sección no entenderá agotado el requisito de procedibilidad de la acción sobre esta censura. Aunado a lo anterior, destaca la Sala que el actor en este punto se limitó a exponer de manera genérica y abstracta la ocurrencia de la presunta irregularidad sin expresar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió, a la espera, de que el juez de lo contencioso administrativo las estableciera en el curso del proceso, mediante la práctica de unas pruebas periciales, con las que no se pretendía demostrar los hechos fehacientes del fraude sino examinar si sus expectativas podían ser un hecho cierto o probable, situación que además de implicar el desconocimiento del artículo 177 del C.P.C., pues se estaría relevando al actor de las cargas impuestas por la ley, constituiría un comportamiento desleal con su contraparte y la negación del carácter rogado de esta jurisdicción. En consecuencia, habrá de revocarse el numeral segundo de la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar de oficio probada la excepción de falta de agotamiento de requisito de procedibilidad respecto de éste cargo.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el correcto agotamiento del requisito de procedibilidad. Sentencia del 10 de mayo de 2013. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 1100103228000201000061-00. Demandante: Astrid Sánchez Montes de Oca y otros. Demandados: Senadores de la República 2010-2014.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION QUINTA**

**Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ**

**Bogotá, diez (10) de abril de dos mil catorce (2014)**

**Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01791-02**

**Actor: HENRY ESCOBAR HOLGUIN**

**Demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE TULUA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 4 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que declaró probada la excepción denominada *“ineptitud de la demanda”* por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad con relación al cargo *“Votos fraudulentos de 643 personas que tenían sus cédulas de ciudadanía en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá al 29 de octubre de 2011 (...)”* y negó las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. La demanda

El actor, una vez corregida la demanda inicialmente presentada, solicitó que se declare:

“1. La nulidad de los resultados electorales de doscientas cuarenta y nueve (249) mesas de votación en el Municipio (sic) de Tuluá, donde aparecieron votos fraudulentos de seiscientos cuarenta y tres (643) personas que tenían sus cédulas de ciudadanía en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá al 29 de octubre de 2011 y no podían participar de las elecciones regionales el 30 de octubre de 2011, por la gravedad que representa que sea el mismo Estado a través de la Registraduría que haya permitido y facilitado este fraude electoral.

2. La nulidad de los resultados electorales (sic) las mesas 1, 3 y 10 del Puesto 1 Zona 1; la mesa 3 Puesto 3 Zona 2, las mesas 14,16 y 19 del Puesto 3 Zona 3; las mesas 1 y 36 del Puesto 4 zona 1; la mesa 14 Puesto 1 mesa 90; la mesa 17 puesto 1 zona 2 y mesa 53 puesto 1 zona 2; donde los jurados de votación abusaron de la autoridad y adoptaron una forma de violencia contra los testigos electorales, impidiendo su labor para la pureza y transparencia del proceso electoral en las elecciones regionales del 30 de octubre de 2011.

3. Se verifique la anulación indebida de votos del candidato a la Alcaldía Gustavo Vélez Román mediante estudios forenses en las ciento

cincuenta y ocho (158) mesas de votación restantes en el Municipio (sic) de Tuluá para la transparencia y verdad en los resultados electorales, en concordancia con el hecho 15 y 16.

4. La nulidad del Acta General de Escrutinios de la Comisión Municipal Principal con fecha del 5 de noviembre de 2011, donde se respondió pero no se resolvieron de fondo las reclamaciones presentadas el 1, 3 y 4 de noviembre de 2011 por el candidato a la Alcaldía GUSTAVO ADOLFO VELEZ ROMAN.

5. La nulidad del E-26-ALC del 05 de noviembre de 2011, donde se declara la elección como Alcalde de Tuluá al señor JOSE GERMAN GOMEZ GARCIA del Partido Social Unidad Nacional para el periodo 2012-2015 con un total de 30.424 votos.

6. Que como consecuencia de lo anterior, se cancele la credencial de Alcalde de Tuluá al señor JOSE GERMAN GOMEZ GARCIA para el periodo 2012-2015 y se proceda a un nuevo escrutinio en las ciento cincuenta y ocho (158) mesas de votación restantes en el Municipio (sic) de Tuluá, para garantizar la verdad de los resultados y la transparencia del proceso electoral” (Fls. 48-49).

Para sustentar sus pretensiones de nulidad afirmó, en síntesis, lo siguiente:

- En los comicios realizados el 30 de octubre de 2011 para elegir Alcalde Municipal del municipio de Tuluá - Valle del Cauca **se presentó violencia contra los testigos electorales** porque en la zona 1, puestos 2 y 4; zona 2 puestos 1, 2 y 3; zona 3 puestos 2 y 3; zona 4 puesto 1 y zona 99 puesto 1 los jurados de votación no permitieron el ingreso de los testigos a los puestos de votación antes de las 8:00 am.
- Agregó, que cuando los testigos electorales entraron a los puestos de votación las urnas ya se encontraban “armadas”. [El actor no individualizó las mesas en que ocurrió la presunta irregularidad].

- Adujo que los jurados de votación en la zona 3 puesto 3; zona 4 puesto 1 y zona 99 puesto 1 [sin señalar en cuáles mesas] permitieron que los votantes [sin decir cuáles] fueran acompañados a los cubículos a pesar de no tener *“alguna discapacidad”*.
- Señaló que “algunos testigos electorales” **compraron votos** en la zona 4 puesto 1 mesa 19, hecho que fue denunciado ante la Policía Nacional, sin que se realizara actuación alguna de su parte.
- Sostuvo que en la zona 1 puestos 2 y 4; zona 2 puestos 1, 2 y 3; zona 3 puesto 2 y 3; zona 4 puesto 1 y zona 99 puesto 1 [sin señalar en cuáles mesas], fue constante la **incineración de votos** *“pero no todos aparecen en las anotaciones de los Formularios E-14, casos Mesas 8 y 14 de la zona 3”*.
- Afirmó que en la zona 1, puesto 2, mesas 13 y 14 se presentó **mezcla de votos** por cuanto se abrieron las dos urnas de manera simultánea.
- Alegó que al cierre de la jornada electoral, en el preconteo, en las 407 mesas de votación los jurados no permitieron que los testigos electorales tomaran fotografías de los formularios E-14 como lo dispone la *“Ley 1475 de 2011”*.
- Consideró que no se respetó la cadena de custodia respecto de los formularios E-14 y los tarjetones, pues los documentos electorales fueron transportados en vehículos del demandado; las bolsas presentaron sellos desprendidos y los formularios no contaban con la firma de los jurados correspondientes. [El actor no individualizó la zona, el puesto ni las mesas en que ocurrió la presunta irregularidad].
- Indicó que las irregularidades descritas fueron puestas en conocimiento de los escrutadores municipales; no obstante, no fueron respondidas porque no se encontraban dentro de las causales de reclamación contenidas en el artículo 192 del Código Electoral.

- Señaló que 643 cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia de la registraduría Municipal [sin indicar cuáles] fueron utilizadas para sufragar y favorecer así la votación del demandado. [El actor tampoco individualizó las mesas en que supuestamente votaron los titulares de las cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia]
- Al hacer un comparativo con las elecciones anteriores, consideró que se incrementó de manera desproporcionada el número de votos nulos (65%). Agregó que los votos nulos no fueron exhibidos por los jurados de votación a los testigos electorales en las mesas [sin decir cuáles] *“para verificar si efectivamente lo eran y a que (sic) candidato correspondían”* que pudieron incidir en una anulación indebida de los votos del candidato Gustavo Vélez Román [El actor no individualizó las mesas en que ocurrió la presunta irregularidad].
- Igualmente, se refirió de manera general a presuntas irregularidades por suplantación de electores, a la visita del Alcalde Municipal el día de las elecciones a la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá y a que la Comisión Escrutadora [sin indicar cuál] *“no entregó las actas parciales de escrutinio durante cada jornada como lo exige la Ley 1475 de 2011 Art.42 parágrafo, para confrontarlas al día siguiente por los testigos electorales”*.
- Manifestó que el 1° de noviembre de 2011 se solicitó a la Comisión Municipal Principal la entrega de las actas parciales de escrutinio así como un informe respecto de los votos incinerados. En respuesta, la autoridad electoral indicó que dichos reclamos debieron formularse por los testigos electorales *“dejando constancia en el acta de la mesa”* y frente a los recursos indicó que *“si se trata de un derecho de petición el mismo no es objeto de recurso alguno”*. De igual manera, señaló que el 4 de noviembre de la misma anualidad se pidió a la misma comisión que realizara el recuento de votos *“voto a voto”* pero dicha petición fue negada por considerar que ante esa instancia no procedía tal solicitud, ya que ésta se debió realizar en el escrutinio inicial de cada mesa.

Fundamentó sus pretensiones de nulidad en la infracción de los numerales 1° y 2° del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo que establece:

**“ARTICULO 223. CAUSALES DE NULIDAD.** Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

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.
2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación”.

En el concepto de violación indicó:

**(i) Violencia contra los testigos electorales.**

Sostuvo que la causal contenida en el numeral 1º del artículo 223 del C.C.A. - violencia contra los escrutadores- debe interpretarse en el sentido de que ella también comprende el “abuso de autoridad” por parte de los jurados de votación al impedir que los testigos electorales garanticen la pureza y transparencia del proceso electoral, así como la violencia en contra de las bolsas que contenían los formularios E-14 y los tarjetones las cuales tenían los sellos desprendidos.

**(ii) Registros falsos o apócrifos**

Al respecto, advirtió que 643 cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá, fueron utilizadas para sufragar y favorecer al señor José Germán Gómez García y que no se exigió la huella y la firma con lo que se facilitó la suplantación de los electores (Fls. 35-45).

El actor no citó normas violadas, ni desarrolló concepto de violación respecto de los hechos que narró en relación con: **i)** ingreso de testigos electorales a los puestos de votación cuando las urnas ya se encontraban “armadas”; **ii)** los votantes que no sufrían de discapacidad fueron acompañados a los cubículos; **iii)** los testigos electorales compraron votos; **iv)** incineración y mezcla de votos; **v)**

incremento desproporcionado del número de votos nulos; **vi)** votos nulos que no fueron exhibidos por los jurados de votación a los testigos electorales; **vii)** suplantación de electores; **viii)** visita el día de las elecciones del Alcalde Municipal a la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá.

## **1.2. Contestación**

El demandado intervino por medio de apoderado judicial para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

En relación con el cargo referido a ciudadanos que votaron pese a que sus cédulas de ciudadanía estaban en custodia de la Registraduría Municipal, señaló que dada la naturaleza secreta del sufragio no era posible establecer con certeza si los presuntos 643 votos favorecieron la votación del demandado; sin embargo, solicitó que en el evento de que se diera prosperidad a esta censura, se aplicara el sistema de distribución ponderada del vicio para demostrar que dicha circunstancia no tiene incidencia en el resultado final de las elecciones pues, la diferencia en número votos entre éste y el candidato que le siguió fue de 2.660.

Indicó que el cargo relacionado con la violencia ejercida contra los testigos electorales era indeterminado por cuanto el actor no individualizó las zonas, puestos y mesas en donde ocurrió la presunta irregularidad.

Adujo que el actor no cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción *“al no haber hecho reclamación previa ante la Organización electoral y al no esperar que esta se hubiere pronunciado debidamente”* y que las presuntas irregularidades a las que hizo alusión en su demanda obedecen a una mera apreciación subjetiva, que en todo caso debió ser puesta en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación.

Propuso las siguientes excepciones **i)** *“carencia de derecho sustancial”* que sustentó en que el acto de elección no violó el artículo 223 del C.C.A. dada la amplia diferencia en número de votos entre el demandado y quien le siguió en votación; **ii)** *“ineptitud sustantiva de la demanda”* porque el actor no agotó el requisito de procedibilidad de la acción; **iii)** *“falta de incidencia de las presuntas irregularidades frente al acto acusado”* porque entre el demandado y quien le siguió en votación existe una diferencia de 2.660 votos; **iv)** *“falta de determinación en las pretensiones de las mesas, puestos y zonas donde presuntamente se presentaron las irregularidades”* toda vez que el actor no especificó las mesas de votación en que ocurrieron las presuntas irregularidades y; **v)** las demás que el juez encontrara probadas (Fls. 176-202).

### **1.3. Alegatos de conclusión en primera instancia**

**1.3.1.** El demandante en esta oportunidad procesal manifestó su inconformidad frente a la decisión del Tribunal de negar el decreto de la prueba que solicitó relacionada con los estudios forenses con el fin de acreditar que se anulaban de manera indebida votos del candidato Gustavo Adolfo Vélez.

Explicó que si bien los elementos probatorios obrantes en el proceso no acreditan *“por sí (sic) solos”* violencia o fraude electoral en las elecciones *“si (sic) demuestran unas situaciones anómalas que deben ser valoradas en este proceso y que incluso están siendo investigadas por la autoridad judicial penal competente lo que también consta en el presente proceso de nulidad electoral con las constancias del caso; ejemplo concreto es la circunstancia de que en el año 2007 los votos nulos fueron 1.508, frente a un incremento del 65% sobre 2.483 votos nulos en el año 2011”* (Fls. 300-306).

**1.3.2.** El demandado solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Señaló que de acuerdo con los testimonios rendidos en el proceso resulta claro que las elecciones transcurrieron en normalidad y con apego del ordenamiento. Agregó que las aseveraciones realizadas por el actor obedecen a simples conjeturas subjetivas carentes de respaldo probatorio alguno. Por demás, reiteró

lo expuesto en la contestación de la demanda, especialmente que el actor no agotó el requisito de procedibilidad de la acción y que entre él y quien le siguió en votación existe una diferencia de 2.660 votos “*lo cual es prueba fehaciente de la victoria (sic) democrática*” (Fls. 307-317).

#### **1.4. Concepto del Ministerio Público en primera instancia**

El Procurador 19 Judicial II Administrativo solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda porque si bien el actor agotó el requisito de procedibilidad de la acción, no acreditó la existencia de las irregularidades que alegó. Por el contrario, la prueba testimonial dio cuenta de que la jornada electoral transcurrió en completa normalidad.

Advirtió que aun cuando fuera cierta la afirmación del accionante relacionada con que 643 personas votaron con cédulas de ciudadanía en custodia, y que esos votos favorecieron al demandado, dicha circunstancia en nada afectaría el resultado final de la contienda electoral en la medida en que entre el elegido y el candidato Gustavo Adolfo Vélez Róman existe una diferencia de 2.660 votos. (Fls. 318-329)

#### **1.5. Sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante providencia de 4 de septiembre de 2013 declaró probada la excepción denominada “*ineptitud de la demanda*” respecto del cargo “*Votos fraudulentos de 643 personas que tenían sus cédulas de ciudadanía en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá al 29 de octubre de 2011 (...)*” por falta de agotamiento del presupuesto procesal de la acción, y negó las pretensiones de la demanda.

El Tribunal, por razones de orden, analizó los cargos de la siguiente manera:

En primer lugar, respecto del cargo relacionado con que 643 personas votaron pese a que sus cédulas de ciudadanía se encontraban en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá, concluyó que no se agotó el requisito de procedibilidad de la acción.

Lo anterior, por cuanto el Tribunal consideró que con la petición que el demandante presentó a la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá el 2 de noviembre de 2011<sup>1</sup> a efectos de que se le enviara la relación de las cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia, acreditó que el demandante tuvo conocimiento de este hecho antes de la declaratoria de la elección; en consecuencia, ese mismo día el actor debió ponerla en conocimiento de la Comisión Escrutadora Municipal y requerir la práctica de las pruebas que considerara necesarias.

Así las cosas, el *a quo* circunscribió el estudio de las censuras a los cargos que denominó: (i) violencia contra los testigos electorales; (ii) incineración de votos; (iii) mezcla de votos y; (iv) anulación indebida de votos.

Expuso, respecto de los tres primeros cargos, que éstos no tenían vocación de prosperidad en la medida en que no se probó la ocurrencia de los hechos en que se soportaron; por el contrario, obran testimonios en el plenario que dan cuenta de que el proceso electoral se llevó a cabo en términos de normalidad pues en éstos, varios testigos electorales afirmaron que no tuvieron conocimiento de la ocurrencia de anomalía alguna.

Ahora bien, con relación al cargo formulado por indebida anulación de votos, expresó que no tiene vocación de prosperidad porque el actor no especificó las zonas, puestos y mesas en donde presuntamente ocurrió la irregularidad alegada, tratándose así de una acusación genérica que imposibilitaba su estudio (Fls. 332-348)

---

<sup>1</sup> Fl. 82.

## 1.6. Apelación

El demandante interpuso recurso de apelación con el propósito de que se revocara la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Al efecto, explicó que solo tuvo conocimiento del listado de las cédulas de ciudadanía en custodia que se usaron para favorecer los resultados electorales del demandado el 22 de noviembre de 2011, es decir, después de que se declaró la elección, por lo que le resultaba imposible *“tener para la semana de los escrutinios, del 30 de octubre al 5 de noviembre de 2011, la relación de las mesas con su (sic) puestos y zonas de votación (...)”*. Resaltó que el requisito de procedibilidad se exige para las irregularidades que se presentan en la etapa de votación y escrutinios y que en este caso, el fraude se *“planeó con mucha más antelación para poder habilitarlas o permitir su utilización física por terceros en la votación”* por lo que el requisito de procedibilidad para este cargo no le era exigible.

Respecto del cargo relacionado con la indebida anulación de votos, manifestó nuevamente su inconformidad frente a la decisión del Tribunal de negar el decreto de la prueba relacionada con los estudios forenses pues consideró que ésta era indispensable para decidir la controversia. Así mismo cuestionó que no se hubiera practicado la prueba de inspección judicial<sup>2</sup>.

Por demás, advirtió que se violó el artículo 234 del C.C.A. pues, el decreto de pruebas se realizó el 5 de diciembre de 2012 cuando el término de fijación en lista venció el día 3 del mismo mes y año.

---

<sup>2</sup> Con la demanda el actor solicitó que se practicara una inspección judicial a “las actas procedimientos y custodia de cédulas de ciudadanía que estaban en custodia antes de las elecciones del 30 de octubre de 2011” en Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá. Por auto de 5 de diciembre de 2012 el Tribunal negó su decretó con base en que “según lo establecido en el art. 199 ibidem, el despacho ordenará a los registradores Especiales del estado Civil de Tuluá, rendir informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que les conciernan, determinados en los acápite inspección judicial visibles a folios 42 y 202 del cuaderno principal” (Fls. 204-206). Esta decisión fue apelada el 16 de enero de 2013 (Fls. 20-209). Por auto de 21 de enero de 2013 el Tribunal rechazó por extemporáneo el recurso propuesto (Fls. 218-220).

Finalmente reiteró sus argumentos relacionados con el requisito de procedibilidad, la negación de la práctica de pruebas, la violación del artículo 234 del C.C.A. y el desgaste del aparato de justicia al declarar la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad judicial y las catalogó como omisiones durante el trámite de primera instancia que deberían llevar a una nulidad.

Respecto de los demás cargos estudiados por el Tribunal no realizó ninguna censura (Fls. 355-361).

#### **1.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

El demandante guardó silencio.

El demandado reprodujo el escrito que presentó en sus alegatos de conclusión visibles a folios 307 a 317<sup>3</sup>.

#### **1.8. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia.**

El Procurador Séptimo Delegado solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia con fundamento en que el actor no agotó el requisito de procedibilidad frente a la irregularidad relacionada con que 643 cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá, fueron utilizadas para sufragar y favorecer al señor José Germán Gómez García y advirtió que aun cuando fuera cierta dicha afirmación esta circunstancia en nada afectaría el resultado de la contienda en la medida en que entre los candidatos Germán Gómez García y Gustavo Adolfo Vélez Román existió una diferencia de 2.660 votos.

---

<sup>3</sup> Ver Fls. 395-408.

Frente al cargo relacionado con la indebida anulación de votos señaló que éste no tenía vocación de prosperidad por cuanto el actor no especificó las zonas, puestos y mesas en que se presentó la irregularidad (Fls. 415-427).

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia.**

El artículo 129 del C. C. A., en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003-, asignan a esta Sección el conocimiento en segunda instancia de los procesos de nulidad contra actos de elección de alcaldes de municipios que tengan más de setenta mil (70.000) habitantes, como es el caso de Tuluá.<sup>4</sup>

En este caso la Sala conoce del recurso de apelación presentado por el actor contra el fallo dictado el 4 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, proceso en el que se pretende la nulidad del acto que declaró la elección del Alcalde del municipio de Tuluá para el período 2012-2015; por consiguiente, esta Sala es competente para conocer en segunda instancia del presente asunto.

### **2.2. Cuestiones previas**

#### **2.2.1. Del objeto de la apelación**

Debe precisar la Sala, en primer lugar, que en el fallo impugnado el Tribunal a quo se pronunció respecto de los cargos formulados por el actor con relación a: **i)**

---

<sup>4</sup> Según el DANE la población del municipio en el censo general realizado en el año 2005 es de 187.275 habitantes ([www.dane.gov.co](http://www.dane.gov.co))

violencia contra los testigos electorales; **ii)** incineración de votos; **iii)** mezcla de votos y; **iv)** anulación indebida de votos.<sup>5</sup>

Es importante advertir que para revocar, modificar o confirmar lo decidido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en relación con cada uno de estos cargos, es necesario que el fallo en estos aspectos esté efectivamente apelado y, por consiguiente, lo decidido no se encuentre en firme. De lo contrario, al decidir en segunda instancia aspectos que no fueron objeto de apelación, se vulneraría el derecho fundamental del debido proceso, así como los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada, entre otros.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo.

Ahora, para que se entienda que lo decidido por el *a quo* es efectivamente apelado, es menester que exista interés para recurrir<sup>6</sup>, que el recurrente manifieste su petición de que *el ad quem* estudie lo decidido en la providencia de primer grado para que la revoque o reforme y presente la correspondiente sustentación del recurso<sup>7</sup>.

Respecto de la debida forma de sustentar el recurso de apelación, el párrafo 1º del artículo 352 del C.P.C. -aplicable por remisión del artículo 251A del C.C.A.-

---

<sup>5</sup> Se resalta que el Tribunal no estudio el cargo referido a ciudadanos que votaron pese a tener sus cédulas de ciudadanía en custodia en razón a que no se agotó el requisito de procedibilidad.

<sup>6</sup> Conforme con el artículo 350 del C.P.C.

<sup>7</sup> De conformidad con el artículo 212 del C.C.A., de la forma como fue reformado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 2010

precisa que: *“Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia”*

En el caso en estudio, el recurrente manifestó sus reproches contra el fallo de primera instancia únicamente respecto de las censuras que formuló por **i)** votación de ciudadanos cuyas cédulas, el día de las elecciones, se encontraban en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá [cargo respecto del cual prosperó la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad] y por, **ii)** indebida anulación de votos.

En consecuencia, en razón a que los argumentos planteados por el actor, en su recurso de apelación, limitan la competencia del fallador de segunda instancia la Sala se circunscribirá al estudio de lo efectivamente impugnado.

Sobre lo que el recurrente denomina “omisiones procesales gravísimas” que se presentaron en la primera instancia, advierte la Sala que simplemente reitera los argumentos invocados como reproches a la sentencia de instancia, por lo que se estudiarán como tales y sobre la posible nulidad procesal de conformidad con el artículo 242A<sup>8</sup> del Código Contencioso Administrativo no son causales de nulidad procedentes en esta instancia.

### **2.3. Caso concreto**

---

<sup>8</sup> **Artículo 242 A.** Nulidades procesales y no remisión inmediata de escritos y recurso improcedentes. En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante.

Los escritos y peticiones diferentes a los citados solo se pondrán en conocimiento del Despacho por el Secretario en la siguiente actuación procesal.

La nulidad procesal generada en la sentencia solo procederá por incompetencia funcional, indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante, por omisión de la etapa de alegaciones y cuando la sentencia haya sido adoptada por un número inferior de magistrados al previsto por la ley.

Mediante auto no susceptible de recurso, el Juez o Magistrado Ponente rechazará de plano por improcedente la solicitud de nulidad contra la sentencia que se funde el causal distinta de las mencionadas.

### **2.3.1. De los ciudadanos que votaron pese a que el día de las elecciones sus cédulas se encontraban en custodia de la Registraduría.**

Sostuvo el demandante que 643 cédulas de ciudadanía, que se encontraban en las dependencias de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá, fueron utilizadas para sufragar y favorecer la votación del demandado.

El Tribunal no realizó análisis de la censura porque declaró probada la excepción de *“ineptitud de la demanda”* ante la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

El actor, en el recurso de apelación, para justificar la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad aseveró que fue con posterioridad a la declaración de la elección que tuvo conocimiento del listado de las cédulas de ciudadanía en custodia que se usaron para beneficiar los resultados electorales del demandado. Agregó, que el requisito es exigible cuando las irregularidades se presentan en la etapa de votación y escrutinios, pero en este caso el vicio se *“planeó con mucha más antelación para poder habilitarlas o permitir su utilización física por terceros en la votación”*.

Al respecto, la Sala recalca que el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral fue creado por el artículo 8º del Acto Legislativo N° 01 de 2009 *“Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia”*, que adicionó el artículo 237 de la Constitución Política, en el sentido de que para ejercer el contencioso electoral, cuando se trate de elecciones por voto popular, con fundamento en irregularidades ocurridas en la votación o en los escrutinios [denominadas jurisprudencialmente como causales objetivas], es presupuesto procesal que de manera previa a la declaratoria de las elecciones se haya sometido a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente la referida irregularidad, con la indicación de la zona, puesto y mesa de su ocurrencia, los hechos que presuntamente la originaron y las pruebas en que se fundamenta la solicitud. Lo anterior con el propósito de que en sede administrativa las autoridades mencionadas procedan a su corrección.

Concerniente al requisito de procedibilidad de la acción electoral, esta Corporación ha dicho<sup>9</sup>:

“El artículo 8º del Acto Legislativo 1 de 2009, adicionó el siguiente párrafo al numeral 7º del artículo 237 de la Carta - disposición que establece las competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre otras, la de conocer de la acción de nulidad electoral:

Parágrafo. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral”.

A partir de la expedición de la citada enmienda constitucional, previo a concurrir ante el juez de lo contencioso administrativo en demanda de nulidad contra un acto de elección popular, por irregularidades constitutivas de vicios de nulidad, ocurridas en las etapas electoral y/o poselectoral, los respectivos defectos deben ser puestos en conocimiento de la autoridad electoral correspondiente, en cabeza del Consejo Nacional Electoral.

Dado el carácter de pública de la acción electoral determinado por el bien jurídico que protege, *“la legalidad electoral”*, ese requisito de procedibilidad se cumple demostrando que cualquier persona solicitó el estudio de las irregularidades que pueden constituir vicio de nulidad.

**Sobre el particular** resulta necesario precisar que el agotamiento del requisito de procedibilidad se materializa con la presentación de cualquier solicitud mediante la cual se promueva la verificación y corrección de las respectivas irregularidades, sin importar la nominación que se les dé (reclamación, solicitud de corrección, solicitud de revisión etc.)

Cuando la autoridad electoral se pronuncia por razón de una solicitud de parte sobre irregularidades que configuran causal de nulidad, ocurridas en la etapa electoral propiamente dicha o en el escrutinio, y se pretende impugnar la elección por tales circunstancias, se impone demandar, junto con el acto electoral, aquel o aquellos que resolvieron sobre el particular en la vía administrativa, se reitera, formulando acusación formal contra tales actos.

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1º de noviembre de 2012. Expediente: 11001-03-28-0.00-2010-00086-00 y 11001-03-28-000-2010-00102-00. Consejero Ponente Mauricio Torres Cuervo.

Frente al tema, la Sección<sup>10</sup> precisó:

‘Por ende, si al agotarse el requisito de procedibilidad la autoridad electoral profiere actos administrativos decidiendo las irregularidades denunciadas, en el proceso deberá impugnarse tanto el acto de elección, como los actos que despacharon las irregularidades puestas en conocimiento de la autoridad electoral, con la precisión que lo demandado en el proceso haga parte de lo que fue puesto en conocimiento y decidido por las autoridades electorales, ya que de existir casos no contemplados en las peticiones, sobre los mismos no podrá pronunciarse el juez de lo electoral por falta de agotamiento del citado requisito.

Sólo cuando se propone el estudio de irregularidades y la autoridad electoral se abstiene de pronunciarse sobre el particular, es posible la demanda directa por razón de las citadas irregularidades.

En cuanto el requisito de procedibilidad incorpora un autocontrol de la legalidad del proceso administrativo electoral y el acto de elección no es pasible de recurso alguno, cualquier solicitud de estudio de irregularidades que puedan degenerar en vicios especiales de nulidad del acto de elección popular, debe presentarse antes de que se declare la elección”.

Examinado lo anterior, es claro que tratándose de vicios que se presenten en la votación o escrutinios, en elecciones de carácter popular, antes de acudir al contencioso electoral debe agotarse el requisito de procedibilidad.

Ahora, según el actor en este caso no debe exigírsele cumplir con el aducido requisito por dos razones: **i)** porque la irregularidad no aconteció en la votación, sino que se *“planeó con mucha más antelación para poder habilitarlas o permitir su utilización física por terceros en la votación”* [refiriéndose a las cédulas de ciudadanía en custodia] y; **ii)** porque se enteró de la irregularidad con posterioridad a la declaración de la elección.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de agosto de 2011, Expediente 11001-03-28-000-2010-00045-00; 11001-03-28-000-2010-00046-00 Consejera Ponente doctora Susana Buitrago Valencia.

Con relación al primer aspecto la Sala debe recalcar que el proceso administrativo electoral corresponde al conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para producir un acto de elección popular. En ese sentido, la jurisprudencia ha identificado tres estadios o etapas en este proceso, a saber: la preelectoral, la electoral y la poselectoral

El proceso administrativo electoral da inicio con la inscripción de candidatos, la designación de jurados de votación y todas aquellas actuaciones necesarias para la jornada electoral propiamente dicha (etapa preelectoral); de ella se ocupan los Títulos IV y V del Código Electoral. La segunda (etapa electoral) involucra la votación propiamente dicha y está regulada por el Título VI ibídem. Por último, la tercera (etapa poselectoral) comprende el escrutinio de votos, la proposición y resolución de reclamaciones y solicitudes de recuento, la de revisión de irregularidades ocurridas en la votación y escrutinio de votos (trámite que se impuso a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2009), la declaratoria de elección y la consecuente expedición de credenciales; que se encuentra reglada en el Título VIII del Código Electoral y en el Acto Legislativo 01 de 2009.<sup>11</sup>

La presunta irregularidad referida por el actor -ciudadanos que votaron pese a que sus cédulas se encontraban en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá- aconteció en la etapa electoral, pues su materialización se concreta precisamente en el propio certamen electoral, es decir, el día de las elecciones.

En efecto, si el documento de identificación del ciudadano se encontraba en poder de la Registraduría para la fecha en que se realizaron las elecciones, aunque el actor no señala cómo se consumó la supuesta irregularidad, sí fue porque esa persona no pudo ser identificada por parte de los jurados en la correspondiente mesa de votación como lo exige el artículo 114 del Código Electoral<sup>12</sup>, y/o por

---

<sup>11</sup> Sentencia de 29 de agosto de 2012, Rad. 11001-03-28-000-2010-00050-00; 11001-03-28-000-2010-00051-00.

<sup>12</sup> Dice la norma:

“El proceso de la votación es el siguiente: El Presidente del Jurado le exigirá al ciudadano la cédula de ciudadanía, la examinará, verificará su identidad y buscar el número de la cédula en la lista de sufragantes. Si figurare, le permitirá depositar el voto y registrará que el ciudadano ha votado. Este registro se efectuará de acuerdo con las instrucciones que imparta la Registraduría Nacional del Estado Civil a los jurados.

suplantación <sup>13</sup> tal vicio, de haberse presentado, tendría lugar el día de las votaciones, razón por la cual está comprendido dentro de los supuestos del Acto Legislativo 01 de 2009 [irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio] y por ello, es exigible el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Por otra parte, el actor alegó que no agotó el requisito de procedibilidad de la acción frente a la mencionada irregularidad, porque sólo tuvo en su poder el listado de las cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá el 22 de noviembre de 2011, fecha en la que se dio respuesta a la petición que presentó el 2 de noviembre de la misma anualidad<sup>14</sup>.

Pese a lo expuesto por el recurrente, advierte la Sala que el actor bien pudo con la debida anterioridad solicitar a la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá que le suministrara el listado de las cédulas de ciudadanía que no habían sido reclamadas por sus titulares a efectos de obtener respuesta antes del día de las elecciones, y confrontar esta información con con el formulario E-11 [registro general de votantes] para determinar si efectivamente, el día del certamen electoral, se utilizaron para votar las cédulas de ciudadanía que se encontraban en custodia.

---

En las elecciones para Presidente de la República, identificado el votante se le entregará la tarjeta o tarjetas electorales con el sello del jurado de votación en el dorso de la tarjeta. Acto seguido, el elector se dirigirá al cubículo y registrará su voto en el espacio que identifique al partido o agrupación política de su preferencia, o en el lugar previsto para votar en blanco; luego doblará la tarjeta correspondiente, regresará ante el jurado de votación y la introducirá en la urna. Ninguna persona podrá acompañar al elector en el momento de sufragar". (inciso adicionado por el artículo 3° de la Ley 62 de 1988)

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. M.P. Susana Buitrago Valencia. Sent. 31 de Julio de 2009. Rad. 44001-23-31-000-2007-00244-02. "Por su parte, la línea jurisprudencial que ha orientado las decisiones de la Sección en esta materia ha considerado que esta modalidad de fraude (suplantación de electores) se enmarca en la causal de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación que prevé el artículo 223, numeral 2° del Código Contencioso Administrativo, al presentarse falsedad en ellas porque se contabilizan votos ilegalmente depositados para obtener un resultado electoral distinto al que corresponde a la voluntad legítima del electorado. De manera que el fraude por suplantación de electores puede definirse como aquellas conductas, en principio, realizadas por ciudadanos (suplantadores) con la anuencia ya por negligencia o mala fe del jurado, mediante las cuales se consignan o introducen datos en el formulario E-11 "lista de sufragantes y registro general de votantes" carentes de veracidad, en contravía del proceso de votación previsto en el artículo 114 del Código Electoral y con el propósito de registrar votos irregulares tendientes a modificar el resultado electoral.

<sup>14</sup> Fl. 82.

El agotamiento del requisito de procedibilidad implica necesariamente que se determine, antes de la declaratoria de la elección, el número de cédula de ciudadanía del elector, que el documento de identidad efectivamente se encontraba en custodia y que pese a ello se utilizó el día de las elecciones para votar con la concreción de la zona, puesto y mesa. Lo anterior, para que se presente en debida forma la irregularidad ante la autoridad electoral correspondiente en sede administrativa, y luego, en caso de no obtener respuesta, o que ésta sea desfavorable, acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Frente al cierre de entrega de cédulas, el Registrador Nacional del Estado Civil, en virtud de sus funciones constitucionales de dirección y organización de elecciones, el 24 de Octubre de 2011 mediante la Circular No. 170 impartió instrucciones a los servidores públicos de la entidad –Delegados Departamentales, Registradores Distritales, Especiales, Municipales y Auxiliares - para el proceso de cierre de entrega de cédulas así:

1. El sábado 29 de octubre de 2011 a las 12 del medio día se suspende la entrega de cédulas de ciudadanía con la presencia de las autoridades competentes, quienes deben ser contactados por los funcionarios de la Registraduría.
2. Deberán elaborar un acta en la que se relacionen los documentos de identidad que no fueron reclamados, discriminados por tipo de expedición, número de cédula, nombres, apellidos y totales, con base en la información arrojada por la HLED (Herramienta logística de Entrega de Documentos).
3. Los Delegados Departamentales y Registradores Distritales deberán consolidar la información de las actas elaboradas en las diferentes Registradurías a su cargo, verificando el cumplimiento de lo requerido y remitir informe de cierre a la Coordinación de Producción y Envíos de la Dirección Nacional de Identificación a través de correos electrónicos antes de las 8: 00 a.m. de 30 de octubre de 2011.

4. Los documentos de identidad deben quedar bajo custodia del Registrador correspondiente, archivados con todas las medidas de seguridad en lugar bajo llave y debidamente sellado.
5. El día miércoles 2 de noviembre de 2011 a partir de las 8:00 a.m. se debe reanudar la entrega de cédulas de ciudadanía, mediante acta firmada por las personas que intervinieron en el cierre el día 29 de octubre.

En virtud de tal reglamentación interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el recurrente pudo obtener la información sobre las cédulas que quedaban en custodia el día en que se realizó el cierre de la entrega de cédulas, esto es el 29 de octubre de 2011, teniendo en cuenta que el listado de cédulas que quedan en custodia no hace parte de la información reservada de conformidad con el artículo 213 del Código Electoral que establece que sólo son reservados las informaciones referentes a la identidad de las personas, como son sus datos biográficos, su filiación y fórmula dactiloscópica.

En el asunto en estudio, el actor el 2 de noviembre de 2011, es decir, con posterioridad a las elecciones que se celebraron el 30 de octubre de esa anualidad, presentó petición a la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá para que, entre otras cosas, le expidieran *“Listado de cédulas de ciudadanía que llegaron a la Registraduría Especial de Tuluá a partir del 1° de Enero de 2007, y que a la fecha, no han sido reclamadas por los ciudadanos.”*

La presentación tardía de la petición del actor, impidió que éste pudiera determinar, antes de la declaratoria de la elección, cuáles cédulas de ciudadanía en custodia se utilizaron para votar y en cuáles mesas, razón por la cual fue por su propia incuria que no agotó el requisito de procedibilidad.

Al margen de lo expuesto, que impone declarar la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad frente a este cargo, destaca la Sala –a título de pedagogía jurídica- que el actor en su demanda tampoco identificó del listado de cédulas de ciudadanía suministradas por la Registraduría cuáles se utilizaron para votar, ni precisó las zonas, puestos y mesas donde ello efectivamente aconteció.

En consecuencia, habrá de modificar la decisión de primera instancia que declaró probada la excepción de inepta demanda, pues la exigencia constitucional no es un presupuesto de la demanda sino un requisito para poder formular la acción, y en su lugar declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

### **2.3.2. De la anulación indebida de votos**

Para sustentar este cargo el actor adujo que se presentó una anulación indebida de votos depositados en favor del candidato Gustavo Adolfo Vélez Román, en razón a que dichos tarjetones electorales no fueron exhibidos por los jurados de votación a los testigos electorales *“para verificar si efectivamente lo eran y a que candidato correspondían”*.

El Tribunal negó las pretensiones porque consideró que si bien el demandante agotó el requisito de procedibilidad de la acción, no especificó las zonas, puestos y mesas en donde presuntamente ocurrió la irregularidad.

No obstante, en criterio de esta Sala, el actor no cumplió con el presupuesto procesal para ejercer el contencioso respecto de éste cargo toda vez que lo único que obra en el expediente es copia simple de una solicitud que en ejercicio del derecho de petición, el señor Henry Escobar Holguin y otros, realizaron ante la Comisión Escrutadora el 3 de noviembre de 2011, en la que expresaron:

“(…) respetuosamente les solicitamos se expidan copias auténticas de los siguientes documentos y la explicación del por qué no fueron entregado en su debido momento como lo ordena las Ley 1475 de 2011 en su artículo 42 único párrafo y la revisión voto a voto en cada mesa:

(…)

3. Que se resuelva por escrito la solicitud del recuento voto a voto en el escrutinio general por la serie de irregularidades descritas en el memorial radicado el 1 de noviembre de 2011 por el candidato Gustavo Adolfo Vélez Román, y además:

(...)

B. porque (sic) tampoco dejaron revisar la marcación de los votos nulos que crecieron en un 65% del 2007 al 2011 para verificar su legalidad.

(...)” (Fl. 20).

De lo que se desprende que se trató de una simple petición de información y no **del planteamiento ante la autoridad administrativa electoral, de una censura constitutiva de posible nulidad de la elección que estaba próxima a declararse.**

Al respecto, esta Sección<sup>15</sup> ha sostenido que:

“La Sala señala, una vez más, que a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 14 de julio de 2009, el conocimiento por parte del juez electoral, de las irregularidades ocurridas durante las votaciones o los escrutinios, solamente es posible en la medida que se acredite dentro del proceso el agotamiento del requisito de procedibilidad consagrado en el parágrafo del numeral 7º del artículo 237 Constitucional, adicionado por el artículo 8º de esa enmienda constitucional, esto es que las mismas fueron puestas en conocimiento de las autoridades electorales con antelación a la declaración de elección.

Para hacerlo **no basta con que el interesado formule durante los escrutinios peticiones vagas o gaseosas. El correcto agotamiento del requisito de procedibilidad demanda del interesado una precisión importante.** De un lado, debe cuidarse de no mezclar causales de reclamación con causales objetivas de nulidad, pues está claro que el requisito en cuestión no opera frente a las primeras, que por tener un régimen propio y especial en el Código Electoral, al mismo se debe atener. Es decir, que las causales de reclamación se deben seguir manejando en la oportunidad, en los términos y por las causales legalmente establecidas.

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 10 de mayo de 2013. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Expedientes Acumulados 1100103228000201000061-00. Demandante: Astrid Sánchez Montes de Oca y otros. Demandados: Senadores de la República 2010-2014.

De otro lado, el señalado requisito, que se concibió para el control administrativo de las irregularidades ocurridas durante las votaciones y los escrutinios, constitutivas de falsedades electorales de tipo objetivo, comparte con éstas el deber de determinación. **En muchas oportunidades ha dicho la jurisprudencia de la Sección que el reclamo jurisdiccional de tal tipo de anomalías debe estar precedido de una particular precisión, en la que no son de recibo planteamientos generalizados o abstractos, ya que es carga del interesado detallar cada una de las irregularidades que en su opinión se produjeron y que son objeto de demanda, a efectos de que el operador jurídico pueda constatar su existencia.**

**Al respecto ha dicho la Sala, además, que al interesado no le basta suministrar la identificación de la mesa, ya que la correcta formulación de los cargos le impone el deber de precisar los diferentes elementos de cada una de las irregularidades denunciadas.** Por ejemplo, si se trata de jurados suplantadores o de facto, es preciso identificarlos por su nombre y documento de identidad con el que se identificaron en la respectiva mesa; y, por el contrario, si se trata de falsedad en los registros electorales, porque la votación se alteró sin una justificación legal, es necesario que se identifique el candidato o la opción política respectiva, así como la votación que figura en los formularios E-14 y E-24. El deber de determinación ha sido tratado por la Sección en estos términos:

**“Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 137 numeral 4º del C.C.A., y en la necesidad de salvaguardar el debido proceso, así como la garantía del derecho a la defensa de los sujetos pasivos de la relación jurídico-procesal, se ha dicho por esta Sala que los procesos electorales, basados en causales objetivas de nulidad o en irregularidades ocurridas en las votaciones y en los escrutinios, deben tener una determinación cuantitativa y cualitativa, o un mínimo de precisión en los señalamientos o imputaciones que se formulan.**

**La determinación cuantitativa alude al número de casos que frente a cada fenómeno o irregularidad se produjeron durante la respectiva elección; y la precisión cualitativa hace referencia a los elementos identificadores de cada una de las anomalías que son puestas en conocimiento de esta jurisdicción.**

Así, por ejemplo, la cualificación en las suplantaciones, se cumple si el actor identifica su número, la zona, el puesto y la mesa donde ocurrieron, así como el cupo numérico frente al que se produjo, su titular y el nombre del suplantador, si es que la caligrafía permite su identificación; o como podría ser también, la alteración que de ordinario se hace en cuanto a la votación de los candidatos, como en la demanda anterior, donde algunas modificaciones injustificadas experimenta la votación al pasarla de un formulario al otro, evento en el cual recae en

el actor la carga de individualizar la mesa de votación, así como la votación registrada en cada documento electoral.”<sup>16</sup>

**Pues bien, en la actualidad el requisito de procedibilidad y el deber de determinación de los cargos basados en causales objetivas de nulidad, como la falsedad, hacen causa común. Esto para indicar que la precisión de las irregularidades debe ocurrir desde la propia instancia administrativa, donde el interesado debe suministrar a las autoridades electorales información precisa sobre las anomalías que pretenda controlar.**

**Por lo mismo, no puede considerarse debidamente agotado el presupuesto constitucional si la abstracción o generalización caracterizó las peticiones formuladas ante las autoridades electorales, así en la presentación de la demanda se haga la concreción del caso, ya que lo planteado ante la jurisdicción debe concordar exactamente con lo que en su momento se puso en conocimiento de las autoridades electorales para agotar el requisito de procedibilidad. En pocas palabras, la determinación debe surtir desde un comienzo, desde la fase administrativa, sin que sea posible pretender subsanar esa omisión ante la jurisdicción, por la inescindible relación que surge entre los escenarios administrativo y jurisdiccional” (Negrillas fuera de texto).**

Así, comoquiera que no se planteó con claridad en la etapa administrativa la existencia de un reproche y más bien se solicitó con vaguedad e imprecisión la explicación de unas situaciones presuntamente acaecidas con lo que se desnaturalizó la finalidad del presupuesto procesal creado con el Acto Legislativo 01 del 14 de julio de 2009 el cual persigue que la autoridad electoral corrija las irregularidades ocurridas que han sido puestas en su conocimiento, contrario a lo señalado por el Tribunal a quo, esta Sección no entenderá agotado el requisito de procedibilidad de la acción sobre esta censura.

Aunado a lo anterior, destaca la Sala que el actor en este punto se limitó a exponer de manera genérica y abstracta la ocurrencia de la presunta irregularidad sin expresar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió, a la espera, de que el juez de lo contencioso administrativo las estableciera en el curso

---

<sup>16</sup> Sentencia del 25 de agosto de 2011. Expedientes acumulados: 110010328000201000045-00 y 110010328000201000046-00. Actor: Sandra Liliana Ortiz Nova y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por Boyacá. C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia. Al respecto también pueden consultarse las siguientes providencias: Fallo de Agosto 27 de 2009. Expediente: 440012331000200700246-01. Actor: María de los Remedios García Arpushana y otra. Demandado: Alcalde Municipal de Uribe. C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Y Fallo de mayo 6 de 2010. Expediente: 050012331000200703351-01. Actor: Darío de Jesús Preciado Zapata y otro. Demandado: Alcalde Municipal de Bello. C.P. Da. Mauricio Torres Cuervo.

del proceso, mediante la práctica de unas pruebas periciales, con las que no se pretendía demostrar los hechos fehacientes del fraude sino examinar si sus expectativas podían ser un hecho cierto o probable, situación que además de implicar el desconocimiento del artículo 177 del C.P.C., pues se estaría relevando al actor de las cargas impuestas por la ley, constituiría un comportamiento desleal con su contraparte y la negación del carácter rogado de esta jurisdicción.

Sobre el referido principio esta Corporación ha dicho<sup>17</sup>:

“(...) 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 peritos<sup>18</sup>, 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

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 66001233100020120001101. Sent. 26 de febrero de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>18</sup> 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.

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 Carnelutti<sup>19</sup> 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 enseñarnoslo, 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 como se somete a prueba una operación matemática... que no es otra cosa que un juicio...”*

“(...) 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”.

---

<sup>19</sup> CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Colección Clásicos del Derecho. Méjico. 1994. Págs. 83 y 84.

En consecuencia, habrá de revocarse el numeral segundo de la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar de oficio probada la excepción de falta de agotamiento de requisito de procedibilidad respecto de éste cargo.

De otro lado, en lo relacionado con las manifestaciones sobre la negativa y el no decreto de las pruebas denominadas “estudios forenses” e “inspección judicial”, se pone de presente al apelante que el momento para impugnar el auto de pruebas ya fue superado y tuvo la oportunidad procesal para hacerlo. De acuerdo con lo resuelto por el Magistrado Ponente en auto de 21 de enero de 2013 (Fls. 218-220), el recurso fue presentado fuera de término por lo que no es posible recabar sobre el asunto.

Así mismo, sobre la posible existencia de nulidad procesal por las mismas circunstancias, es pertinente aclarar que de conformidad con lo establecido en el artículo 242ª del C.C.A en la segunda instancia del proceso electoral no se pueden proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda, por lo tanto se rechazará de plano la solicitud de nulidad por improcedente.

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.- MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de 4 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que declaró probada la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad respecto del cargo de votos fraudulentos de ciudadanos cuyas cédulas se encontraban en custodia de la Registraduría Especial del Estado Civil de Tuluá, el

día de las elecciones, para en su lugar declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

**SEGUNDO.- REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia de 4 de septiembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca únicamente en lo que respecta al cargo de anulación indebida de votos, para en su lugar declarar de oficio probada la excepción de falta de agotamiento de requisito de procedibilidad.

**TERCERO.- RECHAZAR** de plano la solicitud de nulidad presentada por improcedente, de conformidad con lo establecido en la parte motiva del presente proveído.

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

**QUINTO.- DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen.

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

**CÒPIESE, NOTIFÌQUESE Y CÙMPLASE**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
Presidente

**LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ**

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**