

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se emiten medidas cautelares de urgencia en la admisión de la demanda contra el acto por medio del cual se declaró el resultado del Plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la construcción de una paz estable y duradera

Los actores propusieron en el escrito de demanda la solicitud y sustentaron la solicitud de las medidas cautelares “(...) en las declaraciones dadas el 05 de octubre de 2016 por el señor Juan Carlos Vélez Uribe (en su condición de Gerente de la Campaña del Centro Democrático (Partido Político más representativo del NO) al diario La República, donde se infiere que se ejerció Violencia Psicológica para inducir a los Electorales (sic) que votaran por el NO en las Elecciones del Plebiscito del pasado 02 de octubre de 2016”. En dicha entrevista el señor Vélez Uribe manifestó que la estrategia de la campaña del NO que él gerenció era “dejar de explicar los acuerdos” y se centró en exacerbar el miedo y la indignación de los votantes con mensajes (tergiversados) (...) Atendiendo entonces a lo solicitado por el actor, quien sustenta la petición en la confrontación entre el acto demandado, las normas superiores invocadas como violadas y el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, este Despacho antes de entrar a estudiar los cargos alegados se referirá a (i) El plebiscito como mecanismo de participación ciudadana y cómo se debían desarrollar las campañas según su reglamentación Constitucional y legal y la jurisprudencia, (ii) El fraude al sufragante como forma de violencia psicológica que genera nulidad electoral y su manejo de cara al acto plebiscitario que se enjuicia, y (iii) El valor probatorio de las notas periodísticas y las fotografías, el hecho notorio y el análisis de las pruebas allegadas con la demanda (...) la información que se suministró al electorado en la fase definitiva de campaña reflejó una total tergiversación, en muchos de sus aspectos neurálgicos, del contenido del acuerdo sometido a votación el 2 de octubre de 2016, el cual fue determinante para la obtención del resultado en dicha contienda electoral, comoquiera que la manera sistemática y masiva en la que se llevaron a cabo las diferentes campañas generó una influencia global que torna imposible determinar con claridad la voluntad de los sufragantes. (...) De ahí que, se concluya la existencia de un engaño generalizado que anuló la libertad del electorado para escoger autónomamente entre las opciones existentes frente al plebiscito en cuestión, pues, como se demostró, quedaron al descubierto mentiras expuestas de forma masiva y sistemática, sobre todo en relación con los temas de ideología de género, eliminación de subsidios, afectación del régimen pensional, impunidad, víctimas y cambio a un modelo de Estado como el de Venezuela a los cuales el Despacho se refirió en precedencia, lo cual, a su vez, provocó un clima de desinformación, manipulación, distorsión de la verdad –necesaria para la adopción de una decisión soberana– relacionada con la definición del destino de los colombianos sobre un asunto fundamental para la vida del Estado y la sociedad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 40 / LEY 34 DE 1994

ACTO ELECTORAL – Definición / COMPETENCIA – Regla residual / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Regla de competencia / MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA – Podrá decretarlas el Magistrado Ponente

El acto electoral es aquel por medio del cual la administración declara una elección por voto popular, la declaratoria del resultado de esta votación por el Consejo Nacional Electoral es un acto electoral, pues por medio de este se

declaró como ganadora de la elección por voto popular la opción que obtuvo el mayor número de votos (...) el juez competente para conocer del proceso de nulidad electoral que se origina con esta demanda es el Consejo de Estado a través de su Sección Quinta, por la naturaleza del asunto, en atención al reparto por especialidades / si bien la Sección Quinta ha optado siempre por resolver sobre la medida cautelar de suspensión provisional del acto con la concurrencia de todos o la mayoría de los integrantes de la Sala, no ha descartado que en eventos en que la inminencia sea tal que no sea posible la sesión corporativa, lo haga el Consejero Ponente. Sin embargo, como se verá más adelante en este evento aunque resulta imposible de reunir la Sala, no es necesario que la Magistrada Sustanciadora se pronuncie sobre esta medida, por lo que sobre su solicitud se correrá traslado a los sujetos procesales para que si a bien lo tienen se pronuncien sobre ella de conformidad con el artículo 233 del CPACA. Tal traslado, eso sí, no es necesario respecto a las medidas diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto demandado que se han deprecado y aquellas que oficiosamente se observe por el Despacho que deban ser tomadas de oficio, respecto de las cuales la competencia está radicada única y exclusivamente en el ponente (...) De otro lado, los actores solicitan medidas cautelares de urgencia diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, que de conformidad con el artículo 230 del CPACA deben ser conocidas por el Juez o Magistrado Ponente

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 149 NUMERAL 1 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 234 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 233 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 230

MEDIDA CAUTELAR – Definición / MEDIDA CAUTELARE – Concepto y fundamento constitucional / MEDIDA CAUTELAR – Preventivas conservativas y anticipativas / MEDIDA CAUTELAR - Requisitos de procedencia / MEDIDA CAUTELAR – El legislador no excluyo tácitamente la posibilidad de aplicar medidas distintas a la suspensión provisional en el proceso electoral

La Ley 1437 de 2011 – CPACA, estableció una amplia gama de medidas cautelares, que pueden ser aplicadas de oficio o a solicitud de parte con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, entre ellas se encuentran las (i) preventivas, destinadas a impedir que se consolide una afectación al derecho del cual se busca su protección; (ii) conservativas, este tipo de medidas buscan mantener o resguardar un statu quo ante; (iii) anticipativas, en donde se procura satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el actor, y que encuentra su justificación en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el demandante, y de (iv) suspensión que consiste en una cesación temporal de los efectos de una decisión administrativa. Es preciso destacar que el CPACA no establece un número limitado o taxativo de medidas cautelares que puedan ser adoptadas por el Juez, por el contrario, se trata de un procedimiento flexible con el que se busca, en definitiva, adoptar decisiones inmediatas, las cuales pueden ser de cualquier tipo, con el fin de satisfacer las necesidades que surjan con una situación en específico; esto se evidencia en el artículo 230 que establece que: el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias (...) El CPACA en su artículo 231 estableció los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en general y, en forma separada, de la suspensión provisional, frente a ésta última, indicó que es procedente decretarla cuando se advierta la violación de las normas invocadas, sea a partir de su confrontación con el acto demandado, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, y también señaló que en caso de pretenderse

el restablecimiento de algún derecho e indemnización de perjuicios, éstos deberán probarse al menos sumariamente, sin que ello implique prejuzgamiento (...) aunque el trámite especial del medio de control de nulidad electoral no prevé la adopción de medidas cautelares distintas de la suspensión provisional del acto impugnado, esto no debe interpretarse en el sentido de que el legislador excluyó tácitamente la posibilidad de tal complementación, sino por el contrario, que prefirió acudir a la técnica del reenvío o al principio de integración normativa para que las otras medidas cautelares consagradas para el proceso ordinario puedan emplearse en este escenario (...) como el medio de control de nulidad electoral es un proceso declarativo, pues se pide la intervención jurisdiccional para que se declare la nulidad de un acto electoral, este Despacho considera que sí es viable decretar ese tipo de medidas cautelares en la modalidad que tenga relación con el petitum de la demanda. En este evento sin lugar a hesitación alguna de lo que se trata es de proteger los intereses colectivos, ni más ni menos, que el de todo el pueblo Colombiano en quien, dicho sea de paso, radica la soberanía, por lo que es palmario que en la acción de nulidad electoral, y más si la petición es de urgencia, no es dable exigir constitución en caución previa a la decisión de medida cautelar.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 231

PLEBISCITO – Características como mecanismo de participación ciudadana / PLEBISCITO - Facultad a la cual puede acceder o no el Jefe de Gobierno y del Estado / CAMPAÑA - Desarrollo según reglamentación constitucional legal y la jurisprudencia

En punto a la fisonomía jurídica del plebiscito, es menester advertir que se trata de un instituto de participación política “semi-directa” – marca indeleble del concepto de democracia participativa – perteneciente al género de la consulta popular, sin que por ello pueda admitirse su identidad absoluta, pues como muy bien lo ha fijado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el radio de decisión varía entre los mismos. En efecto, mientras la consulta tiene por objeto el pronunciamiento del pueblo respecto de una pregunta que puede recaer o no en el ámbito competencial del ejecutivo, el plebiscito se limita a saber la opinión del pueblo en asuntos que son de competencia exclusiva del ejecutivo. El acto plebiscitario tiene entonces como finalidad indagar el sentir del constituyente primario respecto de una política pública - la cual releva exclusivamente del ejecutivo - en torno al “... rumbo, orientaciones o modalidades del Estado” No obstante, la decisión de someter un asunto público a la opinión del electorado vía plebiscito, se presenta como una facultad a la cual puede acceder o no el Jefe de Gobierno y del Estado (...) el derecho de los ciudadanos a ejercer campañas que promovieran las opciones del “sí” o el “no”, en el contexto del plebiscito especial del pasado 2 de octubre, debía igualmente armonizarse con el derecho de los electores a desempeñar su derecho al voto sin ningún tipo de coacción física o psicológica, para lo cual era preciso el desarrollo de campañas límpidas y transparentes, centradas en el debate en torno al texto del acuerdo. En otros términos, del debido funcionamiento de las campañas dependía el hecho de que los ciudadanos pudieran expresar públicamente sus preferencias y concurrir a la elección sin presiones de ninguna naturaleza, lo cual implicaba la eliminación de toda amenaza armada o fundada en cualquier modalidad de uso de la coacción, la fuerza o el engaño. NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio democrático consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 2015-00016 de 13 de octubre de 2016. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez. Sobre los rasgos característicos del Plebiscito como mecanismo de participación ciudadana consultar: Corte Constitucional, sentencias C-379 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-180 de 1994. M.P.

Hernando Herrera Vergara. Sobre los parámetros para el desarrollo de campañas en los distintos mecanismos de participación ver: Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo, Corte Constitucional Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y Corte Constitucional. Sentencia C-376 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 3 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 103 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 79 / LEY 134 DE 1994 – ARTICULO 80

FRAUDE AL SUFRAGANTE – Como forma de violencia psicológica / VIOLENCIA PSICOLOGICA – Genera nulidad electoral / ACTO PLEBISCITARIO – Manejo de la violencia psicológica / CAUSALES DE ANULACION ELECTORAL – Por violencia psicológica sobre los electores

Se trata de una causal autónoma que incorporó al derecho positivo el desarrollo jurisprudencial que tuvo en el Consejo de Estado, y particularmente en esta Sección, la violencia como vicio en la legalidad de un acto de elección (...) la causal de violencia en el CCA se integraba al numeral 1° del artículo 223 de dicha codificación, pero únicamente en defensa de los escrutadores y las “papeletas de votación” (...) en aquel entonces no se admitió la violencia contra una autoridad electoral como causal de nulidad del acto de elección respectivo, y que las presiones e insultos no se tenían como hechos constitutivos de violencia, es decir, que la Sala solo admitía como tal la física y no otras expresiones de ese fenómeno, como la violencia psicológica (...) Resulta evidente que al día de hoy la mayoría de casos en los que se ha estudiado la legalidad del acto electoral, por ejemplo, bajo el prisma de la violencia psicológica, se han orientado por la modalidad conocida como “corrupción al sufragante”. Pero no porque una figura sea condición necesaria y exclusiva de la otra, sino porque los casos que hasta el momento han llegado a conocimiento de la Corporación, se ajustan en sus supuestos fácticos y jurídicos a esa forma de afectación del sistema democrático. Empero, más allá de tal circunstancia, es lo claro que, en el plano de lo real, las posibilidades son infinitas, por eso los retos que debe afrontar el juez de lo electoral, en su incesante tarea de preservar la democracia, conllevan un desarrollo de los elementos de cognición que, a través de los instrumentos que brinda el ordenamiento jurídico, permitan ofrecer a la sociedad en general una prenda invaluable de justicia material. Lo anterior cobra vigor en medio de un entorno dinámico, voluble y cambiante como el que gobierna las contiendas eleccionarias, en el que con más veras se debe enaltecer la verdad y el respeto por los valores, principios y reglas que irradian el Estado Social de Derecho. Dentro de ese contexto, es pertinente avanzar en el concepto de violencia psicológica que hasta ahora se ha decantado, pues las circunstancias particulares del sub examine así lo imponen. Para ello, el punto de partida natural debe ser el estado actual de la jurisprudencia electoral, que conduce a un entendimiento de la violencia como todo acto que afecte “... la expresión de la voluntad libre de los ciudadanos...” ya que “... toda actuación u omisión que afecte la libertad individual para decidir el sentido del voto infringe el núcleo esencial de este derecho constitucional.” En este mismo sentido, resulta contundente el entendimiento que le dio la Sala a este indeseable fenómeno en el reciente fallo de los representantes a la Cámara por el departamento Guainía, en el que con vehemencia precisó que “dicha violencia comprende no solo las [formas] físicas sino también las psicológicas, el constreñimiento, la coacción o cualquier tipo de situación que anule su libertad de escoger libremente la opción para ejercer el derecho al voto, lo cual incluye el otorgamiento de dádivas considerado por el derecho penal como delito de corrupción al sufragante”. En ese orden de cosas, si

hechos constitutivos de “corrupción al sufragante” pueden perfectamente ser encuadrados en la modalidad de violencia psicológica, no habría razón constitucional y legalmente admisible –y que de eso no quepa la menor duda– para considerar que otro tipo de conductas de similar envergadura, que flagelan la integridad de la democracia con tanta o más severidad, como es el caso del “fraude al sufragante” , no lo sean; máxime, cuando inclusive el legislador la ha tipificado como punible. NOTA DE RELATORÍA: La providencia recoge los pronunciamientos más destacados sobre violencia contra los electores: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 3 de diciembre de 1992, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Rad. 0811; Sentencia de 6 de octubre de 1995, M.P. Mario Alario Méndez, Rad. 1399, Sentencia de 29 de septiembre de 2016, Rad. 205-02546, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez; Auto de 12 de abril de 2002, Roberto Medina López, Rad. 05001-23-31-000-2000-4427-01; Sentencia de 16 de agosto de 2002, M.P. Mario Alario Méndez, rad. 20001-23-31-000-2000-1501-01; Sentencia de 16 de agosto, Darío Quiñones Pinilla, rad. 27001-23-31-000-2001-0641-01, Sentencia de 3 de marzo de 2005, María Nohemí Hernández Pinzón, rad. 08001-23-31-000-2003-02943-01; Sentencia de 4 de marzo de 2005, Rad. 2003- 00759, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Sentencia de 20 de octubre de 2005, Rad. 2004-00549, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá; Sentencia de 24 de noviembre de 2005, Rad. 2003-02105 M.P. María Nohemí Hernández Pinzón; Sentencia de 19 de enero de 2006, Rad. 2004-00002, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Sentencia de 22 de noviembre de 2007, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, rad. 11001-03-28-000-2006-00117-00; Auto de 3 de julio de 2009, M.P. Mauricio Torres Cuervo, Rad. 17001-23-31-000-2007-00364-02; Sentencia de 26 de febrero de 2014, Rad 66001-23-31-000-2012-00011-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez; Sentencia de 21 de enero de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2014-00030-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez; Sentencia de 26 de febrero de 2014, Rad. 2012-00011, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez; Sentencia de 29 de septiembre de 2016, Rad. 05001-23-33-000-2015-02546-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 275 NUMERAL 1 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO– ARTICULO 223 NUMERAL 1 / LEY 96 DE 1985 – ARTICULO 65 / LEY 62 DE 1988 – ARTICULO 17

LIBERTAD ELECTORAL – Aplicación del principio pro hominum pro electoratem y pro sufragium / NULIDAD ELECTORAL - Irregularidad que tiene el potencial de afectar de forma global el resultado del plebiscito, y que encuentra su causa en un eventual fraude al sufragante perpetrado de forma masiva y sistemática

Cuando mediante maniobras engañosas, se obtiene que la ciudadanía vote un plebiscito en determinado sentido –o incluso que se abstenga de hacerlo, si ello es el resultado de un comportamiento que coarta la libertad electoral– lo que se logra al final no es más que un resultado espurio, en la medida en que está edificado sobre la destrucción de los pilares sobre los cuales se levanta la democracia, y que son los mismos cuya preservación se extrema a través de los principios pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) y pro sufragium (electores) . De conformidad con tales consideraciones, los presupuestos sobre los que se yergue la causal contenida en el numeral 1º del artículo 275 del CPACA y las demás normas que se opongan a la violencia sobre los electores demandan una labor extraordinaria por parte del juez de lo electoral, que lleven, a su vez, a previsiones excepcionales que permitan abordar con sentido de responsabilidad jurídica y social, con prevalencia del derecho sustancial y con compromiso democrático todos los pormenores del debate jurisdiccional que gravitan en torno al resultado del acto plebiscitario (...), es dable entender, única y exclusivamente

para los fines de este caso en particular, que la incidencia del voto, a propósito de la nulidad electoral que escudriña este tipo de acciones judiciales, puede medirse en términos de una irregularidad que tiene el potencial de afectar de forma global el resultado del plebiscito, y que encuentra su causa en un eventual “fraude al sufragante” perpetrado de forma masiva y sistemática. Ello, sumado a que para concluir la eventual variación del resultado final de los comicios no es indispensable que se demuestre que el 100% de los electores fue defraudado mediante actos de violencia psicológica, comoquiera que entre las dos opciones sometidas a votación (SI / NO) se presentó un estrecho margen del 0,93%, que bien podría sucumbir ante la demostración de que la violencia psicológica que se aduce en la demanda, en efecto, haya sido un hecho generalizado. Cuando se logra probar la existencia de un fenómeno de tal envergadura surge como elemento definitorio de la contienda la incertidumbre respecto de la voluntad del electorado, habida cuenta que se torna imposible conocer el sentido auténtico de la elección, por el hecho de que existe un vicio que afecta de forma global la pureza del sufragio.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 275 NUMERAL 1 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 258

ENGAÑO AL ELECTOR – Todo aquello que anule la libertad del electorado para escoger autónomamente / ENGAÑO AL ELECTOR – Eventos / FRAUDE AL SUFRAGANTE – Causal de nulidad electoral

En ese orden de cosas, todo engaño que anule la libertad del electorado para escoger autónomamente entre las opciones sometidas al mecanismo de participación en cuestión, entre los que destacan circunstancias como (i) la pululación de mentiras expuestas de formas masiva y sistemática, (ii) la creación de un clima rodeado de información sesgada y deliberadamente manipulada, (iii) así como la distorsión o tergiversación de la verdad mediante el uso de propaganda, o cualquier otro medio, o (iv) la omisión deliberada en la revelación de aspectos necesarios para la cabal comprensión de los diferentes puntos del “acuerdo de paz”, y (v) su manipulación en todos los niveles, provengan de quien provengan, son actos que constituyen violencia psicológica, cuya incidencia se expande isotrópicamente hacia todo el electorado, precisamente por el impacto de los medios naturalmente utilizados en época de campaña y por la relevancia misma que entraña el asunto sometido a votación. Así las cosas, a este punto, es claro que el “fraude al sufragante”, en los términos descritos en esta providencia, constituye causal de nulidad electoral, y su configuración en relación con el resultado del plebiscito depende de la incidencia que tenga en la votación, la cual, para este caso, se mide en términos del grado de generalidad, masividad y sistematicidad de la afectación producida, y no bajo el tradicional sistema de formulación de cargos en términos de “zona, puesto, mesa”.

VIOLENCIA CONTRA ELECTORES – Medios de convicción idóneos / HECHO NOTORIO – Exento de prueba

Sea cual fuere la manifestación de violencia que se ventile al interior del contencioso electoral, que ésta sea física o psicológica, en contra de las personas o los objetos, una cosa resulta cierta: su configuración puede sustentarse en cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley. En otros términos, la fuerza o coacción ilegítima, como elemento desencadenante de la declaratoria de nulidad por motivo de violencia, requiere ser debidamente acreditada y, para ello, quien la alega, podrá recurrir al conjunto de elementos de convicción prescritos en el artículo 165 del Código General del Proceso (...) De allí que aunque se admita

que en principio quien invoca la violencia, como causal de anulación de los actos electorales, se encuentra obligado a probar los hechos en los que erige su demanda, dicha carga desaparece luego de que se alega en este sentido un hecho que está exento de prueba, por así disponerlo la ley, sin importar las razones que se tengan para ello.

FUENTE FORMAL: CODIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTICULO 165

NOTA PERIODÍSTICA – Valor probatorio

Tanto la naturaleza como el alcance o valor probatorio de las noticias, opiniones o columnas aparecidas en los diversos medios de comunicación, han sido objeto de una línea decisional pacífica, compilada, en su gran mayoría, en la tan citada decisión de 29 de mayo de 2012, proferida por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación. No obstante, y a pesar de las apariencias, existe allí aún campo para las innovaciones, como lo demuestra el fallo de 14 de julio de 2015, portador de “nuevos aires”, en un movimiento de articulación en relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En punto a la naturaleza de las publicaciones en los medios de información, sabido es que la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo les ha otorgado el carácter de pruebas documentales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil – hoy artículo 243 del Código General del Proceso. Ello, por cuanto, éstas representan los hechos que dicen registrar, constituyéndose, según la fórmula genérica empleada por el legislador, en objetos muebles que disponen de una esencia representativa o declarativa, lo cual ha permitido acuñarles la denominación de documentos. Ahora bien, la calidad de medios de convicción de tipo documental, no puede traducirse en el reconocimiento de un pleno valor probatorio en favor de las crónicas, noticias y demás trabajos periodísticos, comoquiera que su alcance – al interior del régimen de la prueba judicial - ha sido atemperado por diversas decisiones del Consejo de Estado. Dicho en otros términos, su valor probatorio es, por regla general, accesorio, pues lejos de acreditar la ocurrencia de los hechos que documentan, las publicaciones periodísticas, sean cuales sean, dan cuenta únicamente del registro mediático de los mismos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 251 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTICULO 243

ENTREVISTA – Valor probatorio / HECHO NOTORIO – Requisitos

Este Despacho concederá pleno valor probatorio a la entrevista dada por el señor Juan Carlos Vélez Uribe, en su condición de Gerente de la Campaña del NO del Centro Democrático, puesto que su contenido da cuenta de una práctica sistemática, que denota un hecho notorio o público, adecuándose este supuesto a una de las dos excepciones aportadas por la citada sentencia de 14 de julio de 2015, proferida por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación. Se recuerda en este punto que la notoriedad de un acontecimiento se encuentra supeditada a su apreciación o conocimiento general por los sujetos pertenecientes a una sociedad, así como a la convicción del juez de la divulgación o propagación del hecho, por lo cual está exento de prueba, pues su demostración en nada potencializa la certeza del operador jurídico respecto a su ocurrencia. En relación con el primero de los supuestos del hecho notorio, esto es, su aprehensión pública, este Despacho estima que no existe atisbo de duda acerca de su configuración, pues los métodos proselitistas empleados por el partido Centro Democrático durante la contienda electoral que finalizó con el acto plebiscitario de

2 de octubre de 2016, fueron de conocimiento público. Así, mensajes del tenor de “se le [va] a dar dinero a los guerrilleros” o la idea de impunidad, no elegibilidad o las consecuencias de los acuerdos para el patrimonio de la Nación, así como el anuncio de que “nos íbamos a convertir en Venezuela”, constituyeron la esencia de la campaña de la mentada organización política, sin que para alguien fuera un secreto la estrategia desplegada por ésta. Por otra parte, el conocimiento efectivo de los métodos de campaña se decanta igualmente de los diversos medios utilizados para el adelantamiento de la misma. Sitios web, redes sociales, periódicos nacionales, regionales y locales, servicios de radiodifusión sirvieron como canales de información, a través de los cuales se vehiculizaron los citados mensajes. De esta manera, en virtud de las informaciones que suministraron los diferentes medios de comunicación, el país conoció, con lujo de detalles, la manera cómo se adelantó la campaña que antecedió al acto plebiscitario de 2 de octubre de 2016, por lo cual, sin vacilación alguna, este Despacho admite la cristalización del primero de los supuestos del hecho notorio, a saber, su cognición por el conjunto de la sociedad. Ahora, en lo atinente a la convicción del juez de la divulgación o propagación del hecho que se pretende notorio, dicho presupuesto consiste en la absoluta certeza de la existencia del hecho por el operador judicial, es decir, que no quepa la menor duda frente al acaecimiento del supuesto factico en la realidad. Así las cosas, el mentado requisito está cristalizado en el asunto de marras, por la potísima razón de que, como miembro activo de una sociedad, el operador judicial pudo detectar los diferentes métodos y mecanismos de campaña desarrollada por los promotores del NO, y especialmente por la formación política Centro Democrático. En consonancia con lo anterior, este Despacho atribuye un pleno alcance probatorio a las declaraciones del Gerente de la campaña del NO del Centro Democrático, plasmadas en entrevista de 5 de octubre de 2016 en el diario la República, ya que éstas dan cuenta de un hecho notorio, consistente en los métodos y estrategias de campaña utilizados en la contienda electoral que antecedió el plebiscito de 2 de octubre de 2016.

ENGAÑO AL ELECTOR – Por tergiversación del enfoque de género / ENGAÑO AL ELECTOR – Por afirmar que se eliminarían subsidios / ENGAÑO AL ELECTOR – Por afirmar que se afectaría el régimen pensional / ENGAÑO AL ELECTOR – Por afirmar que habría impunidad / FRAUDE AL SUFRAGANTE – Por afirmar que habría un cambio de modelo de Estado como el de Venezuela

Se evidencia que si bien el acuerdo desarrolla la posición de la mujer en los diferentes puntos acordados, se realiza con el fin de brindarle una igualdad de oportunidades que a los hombres, además de ello, se demuestra que las mujeres han sido las más afectadas dentro de este conflicto armado y por ello necesitan de un tratamiento especial y diferenciado. Así, la pretendida ideología de género no es la que se encuentra transversal en todo el acuerdo, como lo indicaron las campañas del NO, pues no hay un solo indicio que pueda demostrar que en ellos se encuentra presupuestos que vulneraban los derechos de la familia, que fue lo que se transmitió al electorado (...) en el caso concreto, se puede ver cómo el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, consagra la entrega de subsidios a los campesinos afectados por la violencia, con el fin de cooperar en la implementación de los acuerdos, pero nada menciona sobre la eliminación de los que ya se encuentran constituidos. Se puede concluir que efectivamente se mintió y se indujo al error por parte de los miembros de las campañas políticas del “no”, en relación a la eliminación de subsidios e incentivos, debido a que como se evidencio en estos ejemplos, traídos del acuerdo final, se otorgaran varias contribuciones a la sociedad campesina, siendo esta una de las más afectadas por el conflicto armado (...)Con relación al

Acuerdo Final, los promotores del NO, aseguraron que éstos implementaban mecanismos que afectarían el régimen pensional y por consiguiente a las personas que ya se encuentran jubiladas. No obstante, revisado el texto, este Despacho solo encuentra una única mención sobre la seguridad social, en su capítulo primero, De lo anterior, se concluye que es completamente falso que los acuerdos fueran a modificar, o a perjudicar en algún sentido a las personas de la tercera edad o a las personas que estuvieran próximas a jubilarse, tal como se quiso hacer ver en las propagandas publicitarias del NO. Por el contrario, se evidencia que el Acuerdo propende por la inclusión a la seguridad social de todas las personas que aún no cuentan con ello, como es el caso de las personas del campo, que como se sabe han sido la población más afectada con todo el conflicto armado. De lo anterior se concluye que en este caso se tergiversó la información que se publicitó sobre el acuerdo, es decir, se engañó a la ciudadanía sobre este punto (...) se evidencia que las campañas políticas del NO, tergiversaron la verdad de los acuerdos en materia de sanción y de responsabilidad, se aprovecharon del desconocimiento de la mayoría de colombianos sobre el derecho penal para anunciar una impunidad absoluta de todos los delitos que los miembros del grupo guerrillero había cometido (...) se evidencia que no hay ninguna desprotección a las víctimas, por el contrario, se ilustran todos los mecanismos que se han acordado con el fin de darle prioridad a la reparación integral de todas aquellas personas que fueron afectadas en alguna medida por el conflicto armado., por lo que este Despacho concluye que en este punto también se tergiversó la realidad de lo plasmado en los acuerdos y se engañó a la ciudadanía (...) el “fraude al sufragante”, en los términos descritos en esta providencia, constituye causal de nulidad electoral, y su configuración en relación con el resultado del plebiscito depende de la incidencia que tenga en la votación, la cual, para este caso, se mide en términos del grado de generalidad, masividad y sistematicidad de la afectación producida

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00081-00

Actor: WILLIAM EFRAÍN CALVACHI OBANDO Y DAVID NARVÁEZ GÓMEZ

Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Asunto: Nulidad Electoral - Auto que admite la demanda y resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares.

Con fundamento en los artículos 229, 230, 231, 234 y 277 del CPACA, procede el Despacho a pronunciarse sobre la admisión de la demanda del acto por medio del

cual se declaró el resultado del plebiscito “*Para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*” cuya votación se llevó a cabo el 2 de octubre de 2016, contenido en la Resolución 014 de 19 de octubre de 2016 proferida por el Consejo Nacional Electoral y la solicitud de medidas cautelares de urgencia.

ANTECEDENTES

1. En ejercicio del medio de control de nulidad electoral la parte actora instauró demanda contra el acto por medio del cual se declaró el resultado del plebiscito “*Para la Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*” cuya votación se llevó a cabo el 2 de octubre de 2016 y presentó las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Que se declare la NULIDAD DE LAS ACTAS E26-PLE (Actas de Declaratoria de Elección o de Votación Popular del Plebiscito realizado el 02 de octubre de 2016), que fueron EXPEDIDAS POR CADA UNA DE LAS COMISIONES ESCRUTADORAS DE DEPARTAMENTOS Y DE CONSULADOS, **acto administrativo que declaró al NO como Ganador**, en ocasión al “*Acuerdo sobre cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo, y dejación de las armas, entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP*” o al “*Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*”. (resaltado fuera de texto)

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, y **si así lo decide el Ejecutivo (Presidente de la República) y el Legislativo (Congreso de la República)**, se ORDENE a la COMISIÓN NACIONAL ELECTORAL y/o a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL fijar fecha para un nuevo PLEBISCITO y así realizar una elección sin violencia.

TERCERO: La declaratoria de pretensiones que su Señoría considere y estime pertinentes”.

El demandante señala como concepto de violación de los actos demandados, de conformidad con los artículos 275 y 137 de la Ley 1437 de 2011, la vulneración a lo dispuesto en los artículos 103 de la Constitución Política y 7º de la Ley 134 de 1994 por cuanto:

“(…) se ejerció Violencia Psicológica sobre los Electores, en especial con aquellos que votaron NO a la pregunta del Plebiscito realizado el 02 de octubre de 2016, toda vez que, en Entrevista del 05 de octubre de 2016 otorgada al diario La República, el señor JUAN CARLOS VELEZ (sic) URIBE, en su condición de Gerente de la Campaña del Centro Democrático (campaña más representativa e influyente del NO) CONFESÓ que la estrategia utilizada ante los Ciudadanos de Colombia fue básicamente la exposición de mensajes que tergiversaron la realidad, y que conducían al miedo y la indignación; igualmente, otras personas naturales como la Congresista MARIA FERNANDA CABAL y el PASTOR EVANGÉLICO

AGUSTÍN TORRES, entre otros, indujeron al miedo al exponer que se les quitaría el 7% a los Pensionados o Jubilados (al ganar el SI), o que en el Acuerdo Final de Paz suscrito entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional se incluía la Ideología de Género, cuando esto No es verdad”

Como medidas cautelares de urgencia, que sustentó en la posible violencia psicológica ejercida por la campaña del No y el carácter vinculante del resultado del plebiscito únicamente para el Presidente de la República y no para las demás ramas del poder público, solicitó:

“1. ORDENAR al CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (CNE) y/o a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL (RNEC), representadas legalmente por quien haga sus veces al momento de notificarse de la presente acción pública de nulidad electoral de la referencia, respectivamente, SUSPENDER DE MANERA INMEDIATA Y PROVISIONALMENTE LOS RESULTADOS DE LAS ACTAS E26-PLE (Actas de Declaratoria de Elección o de Votación Popular realizado el 02 de octubre de 2016), que fueron expedidas por cada una de las Comisiones Escrutadoras de Departamentos y de Consulados, acto administrativo que declaró al NO como Ganador, hasta que el Honorable Tribunal Administrativo de Nariño, o cualquier despacho o autoridad judicial que sea el competente, o la segunda instancia, profiera decisión que ponga fin a la acción pública de nulidad electoral de la referencia.

(...)

2. ORDENAR al CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (Poder Legislativo) y/o a la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Poder Judicial) que dé INICIO a la IMPLEMENTACIÓN y Desarrollo Normativo DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA o del “Acuerdo sobre cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo, y dejación de las armas, entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP”.

2. La demanda fue radicada en la Oficina Judicial- Sección reparto de Pasto (Nariño) el 8 de noviembre de 2016 y mediante auto de 15 de noviembre de 2016, el magistrado Álvaro Montenegro Calvachy declaró la falta de competencia del Tribunal administrativo de Nariño y ordenó remitirlo a la Sección Quinta del Consejo de Estado.

3. Una vez recibido en la Secretaría de esta Sección, el 12 de diciembre de 2016 se repartió a este Despacho.

4. Mediante auto de 13 de diciembre de 2015, el Despacho Ponente ordenó requerir al Consejo Nacional Electoral para que remitiera copia auténtica, legible e íntegra del acto mediante el cual se declararon los resultados definitivos del

plebiscito realizado el pasado 2 de octubre junto con la constancia de su respectiva publicación.

Así mismo las copias auténticas de las actas E-26PLE por cada una de las comisiones escrutadoras de los departamentos y consulados, de conformidad con la solicitud previa que hizo el actor en la demanda conforme al artículo 166 del CPACA.

5. El 14 de diciembre de 2016 el presidente del Consejo nacional Electoral remitió y fue radicado en el Consejo de Estado y recibido en este Despacho el 16 de diciembre de los corrientes copia auténtica de la Resolución 014 de 2016 “*Escrutinio plebiscito de 2 de octubre de 2016*”.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En el caso concreto se demanda la nulidad electoral del acto que declaró el resultado de la votación del plebiscito realizado el 2 de octubre de 2016, que se encuentra contenido en la Resolución No. 014 de 19 de octubre de 2016 “*Escrutinio plebiscito de 2 de octubre de 2016*”, el cual sin lugar a dudas es un acto electoral, habida cuenta que declara un ganador de la votación popular del mecanismo de participación, entre las dos opciones, además que así explícitamente lo señala la metada Resolución en su artículo.

Si bien es cierto, el plebiscito, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Constitución Política hace parte del derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y según la voces de la Ley 134 de 1994 es un mecanismo de participación ciudadana, en el cual no se elige un candidato a un cargo, sino que los ciudadanos participan en la adopción de decisiones, en este caso concreto, convocados para pronunciarse si apoyan o rechazan¹ el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en las votaciones celebradas el 2 de octubre de 2016, es decir, los ciudadanos tenían la posibilidad de escoger entre dos opciones: SI o NO.

De conformidad con lo anterior y la jurisprudencia de esta Sala de Decisión² en la que se señala que el acto electoral es aquel por medio del cual la administración declara una elección por voto popular, la declaratoria del resultado de esta votación por el Consejo Nacional Electoral es un acto electoral, pues por medio de este se declaró como ganadora de la elección por voto popular la opción que obtuvo el mayor número de votos.

¹ Decreto No. 1391 de 30 de agosto de 2016, “*Por el cual se convoca a un plebiscito y se dictan otras disposiciones*”

² Consejo de Estado. Sección Quinta. Rd. 11001032800020130005600. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Sent. 11 de diciembre de 2013.

De acuerdo con el artículo 149.14 del CPACA, por razón de la regla residual contenida en esa disposición, el juez competente para conocer del proceso de nulidad electoral que se origina con esta demanda es el Consejo de Estado a través de su Sección Quinta, por la naturaleza del asunto, en atención al reparto por especialidades establecido en el artículo 13 del Reglamento Interno del Consejo de Estado.

En este contexto, obró bien el Tribunal Administrativo de Nariño cuando decidió remitir con destino a esta Alta Corporación, ante su falta de competencia, el expediente contentivo de la demanda y la solicitud de suspensión provisional de urgencia del acto electoral a través del cual se declararon los resultados definitivos del plebiscito realizado el pasado 2 de octubre de 2016.

Ahora, si bien es cierto la decisión sobre la adopción de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado tiene norma especial en los procesos electorales (art. 277 del CPACA), en razón a la solicitud de urgencia y de otras medidas diferentes a esta, que no se encuentran descritas en dicha norma, es menester remitirse a las normas generales sobre el tema que consagra el CPACA, tal como lo indica el artículo 296 de la misma normativa:

“En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral”

Entonces, de conformidad con las regulaciones previstas en el artículo 234 del CPACA, si bien la Sección Quinta ha optado siempre por resolver sobre la medida cautelar de suspensión provisional del acto con la concurrencia de todos o la mayoría de los integrantes de la Sala, no ha descartado que en eventos en que la inminencia sea tal que no sea posible la sesión corporativa, lo haga el Consejero Ponente. Sin embargo, como se verá más adelante en este evento aunque resulta imposible de reunir la Sala³, no es necesario que la Magistrada Sustanciadora se pronuncie sobre esta medida, por lo que sobre su solicitud se correrá traslado a los sujetos procesales para que si a bien lo tienen se pronuncien sobre ella de conformidad con el artículo 233 del CPACA.

Tal traslado, eso sí, no es necesario respecto a las medidas diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto demandado que se han deprecado y aquellas que oficiosamente se observe por el Despacho que deban ser tomadas de oficio, respecto de las cuales la competencia está radicada única y exclusivamente en el ponente tal como lo dispone el citado artículo 230 y 234 del CPACA al prever que:

“Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, **el Juez o Magistrado Ponente** podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por

³ La mayoría de sus integrantes están de permiso solicitado y concedido por la Presidencia de esta Corporación.

su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta.”

De otro lado, los actores solicitan medidas cautelares de urgencia diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, que de conformidad con el artículo 230 del CPACA deben ser conocidas por el Juez o Magistrado Ponente, que reza:

“las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas (...)

Por último, no puede dejar pasar por alto esta Magistrada que la demanda y la solicitud de medida precauteladora de urgencia, fueron radicadas, equivocadamente, ante el Tribunal Administrativo de Nariño el pasado 8 de noviembre de 2016, sin embargo, las demoras propias de los trámites judiciales y el término de la distancia solo hicieron posible la recepción de dicho expediente por parte del Despacho, el pasado 12 de diciembre de 2016, es decir, más de un mes después, sin que las demoras propias del aparato judicial puedan ser trasladadas a la ciudadanía.

Así, de conformidad con lo anterior es incuestionable colegir que la competencia para tomar esta decisión es de la Consejera Sustanciadora, así como también lo es la de resolver sobre la admisión de la demanda.

2. Admisión de la demanda

En materia electoral, la demanda debe reunir las exigencias previstas en los artículos 162, 163, 164 y 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, relacionadas con: la designación de las partes, la expresión clara y precisa de lo que se pretende con los respectivos fundamentos de derecho, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de violación, la indicación de los hechos y omisiones determinados, clasificados y enumerados, la petición de pruebas y el lugar de dirección y notificación de las partes, así como anexar la copia del acto acusado. Además la presentación debe hacerse dentro del plazo previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo Código.

En lo que tiene que ver con tales requisitos de los artículos 162, 163 y 166 del C.P.A.C.A., observa el Despacho que la demanda se 67 ajusta a tales exigencias.

En cuanto a la oportunidad para la presentación, ésta se radicó en la Oficina Judicial- Sección reparto de Pasto (Nariño) el 8 de noviembre de 2016⁴, por lo que

⁴ Art. 168 del CPACA En caso de falta de jurisdicción o de competencia, mediante decisión motivada el Juez ordenará remitir el expediente al competente, en caso de que existiere, a la mayor brevedad posible. Para

se encuentra dentro del término establecido en el literal a) del numeral 2° del artículo 164 de la misma normativa⁵, razones por las cuales se admite la demanda que pretende la nulidad de la declaratoria del resultado del plebiscito proferida por el Consejo Nacional Electoral y contenida en la Resolución No. 014 de 19 de octubre de 2016.

De otro lado, frente a la pretensión relacionada con la nulidad de las actas E-26 PLE expedidas por las Comisiones Escrutadoras de cada una de las comisiones y consulados es necesario acotar que en los procesos de nulidad electoral, el estudio de legalidad recae sobre el acto definitivo que declara la elección, y que la revisión de los actos preparatorios o de trámite se da en la eventualidad en que estos incidan en el acto final, razón por la cual se admitirá únicamente en lo que tiene que ver con la declaratoria de la elección de la opción que obtuvo el mayor número de votos, lo cual no obsta para que los actos preparatorios sean revisados y analizados en virtud de establecer la existencia de las irregularidades alegadas.

Sobre la segunda pretensión –realizar un nuevo plebiscito–, es necesario aclarar que aunque el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala las consecuencias de la sentencia que declara la nulidad del acto de elección por la causal de violencia (art. 288 numerales 1° y 2°), en este caso, no se puede perder de vista que se trata de una elección que conjuga un mecanismo de participación política, como es el plebiscito especial, cuyo propósito *“fue someter a la validación o refrendación del pueblo la decisión política del Presidente de la República relacionada con una salida negociada del conflicto armado, que se materializa en el acuerdo final”*⁶ y se encuentra establecido en la Ley Estatutaria 1806 de 24 de agosto de 2016, que en su primer artículo señala:

“ARTÍCULO 10. Plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. El Presidente de la República con la firma de todos los Ministros, **podrá** someter a consideración del pueblo mediante plebiscito, el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, el cual estará sometido en su trámite y aprobación a las reglas especiales contenidas en la presente ley”. (Resaltado fuera de texto)

De lo cual se entiende que es discrecional del Presidente someter a consideración del pueblo mediante plebiscito el Acuerdo Final.

Así mismo interpretada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-379 de 2016, al estudiar la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria que reguló el plebiscito para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera y específicamente frente al artículo primero indicó:

todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.

⁵ 13 días después de la expedición del Acto Administrativo demandado.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

“El artículo 1º del PLE establece, de acuerdo con su sentido literal, que el Presidente **podrá** someter a consideración del Pueblo mediante plebiscito el denominado *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. En ese sentido, lo que la norma prevé es una habilitación que confiere el legislador estatutario al Presidente para que convoque, **si así lo decide**, a un plebiscito que tiene por objeto la refrendación popular de un Acuerdo Final, que en la actualidad corresponde al que está actualmente en negociación con las FARC-EP, aunque, como se explicó en apartados anteriores de esta sentencia, no existe una limitación en el PLE sobre la naturaleza de los actores armados incluidos en dicho Acuerdo Final.” (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, era y es en este caso específico, el Presidente de la República quien está habilitado por la Ley para convocar al plebiscito que tiene por objeto la refrendación popular del Acuerdo Final, por ende, aun cuando se decretara la nulidad del acto que declara el resultado del mencionado mecanismo de participación, no corresponde a este órgano judicial pronunciarse frente a esta pretensión, pues no hace parte de sus competencias constitucionales, legales ni reglamentarias.

En razón a lo anterior se admitirá la demanda electoral contra el acto que declaró el resultado del plebiscito celebrado el 2 de octubre de 2016, contenido en la Resolución No. 0014 del 19 de octubre de 2016 proferida por el Consejo Nacional Electoral.

3. De las medidas cautelares

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término cautelar como:

“1. adj. Der. Preventivo, precautorio. U. t. en sent. fig.

2. adj. Der. Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo. Acción, procedimiento, sentencia cautelar.”⁷

De tal concepto se puede inferir que las medidas cautelares tienen, entre otros, el objeto de prevenir un hecho o una situación jurídica, pero además de tal propósito también pueden ser conservativas, anticipativas o de suspensión⁸.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-379 de 2004⁹ al referirse al concepto de las medidas cautelares sostuvo que:

⁷ <http://dle.rae.es/?id=80fotNVj80hOfyd>

⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto admisorio de la demanda de 13 de agosto de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2016-00024-00, demandado: Guido Echeverry Piedrahita, Gobernador de Caldas. Auto admisorio de la demanda de 3 de marzo de 2016. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra

“(…) son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido.”

En relación con su fundamento constitucional, el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia, precisó que:

“Las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal. Sin embargo, la Corte ha afirmado que “aunque el Legislador, goza de una considerable libertad para regular el tipo de instrumentos cautelares y su procedimiento de adopción, debe de todos modos obrar cuidadosamente, por cuanto estas medidas, por su propia naturaleza, se imponen a una persona antes de que ella sea vencida en juicio. Por ende, (...) los instrumentos cautelares, por su naturaleza preventiva, pueden llegar a afectar el derecho de defensa y el debido proceso, en la medida en que restringen un derecho de una persona, antes de que ella sea condenada en un juicio.”

La medida cautelar nació entonces, como un mecanismo jurídico preventivo, establecido por el legislador con fundamento constitucional, con el objetivo de proteger y garantizar el objeto del proceso y evitar que las sentencias tuviera un efecto inocuo e inane frente a los derechos que el demandante considera afectados.

Teniendo de presente los aspectos generales de las medidas cautelares es importante profundizar frente a éstas en los medios de control de lo contencioso administrativo, para lo cual el Despacho retoma lo dicho en ocasión pretérita¹⁰, cuando se señaló que:

“Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se regulaba medio de cautela diferente a la **suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos**, la cual tuvo su primera aparición con el desarrollo legal de la Ley 130 de 1913 -primer Código de lo Contencioso Administrativo-¹¹ y luego en la Carta

¹⁰ Ver Salvamento de Voto dentro de la acción de tutela 2013-06871-01, del cual participa quien ahora funge como ponente.

¹¹ La Ley 130 de 1913, en el artículo 59 señaló:

“Recibida la demanda en el Tribunal Administrativo Sección y repartida que sea, se dicta por el Magistrado sustanciador un auto en que se ordene:

de 1886¹², a la que se introdujo mediante Acto Legislativo No. 1 de 1945, disponiéndose que solo procedía para ciertos procesos ordinarios que se adelantaran ante esta jurisdicción, es decir, aquellos orientados al control de legalidad de actos administrativos.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se establecieron medidas cautelares distintas a la de “Suspensión Provisional”¹³, las cuales como se indicó se clasificaron según su naturaleza en preventiva, conservativa y anticipativa, y se pueden decretar según el derecho que se reclama¹⁴.”

Se encuentra entonces, que la Ley 1437 de 2011 – CPACA, estableció una amplia gama de medidas cautelares, que pueden ser aplicadas de oficio o a solicitud de parte con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, entre ellas se encuentran las (i) preventivas, destinadas a impedir que se consolide una afectación al derecho del cual se busca su protección; (ii) conservativas, este tipo de medidas buscan mantener o resguardar un *statu quo ante*; (iii) anticipativas, en donde se procura satisfacer por

(...)

d) La suspensión provisional del acto denunciado, cuando ella fuere necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave”.

Posteriormente, el **artículo 94 de la Ley 167 de 1941** – Segundo Código Contencioso Administrativo – dispuso:

“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto o providencia, mediante las siguientes reglas:

1o. Que la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.

Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

Si la acción ejercitada es distinta de la de simple nulidad del acto, debe aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el agravio que sufre quien promueve la demanda.

2o. Que la medida se solicite de modo expreso, en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.

3o. Que la suspensión no esté prohibida por la ley”.

Así mismo. El Código Contencioso Administrativo -**Decreto 01 de 1984**-, en su **artículo 152**, estableció:

“El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

¹² **Artículo 193:** La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

¹³ “La suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con el decreto de aquella, se suspenden los atributos de fuerza ejecutiva y ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona” (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 1° de diciembre de 2008. M.P. Enrique Gil Botero).

¹⁴ El Artículo 230 del C.P.A.C.A., establece que las medidas deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y señaló que el juez o magistrado, podrá decretar una o varias de las siguientes:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerable o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello, fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes obligaciones de hacer o no hacer.

adelantado la pretensión perseguida por el actor, y que encuentra su justificación en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el demandante, y de (iv) suspensión que consiste en una cesación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

Es preciso destacar que el CPACA no establece un número limitado o taxativo de medidas cautelares que puedan ser adoptadas por el Juez, por el contrario, se trata de un procedimiento flexible con el que se busca, en definitiva, adoptar decisiones inmediatas, las cuales pueden ser de cualquier tipo, con el fin de satisfacer las necesidades que surjan con una situación en específico; esto se evidencia en el artículo 230 que establece que: el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

- “1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.”

El CPACA en su artículo 231 estableció los requisitos de procedencia de las medidas cautelares en general y, en forma separada, de la suspensión provisional, frente a ésta última, indicó que es procedente decretarla cuando se advierta la violación de las normas invocadas, sea a partir de su confrontación con el acto demandado, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, y también señaló que en caso de pretenderse el restablecimiento de algún derecho e indemnización de perjuicios, éstos deberán probarse al menos sumariamente, sin que ello implique prejuzgamiento.

En cuanto a las medidas restantes, dicha normativa estableció que deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que la demanda esté fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho invocado; (iii) que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; y (iv) que se cumpla una de las siguientes condiciones: *“a) que al no otorgarse, se cause un perjuicio irremediable;*

y b) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse los efectos de la sentencia sean nugatorios”¹⁵.

Este Despacho en oportunidad anterior¹⁶ analizó la compatibilidad del proceso de nulidad electoral y las medidas cautelares del artículo 229 del CPACA, diferentes a la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto electoral objeto de acusación, y precisó que las mismas tienen cabida por diferentes razones.

En primer lugar, aunque el trámite especial del medio de control de nulidad electoral no prevé la adopción de medidas cautelares distintas de la suspensión provisional del acto impugnado¹⁷, esto no debe interpretarse en el sentido de que el legislador excluyó tácitamente la posibilidad de tal complementación, sino por el contrario, que prefirió acudir a la técnica del reenvío o al principio de integración normativa para que las otras medidas cautelares consagradas para el proceso ordinario puedan emplearse en este escenario.

Y en segundo lugar, porque el artículo 229 del CPACA señala de manera clara que “*En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción,...*” procede la adopción de cualquiera de las medidas cautelares contempladas en el artículo 230 *ibidem*, es decir de tipo preventivo, conservativo, anticipativo y por supuesto de suspensión, siempre y cuando tengan una relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Por tanto, como el medio de control de nulidad electoral es un proceso declarativo, pues se pide la intervención jurisdiccional para que se declare la nulidad de un acto electoral, este Despacho considera que sí es viable decretar ese tipo de medidas cautelares en la modalidad que tenga relación con el *petitum* de la demanda.

Pero el CPACA fue aún más allá y habilitó al juez o magistrado ponente la posibilidad de adoptar, **de oficio** o a petición de parte, las **medidas cautelares de urgencia**¹⁸, esto cuando, cumplidos los requisitos para su adopción se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite indicado, por lo que deberá cumplirse inmediatamente, previa constitución de caución¹⁹, la cual no será necesaria cuando se trate de (i) la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, (ii) de los procesos que tengan por **finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos**, (iii) de los procesos de tutela, (iv) ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

¹⁵ Artículo 232 C.P.A.C.A.

¹⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente: 110010328000201400109-00, Demandante: Movimiento Independiente de Renovación Absoluta – MIRA, Demandado: Senadores de la República 2014-2018, auto admisorio de 15 de mayo de 2015. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente: 110010328000201400021-00. Demandante: Sergio David Becerra Benavides. Demandados: Representantes a la Cámara por el departamento del Amazonas. Auto admisorio de 29 de mayo de 2014. M.P. Susana Buitrago Valencia. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente: 11001-03-28-000-2014-00089-00. Demandante: Heriberto Arrechea Banguera y otro. Demandados: Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes. Auto admisorio de 18 de septiembre de 2014. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁸ Artículo 234 del C.P.A.C.A.

¹⁹ Artículo 232 C.P.A.C.A.

Y, ocurre que en este evento sin lugar a hesitación alguna de lo que se trata es de proteger los intereses colectivos, ni más ni menos, que el de todo el pueblo Colombiano en quien, dicho sea de paso, radica la soberanía, por lo que es palmario que en la acción de nulidad electoral, y más si la petición es de urgencia, no es dable exigir constitución en caución previa a la decisión de medida cautelar.

4. Caso concreto

Conviene precisar, que los actores propusieron en el escrito de demanda la solicitud y sustentaron la solicitud de las medidas cautelares “(...) *en las declaraciones dadas el 05 de octubre de 2016 por el señor JUAN CARLOS VÉLEZ URIBE (en su condición de Gerente de la Campaña del Centro Democrático (Partido Político más representativo del NO) al diario La República, donde se infiere que se ejerció **Violencia Psicológica** para inducir a los Electorales (sic) que votaran por el NO en las Elecciones del Plebiscito del pasado 02 de octubre de 2016*”. (Resaltado fuera de texto).

En dicha entrevista el señor Vélez Uribe manifestó que la estrategia de la campaña del NO que él gerenció era “*dejar de explicar los acuerdos*” y se centró en exacerbar el miedo y la indignación de los votantes con mensajes (tergiversados) como:

“(...)

(i) “(...) se le iba a dar dinero a los guerrilleros”.

(ii) “(...) La estrategia era dejar de explicar los acuerdos para centrar el mensaje en la indignación. (...)”.

(iii) “(...) En emisoras de estratos medios y altos nos basamos en la no impunidad, la elegibilidad y la reforma tributaria (...)”.

(iv) “(...) En las emisoras de estratos bajos nos enfocamos en subsidios. (...)”.

(v) “(...) individualizamos el mensaje de nos íbamos a convertir en Venezuela. (...)”.

(vi) “(...) pasamos propaganda por radio la noche del sábado centrada en víctimas. (...)”.

De igual forma, en las redes sociales y medios masivos de comunicación se usó propaganda que tergiversó la realidad y que buscaban producir miedo e indignación en la población en general, con propagandas como:



NO con Franky Alzate y Gii Marcillo.

1 oct. a las 7:53p.m. • 🌐

#VotemosNO



👍👎🙄 1.047

71 comentarios 1.414 veces compartido

👍 Me gusta

💬 Comentar

➦ Compartir

Los actores concluyen, de acuerdo a lo manifestado por el señor Vélez Uribe, como Gerente de dicha campaña del “NO”, (que consideran la más representativa de esa postura en el plebiscito), se usó la **violencia psicológica** sobre los electores por las siguientes razones:

“**i**) El mensaje expuesto a los Ciudadanos de Colombia fue la Indignación; **(ii)** Buscaba que la gente saliera a votar verraca; **(iii)** Mensajes Negativos referentes al Acuerdo de Paz entre las FARC-EP y el Gobierno Nacional, los cuales fueron publicados en la red social de Facebook tuvieron un alcance de seis millones (6.000.000) de personas (número que aproximadamente coincide con el de personas naturales que votaron por el NO); **(iv)** Dejaron de explicar los Acuerdos; **(v)** Basaron sus argumentos en la no impunidad, la elegibilidad política, la reforma tributaria, la eliminación de subsidios, víctimas, y “*de que nos íbamos a convertir en Venezuela*”.

También señalan los actores que el 10 de octubre de 2016, un Pastor evangélico en Barranquilla aseguró que la firma del acuerdo de paz fue un rito satánico, lo cual fue reproducido por el medio de comunicación Blue Radio (fuente página web de Blue radio).

Y que la señora María Fernanda Cabal, Representante a la Cámara por el Partido Centro Democrático, según Noticias Caracol del 28 de septiembre de 2016 *“buscaba asustar a los jubilados para que votaran por el NO, en el sentido de insinuarles que en caso de ganar el SI les quitarían el 7% de su pensión”*.

Así mismo, de conformidad con la información que reposa en la página web de la Registraduría, dicen los demandantes que de treinta y cuatro millones ochocientos noventa y nueve mil novecientos cuarenta y cinco (34.899.945) ciudadanos habilitados para votar en el plebiscito del pasado 2 de octubre de 2016, más de veintiún millones de ciudadanos (21.000.000) que corresponden a más del 60% de los aptos para votar se abstuvieron de hacerlo²⁰.

De otro lado, manifiestan que de conformidad con el artículo 103 de la Constitución Política y el artículo 7º de la Ley 134 de 1994 y la Sentencia C-379 de 2016, el plebiscito solo tienen carácter vinculante para el ejecutivo, y que este mecanismo de participación tan solo negó el apoyo político al Presidente de la República, pero no se manifestó sobre el texto, entonces, argumentan los demandantes, dicho veto popular se impone únicamente frente al Presidente de la República pero no al Congreso ni a la Corte Constitucional.

Es así como, indican los actores, el Acuerdo aprobado por el Congreso puede pasar o no por el pueblo, toda vez que la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-379 de 2016 que : *“dichos acuerdos, a su vez, podrán ser sometidos a refrendación popular si así lo deciden el Ejecutivo y el Congreso, siempre con base en las normas constitucionales que regulan los mecanismos de participación”*, y que el Presidente de la República, debido al resultado del plebiscito, si bien es cierto, perdió sus facultades para la implementación del acuerdo, sigue ostentando las señaladas en el artículo 189 de la Constitución Política.

De igual forma, manifiestan los demandantes que al ser la paz un derecho fundamental (art. 22 de la Constitución Política) no podía someterse a refrendación popular a través del plebiscito, razón por la cual la decisión tomada en el plebiscito es política y no jurídica, entonces, la implementación del acuerdo de paz suscrito entre el gobierno y las FARC-EP debe realizarse por medio del Congreso de la República (ante la imposibilidad de implementarlo el Presidente) de conformidad con sus competencias constitucionales y legales señaladas en los artículos 114, 132 y siguientes de la Constitución Política en concordancia con la ley 5ª de 1992 y al poder judicial, pues es la Corte Constitucional la que debe pronunciarse sobre los Actos legislativos a favor de la Paz (arts. 228 y siguientes de la Constitución Política).

²⁰ Los demandantes señalan el hecho pero no plantean irregularidad alguna, ni argumentan relación de la campaña o la posible utilización de la violencia respecto de ese hecho.

Atendiendo entonces a lo solicitado por el actor, quien sustenta la petición en la confrontación entre el acto demandado, las normas superiores invocadas como violadas y el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, este Despacho antes de entrar a estudiar los cargos alegados se referirá a (i) El plebiscito como mecanismo de participación ciudadana y cómo se debían desarrollar las campañas según su reglamentación Constitucional y legal y la jurisprudencia, (ii) El fraude al sufragante como forma de violencia psicológica que genera nulidad electoral y su manejo de cara al acto plebiscitario que se enjuicia, y (iii) El valor probatorio de las notas periodísticas y las fotografías, el hecho notorio y el análisis de las pruebas allegadas con la demanda.

4.1. El plebiscito como mecanismo de participación ciudadana y cómo se debían desarrollar las campañas según su reglamentación Constitucional y legal y la jurisprudencia

Tal como se ha sostenido por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado en decisión de 13 de octubre de 2016²¹, el principio democrático, bajo la égida de la Constitución Política de 1991, desarrolla una multiplicidad de funciones, dentro de las cuales figura aquella consistente en legitimar la subsistencia del Estado Social de Derecho.

En estos términos, la democracia se presenta como **un principio estructural y valor fundante** del orden jurídico, por cuanto permite la expresión espontánea y libre de la voluntad popular, que a su vez sustenta la existencia misma del Estado, en su acepción de nación jurídicamente organizada.

Y es que en palabras de la Corte Constitucional *“Sin la participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad.”*²² (Negrilla fuera de texto)

Esta percepción, un tanto adjetiva, del concepto democrático prescribe entonces una participación activa de la ciudadanía en las decisiones que le interesan²³, como requisito *sine qua non* de la actividad estatal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º de la Carta Política.

De allí que resulte a todas luces necesario ofrecer a la ciudadanía una diversidad de medios de participación política, que tiendan a legitimar la supervivencia misma del Estado.

²¹ El Despacho en este punto retomará ciertas de las consideraciones que en relación con la democracia efectuó la Sección Quinta del Consejo de Estado en el reciente fallo de 13 de octubre de 2016, rad. n°. 11001-03-28-000-2015-00016-00. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandante: Municipio de Girardot.

²² Corte Constitucional. Sentencia T-540 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

²³ Artículo 2º Constitución de 1991.

Acorde con este propósito, el Constituyente de 1991 erigió en el artículo 103²⁴ del texto fundamental una amalgama de mecanismos de participación ciudadana de naturaleza heterogénea, dentro de los cuales el plebiscito, captará la atención del Despacho para efectos de este proveído.

En punto a la fisonomía jurídica del plebiscito, es menester advertir que se trata de un instituto de participación política “semi-directa” – marca indeleble del concepto de democracia participativa – perteneciente al género de la consulta popular, sin que por ello pueda admitirse su identidad absoluta, pues como muy bien lo ha fijado la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁵, el radio de decisión varía entre los mismos.

En efecto, mientras la consulta tiene por objeto el pronunciamiento del pueblo respecto de una pregunta que puede recaer o no en el ámbito competencial del ejecutivo, el plebiscito se limita a saber la opinión del pueblo en asuntos que son de competencia exclusiva del ejecutivo.

El acto plebiscitario tiene entonces como finalidad indagar el sentir del constituyente primario respecto de una política pública²⁶ - la cual releva exclusivamente del ejecutivo - en torno al “... *rumbo, orientaciones o modalidades del Estado*”²⁷.

No obstante, la decisión de someter un asunto público a la opinión del electorado vía plebiscito, se presenta como una facultad a la cual puede acceder o no el Jefe de Gobierno y del Estado, de conformidad con el artículo 104 de la Constitución Política, que al respecto consagra:

“El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, **podrá** consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección.”

Se decanta de la norma transcrita, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁸, 4 rasgos característicos de este mecanismo de participación:

- (i) Es un mecanismo de participación ciudadana que puede ser convocado únicamente por el Presidente de la República en aquellos casos que este lo considere necesario,

²⁴ Artículo 103 constitucional. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el refrendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

²⁵ La Corte Constitucional en múltiples ocasiones, sentencias C-180 de 1994, C-784 de 2014, C-150 de 2015, ha sostenido que “*el plebiscito y la consulta popular cuentan con un fundamento constitucional común contenido en el artículo 104 de la Carta y, por ello, como lo ha dejado dicho la Corte, el plebiscito puede ser considerado como una forma de consulta popular*”

²⁶ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de 29 de septiembre de 2016. Radicado: 11001-03-15-000-2016-02680-00. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

- (ii) Tiene como fin consultar a los ciudadanos una decisión política de su Gobierno que se encuentre dentro de la órbita de sus competencias.
- (iii) El pronunciamiento popular, dota de legitimidad popular la iniciativa del Jefe de Estado; y,
- (iv) Tiene un carácter vinculante, en términos de mandato político del Pueblo soberano, restringiéndose dichos efectos al Gobierno, sin que resulten extensibles a otras ramas del poder público.

Por otra parte, y en tratándose de las campañas que deben anteceder los certámenes plebiscitarios, las mismas pueden estar dirigidas a promover la votación a favor o en contra de la pregunta sometida al pueblo, como una manifestación del derecho de los ciudadanos a divulgar y expresar sus opiniones políticas²⁹, bajo el entendido de que en el ejercicio proselitista se garantice un grado de verdad que permita conocer efectivamente la voluntad de la ciudadanía.

En relación con las campañas, fue en la sentencia de constitucionalidad C-180 de 1994, en la que por vez primera, la Corte tuvo a pronunciarse en lo atinente a su reglamentación, al analizar la exequibilidad de los artículos 79³⁰ y 80 del proyecto que, posteriormente, se convertiría en la Ley 134 de 1994. Al respecto, la mentada providencia expresó:

“Los artículos 79 y 80 regulan lo relacionado con la campaña a favor o en contra del plebiscito y el acceso de los partidos y movimientos políticos a los espacios de televisión financiados por el Estado, lo cual se hará de acuerdo con lo dispuesto para el referendo constitucional.

(...)

Se pretenden a través de estas disposiciones hacer efectivos los derechos políticos fundamentales de los ciudadanos, y en este caso, específicamente, el derecho de divulgar y expresar por los medios de comunicación del Estado, su opinión acerca del plebiscito, en ejercicio del derecho a la libre expresión -CP. art. 20-; pero además, garantizarle al gobierno, como promotor del plebiscito, su derecho de informar y dar a conocer a los ciudadanos en general, la decisión que se pretende someter al pronunciamiento popular.”³¹

Se decanta de lo transcrito que el proselitismo consustancial a los certámenes plebiscitarios se revela como una traducción de los derechos políticos fundamentales de los ciudadanos, así como de la libertad de expresión, consagrada en el artículo 20 de la Constitución.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

³⁰ Artículo 79º.- Campaña a favor o en contra del plebiscito. El acceso de los partidos y movimientos políticos a los espacios de televisión financiados por el Estado se hará de conformidad con lo establecido para el referendo constitucional.

El Gobierno dispondrá del mismo tiempo en televisión para expresar su opinión sobre el plebiscito. El uso de estos espacios se hará dentro de los veinte días anteriores a la fecha señalada para la votación.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara

Adicional a ello, en la sentencia C-150 de 2015, la Corte Constitucional fijó parámetros para el desarrollo de las campañas en los distintos mecanismos de participación. En dicha ocasión, sostuvo que:

“(i) [iniciar] desde la fecha en la que la autoridad competente determine, mediante decreto, cuando se realizará la votación sobre un mecanismo de participación ciudadana hasta el día anterior a la realización del mismo, se podrán desarrollar campañas a favor, en contra y por la abstención a cada mecanismo, esto último cuando aplique; (ii) el Gobierno, los partidos y movimientos políticos y las organizaciones sociales que deseen hacer campaña a favor, en contra o por la abstención de algún mecanismo de participación ciudadana deberán notificar su intención ante el Consejo Nacional Electoral en un término no superior a 15 días contados a partir de la fecha en la que se publique el decreto de convocatoria de que trata el artículo anterior; (iii) toda organización política o social que haya notificado al Consejo Nacional Electoral su intención de hacer campaña a favor, en contra o por la abstención a algún mecanismo de participación ciudadana podrá acceder, en condiciones de equidad, a los medios de comunicación social del Estado para exponer sus posturas respecto de la convocatoria, sin perjuicio de aquellas campañas que decidan promover el mecanismo de participación por medios diferentes a los de comunicación social del Estado; y (iv) el Consejo Nacional Electoral fijará anualmente la suma máxima de dinero que se podrá destinar al desarrollo de una campaña a favor, en contra o por la abstención de mecanismos de participación ciudadana y la suma máxima de los aportes de cada ciudadano u organización, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 12 de la Ley 1757 de 2015. Asimismo podrá investigar las denuncias que sobre incumplimiento de dichas normas se presenten.”³²

Más recientemente, y en punto a la campaña previa al plebiscito de 2 de octubre de 2016, el Alto Tribunal constitucional, al realizar el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1806 de 24 de agosto del presente año³³, señaló que, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 2º del mentado cuerpo normativo, las campañas del plebiscito lideradas por movimientos cívicos, grupos significativos de ciudadanos, partidos políticos y otras colectividades que decidieran participar promoviendo el voto por el “sí” o por el “no”, tendrían idénticos deberes y garantías, espacios y participación en los medios, sin interferir en la divulgación o publicación del Acuerdo Final.

En este aspecto, resaltó que uno de los presupuestos para la validez y legitimidad en el ejercicio de los mecanismos de participación, es aquel consistente en el equilibrio y la equidad que impere entre las diferentes posturas que concurren en campaña.

Lo anterior, en palabras de la Corte, se alcanza mediante el establecimiento de una normatividad que erija iguales prerrogativas y deberes en cabeza de quienes

³² Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

promuevan los extremos de la elección, que para el caso en concreto corresponde a las opciones del “sí” o el “no” en el plebiscito especial³⁴.

En este mismo sentido, se adujo que el citado postulado está estrechamente relacionado con la eficacia del derecho de libertad del elector a **“(i) expresar libremente sus preferencias respecto de las diferentes opciones; y (ii) concurrir a las urnas, también bajo condiciones de plena libertad y autonomía, a votar de conformidad con dichas preferencias”**, conforme lo dispone el artículo 258 de la Carta, el cual prevé que:

“El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque **se ejerza sin ningún tipo de coacción...**” (Negrilla fuera de texto)

Dicha libertad que cuenta igualmente con desarrollo en la normatividad internacional, pues el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 23 de la Convención Interamericana establecen que es derecho de toda persona votar y ser elegidos en elecciones periódicas por un sistema de voto secreto **“que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”**.

Así las cosas, el derecho de los ciudadanos a ejercer campañas que promovieran las opciones del “sí” o el “no”, en el contexto del plebiscito especial del pasado 2 de octubre, debía igualmente armonizarse con el derecho de los electores a desempeñar su derecho al voto sin ningún tipo de coacción física o psicológica, para lo cual era preciso el desarrollo de campañas límpidas y transparentes, centradas en el debate en torno al texto del acuerdo.

En otros términos, del debido funcionamiento de las campañas dependía el hecho de que los ciudadanos pudieran expresar públicamente sus preferencias y concurrir a la elección sin presiones de ninguna naturaleza, lo cual implicaba **la eliminación de toda amenaza armada o fundada en cualquier modalidad de uso de la coacción, la fuerza o el engaño**, como pasará a estudiarse a continuación.

4.2. El fraude al sufragante como forma de violencia psicológica que genera nulidad electoral y su manejo de cara al acto plebiscitario que se enjuicia

El numeral 1º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 establece:

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

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales...”

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-376 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Se trata de una causal autónoma que incorporó al derecho positivo el desarrollo jurisprudencial que tuvo en el Consejo de Estado, y particularmente en esta Sección, la violencia como vicio en la legalidad de un acto de elección.

Dentro de la codificación adjetiva anterior, esto es, el Decreto 01 de 1984, esta causal de nulidad electoral se plasmó, en el numeral 1º del artículo 223, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 223. Modificado por el art. 65, Ley 96 de 1985, Modificado por el art. 17, Ley 62 de 1988 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”.

Nótese que el tipo de violencia contra las personas que tipificaba el CCA era únicamente aquella que recaía sobre los escrutadores. Sin embargo, este concepto se amplió notoriamente con el CPACA, al punto en que se contempló que también pueden ser objeto de ésta los nominadores y los electores, pero también cualquier autoridad electoral.

Retomando lo dicho en torno al rol de la jurisprudencia electoral en relación con el mencionado desarrollo normativo, el Despacho encuentra pertinente referirse a algunos de los pronunciamientos más destacados en ese sentido, no sin antes recordar que la violencia, desde el punto de vista estrictamente gramatical, se comprende así:

- “1. f. Cualidad de violento.
2. f. Acción y efecto de violentar o violentarse.
3. f. Acción violenta o contra el natural modo de proceder.
4. f. Acción de violar a una persona”³⁵.

Por su parte, bajo los mismos parámetros hermenéuticos, lo violento se define como:

- 1. adj. Dicho de una persona: Que actúa con ímpetu y fuerza y se deja llevar por la ira.**
- 2. adj. Propio de la persona violenta.**
3. adj. Que implica una fuerza e intensidad extraordinarias.
4. adj. Que implica el uso de la fuerza, física o moral.
- 5. adj. Que está fuera de su natural estado, situación o modo.**
6. adj. Dicho del sentido o la interpretación que se da a lo dicho o escrito: Falso, torcido, fuera de lo natural.
- 7. adj. Dicho de una situación: Embarazosa.**

³⁵ Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, 23.ª edición.

8. adj. Dicho de una persona: Que se encuentra en una situación embarazosa”.

Y es en los términos de las hipótesis resaltadas de esta última transcripción, en especial la sexta, que esta Sección ha entendido la violencia sobre las personas, según se pasa a ilustrar³⁶.

Como se vio, la causal de violencia en el CCA se integraba al numeral 1° del artículo 223 de dicha codificación, pero únicamente en defensa de los escrutadores y las “papeletas de votación”. Tanto así que en fallo de 3 de diciembre de 1992³⁷, la Sección despachó desfavorablemente una demanda de nulidad electoral fundada en violencia contra los electores por el hecho de no estar contemplados como sujetos de la causal en cuestión.

En otra oportunidad, la Sala estudió la presunta violencia ejercida contra un delegado del Registrador y determinados jurados de votación para que permitieran sufragar a un grupo de personas que al parecer no se encontraban inscritas, los cuales, finalmente fueron autorizados por el primero, en razón de los airados reclamos y presiones a las que fue sometido por aquellos electores. Y al respecto, en sentencia de 6 de octubre de 1995³⁸, concluyó:

“Por lo demás, es la violencia ejercida contra los escrutadores, según lo dispuesto en la disposición transcrita, la que constituye motivo de nulidad. De manera que la alegada violencia ejercida sobre el Delegado del Registrador no tendría la virtualidad de hacer nula el acta correspondiente.

Por otra parte, los jurados de votación, en escrito firmado por los mismos (folio 14) y reconocido en el curso del proceso (folios 48 y 49), sólo afirmaron que “se presentó una situación de dificultad” y que “hubo presión e insultos” contra el Delegado y los jurados. De tales documentos y de los testimonios recibidos (folios 39 a 60), no parece que hubiera habido más que expresiones soeces y amenazas, pero no la violencia prevista en el numeral 1 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo”.

De lo transcrito se advierten dos cosas, que en aquel entonces no se admitió la violencia contra una autoridad electoral como causal de nulidad del acto de elección respectivo, y que las presiones e insultos no se tenían como hechos constitutivos de violencia, es decir, que la Sala solo admitía como tal la física y no otras expresiones de ese fenómeno, como la violencia psicológica.

En decisión de 12 de abril de 2002³⁹, se estudió la incineración de votos como hecho violento, se amplió el concepto de violencia, admitiéndose que esta pudiera

³⁶ Ello, retomando, muchos de ellos en su literalidad, los apartes consignados en el análisis jurisprudencial decantado por la Sala en la reciente sentencia de 29 de septiembre de 2016, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 05001-23-33-000-2015-02546-01(acum), demandado: ALCALDE DE BELLO.

³⁷ C. P. Luis Eduardo Jaramillo Mejía, rad. 0811, demandado: ALCALDE DE ANCUYA.

³⁸ C. P. Mario Alario Méndez, rad. 1399, demandado: ALCALDE DE ARBBOLETE.

³⁹ C. P. Roberto Medina López, rad. 05001-23-31-000-2000-4427-01, demandado: ALCALDE DE TURBO.

ser física o psicológica y se recabó en la necesidad de su prueba fehaciente e incidencia en el resultado.

Así también, en fallo de 16 de agosto de 2002⁴⁰, la Sala, a manera de *obiter dictum*, aunque no reconoció expresamente el carácter nulitante de la violencia contra electores, si recogió una tesis que empezó a hacer carrera en la Sala desde 1999, conforme con la cual el paradigma constitucional introducido con el Pacto Político de 1991 estableció nuevas garantías para los ciudadanos, como el derecho a elegir y ser elegido, que debe ser garantizado por el Estado.

Ese sería el preámbulo ideal para que esta Sala electoral, en providencia de 16 de agosto de 2002⁴¹, diera un giro a su jurisprudencia y calificara la violencia contra los electores como causal de nulidad electoral, así:

“... si bien es cierto el numeral 1º del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo sólo se refiere a la violencia que se ejerce sobre los escrutadores, no lo es menos que existen otras disposiciones que permiten inferir que los votos depositados por personas sometidas a la coacción física o psicológica son nulos y, por lo tanto, son nulas las actas de escrutinio que registran esa votación irregular. En efecto, el artículo 40 de la Constitución consagra el derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para hacer efectivo ese derecho, la misma norma, preceptúa que aquellos, entre otras garantías, pueden elegir y ser elegidos y tomar parte en las elecciones. Evidentemente, y como manifestación de un derecho de libertad, esa garantía constitucional parte de una premisa fundamental: la expresión de la voluntad libre de los ciudadanos. De consiguiente, toda actuación u omisión que afecte la libertad individual para decidir el sentido del voto infringe el núcleo esencial de este derecho constitucional, por lo que su violación origina la nulidad del voto. No solamente son nulos los votos depositados por los ciudadanos en virtud de la violencia ejercida por terceros, sino también son nulas las actas de escrutinio de aquellos lugares donde el ejercicio de la violencia impide la expresión libre de la voluntad popular”.

A su turno, en fallo de 3 de marzo de 2005⁴², se estableció que la violencia, cualquiera que fuera su forma, para provocar la nulidad de la elección, además de su incidencia en el resultado electoral, se debe ejercer “... con la finalidad de *alterar o manipular el resultado electoral; pues si de violencia sobre los escrutadores se trata, ella (...) debe dirigirse a doblegar la voluntad de la comisión de escrutadores, mutando el auténtico resultado electoral...*”.

Ese mismo año, la Sala precisó que la violencia contra los electores podía verse reflejada en la no realización de elecciones en partes de una determinada circunscripción, pero que para su configuración, con fines de este tipo de procesos,

⁴⁰ C. P. Mario Alario Méndez, rad. 20001-23-31-000-2000-1501-01, demandado: ALCALDE DE LA PAZ.

⁴¹ C. P. Darío Quiñones Pinilla, rad. 27001-23-31-000-2001-0641-01, demandado: ALCALDE DE MEDIO BAUDÓ.

⁴² C. P. María Noemí Hernández Pinzón, rad. 08001-23-31-000-2003-02943-01, demandados: CONCEJALES DE MALAMBO.

“debe demostrarse que (i) dicho suceso obedeció a factores ajenos a la voluntad de los electores e imputables al Estado y que (ii) el número de votos que no pudieron ser depositados por esa causa es significativo frente al escrutado y computado”⁴³.

En aquella oportunidad se conocieron hechos de violencia protagonizados por las FARC en el municipio de Bojayá, con los cuales no solo se obstruyó el acceso de buena parte de la población a sus sitios de votación, sino que también se sustrajo el material electoral. Empero, a pesar de tales acontecimientos, no se declaró la nulidad de la elección demandada, por cuanto no se acreditó la incidencia de los votos frustrados respecto del resultado definitivo, ni se especificaron las zonas, puestos y mesas afectadas por esa lamentable práctica.

En sentencia de 20 de octubre de 2005⁴⁴, el Consejo de Estado estudió si los votos emitidos por los colombianos en circunstancias de desplazamiento forzado podrían viciar la legalidad del acto de elección resultante de los comicios celebrados el 25 de abril de 2004 para escoger al alcalde del municipio del Carmen del Darién (Chocó). En aquella oportunidad, la Sala de lo electoral reflexionó tal y como se sigue:

“En principio, resulta evidente para la Sala que la condición de desplazado de un municipio no le quita a una persona el derecho a votar en él, pues sería tanto como admitir que la residencia electoral de la que depende el ejercicio de un derecho constitucional fundamental de naturaleza política cuando se trata de elegir autoridades locales o de ser elegido, está a disposición de quien tiene un poder de facto para restringirlo. De allí que si una persona que tiene la condición de desplazado se inscribe y vota en su municipio de origen debe reconocerse la validez de su voto, pues el artículo 316 constitucional lo que pretende evitar es que quienes no tengan con un determinado municipio los intereses y vínculos materiales y espirituales que determinan el concepto de residencia, puedan hacer prevalecer su voluntad sobre quienes tienen residencia en el mismo. Y es claro que los desplazados de un municipio que inscriben su cédula para ejercer en él su derecho político de elegir y ser elegido poseen vínculos con el municipio que no pueden considerarse rotos por la acción de grupos armados al margen de la ley. En el caso que nos ocupa está probado, mediante el certificado que al proceso remitió Junta Directiva del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Curvaradó que los desplazados mencionados están organizados para efectos de retornar a su localidad de origen y para laborar en ella. En consecuencia, no hay razón alguna que impida reconocer su condición de residentes de Carmen del Darién”.

Si bien la circunstancia antes descrita fue examinada bajo el prisma de la transhumancia, la cual constituye una causal autónoma a la de violencia a la que se refiere el presente proveído, es lo cierto que lo disertado por esta Corporación en el

⁴³ C. P. Darío Quiñones Pinilla, 4 de marzo de 2005, rad. 27001-23-31-000-2003-00759-01, demandado: GOBERNADOR DEL CHOCÓ.

⁴⁴ C. P. Reinaldo Chavarro Buritica, rad. 27001-23-31-000-2004-00549-01, demandado: ALCALDE DEL CARMEN DEL DARIÉN.

citado fallo de 2005 permite comprender el entorno en el que se desarrollaban los procesos electorarios en distintas latitudes del país, y de esa manera dimensionar la forma en la que la violencia se conectaba con nuestra realidad electoral.

Dentro de ese marco se destaca lo ocurrido en el municipio de Timbío (Cauca), lo cual se examinó en fallo de 24 de noviembre de 2005⁴⁵, en el que se hicieron algunas claridades respecto del potencial anulatorio de la violencia, derivada, en este caso, de la incineración de tarjetones electorales, con base en algunas directrices dispersas en pronunciamientos anteriores de la Corporación. En tal sentido, con respecto a la protección de la eficacia del voto, se indicó:

“De ahí que la destrucción de los tarjetones y formularios de registro de votos por causa de violencia que alega el demandante, desconozca las premisas constitucionales consagradas en los artículos 40, 258 y 260 de la Constitución Política que exaltan la democracia que fundamenta el Estado social de derecho. Esta causal no se configura por la sola verificación de que la voluntad electoral de cierto número de personas resultó menguada por acciones violentas de terceros; para dar eficacia al voto depositado pero no reflejado en el resultado electoral definitivo, es menester establecer a cuánto asciende el total de ciudadanos aptos para sufragar en las mesas cuya votación fue destruida o, por lo menos, conocer la constante histórica porcentual de participación de los ciudadanos en la respectiva circunscripción electoral, puesto que es necesario contemplar los porcentajes normales de abstención que ordinariamente se presentan en las elecciones”.

De esta providencia, para los fines del estudio que concierne a este acápite, cabe resaltar que, aunque no se trató de un caso de violencia contra las personas, sino contra el material electoral, se decantaron importantes bases en relación con el factor “incidencia” que debe rodear el examen de la nulidad electoral que se funda en el advenimiento de esta reprochable situación.

Siguiendo con la línea antes descrita, en providencia de 19 de enero de 2006⁴⁶, la Sección estudió la legalidad del acto de elección del entonces alcalde de Rionegro (Antioquia) y de concejales del ente territorial. En aquella oportunidad, se cuestionaron hechos de violencia contra los electores, perpetrados por las entonces llamadas “Autodefensas Unidas de Colombia”, pero esta vez no para impedirles ejercer su derecho al sufragio o para hacerlo nugatorio en términos materiales, sino, precisamente, para todo lo contrario, esto es, para presionarlos a votar por una determinada opción política. Sobre el particular, además de avalar el examen de legalidad de este tipo de “violencia”, la Sala se permitió hacer algunas precisiones conceptuales sobre esta causal:

“existen otras disposiciones que permiten inferir que los votos depositados por personas sometidas a la coacción física o psicológica son nulos y, por lo

⁴⁵ C. P. María Nohemí Hernández Pinzón, rad. 19001-23-31-000-2003-02105-03, demandado: ALCALDE DE TIMBÍO.

⁴⁶ C. P. Darío Quiñones Pinilla, rad. 68001-23-15-000-2004-00002-02, demandados: ALCALDE Y CONCEJALES DE RIONEGRO.

tanto, son nulas las actas de escrutinio que registran esa votación irregular; esta hipótesis que se estudia supone la existencia de la violencia como situación causante de la nulidad del acta de escrutinio. Así, la violencia a la que alude esa disposición corresponde a los **actos de coacción por medio de la fuerza física o psicológica que colocan en situación de inferioridad a una persona**. Como violencia física se califica toda conducta que directa o indirectamente esté dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento físico sobre las personas, mientras que **la violencia psicológica corresponde a aquellos actos que puedan ocasionar un daño emocional, que disminuyan la autoestima, que perturben el libre desarrollo de la personalidad, que puedan producir descrédito, deshonra o menosprecio del valor personal o de la dignidad**” (negrillas propias).

En dicho caso, al encontrar probada la violencia contra los electores y algunas autoridades electorales, la Sala declaró la nulidad del acto demandado y ordenó la práctica de nuevos escrutinios en los que se excluyeran los votos de las mesas que habían sido objeto de violencia.

Otro caso significativo en torno a la causal de violencia contra los electores fue el de las elecciones a la Cámara por el departamento de Guainía, llevadas a cabo el 12 de marzo de 2006. En sentencia de 22 de noviembre de 2007⁴⁷, la Sala encontró acreditada la violencia en varias mesas del departamento –y su incidencia en las elecciones–, en las que no fue posible que los ciudadanos se acercaran a votar, por presiones ejercidas por las FARC. No obstante, en contraste con lo resuelto en el caso anterior, la orden que aparejó la nulidad no fue la de nuevos escrutinios, sino la de nuevas elecciones, solo para las mesas afectadas, atendiendo las particularidades del caso, para que se reflejaran en el resultado electoral.

Esta orden resultó de cardinal relevancia teniendo en cuenta que la norma vigente en ese momento (CCA) solo contemplaba la posibilidad de nuevos escrutinios.

Luego de ello, en providencia de 3 de julio de 2009⁴⁸, fueron decantados los requisitos para que prospere la causal de violencia contra el elector, de la siguiente forma:

“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 dobliga y se somete a los deseos del que ejerce la violencia** (agresor) y, el segundo consiste en los efectos del acto violento que afectan y conducen a la real mutación en el resultado electoral. La concurrencia del hecho violento (aspecto objetivo) con la vulneración de la voluntad de quien es violentado (aspecto subjetivo) y la modificación del resultado electoral (aspecto consecuencial), derivado de la aplicación del principio de eficacia del voto,

⁴⁷ C. P. María Nohemí Hernández Pinzón, rad. 11001-03-28-000-2006-00117-00, demandados: REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR GUAINÍA.

⁴⁸ C. P. Mauricio Torres Cuervo, rad. 17001-23-31-000-2007-00364-02, demandados: DIPUTADOS DE CALDAS.

son los tres presupuestos que deben acreditarse cuando se pretenda anular el acto de elección con base en hechos de violencia” (negritas propias).

Estas consideraciones fueron reiteradas en sentencia de 26 de febrero de 2014⁴⁹, en la que se insistió en que la violencia puede recaer sobre las personas o sobre las cosas.

A partir de esas generalidades, y ya en vigencia del CPACA, la Sala, en el fallo de 21 de enero de 2016⁵⁰, determinó las condiciones para establecer otras formas de violencia psicológica contra el elector, como lo es el ofrecimiento de dádivas o corrupción al sufragante –que además es un delito–, según ya fue transcrito en acápite anteriores, tal y como se sigue:

“Así mismo, frente a los requisitos para que se estructure la causal alegada de violencia psicológica relacionada con la corrupción al elector, la jurisprudencia de esta Sección⁵¹ ha establecido que es necesario que se pruebe :i) las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan demostrar que existió la violencia alegada, lo cual además del factor objetivo que incluye que los constreñidos ejercieron el voto en determinadas zonas, puestos y mesas, tiene un factor subjetivo, es decir que dicho voto se dio como consecuencia de las dádivas ofrecidas y/o recibidas; ii) que, en caso de violencia psicológica, las dádivas fueron otorgadas por los demandados con el propósito señalado por el demandante, es decir, para constreñir la voluntad del elector, iii) cuántos ciudadanos votaron en razón de haber recibido un pago o una promesa de dádiva; iv) que el fraude de esos votantes tuvo la potencialidad de modificar el resultado electoral”.

Ello demuestra que el cambio normativo introducido por el CPACA no supuso alteración alguna en el desarrollo jurisprudencial configurado hasta el momento, pues tal entendimiento de la “violencia” –el de la sentencia mencionada en el párrafo inmediatamente anterior– solo era posible en la medida en que integrara las tesis vigentes de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Bajo ese entendimiento, en reciente sentencia de 29 de septiembre de 2016⁵², la Sala efectuó una caracterización de la violencia como causal de nulidad electoral, en la que se destacó que su comisión escapa a la voluntad y a las atribuciones conferidas a la autoridad electoral “... y, por demás, se abstrae de cualquier dependencia con los elementos que integran la estructura electoral misma. En este tipo de eventos media el hecho de un tercero que irrumpe a través de la

⁴⁹ C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 66001-23-31-000-2012-00011-01, demandado: ALCALDE DE PEREIRA.

⁵⁰ C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 11001-03-28-000-2014-00030-00, demandados: REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR GÚAINÍA.

⁵¹ Consejo de estado. Sección Quinta. Rad. 2012-00011-01 sentencia de 26 de febrero de 2014. C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. “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”.

⁵² C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 05001-23-33-000-2015-02546-01(acum), demandado: ALCALDE DE BELLO.

fuerza, bien sea física o psicológica, en la integridad y en el orden natural del proceso electoral, atacando directamente a las personas o a las cosas que hacen parte de él...”.

Por lo decantado en dicho pronunciamiento, se puede hablar de la violencia psicológica también como **una causa exógena al aparato electoral, que altera la corrección formal que se debe predicar de un acontecimiento tan significativo como lo es la elección, valiéndose para ello de la fuerza física, psicológica o moral ejercida en contra del elemento humano que participa activa o pasivamente de ella.**

Ahora, no sobra decir que más allá de las particularidades que encierran cada uno de los casos reseñados, es lo cierto que la jurisprudencia existente en torno al tema “violencia” no logra englobar todas las posibilidades que emergen de la misma.

Así, resulta evidente que al día de hoy la mayoría de casos en los que se ha estudiado la legalidad del acto electoral, por ejemplo, bajo el prisma de la violencia psicológica, se han orientado por la modalidad conocida como “corrupción al sufragante”. Pero no porque una figura sea condición necesaria y exclusiva de la otra, sino porque los casos que hasta el momento han llegado a conocimiento de la Corporación, se ajustan en sus supuestos fácticos y jurídicos a esa forma de afectación del sistema democrático.

Empero, más allá de tal circunstancia, es lo claro que, en el plano de lo real, las posibilidades son infinitas, por eso los retos que debe afrontar el juez de lo electoral, en su incesante tarea de preservar la democracia, conllevan un desarrollo de los elementos de cognición que, a través de los instrumentos que brinda el ordenamiento jurídico, permitan ofrecer a la sociedad en general una prenda invaluable de justicia material.

Lo anterior cobra vigor en medio de un entorno dinámico, voluble y cambiante como el que gobierna las contiendas electorarias, en el que con más veras se debe enaltecer la verdad y el respeto por los valores, principios y reglas que irradian el Estado Social de Derecho.

Dentro de ese contexto, es pertinente avanzar en el concepto de violencia psicológica que hasta ahora se ha decantado, pues las circunstancias particulares del *sub examine* así lo imponen.

Para ello, el punto de partida natural debe ser el estado actual de la jurisprudencia electoral, que conduce a un entendimiento de la violencia como todo acto que afecte “... *la expresión de la voluntad libre de los ciudadanos...*”⁵³ ya que “... *toda actuación u omisión que afecte la libertad individual para decidir el sentido del voto infringe el núcleo esencial de este derecho constitucional...*”⁵⁴.

⁵³ C. P. Darío Quiñones Pinilla, rad. 27001-23-31-000-2001-0641-01, demandado: ALCALDE DE MEDIO BAUDÓ.

⁵⁴ *Ibidem*.

En este mismo sentido, resulta contundente el entendimiento que le dio la Sala a este indeseable fenómeno en el reciente fallo de los representantes a la Cámara por el departamento Guainía, en el que con vehemencia precisó que *“dicha violencia comprende no solo las [formas] físicas sino también las psicológicas, el constreñimiento, la coacción o cualquier tipo de situación que anule su libertad de escoger libremente la opción para ejercer el derecho al voto, lo cual incluye el otorgamiento de dádivas considerado por el derecho penal como delito de corrupción al sufragante”*⁵⁵ (negrillas propias).

En ese orden de cosas, si hechos constitutivos de “corrupción al sufragante” pueden perfectamente ser encuadrados en la modalidad de violencia psicológica, no habría razón constitucional y legalmente admisible –y que de eso no quepa la menor duda– para considerar que otro tipo de conductas de similar envergadura, que flagelan la integridad de la democracia con tanta o más severidad, como es el caso del **“fraude al sufragante”**⁵⁶, no lo sean; máxime, cuando inclusive el legislador la ha tipificado como punible, tanto así que el artículo 388 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) consagra:

“Artículo 388. Fraude al sufragante. Modificado por el art. 40, Ley 1142 de 2007. El que **mediante maniobra engañosa**, obtenga que un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, vote por determinado candidato, partido o corriente política, o lo haga en blanco, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años.

En igual pena incurrirá quien por el mismo medio obtenga **en plebiscito**, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato votación en determinado sentido” (negrillas propias).

Y es que no podría ser de otra forma, pues resulta apenas lógico que el derecho al voto debe ser consciente e informado, ya que, de lo contrario, perdería todo sentido como expresión de la voluntad libre y soberana del pueblo, dando paso así a la exaltación de intereses particulares y mezquinos que privan a las instituciones y a las formas públicas de toda legitimidad.

Si, tal y como lo previene el artículo 3º de la Carta Política, *“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público”* y este *“... la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”*, es apenas obvio que las instituciones, las decisiones y las formas de expresión del poder público que tengan su origen en el engaño al pueblo son en sí mismas un producto falaz, una burla y, por demás, un dislate que no puede comprometer su derecho supremo de autodeterminarse en un sentido específico, comoquiera que son el reflejo de una voluntad que, debiendo ser libre y soberana, ha sido violentada por causas que no encuentran justificación en un

⁵⁵ C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 21 de enero de 2016, rad. 11001-03-28-000-2014-00030-00, demandados: REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR GUAINÍA.

⁵⁶ Y en general cualquier otra que atente contra la libertad del voto.

modelo de Estado social, constitucional y democrático de derecho, en tanto se imponen por la fuerza sobre el deseo real y consciente del elector.

De otra suerte, a manera de complemento, cabe decir también que la Constitución expresa que esa soberanía puede ser ejercida de diversas maneras, una de ellas, a través de los mecanismos de participación ciudadana que consagra el artículo 103 de la Constitución, entre los cuales se encuentra el plebiscito, respecto del cual, el artículo 104 *ejusdem* previene: *“El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar al pueblo decisiones de trascendencia nacional. La decisión del pueblo será obligatoria. La consulta no podrá realizarse en concurrencia con otra elección”*.

A este mecanismo acudió el Presidente Juan Manuel Santos Calderón el pasado 2 de octubre, luego de que tras 60 años, un 1º de diciembre de 1957, se llevara a cabo el que, desde entonces, había sido el primer ejercicio de esa naturaleza en toda nuestra vida republicana y en el que, valga anotar, las mujeres acudieron por vez primera a las urnas para hacer uso de la gran conquista que apenas tres años atrás le había sido reivindicada: nada más y nada menos que el derecho al voto, con el pueblo colombiano consintió lo que más adelante se conocería como el Frente Nacional.

Por segunda vez en la historia de Colombia, a pocos días del presente proveído, la ciudadanía fue convocada en cada rincón de la patria para adoptar una de las decisiones más trascendentales de los últimos tiempos; importancia que, indubitablemente, deviene de su proximidad con un tema tan sensible como lo es el conflicto armado que ha asolado en muchos aspectos la dignidad de nuestra nación y de todos aquellos seres humanos –en su mayoría arropados bajo el mismo pabellón– que, sin distinción de raza, condición y sexo, de una u otra forma, han sido víctimas de su ingente voracidad.

Un proceso electoral de esta naturaleza, con más ahínco que cualquier otro, merece ser resguardado de todo acto que afecte la pureza del sufragio y la verdad electoral, y especialmente exige ser protegido de cualquier intento de perturbación del ejercicio libre y soberano de la voluntad colectiva que obtiene su expresión material en el voto. De ahí que toda violencia –desde la concepción libertaria asumida por la jurisprudencia de esta Corporación– debe ser rechazada y contrarrestada de manera categórica.

Este aspecto, además de explicarse en las consideraciones plasmadas en líneas previas, se justifica también en el hecho que en el proceso plebiscitario en cuestión no se enfrentaron intereses individuales de quienes pugnaban por lograr su designación como representantes de la sociedad ante algún estamento de la vida pública. Allí lo que estuvo en contienda fue la concepción bajo la cual **el pueblo soberano debía definir, de manera directa y autónoma, “su propio**

***destino como nación*⁵⁷, a través de una “*decisión fundamental para la vida del estado y la sociedad*”⁵⁸.**

De ahí que los principios⁵⁹ *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) y *pro sufragium* (electores) que subyacen a dicho trámite deben auparse sobre manera, en vista de que no existe la tensión que eventualmente podría presentarse entre los derechos, de un lado, de los electores y, del otro, de los elegidos o elegibles, pues, en este tipo de eventos, no hay personas que elegir.

Dicho de otro modo, no existe enfrentamiento entre el binomio conformado por derecho subjetivo de quien aspira acceder a un cargo público y el derecho colectivo de los asociados a decantarse por una determinada opción política, y por ende, tampoco una necesidad de ponderarlos. En el plebiscito lo que realmente existe es, guardando las proporciones, un monomio en el que la suma de voluntades que lo conforma encuentra en reflejo directo en el elector mismo. Es un principio de autodeterminación, y no de representación, en el que no hay contradicción entre el derecho a ser elegido y la preservación del sistema democrático en sí mismo, pues, se insiste, son esencialmente los supuestos de realización de la democracia los que sufren el riesgo de ser entreverados cuando media violencia en la producción del resultado de un plebiscito.

Es así que cuando mediante maniobras engañosas, se obtiene que la ciudadanía vote un plebiscito en determinado sentido –o incluso que se abstenga de hacerlo, si ello es el resultado de un comportamiento que coarta la libertad electoral– lo que se logra al final no es más que un resultado espurio, en la medida en que está edificado sobre la destrucción de los pilares sobre los cuales se levanta la democracia, y que son los mismos cuya preservación se extrema a través de los principios *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) y *pro sufragium* (electores)⁶⁰.

De conformidad con tales consideraciones, los presupuestos sobre los que se yergue la causal contenida en el numeral 1º del artículo 275 del CPACA y las demás normas que se opongan a la violencia sobre los electores demandan una labor extraordinaria por parte del juez de lo electoral, que lleven, a su vez, a previsiones excepcionales que permitan abordar con sentido de responsabilidad jurídica y social, con prevalencia del derecho sustancial y con compromiso democrático todos los pormenores del debate jurisdiccional que gravitan en torno al resultado del acto plebiscitario.

Es por ello que aspectos como la “eficacia” o “incidencia” del voto dentro del examen de nulidad electoral deben ser medidos bajo otro racero, pues la tradicional formulación de cargos en términos de “zona, puesto, mesa” resulta

⁵⁷ Corte Constitucional, C-397 de 2016.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Cfr. Sentencia de 7 de junio de 2016, C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, demandada: ONEIDA RAYETH PINTO PÉREZ – GOBERNADORA DE LA GUAJIRA.

⁶⁰ Cfr. Sentencia de 7 de junio de 2016, C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, demandada: ONEIDA RAYETH PINTO PÉREZ – GOBERNADORA DE LA GUAJIRA.

insuficiente para dimensionar el verdadero alcance de los hechos de “fraude al sufragante” que se acusan en la demanda de la referencia.

En ese orden de ideas, es dable entender, única y exclusivamente para los fines de este caso en particular, que **la incidencia del voto, a propósito de la nulidad electoral que escudriña este tipo de acciones judiciales, puede medirse en términos de una irregularidad que tiene el potencial de afectar de forma global el resultado del plebiscito, y que encuentra su causa en un eventual “fraude al sufragante” perpetrado de forma masiva y sistemática.**

Ello, sumado a que para concluir la eventual variación del resultado final de los comicios no es indispensable que se demuestre que el 100% de los electores fue defraudado mediante actos de violencia psicológica, comoquiera que entre las dos opciones sometidas a votación (SI / NO) se presentó un estrecho margen del 0,93%, que bien podría sucumbir ante la demostración de que la violencia psicológica que se aduce en la demanda, en efecto, haya sido un hecho generalizado.

Cuando se logra probar la existencia de un fenómeno de tal envergadura surge como elemento definitorio de la contienda la incertidumbre respecto de la voluntad del electorado, habida cuenta que se torna imposible conocer el sentido auténtico de la elección, por el hecho de que existe un vicio que afecta de forma global la pureza del sufragio.

Pretender que se demuestre voto a voto cuáles de estos se ven directamente afectados por la consumación de un acto de violencia psicológica que se traduce en engaño, sería tanto como vaciar de contenido y alcance la causal de nulidad, y prohiar entendimientos de la realidad eleccionaria que pugnen con el principio democrático, comoquiera que tal validación fáctica al interior del proceso judicial se constituiría en una *probatio diabólica* –exacerbada con ocasión del carácter secreto que tiene el voto (art. 258 C. P.)–, la cual opera en desmedro del derecho de toda la ciudadanía a conocer la verdad electoral y a tener certeza de que el acto mediante el cual definió su destino como nación es producto de una decisión autónoma, informada, libre y soberana.

En ese orden de cosas, **todo engaño que anule la libertad del electorado para escoger autónomamente entre las opciones sometidas al mecanismo de participación en cuestión, entre los que destacan circunstancias como (i) la pululación de mentiras expuestas de formas masiva y sistemática, (ii) la creación de un clima rodeado de información sesgada y deliberadamente manipulada, (iii) así como la distorsión o tergiversación de la verdad mediante el uso de propaganda, o cualquier otro medio, o (iv) la omisión deliberada en la revelación de aspectos necesarios para la cabal comprensión de los diferentes puntos del “acuerdo de paz”, y (v) su manipulación en todos los niveles, provengan de quien provengan, son actos que constituyen violencia psicológica, cuya incidencia se expande isotrópicamente hacia todo el electorado,** precisamente por el impacto de los

medios naturalmente utilizados en época de campaña y por la relevancia misma que entraña el asunto sometido a votación.

Así las cosas, a este punto, es claro que el **“fraude al sufragante”**, en los términos descritos en esta providencia, constituye causal de nulidad electoral, y su configuración en relación con el resultado del plebiscito depende de la incidencia que tenga en la votación, la cual, para este caso, se mide en términos del grado de generalidad, masividad y sistematicidad de la afectación producida, y no bajo el tradicional sistema de formulación de cargos en términos de “zona, puesto, mesa”.

4.3. El valor probatorio de las pruebas allegadas con la demanda.

4.3.1. El régimen probatorio en el contencioso administrativo, y en especial en el contencioso electoral

Si bien es cierto la autonomía del derecho administrativo respecto del derecho civil ha sido construida, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de diversas **nociones sustanciales** -dentro de las cuales se cuentan la de servicio público, la de contrato administrativo, o incluso la de responsabilidad del Estado- menos frecuentes han sido las referencias a los **institutos procesales** en aras de distinguir estos dos subsistemas jurídicos, a pesar de las diferencias existentes.

En este sentido, el régimen probatorio en materia contencioso-administrativa, regulado en el Capítulo IX, Título V, Parte Segunda del CPACA, presenta ciertas particularidades, que ahondarían, **en principio**, el distanciamiento en la relación derecho administrativo-derecho civil, comoquiera que en su texto se incluyen aspectos que exceptúan, en cierto grado, las disposiciones contenidas en el estatuto general procesal.

Sin embargo, más allá de constituir una “marca indeleble” de la mentada separación, el régimen probatorio acogido con la entrada en vigencia del CPACA, se erige como uno de **los lugares comunes** entre la legislación contencioso-administrativa y la procesal civil.

En efecto, lejos de regular integralmente la prueba en los procesos contencioso administrativos, la Ley 1437 de 2011 opta por remitir a lo preceptuado en el Código General del Proceso, en lo no regulado allí de forma especial, tal como lo establece el artículo 211 del citado cuerpo normativo:

Art. 211. – Régimen Probatorio. En los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil (hoy General del Proceso.)

En estos términos, se ratifica en el articulado del CPACA la aplicación del principio de integración normativa en lo concerniente a los medios de convicción, tal y como

sucedía en el pasado, muy a pesar de las ostensibles diferencias de redacción existentes entre las disposiciones normativas en comento⁶¹.

Así las cosas, dicha fusión normativa ha comportado diversas consecuencias que singularizan el régimen probatorio en lo que concierne al contencioso administrativo, y especialmente al contencioso electoral.

En punto a estas características –sin pretender la exhaustividad–, este Despacho relacionará a continuación aquellas que revisten una mayor relevancia para absolver la solicitud de medidas cautelares formuladas con el escrito iniciático.

En primer lugar, el principio de integración normativa “adjetiva” la admisión de los medios de convicción en el contencioso administrativo, pues su decreto está siempre precedido de un análisis de los requisitos tanto intrínsecos como extrínsecos de la prueba, como se desprende de la literalidad del artículo 168 del Código General del Proceso⁶².

En este sentido, la Sección Quinta del Consejo de Estado adujo, en decisión de 8 de junio de 2016⁶³, que la admisión de los elementos probatorios en el contencioso electoral, se supedita al cumplimiento de los mentados requisitos:

“Como primera medida, la Sala se permite precisar que el artículo 168 del Código General del Proceso - aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- es enfático en prescribir que el juez debe rechazar *“las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”*.

(...)

Ahora bien, la doctrina ha clasificado los requisitos para la admisión de las pruebas en **extrínsecos** (generales para cualquier medio de prueba) e **intrínsecos** (según el medio de prueba de que se trate).” (Negrillas fuera de texto)

De esta manera, la integración normativa juega aquí un rol calificador, sometiendo a condiciones precisas la admisión o decreto de los elementos aducidos o

⁶¹ Art. 168. CCA – Pruebas admisibles. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración. Ver al respecto: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Rad. n°. 66001-23-31-000-2005-00734-01(36132). C.P. Martha Nubia Velásquez Rico. Demandado: Fiscalía General de la Nación. Sentencia de 2 de diciembre de 2015.

⁶² Art. 168 – Rechazo de Plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, **las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles**. (Negrillas fuera de texto.)

⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n°. 11001-03-28-000-2016-00001-00(S). C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Auto resuelve recurso de súplica. Demandado: Gobernador del Departamento de Boyacá. En igual sentido, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n°. 11001-03-25-000-2015-00018-00 (S). C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Demandado: Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

solicitados por las partes en el curso del proceso que se adelanta ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En segundo lugar, dicha amalgama de sistemas –entiéndase contencioso administrativo y procesal civil– extiende al primero la aplicación de los principios generales de la prueba judicial, verbigracia, aquel consistente en la necesidad de la prueba de los hechos sobre los cuales deben fundarse las decisiones jurisdiccionales, que en la actualidad encuentra consagración legal⁶⁴.

En torno a la refulgencia del principio de necesidad de la prueba, la Sala especializada en asuntos electorales ha manifestado que:

“De igual forma, el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial **debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso**, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia.”⁶⁵ (Negrillas fuera de texto)

Empero, las implicaciones no se detienen allí. A la par de la admisión, la fusión normativa moldea los criterios de valoración probatoria operantes en sede jurisdiccional-administrativa.

Quiere decir ello que, con el propósito de crearse la certeza respecto de los hechos que deben fundamentar la decisión judicial, el juez administrativo en general, y en particular el juez electoral, deben ceñirse, en la apreciación de los medios de convicción aportados debidamente al expediente, a las directrices que se decantan de las reglas de la sana crítica.

Al respecto, el artículo 176 del Código General del Proceso prescribe:

“**Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.” (Negrilla fuera de texto).

De allí se desprende que, bajo la égida de este sistema de valoración, el operador jurídico efectuará un análisis razonado y en conjunto del material probatorio⁶⁶, para lo cual dispondrá de una cierta libertad de apreciación, que lo faculta a acudir a preceptos decantados de la experiencia, de la lógica, de la sociología, de la psicología y demás, a fin de que se forme su propio convencimiento.

⁶⁴ Artículo 164 CGP.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n°. 11001-03-28-000-2014-00117-00(S). C.P. Lucy Jeannette Bermúdez. Demandado: Senadores de la República.

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n°. 63001-23-3-000-2015-00361-01 (Acumulado). C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia de 7 de septiembre de 2016.

Finalmente, la integración normativa permite traer a colación, en el contexto de un proceso jurisdiccional electoral, los medios de prueba enlistados en el artículo 165 del Código General del Proceso.

Significa lo anterior que para acreditar los hechos que fundan las pretensiones o excepciones de los sujetos procesales, éstos podrán acudir a la declaración de parte, a la confesión, al juramento, al testimonio de terceros, al dictamen pericial, a la inspección judicial, a los documentos, a los indicios, así como a los informes, con el fin de demostrar sus decires.

No obstante, la libertad probatoria de las partes no se restringe a los medios de convicción “nominados”, habida cuenta que podrán acudir a otro tipo, bajo la condición de que resulten útiles para la formación del convencimiento del juez. En estos casos, compete a este último la práctica, apoyándose para ello en “...las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio...”

Precisado lo anterior, corresponde a este Despacho esbozar algunas consideraciones respecto a los medios de prueba que permiten acreditar la configuración de la causal de anulación de los actos electorales alegada en el asunto de autos, a saber, la violencia.

4.3.2. De los medios de convicción idóneos para demostrar la causal de anulación de la violencia

El ejercicio de los derechos acarrea responsabilidades. Esta afirmación, un tanto verdad de perogrullo, supone que el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia⁶⁷ comporta su colaboración para el buen funcionamiento de ella⁶⁸.

Esta particular tensión derecho-deber es desarrollada en el inciso final del artículo 103 del CPACA, que al respecto preceptúa:

“Quien acuda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (...) estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este código.” (Negrillas fuera de texto)

Se colige de lo anterior que quien pone en marcha el aparato jurisdiccional del Estado para la resolución de sus conflictos, debe inexorablemente velar por el cumplimiento de sus responsabilidades de tipo adjetivo.

Entre ellas, una de las más conspicuas, consiste en imponer “...a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, plasmada en el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable

⁶⁷ Art. 229 constitucional. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

⁶⁸ Art. 95.6 constitucional. (...) El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia;

en el contencioso electoral por remisión expresa del artículo 211 del CPACA, como se sostuvo precedentemente.

Ahora bien, recuerda este Despacho que lejos de ser una máxima infranqueable, la mentada carga procesal es, en el ordenamiento jurídico colombiano, objeto de una cierta flexibilización, producto de la libertad probatoria que se atribuye a los sujetos procesales para acreditar la certeza y veracidad de sus afirmaciones o negaciones.

Es decir que, aunque las partes tengan la obligación de probar los hechos sobre los que fundamentan sus pretensiones o excepciones, dicha obligación se aliviana, pues disponen de una multiplicidad de medios para así hacerlo.

Descendiendo tales premisas al caso que en la actualidad ocupa a este Despacho, se tiene que sea cual fuere la manifestación de violencia que se ventile al interior del contencioso electoral, que ésta sea física o psicológica⁶⁹, en contra de las personas⁷⁰ o los objetos⁷¹, una cosa resulta cierta: **su configuración puede sustentarse en cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley.**

En otros términos, la fuerza o coacción ilegítima, como elemento desencadenante de la declaratoria de nulidad por motivo de violencia, requiere ser debidamente acreditada⁷² y, para ello, quien la alega, podrá recurrir al conjunto de elementos de convicción prescritos en el artículo 165 del Código General del Proceso.

En este sentido, resulta elocuente el fallo de 24 de noviembre de 2005⁷³, en el que la Sala Electoral del Consejo de Estado admitió la materialización de hechos de violencia, derivada de la incineración de tarjetones electorales, con base en los testimonios y pruebas documentales recaudadas por el *a quo* en el transcurso de la primera instancia. Para el efecto, manifestó que:

“Tales hechos lograron probarse con base **en los testimonios** rendidos por las personas citadas por el tribunal de instancia (fls. 142 a 175) y **en los documentos** que hacen parte de la investigación penal adelantada contra Gerardo Astudillo y otros por el delito de perturbación de certamen electoral que adelanta la Fiscalía 06-004 de Delitos contra la Seguridad Pública y otros Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Popayán, con ocasión de la revuelta acontecida luego de culminada la jornada de elecciones del 26 de octubre de 2003 en el Municipio de Timbío (fls. 177 a 342 c3).” (Negrillas fuera de texto)

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n. 05001-23-33-000-2015-02546-01 (ppal.). C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandado: Alcalde del municipio de Bello. 29 de septiembre de 2016.

⁷⁰ Artículo 275.1 CPACA.

⁷¹ Artículo 275.2 CPACA.

⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n. 05001-23-31-000-2000-4427-01(2824). C.P. Roberto Medina López. Demandado: Alcalde del municipio de Turbo. 12 de abril de 2002.

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n. 19001-23-31-000-2003-02105-03(3800). C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Demandado: Alcalde del Municipio de Timbio. 24 de noviembre de 2005

Asimismo, la decisión de 19 de enero de 2006⁷⁴ que, sobre la base de los “documentos allegados y los testimonios recibidos”, resolvió anular el acto de elección del Alcalde Municipal de Rionegro (Antioquia), como consecuencia de los hechos de violencia psicológica registrados en contra de los electores y algunas autoridades por parte del Bloque Central Bolívar de las Autodefensas Unidas de Colombia.

En dicha ocasión, la Sección Quinta manifestó en punto a las pruebas obrantes en el expediente que:

“Esta Sala encuentra que los medios de prueba relacionados permiten concluir, con total certeza, en la demostración de las afirmaciones allí contenidas, pues analizados en conjunto **los documentos allegados y los testimonios recibidos** no es posible identificar alguna circunstancia que, de conformidad con las reglas probatorias, le reste mérito probatorio a alguno. Así las cosas, a partir de las conclusiones anotadas, es posible concluir en la demostración de la participación del Bloque Central Bolívar de las Autodefensas Unidas de Colombia en la contienda electoral acusada, manifestada a través de actos de violencia psicológica contra los electores y algunas autoridades electorales que lograron afectar el resultado electoral obtenido.” (Negrilla fuera de texto)

Huelga en este punto advertir que la libertad probatoria de que disponen demandante y demandado para afirmar o infirmar la materialización de hechos de violencia, apareja, correlativamente, una “sanción” para quien incumple con demostrar los dichos sobre los que funda su pedimento, toda vez que el cargo de violencia es despachado negativamente, luego de que sus elementos de configuración no se revelan como ciertos al juez⁷⁵.

Empero, más allá de la simple flexibilización del principio según el cual, incumbe a las partes demostrar las situaciones fácticas necesarias para aplicar los efectos jurídicos de las normas que se persiguen, el mismo es en ciertos casos objeto de derogación, pues en estos asuntos el legislador ha eximido a los sujetos procesales de probar lo que afirman por múltiples razones de orden práctico⁷⁶.

Piénsese solamente en lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 166 del Código General del Proceso, el cual consagra que “*El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto...*”, o en lo prescrito en el aparte final del artículo 167 *ejusdem* que preceptúa que “*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.*” En todos estos casos, la ley procesal ha dispensado de demostración su acaecimiento.

⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n. 68001-23-15-000-2004-00002-02(3875). C.P. Darío Quiñones Pinilla. Demandado: Alcalde y Concejales del Municipio de Rionegro. 19 de enero de 2006.

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n. 08001-23-31-000-2003-02943-01(3471). C.P. María Noemí Hernández Pinzón. Demandado: Concejales del Municipio de Malambo. 3 de marzo de 2005.

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M. P: Jorge Iván Palacio Palacio.

En torno a este punto, la Corte Constitucional en decisión de 24 de febrero de 2016⁷⁷ expresó que:

“Sin embargo, el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos. Algunas excepciones son derivadas del reconocimiento directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión (hechos notorios). Otras se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas). Y otras son consecuencia de la existencia de presunciones legales o de derecho, donde *“a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento”*.

Todas ellas responden por lo general a ***“circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos”***, donde el traslado de las cargas probatorias *“obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”* (Negrilla fuera de texto)

De allí que aunque se admita que en principio quien invoca la violencia, como causal de anulación de los actos electorales, se encuentra obligado a probar los hechos en los que erige su demanda, dicha carga desaparece luego de que se alega en este sentido un hecho que está exento de prueba, por así disponerlo la ley, sin importar las razones que se tengan para ello.

Teniendo en cuenta que este asunto será analizado con posterioridad en este proveído –con ocasión de las excepciones erigidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado al carácter accesorio de las crónicas, noticias etc.– procede el Despacho a determinar el valor probatorio de las diversas notas periodísticas aportadas con el escrito iniciático de demanda.

4.3.3. Del valor probatorio de las notas periodísticas

Dilucidar acerca del tratamiento jurisprudencial de los reportajes y notas periodísticas en la jurisprudencia del Consejo de Estado, parecería adentrarse en dominios alinderados de antaño⁷⁸.

Tanto la naturaleza como el alcance o valor probatorio de las noticias, opiniones o columnas aparecidas en los diversos medios de comunicación, han sido objeto de

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Rad. n°. 9255. C.P. Carlos Arturo Orjuela. Sentencia de 27 de junio de 1996.

una línea decisional pacífica, compilada, en su gran mayoría, en la tan citada decisión de 29 de mayo de 2012⁷⁹, proferida por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación.

No obstante, y a pesar de las apariencias, existe allí aún campo para las innovaciones, como lo demuestra el fallo de 14 de julio de 2015⁸⁰, portador de “nuevos aires”, en un movimiento de articulación en relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸¹.

En punto a la naturaleza de las publicaciones en los medios de información, sabido es que la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo les ha otorgado el carácter de pruebas documentales, al tenor de lo dispuesto en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil⁸²– hoy artículo 243 del Código General del Proceso⁸³.

Ello, por cuanto, éstas **representan** los hechos que dicen registrar, constituyéndose, según la fórmula genérica empleada por el legislador⁸⁴, en objetos muebles que disponen de una esencia representativa o declarativa, lo cual ha permitido acuñarles la denominación de documentos.

Ahora bien, la calidad de medios de convicción de tipo documental, no puede traducirse en el reconocimiento de un pleno valor probatorio en favor de las crónicas, noticias y demás trabajos periodísticos, comoquiera que su alcance – al interior del régimen de la prueba judicial - ha sido atemperado por diversas decisiones del Consejo de Estado.

Dicho en otros términos, su valor probatorio es, por regla general, **accesorio**, pues lejos de acreditar la ocurrencia de los hechos que documentan, las publicaciones periodísticas, sean cuales sean, dan cuenta únicamente del registro mediático de los mismos.

Por lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación no ha dudado en otorgarles el calificativo de **indicadores**, que aunque susceptibles de valoración probatoria, “...no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen”⁸⁵.

Por otra parte, la carencia de suficiencia para conferir al operador jurídico la convicción que requiere de la ocurrencia de las circunstancias de modo, tiempo y

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala Plena. Rad. n°. 11001-03-15-000-2011-01378-00 (PI). C.P. Susana Buitrago Valencia (E). Demandado: Bernardo Miguel Elías Vidal y Musa Besaile Fayad.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala Plena. Rad. n°. 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI). C.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandado: Alfredo Rafael Deluque.

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras de 29 de julio de 1988.

⁸² “Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

⁸³ La norma reproduce en los mismos términos la definición de documento, contenida en el inciso 1º del artículo 243 del CPC.

⁸⁴ “**Artículo 243. Distintas clases de documentos.** Son documentos (...) todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo...”

⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. n°. AP-00029. C. P. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 6 de junio de 2007.

lugar que las notas periodísticas narran, se desprende igualmente de la manera cómo deben ser analizadas.

En efecto, su valor probatorio se encuentra supeditado, en principio, a la conexidad y coincidencia con otros medios probatorios obrantes en el expediente, por lo cual, *“...el convencimiento del juez frente a la entrevista, la columna o la declaración en el medio, no depende de lo que en ellas se dice, sino de los medios de prueba idóneos para determinar si lo que en ellos se plasma es veraz.”*⁸⁶

Sin embargo, lejos de constituir un fruto del azar, la mentada posición jurisprudencial se explica por dos motivos atinentes de una parte, a la naturaleza de la información consignada en los diferentes trabajos periodísticos; de otra, a las características adjetivas de estos medios de convicción.

Se recuerda que las entrevistas, crónicas y declaraciones recopiladas en los medios de comunicación presentan los sucesos que se relatan a través del prisma de quien escribe o realiza la publicación periodística, con lo cual, *per se*, constituyen meras opiniones, que no otorgan certeza alguna acerca de los hechos que se anotan.

En este orden, lo allí manifestado debe ser ratificado a partir de los demás medios de convicción allegados oportuna y legalmente al plenario, con el propósito de atribuirles un pleno valor probatorio.

En este mismo sentido, la decisión de no concederles valor probatorio alguno a las notas publicadas en diarios y semanales encuentra asidero en el hecho de que las mismas no satisfacen las exigencias adjetivas propias de ciertos medios de prueba.

A manera de ejemplo, las informaciones periodísticas, reportajes, crónicas no pueden ser equiparables al testimonio, pues *“no [son] rendidos ante funcionario judicial –el principio de inmediación no se observaba-, ni frente a ellas se garantiza el principio de contradicción, esencial para el acatamiento del derecho al debido proceso.”*⁸⁷

Así las cosas, sin importar el género periodístico del que se trate, la postura jurisprudencial es homogénea: *prima facie*, su valor probatorio es secundario, adquiriendo la calidad de plena prueba solo cuando se relaciona con los medios de convicción arrimados regularmente al proceso.

Empero, en los últimos años la mentada posición fue excepcionada por parte de la Sala Plena Contenciosa, mediante fallo de 14 de julio de 2015⁸⁸, en el contexto de

⁸⁶ Consejo de Estado. Sala Plena. Rad. n°. 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI). C.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandado: Alfredo Rafael Deluque.

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. n°. 16587. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de marzo 2 de 2006

⁸⁸ Consejo de Estado. Sala Plena. Rad. n°. 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI). C.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandado: Alfredo Rafael Deluque Zuleta.

un procedimiento de pérdida de investidura adelantado en contra del Representante a la Cámara Alfredo Rafael Deluque Zuleta.

Se amplió entonces la regla fijada en la decisión de 29 de mayo de 2012, en lo que, como se anticipó, puede considerarse como un movimiento de articulación o adecuación de la jurisprudencia administrativa nacional respecto de aquella proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto, expuso el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“Estas excepciones son las mismas que introdujo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia⁸⁹ y que en razón de su relevancia e importancia, serán acogidas por la Sala Plena de lo Contencioso a partir de esta decisión.”

De esta manera, se admitió, por vez primera, que los reportajes, crónicas, noticias, opiniones y columnas aparecidos en los medios de comunicación, además de acreditar el tratamiento periodístico recibido por la información allí consignada, pueden tenerse como plena prueba, de forma independiente y autónoma⁹⁰, luego de que documentan (i) **hechos notorios y/o públicos**; (ii) **transcriban o reproduzcan declaraciones o comunicaciones de servidores públicos**.

En estos casos, el trabajo periodístico trasciende los contornos de lo personal o subjetivo, para encuadrarse en el campo de objetividad que otorga certeza en materia probatoria. De allí que la decisión parezca a todas luces razonable, máxime si se desentrañan las razones de las excepciones aportadas a la regla general.

En lo que compete a la transcripción o reproducción de las declaraciones o comunicaciones de los servidores públicos, sea lo primero advertir que el operador jurídico, en estos eventos, puede conocer a ciencia cierta la fuente de la declaración.

Dicho desde otra perspectiva, el periodista no recurre aquí a su derecho de reservarse los orígenes del hecho noticioso⁹¹, sino que plasma las manifestaciones de un tercero que, como consecuencia del estatus que detenta al interior de la sociedad, ameritan ser tenidas como ciertas.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra nota 24, párr. 146; Caso Fairen Garbí y Solís Corrales, de 15 de marzo de 1989, párr. 145. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, supra nota 44, párr. 25, Caso Garibaldi Vs. Brasil, supra nota 32, párr. 70. Caso Radilla Pacheco Vs. Estado Unidos Mexicanos. Igualmente, Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia, caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia

⁹⁰ Ya no visto en conjunto con los demás medios probatorios del expediente.

⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Rad. n°. 13338. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia de junio 15 de 2000.

Lo anterior, no puede constituirse sin embargo en un obstáculo infranqueable para que sean desvirtuadas por parte de quien en su contra se aducen, habida cuenta de que se aplican las reglas de valoración probatoria de los documentos⁹².

Ahora, en lo que concierne los hechos notorios o públicos, la justificación resulta aún más evidente, comoquiera que están exentos de prueba, de conformidad con lo prescrito en el último inciso del artículo 167 del Código General del Proceso, el cual reza:

“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

En este orden, si bien el registro noticioso de esta clase de hechos acrecienta los elementos de convicción en poder del operador jurídico para resolver el asunto litigioso puesto a su consideración, ello no implica de forma alguna que el hecho exija su probanza, ya que, *“se repite, su apreciación o cognición por una generalidad, hace innecesaria su [demostración].”*⁹³

En palabras de la Corte Constitucional, el hecho notorio es *“aquél cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo.”*⁹⁴

En este mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que *“los hechos notorios son hechos públicos, conocidos tanto por las partes como por un grupo de personas de cierta cultura, que pertenecen a un determinado círculo social o gremial.”*⁹⁵

De lo anterior se desprende que para poder acuñar a un hecho la condición de notorio, con las consecuencias jurídicas que esto acarrea, resulta patente evidenciar que **(i)** su conocimiento es general por parte de las personas que conforman una determinada comunidad, sin importar que esta sea del orden local, regional o nacional, así como **(ii)** la certeza de esta divulgación por parte del juez⁹⁶.

Ahora bien, la notoriedad del acontecimiento no puede ser entendida en términos absolutos, puesto que ello vaciaría de sentido el concepto mismo de hecho notorio o público.

Lo anterior significa que para poder admitir el carácter de notoria a una situación fáctica cualquiera, en el contexto de un proceso jurisdiccional, no es menester que el mismo sea conocido o admitido por **todos** los sujetos de una sociedad determinada; en efecto, basta con que **muchas de ellas** lo reconozcan para que

⁹² Consejo de Estado. Sala Plena. Rad. n°. 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI). C.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandado: Alfredo Rafael Deluque Zuleta.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Corte Constitucional. Auto 035 de 1997. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. n°. 25000-23-24-000-2005-01438-01. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia de 14 de abril de 2016.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. EXP. n°. 7328. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia de 21 de mayo de 2002.

el juez, en su espontáneo entendimiento, puede declarar la notoriedad del hecho que se alega.

Asimismo, la notoriedad no pende de la perennidad o no del acontecimiento, sino de que éste exista en el momento en que debe ser valorado por parte del operador judicial, pues, como acertadamente lo establece Devis Echandía⁹⁷, ciertos de carácter transitorio, revisten una mayor notoriedad.

Bajo este panorama, y teniendo en cuenta que el pedimento de medidas cautelares se funda en posibles conductas constitutivas de violencia psicológica sobre los electores, durante la campaña que antecedió los comicios plebiscitarios de 2 de octubre de 2016, sustentadas a partir de diferentes notas periodísticas aportadas con el libelo demandatorio, corresponde a esta Sala Unitaria fijar su respectivo alcance probatorio, tal y como se pasa a continuación:

a. “Acusan a Ma. Fernanda Cabal hacer trinos para engañar pensionados” – Fuente: Noticias Caracol TV.

En punto al valor probatorio de la nota televisiva, denominada “*Acusan a Ma. Fernanda Cabal de estar tras trinos para engañar pensionados*”, aparecida el 28 de septiembre de 2016 en Caracol Noticias –el dicho de los demandantes fue corroborado accediendo al vínculo electrónico señalado en la demanda– este Despacho considera que a ésta no puede otorgársele mérito alguno, más allá de que la información fue objeto de trabajo periodístico, comoquiera que no es posible encuadrarla en ninguna de las hipótesis desarrolladas con anterioridad, y que permiten tener como cierto y veraz el contenido de las publicaciones en los medios de comunicación.

Efectivamente, no se transcribe o reproduce allí una declaración o manifestación proveniente de un servidor público –se trata simplemente de acusaciones realizadas en contra de la representante Cabal que no pueden ser imputables a la misma hasta que la justicia ordinaria determine lo contrario– ni mucho menos se trata de un hecho notorio, pues no se presenta como evidente e indiscutible⁹⁸, tal como se explicó con anterioridad.

Por lo anterior, el alcance probatorio de la mentada nota periodística es secundario, debiendo ser sometido a un análisis conjunto con los demás medios de convicción que se alleguen al presente proceso en actuaciones posteriores.

⁹⁷ Hernando Devis Echandía. Teoría General de la Prueba Judicial. Fidenter. Buenos Aires. T. I. 1970. Págs. 221 y ss. : “ *Para ello resulta conveniente adoptar un criterio restringido, que reduzca los casos concretos a los que realmente no ofrezcan duda razonable sobre la existencia del hecho; pero sin llegar a extremos que conduzcan a soluciones ilógicas, como sucede con las exigencias de que sea conocido y aceptado por todo el mundo, o de que sea un hecho permanente y no transitorio, pues uno de los últimos (un terremoto o una inundación con características de calamidad pública), puede revestir mayor notoriedad y aparecer más cierto que muchos permanentes.*”

⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. nº. 13001-23-31-000-2011-00810-01. C.P. Mauricio Torres Cuervo. Demandado: Alcalde Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena.

b. Entrevista de Juan Carlos Vélez Uribe, Gerente de la campaña del NO del Centro Democrático, en el diario La República

En las antípodas de lo resuelto frente a la tratada nota televisiva, este Despacho concederá pleno valor probatorio a la entrevista dada por el señor Juan Carlos Vélez Uribe, en su condición de Gerente de la Campaña del NO del Centro Democrático, puesto que su contenido da cuenta de una práctica sistemática, que denota un hecho notorio o público, adecuándose este supuesto a una de las dos excepciones aportadas por la citada sentencia de 14 de julio de 2015, proferida por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación.

Se recuerda en este punto que la notoriedad de un acontecimiento se encuentra supeditada a su apreciación o conocimiento general por los sujetos pertenecientes a una sociedad, así como a la convicción del juez de la divulgación o propagación del hecho, por lo cual está exento de prueba, pues su demostración en nada potencializa la certeza del operador jurídico respecto a su ocurrencia.

En relación con el primero de los supuestos del hecho notorio, esto es, su aprehensión pública, este Despacho estima que no existe atisbo de duda acerca de su configuración, pues los métodos proselitistas empleados por el partido Centro Democrático durante la contienda electoral que finalizó con el acto plebiscitario de 2 de octubre de 2016, fueron de conocimiento público.

Así, mensajes del tenor de *“se le [va] a dar dinero a los guerrilleros”* o la idea de impunidad, no elegibilidad o las consecuencias de los acuerdos para el patrimonio de la Nación, así como el anuncio de que *“nos íbamos a convertir en Venezuela”*, constituyeron la esencia de la campaña de la mentada organización política, sin que para alguien fuera un secreto la estrategia desplegada por ésta.

Por otra parte, el conocimiento efectivo de los métodos de campaña se decanta igualmente de los diversos medios utilizados para el adelantamiento de la misma. Sitios web, redes sociales, periódicos nacionales, regionales y locales, servicios de radiodifusión sirvieron como canales de información, a través de los cuales se vehiculizaron los citados mensajes.

De esta manera, en virtud de las informaciones que suministraron los diferentes medios de comunicación, el país conoció, con lujo de detalles, la manera cómo se adelantó la campaña que antecedió al acto plebiscitario de 2 de octubre de 2016, por lo cual, sin vacilación alguna, este Despacho admite la cristalización del primero de los supuestos del hecho notorio, a saber, su cognición por el conjunto de la sociedad.

Ahora, en lo atinente a la convicción del juez de la divulgación o propagación del hecho que se pretende notorio, dicho presupuesto consiste en la absoluta certeza de la existencia del hecho por el operador judicial, es decir, que no quepa la menor duda frente al acaecimiento del supuesto factico en la realidad.

Así las cosas, el mentado requisito está cristalizado en el asunto de marras, por la potísima razón de que, como miembro activo de una sociedad, el operador judicial pudo detectar los diferentes métodos y mecanismos de campaña desarrollada por los promotores del NO, y especialmente por la formación política Centro Democrático.

En consonancia con lo anterior, este Despacho atribuye un pleno alcance probatorio a las declaraciones del Gerente de la campaña del NO del Centro Democrático, plasmadas en entrevista de 5 de octubre de 2016 en el diario la República, ya que éstas dan cuenta de un **hecho notorio**, consistente en los métodos y estrategias de campaña utilizados en la contienda electoral que antecedió el plebiscito de 2 de octubre de 2016.

c. “Pastor evangélico asegura que firma de Acuerdo de Paz fue un rito satánico” – Fuente: Blu Radio Barranquilla

Como fundamento de su pedimento suspensivo de los efectos de los actos electorales acusados, los demandantes aducen la información aparecida en la página web de la radiodifusora Blu Radio Barranquilla, según el cual un pastor evangélico aseguró que la firma del acuerdo de paz fue un rito satánico, con lo cual muchos de los creyentes de dicho dogma habrían votado por el NO en el plebiscito de 2 de octubre de 2016.

Empero, esta Consejera debe precisar que, si bien la nota periodística allegada con el escrito de demanda fue publicada el día 10 de octubre de los corrientes, una vez corroborada la información en el vínculo electrónico plasmado en el libelo demandatorio, se pudo concluir que ésta relata un hecho noticioso que tuvo lugar con anterioridad a la realización del plebiscito de 2 de octubre del presente año.

De allí que no resulte posible rechazar de plano el valor probatorio del mentado trabajo periodístico, con fundamento en su posterioridad al certamen electoral enjuiciado, muy a pesar de la fecha de publicación consignada en la demanda.

No obstante lo anterior, el Despacho desestima el mérito probatorio de la citada noticia, pues la misma lejos de documentar un hecho generalizado, se circunscribe a reproducir las declaraciones de un guía espiritual, que dan muestra de ciertas prácticas particulares (jornadas de oración) en contra de la campaña del NO, sin que pueda inferirse de allí un comportamiento generalizado o conocido por el conjunto de la comunidad.

Asimismo, no se trata aquí de declaraciones o manifestaciones de un servidor público; por consiguiente, el valor probatorio de la nota periodística allegada con la demanda es accesorio o secundario, no pudiendo ser tenido como veraz.

d. “El No superó al Sí por 55.651 votos tras escrutinios” Fuente: El Espectador

Comoquiera que el artículo periodístico referenciado en el contenido de la demanda registra la diferencia de votos existentes entre las opciones del plebiscito, una vez el procedimiento de escrutinio fue finalizado, el Despacho estima que la información allí registrada debe ser tenida como cierta y veraz, puesto que registra un resultado eleccionario, el cual presenta visos de hecho notorio, como lo puede ser igualmente la designación de un ministro de despacho, conforme a la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁹⁹.

e. Del valor probatorio de las fotografías aportadas con el escrito de demanda

Con el propósito de establecer el alcance probatorio de las fotografías aportadas con el expediente – visibles a folio 15 - esta Sala Unitaria traerá a colación, como criterio auxiliar, la sentencia de Tutela n°. T-930A de 2013¹⁰⁰.

Frente al valor probatorio del material fotográfico, expresa la citada decisión:

“La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo, que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido. Esto significa que “la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, ‘ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documenta’”, advirtiéndose en esta misma sentencia T-269 de 2012 que “el Juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto”, tal como dispone la preceptiva procesal penal. Al igual que otro documento y que el dictamen pericial, la fotografía **es un medio que el juez está en la obligación de valorar dentro del conjunto probatorio, siguiendo las reglas de la sana crítica**. Por ser un documento, se determinará si es privado o tiene las connotaciones para ser asumido como público y **se verificará su autenticidad y genuinidad**, conforme a la preceptiva correspondiente. **El valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal, sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa la realidad de los hechos que se deducen o atribuyen, y no otros diferentes, posiblemente variados por el tiempo, el lugar o el cambio de posición**, lo que, como se indicó, obliga al juzgador a valerse de otros medios probatorios y a apreciar razonadamente el conjunto” (Énfasis propio).

Descendiendo tales premisas al *sub judice*, y partiendo del supuesto de que la campaña publicitaria adelantada por el Comité Promotor del NO del Centro Democrático, se presenta como un hecho notorio, que no requiere probarse, el material fotostático aportado con la demanda, acrecienta los elementos de convicción en poder del operador jurídico, comoquiera que confirman el desarrollo

⁹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. n°. 11001-03-28-000-2012-00037-00. C.P. Susana Buitrago Valencia. Demandado: Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio. Auto.

¹⁰⁰ Corte Constitucional. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

de la actividad proselitista desarrollada con antelación al acto plebiscitario de 2 de octubre de 2016, de cognición generalizada por parte de la comunidad.

4.4. Del análisis de los supuestos planteados por los miembros de la campaña del NO como elementos configuradores de la violencia al elector

El demandante plantea que las campañas publicitarias del NO, son configuradores de violencia, toda vez que se aseguró que en el Acuerdo Final para la Terminación de un Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera se: i) incluía la ideología de género, ii) eliminaban los subsidios, iii) afectaba el régimen pensional, iv) se les otorgaba impunidad a todos los guerrilleros, v) víctimas, vi) se les otorgaba elegibilidad política a los guerrilleros, vii) se realizaría una reforma tributaria, y viii) se cambiaría el modelo de Estado a uno igual al de Venezuela.

a. Ideología de Género

Sobre el concepto de ideología de género hay varias corrientes que tienen varias construcciones desde las que consideran que la ideología de género como tal no existe, pues resulta ilógico plantear que en una sociedad conformada por personas libres no puedan tener la libertad de escoger su propia identidad y preferencias sexuales, hasta las que separan las nociones de sexo y género y consideran que el ser humano nace neutro sexualmente para posteriormente ser “*socializado*” como varón o como mujer¹⁰¹.

Por otro lado, se encuentra el enfoque de género, que se refiere a la incorporación del género como una categoría social.

El enfoque de género parte de considerar las diferentes oportunidades que han tenido los hombres y las mujeres, las interrelaciones existentes entre ellos y los distintos papeles que socialmente se les ha asignado, lo que ha implicado que, a partir de estos roles, cada uno ha asumido de forma disímil las relaciones familiares o los trabajos domésticos, y han generado formas diferentes de acceso a bienes y servicios como la educación, la salud, el trabajo, y las estructuras del poder¹⁰².

En ese orden, el enfoque de género, en el marco del consenso internacional y nacional¹⁰³, busca lograr la igualdad del hombre y de la mujer, a partir de introducir elementos que permitan especialmente a estas últimas, tener acceso en condiciones de igualdad a los recursos y a las oportunidades sociales, laborales, económicas y estructuras de poder, bajo el reconocimiento de que las niñas y las mujeres han sido históricamente discriminadas, razón por la que se requieren de acciones precisas que permitan cerrar o disminuir la brecha que ha existido entre un grupo y otro.

¹⁰¹ Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. Año 26 - Vol.21 Núm. 2 - Chía, Colombia - Diciembre 2012

¹⁰² <http://www.fao.org/docrep/004/x2919s/x2919s04.htm>

¹⁰³ Artículos 13 y 43 de la Constitución de 1991, entre otros.

Así, por ejemplo, en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing en materia de eliminación de todos los obstáculos para lograr la igualdad entre mujeres y hombres, y asegurar la participación activa de la mujer en todas las esferas, se exhortó a los gobiernos, a la sociedad civil, a las ONG, entre otros, a tomar parte activa en la solución de problemas como¹⁰⁴: los efectos de los conflictos armados sobre las mujeres; la persistente y creciente carga de la pobreza sobre la mujer; el acceso desigual e inadecuado a la educación, capacitación, servicios de sanitarios y afines; la desigualdad en las estructuras políticas y económicas, en todas las formas de actividad productiva y en el acceso a los recursos; la disparidad entre mujeres y hombres en el ejercicio del poder y la toma de decisiones en todos los niveles de autoridad; los mecanismos insuficientes para promover la superación de la mujer; estereotipos sobre la mujer y desigualdad en su acceso y participación en todos los sistemas de información, en especial los medios masivos de comunicación, entre otros.

En ese sentido, la perspectiva o enfoque de género busca desde la agenda pública, entre otros i) visibilizar la discriminación que históricamente ha sufrido la mujer; ii) generar políticas públicas que permitan disminuir hasta eliminar esos factores de discriminación entre un género y otro, lo que implica iii) crear o generar medidas claras, precisas que permitan a las niñas y mujeres, en unos lapsos razonables, el acceso en condiciones de igualdad con los hombres a los bienes y servicios, como a las oportunidades sociales, laborales, económicas, así como a las estructuras del poder, es decir, hacer uso de las llamadas acciones positivas que permitan hacer del postulado de la igualdad una realidad material.

Se debe entender, entonces, como lo señala Martha Lamas, que la perspectiva de género o enfoque diferencial de género, es una herramienta que permite no solo detectar los escenarios o condiciones de discriminación frente a las mujeres, sino su transformación a partir de la eliminación o remoción de todas aquellas condiciones sociales que han implicado la subordinación de la mujer, a efectos de lograr que los hombres y mujeres en un plano de igualdad y no condicionados por el rol asignado socialmente –género- participen en los espacios políticos, sociales, laborales, familiares, etc.¹⁰⁵

Esta misma autora señala que introducir la perspectiva o enfoque de género para determinar políticas públicas o la aplicación de las normas, entre otros, genera un “impacto a mujeres y hombres y benefician al conjunto de la sociedad, al levantar obstáculos y discriminaciones, al establecer condiciones más equitativas para la participación de la mitad de la sociedad y al relevar a los hombres de muchos supuestos de género que son un peso y una injusticia”¹⁰⁶.

Lo expuesto, permite advertir que existe una diferencia entre lo que se ha denominado la ideología de género y el enfoque diferencial de género, cuyo

¹⁰⁴ <http://www.fao.org/docrep/004/x2919s/x2919s04.htm>

¹⁰⁵ LAMAS, Martha “La antropología feminista y la categoría ‘género’”, Nueva Antropología, 30 (1986), p. 191.

¹⁰⁶ LAMAS, Martha “La perspectiva de género”. Revista de Educación y cultura. Sección 47 del SNTE. Citada en “Los derechos de las mujeres y la perspectiva de género. Un marco jurídico para la acción judicial” publicada en http://www.videoteca.ramajudicial.gov.co/publicaciones/belmr_002/index.html

propósito y objetivo general es lograr que se elimine el trato discriminatorio que históricamente ha vivido la mujer en todos los ámbitos.

Con relación al caso concreto, es de advertir que en cumplimiento de los compromisos internacionales como el de las normas constitucionales que proscriben los tratos discriminatorios por razón del sexo –deberíamos decir del género-, y la promoción de las condiciones reales, materiales y efectivas para lograr una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, el Gobierno Nacional y las FARC-EP, incluyeron el enfoque o perspectiva de género como un eje transversal en el Acuerdo Final, bajo el entendido que las mujeres en el conflicto han sido víctimas en razón misma de su género.

Es por ello que desde la introducción del Acuerdo, se indica que su implementación debe hacerse teniendo en cuenta “la diversidad de género, étnica y cultural”. Igualmente en cada uno de los puntos del acuerdo se expone de forma clara que las medidas a tomar deben tener en cuenta el enfoque de género.

Así por ejemplo, en el primer punto - “Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral” - se indica la transformación estructural del campo, y que la superación de la pobreza debe hacerse desde la promoción de la equidad de género, en donde las mujeres deben tener acceso a capacitación, salud, y servicios básicos esenciales. En ese orden de ideas, se busca, entre otros, que en materia de educación se haga énfasis en las áreas agrícolas, en el acceso de la mujer rural a la universidad y en la gratuidad de la educación para todos los grados. En materia de salud, se acuerda atención diferenciada para las niñas y mujeres según su ciclo de vida.

En el segundo punto - “Participación política: Apertura democrática para construir la paz” - se parte del supuesto de la subordinación y discriminación de género en el ejercicio de la participación política y, por tanto, se prevé la necesidad de promoción del rol de la mujer en la política, debido a que las cifras demuestran que las mujeres tienen un porcentaje muy bajo en la participación de los altos cargos del país.

A modo de ejemplo, se puede ver que, Colombia cuenta con 1102 municipios, de los cuales en 649 contaron con la participación de mujeres como candidatas a la alcaldía y solo fueron electas 133, es decir, el 12%. Así mismo, si se analiza a partir de los departamentos, Colombia cuenta con 32 Departamentos, en los cuales se postularon 25 mujeres para ocupar el cargo de gobernadoras, pero solo 5 fueron electas es decir el 16%. Similar panorama se observa en relación con el Congreso de la República, el Senado cuenta con 102 curules de las cuales solamente 21 son ocupadas por mujeres (20.5%), y en la Cámara de Representantes se cuenta con 166 curules, de las cuales solo 29 son ocupadas por mujeres (17.46%), es decir solo el 20% de la totalidad del congreso, todo ello a pesar de que el censo poblacional del país está conformado por una mayoría femenina: el 51%, el censo electoral está constituido por un 52% femenino y aunque se han implementado herramientas para promover la participación de la mujer, como por ejemplo, la ley de cuotas, la cual busca que ésta tenga una mayor

inclusión en las decisiones importantes, ha sido muy difícil combatir este fenómeno discriminatorio que rige en la política colombiana. Por ello los acuerdos planean que se sigan desarrollando más mecanismos que promuevan el desarrollo de la mujer en el área de la política.

En el cuarto punto -“Solución al Problema de las Drogas Ilícitas”- se prevé la participación activa de las mujeres en la planeación, ejecución, seguimiento de los programas y medidas que busquen combatir la violencia de género, en especial las asociadas a las drogas ilícitas, así como a la prevención y consumo de estas.

En el quinto –víctimas del conflicto-, es importante destacar el carácter diferencial con el que debe trabajar la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. En este capítulo se acuerda, además de reconocer que la mujer en el marco de conflicto ha sido victimizada por su misma condición, dejar las bases para que se reconozca su papel en la sociedad y se le permita su acceso en condiciones de igualdad a los bienes y servicios que el Estado está obligado a prodigar, para lo cual se requiere, no solo que se adopten políticas públicas que permitan cerrar la brecha que actualmente existe entre hombres y mujeres, sino generar acciones concretas para que en un plano de igualdad estas pueden acceder a ellos.

En el capítulo *“compromiso con la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos”* se establece la inclusión de *“las mujeres, los niños, niñas, adolescentes, jóvenes y adultos mayores, de las personas en situación de discapacidad, los pueblos indígenas, las comunidades campesinas, las poblaciones afrocolombianas, negras, palenqueras y raizales, la población LGBTI ...”*

De allí, se evidencia que si bien el acuerdo desarrolla la posición de la mujer en los diferentes puntos acordados, se realiza con el fin de brindarle una igualdad de oportunidades que a los hombres, además de ello, se demuestra que las mujeres han sido las más afectadas dentro de este conflicto armado y por ello necesitan de un tratamiento especial y diferenciado.

Así, la pretendida ideología de género no es la que se encuentra transversal en todo el acuerdo, como lo indicaron las campañas del NO, pues no hay un solo indicio que pueda demostrar que en ellos se encuentra presupuestos que vulneraban los derechos de la familia, que fue lo que se transmitió al electorado.

Así las cosas, está demostrado que se tergiversó el enfoque de género planteado en los acuerdos y se mintió y engaño a la ciudadanía al publicitar temas que no existían en el acuerdo.

b. Eliminación de subsidios.

Un subsidio es en términos generales (i) una prestación pública de carácter económico (en dinero, en especie o en servicios), ii) otorgada por un periodo de tiempo determinado, y iii) entregada a una parte específica de la población.

La primera particularidad hace referencia a quién debe otorgar el subsidio y la forma en la que se debe proveer a las personas acreedoras a él, lo cual implica que si es una prestación pública debe entregarlo es el Estado, mientras que con relación a la prestación, existen tres modalidades de subsidio: en dinero, en especie y en servicio.

“El subsidio en dinero es “la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación”; el subsidio en especie es “el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación (...)”, y el subsidio en servicios es “aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar (...)”.¹⁰⁷ (Subrayas fuera de texto)

La segunda característica, hace referencia a la duración en la entrega de los mismos, pues el concepto de brindar un subsidio es contribuir, a una parte de la población, en el desarrollo de una situación o de un momento determinado.

Por último, se sabe que los subsidios, son una prestación social que debe ser entregada a una fracción específica de la población, por lo general, un sector vulnerable que necesita la ayuda del Estado para sobrellevar la situación que se le está presentando en este momento.

Este trámite está regido por el principio de la solidaridad, ya que el Estado, con la contribución de toda la ciudadanía, distribuye los recursos en las distintas necesidades que se presentan, incluyendo así los subsidios para las personas en estado de vulnerabilidad.

Así las cosas, en el caso concreto, se puede ver cómo el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, consagra la entrega de subsidios a los campesinos afectados por la violencia, con el fin de cooperar en la implementación de los acuerdos, pero nada menciona sobre la eliminación de los que ya se encuentran constituidos.

Por ejemplo, en el punto primero –hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral– en su artículo 1.1.2 –Otros mecanismos para promover el acceso a la tierra– se consagra la implementación de un **subsidio integral para compra**, así mismo en su artículo 1.3.2.3. – vivienda y agua potable - establece que específicamente se van a otorgar “*subsidios para la construcción y para el mejoramiento de vivienda, que prioricen a la población en pobreza extrema, la víctimas, los beneficiarios y las beneficiarias del Plan de distribución de tierras a las mujeres cabeza de familia*”.

Del mismo modo, en el artículo 1.1.10. –cierre de la frontera agrícola y protección de zonas de reserva– del Acuerdo Final se prevé la entrega de **incentivos** con el

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-440/11. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Definiciones obtenidas del artículo 5º de la Ley 21 de 1982.

fin de promover, prevenir e impulsar soluciones a los conflictos por el uso adecuado de la tierra. Ello con el fin de ayudar a la población campesina, que se encuentra en situación de vulnerabilidad y así fortalecer la economía y la agricultura campesina.

Por lo anterior, se puede concluir que efectivamente se mintió y se indujo al error por parte de los miembros de las campañas políticas del “no”, en relación a la eliminación de subsidios e incentivos, debido a que como se evidencio en estos ejemplos, traídos del acuerdo final, se otorgaran varias contribuciones a la sociedad campesina, siendo esta una de las más afectadas por el conflicto armado.

c. Afectaba el régimen pensional

La seguridad social ha sido comprendida por la OIT como la *“protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”*¹⁰⁸, se desarrolla como un sistema basado en cotizaciones periódicas y fue catalogada por la ONU como un derecho fundamental.

Dentro de este sistema se encuentran diferentes regímenes, uno de ellos es el de pensiones. En Colombia éste funciona bajo dos regímenes distintos (régimen de prima media y régimen de ahorro individual) y todos los trabajadores se encuentran obligados a inscribirse a alguno de los dos y a realizar aportes periódicos que están regulados por la ley.

Este sistema es de suma importancia para todos los trabajadores pues es la forma de asegurar una buena vejez, de tener los recursos necesarios para sobrevivir y así poder llevar una vida igual a la que tenían antes de jubilarse.

Con relación al Acuerdo Final, los promotores del NO, aseguraron que éstos implementaban mecanismos que afectarían el régimen pensional y por consiguiente a las personas que ya se encuentran jubiladas.

No obstante, revisado el texto, este Despacho solo encuentra una única mención sobre la seguridad social, en su capítulo primero –Hacia un nuevo campo colombiano: reforma rural integral– en su artículo 1.3.3.5 –Formalización laboral rural y protección social– se consagra el compromiso del Gobierno Nacional de fortalecer *“el sistema de protección y seguridad social de la población rural”*. Así mismo, se estipula que para lograr este propósito se debe tener en cuenta como criterio *“la extensión del programa para la protección eficaz del riesgo económico de la vejez hacia la población rural de tercera edad en extrema pobreza que no está cubierta por el sistema de seguridad social”*.

¹⁰⁸ Página Web de la OIT. Documento: Hechos concretos sobre la seguridad social. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

De lo anterior, se concluye que es completamente falso que los acuerdos fueran a modificar, o a perjudicar en algún sentido a las personas de la tercera edad o a las personas que estuvieran próximas a jubilarse, tal como se quiso hacer ver en las propagandas publicitarias del NO. Por el contrario, se evidencia que el Acuerdo propende por la inclusión a la seguridad social de todas las personas que aún no cuentan con ello, como es el caso de las personas del campo, que como se sabe han sido la población más afectada con todo el conflicto armado.

De lo anterior se concluye que en este caso se tergiversó la información que se publicitó sobre el acuerdo, es decir, se engañó a la ciudadanía sobre este punto.

d. Impunidad¹⁰⁹

La impunidad puede definirse como la ausencia de sanción ante la comisión de un delito, es decir que estamos frente a una conducta humana que esta descrita en la ley como delito y el Estado no la sanciona por diferentes razones.

La principal forma de impunidad obedece a la negligencia de la autoridad para adelantar las investigaciones en los delitos que de oficio le corresponde, amparados en excusas cada vez más recurrentes, sobre exceso de trabajo o falta de recursos para ello. Pero también existen formas de impunidad por la voluntad de las víctimas que se niegan a acudir ante la autoridad para impulsar la investigación, tratándose de delitos querellables, en los que sin la iniciativa de la víctima es imposible adelantar la investigación y sancionar al responsable. Otra forma de impunidad aparece cuando es el mismo legislador quien crea mecanismos para que una conducta punible no se castigue, ejemplo de esta última es la amnistía, el indulto, el principio de oportunidad, el desistimiento, la conciliación, la preclusión por duda, etc.

Para el caso que ocupa a este Despacho, el análisis se centrará únicamente en los mecanismos establecidos por el legislador para evitar la sanción penal.

En los **delitos políticos** tradicionalmente se han consagrado las figuras de la **amnistía**, que implica un acto jurídico que extingue la responsabilidad penal y anula los antecedentes de una persona; el **indulto**, que resulta también de una decisión política de perdonar la pena impuesta a quien ya está condenado.

Frente a la expedición de la Ley 906 de 2004, aparece la aplicación del principio de oportunidad como la facultad del Estado en cabeza del Fiscal General de la Nación para renunciar, suspender o interrumpir la acción penal con fundamento en las causales previstas en la ley, por razones de política criminal y bajo el control de legalidad por parte de un juez de Control de Garantías.

De la lectura del Acuerdo se pueden evidenciar varios aspectos relacionados con la responsabilidad de los miembros de la guerrilla sobre los hechos ocurridos durante el desarrollo del conflicto armado y la importancia del resarcimiento a las

¹⁰⁹ Barreto Nieto, Luis Hernando y Rivera, Sneider. Una mirada a la impunidad en el marco del Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia. Primera edición.

víctimas. Ello se puede observar en el punto quinto –acuerdo sobre las víctimas– en su artículo 5.1 –sistema integral de verdad, justicia y reparación y no repetición– en el que se estipula como objetivo la rendición de cuentas en la cual *“todos los participantes en el conflicto, de forma directa o indirecta, combatientes o no combatientes, deberán asumir su responsabilidad por las graves violaciones e infracciones cometidas en el coneccto y en razón del conflicto armado”*.

Del mismo modo, en este capítulo, en su artículo 5.1.2. se desarrolla el tema de la justicia especial para la paz, en el cual se implementa el procedimiento y las sanciones de los responsables del conflicto armado. De allí, se desprenden las reglas para realizar el reconocimiento de la verdad, el cual deberá hacerse por escrito u oral ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, en caso de que se guarde silencio o no se acepte la responsabilidad, el caso pasara a ser estudiado por la Unidad de Investigación y Acusación.

En el mismo sentido, se desarrolla lo referente al tema del Tribunal para la Paz, el cual deberá proferir sentencia condenatoria o absolutoria según sea el caso en estudio, es decir que no se establece una absolución absoluta como se dijo en las campañas publicitarias del NO.

Por otro lado, en el Acuerdo se encuentra consagrado todo un aparte relacionado con la amnistía y el indulto, donde se comprueba que estos solo serán concedidos para delitos políticos, tal como se explicó con anterioridad. En éste se consagra que:

“26.- Es necesario determinar claramente cuáles son los delitos que son amnistiables o indultables y aquellos que no lo son, para efectos de seguridad jurídica. A tal fin, las normas de amnistía que se adopten respetaran los principios establecidos en el presente documento de creación de la JEP. Al momento de determinar las conductas amnistiables o indultables, se aplicará el principio de favorabilidad para el destinatario de la amnistía o indulto, cuando no existiera en el derecho internacional una prohibición de amnistía o indulto respecto a las conductas de que se hubiera acusado a los rebeldes o a otras personas acusadas de serlo. El principio de favorabilidad se aplicará a todos los destinatarios de la JEP.

27.- La concesión de amnistías o indultos o el acceso a cualquier tratamiento especial, **no exime del deber de contribuir, individual o colectivamente, al esclarecimiento de la verdad** conforme a lo establecido en este documento.

(...)

40.- **No serán objeto de amnistía ni indulto ni de beneficios equivalentes los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la**

sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma.” (Negrilla fuera de texto)

Del texto transcrito se evidencia que las campañas políticas del NO, tergiversaron la verdad de los acuerdos en materia de sanción y de responsabilidad, se aprovecharon del desconocimiento de la mayoría de colombianos sobre el derecho penal para anunciar una impunidad absoluta de todos los delitos que los miembros del grupo guerrillero había cometido.

e. Víctimas

La Ley 906 de 2004 – Código de Procedimiento Penal – en su artículo 132 define este concepto así:

“Se entiende por víctimas, para efectos de este código, las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto.

La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este.”

El conflicto armado colombiano ha dejado millones de personas lesionadas como consecuencia de los múltiples daños que se les causaron, y reconociendo esto el Acuerdo Final trae consigo un capítulo especialmente dedicado a todas las víctimas.

En dicho acuerdo, las víctimas juegan un papel sumamente importante pues se busca para ellas la verdad, justicia y reparación, con el fin de sanar en algo todo el dolor que les fue causado.

En dicho aparte se consagra, en el numeral 5.1.1.1., como criterio orientador la **centralidad en las víctimas**, *“los esfuerzos de la Comisión estarán centrados en garantizar la participación de las víctimas del conflicto, asegurar su dignificación y contribuir a la satisfacción de su derecho a la verdad en particular, y en general de sus derechos a la justicia, la reparación integral y las garantías de no repetición, siempre teniendo en cuenta el pluralismo y la equidad.”*

De igual manera en el aparte 5.1.3. se establecen las medidas de reparación integral, dentro de las cuales se consagra el reconocimiento de responsabilidad colectiva, la contribución a la reparación, la reparación colectiva, la rehabilitación psicosocial, restitución de tierras, garantías de no repetición, entre otros.

Así mismo en los numerales 5.3, 5.4 y 5.9 del Acuerdo Final se señalan las funciones en primera Instancia del Tribunal Especial de Paz, para casos de

reconocimiento¹¹⁰ y no reconocimiento de la verdad¹¹¹ y que para la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrán en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario y las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas, entre otras, así:

59.- Respecto a la responsabilidad de los integrantes de las FARC-EP se tendrá en cuenta como referente jurídico el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. El componente de justicia del SIVJRNR tendrá en cuenta la relevancia de las decisiones tomadas por la anterior organización que sean pertinentes para analizar las responsabilidades. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

60.- Las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante el componente de Justicia del SIVJRNR mediante declaraciones individuales o colectivas. Acuerdo Final 24.08.2016 Página 147 de 297 Las sanciones

¹¹⁰ 53.- La Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de reconocimiento de verdad y responsabilidad, tendrá las siguientes funciones: a. Evaluar la correspondencia entre las conductas reconocidas, los responsables de las mismas y las sanciones a partir de la resolución proferida por la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y determinación de los hechos. Verificará que la resolución se corresponde con las descripciones jurídicas de las conductas reconocidas que no podrán ser objeto de amnistía e indulto. En caso de decidir que no existe correspondencia, comunicará esa resolución a quienes efectuaron el reconocimiento para que sean oídos, después de haber escuchado a la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidades. Una vez escuchados los anteriores, emitirá su sentencia. b. Una vez aprobada la anterior correspondencia, imponer la respectiva sanción prevista en el Listado de sanciones, atendiendo la propuesta de sanción incluida en la Resolución de la Sala de Reconocimiento de verdad y responsabilidad. c. fijar las condiciones y modalidades de ejecución de la sanción conforme a lo establecido en el Listado de sanciones atendiendo la propuesta de sanción incluida en la Resolución de la Sala de Reconocimiento de verdad y responsabilidad. d. Supervisar y certificar el cumplimiento efectivo de su sentencia con el apoyo de los órganos y mecanismos de monitoreo y verificación del sistema integral que designe para tal efecto, los cuales deberán presentar informes periódicos sobre el cumplimiento.

¹¹¹ 54.- La Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, tendrá las siguientes funciones: a. Someter a la persona a juicio contradictorio y en su caso sancionarla o absolverla. b. Imponer sanciones ordinarias para los que no reconozcan verdad ni asuman responsabilidades, si resultaren condenados. Acuerdo Final 24.08.2016 Página 145 de 297 c. Para el caso de que se inicie el juicio contradictorio sin reconocimiento de verdad y de responsabilidad, y durante el mismo, antes de proferirse sentencia, el enjuiciado reconozca verdad y responsabilidad, se le impondrán las sanciones alternativas previstas en el listado de sanciones, las cuales serán de mayor severidad que las impuestas a quienes reconocieron verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento. d. Al adoptar las decisiones el Tribunal procurará inscribir las conductas en el contexto del conflicto armado. Puede establecer obligaciones simbólicas o reparadoras al Estado y organizaciones respetando el debido proceso y siempre que la organización o el Estado haya omitido procedimientos efectivos para prevenir la conducta sancionable. Además podrá fijar garantías de no repetición como ya vienen haciendo tanto el derecho nacional como el derecho internacional, y siempre conforme a lo establecido en el Acuerdo Final. e. Conocer de las acusaciones presentadas por la Unidad de Investigación y Acusación. f. A solicitud de la Unidad de Investigación y Acusación, adoptar medidas de aseguramiento y cautelares para garantizar el buen fin del proceso. g. Al adoptar las decisiones el Tribunal podrá declarar que la conducta analizada cumple los requisitos para ser amnistiada o indultada, supuesto en el cual remitirá el caso a la Sala de Amnistía o Indulto; o considerar que la definición de la situación jurídica debe ser diferente a la de una absolución o condena, evento en el cual lo remitirá a la Sala de definición de situaciones jurídicas.

propias de la JEP, que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sala de Reconocimiento, respecto a determinadas infracciones muy graves, tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de la sanción de cinco años y un máximo de ocho años. Comprenderán restricciones efectivas de libertades y derechos, tales como la libertad de residencia y movimiento, que sean necesarias para su ejecución, y además deberán garantizar la no repetición. Restricción efectiva significa que haya mecanismos idóneos de monitoreo y supervisión para garantizar el cumplimiento de buena fe de las restricciones ordenadas por el Tribunal, de tal modo que esté en condición de supervisar oportunamente el cumplimiento, y certificar si se cumplió. La JEP determinará las condiciones de restricción efectiva de libertad que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la sanción, condiciones que en ningún caso se entenderán como cárcel o prisión ni adopción de medidas de aseguramiento equivalentes. En el caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad ante la Sala, las restricciones de los anteriores derechos y libertades serán menores que en el caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad ante el Tribunal o que en el caso de no reconocimiento. Las sanciones alternativas para infracciones muy graves que se impondrán a quienes reconozcan verdad y responsabilidad ante la Sección de enjuiciamiento, antes de Sentencia, tendrán una función esencialmente retributiva de pena privativa de la libertad de 5 a 8 años. Para los anteriores supuestos, las normas de desarrollo determinarán de qué manera se graduarán las sanciones y en cuáles casos corresponden sanciones inferiores a los 5 años a quienes no hayan tenido una participación determinante en las conductas más graves y representativas, aun interviniendo en ellas. En este caso el mínimo de sanción será de dos años y el máximo de 5 años. Las sanciones ordinarias que se impondrán cuando no exista reconocimiento de verdad y responsabilidad, cumplirán las funciones previstas en las normas penales, sin perjuicio de que se obtengan redenciones en la privación de libertad, siempre y cuando el condenado se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de libertad. En todo caso la privación efectiva de libertad no será inferior a 15 años ni superior a 20 en el caso de conductas muy graves. Las denominadas sanciones alternativas y ordinarias, sí incluirán privaciones efectivas de la libertad como cárcel o prisión y/o cualquier medida de aseguramiento. Respecto a la ejecución de las sanciones, en el caso de los agentes del Estado se aplicará el fuero carcelario sujeto al monitoreo propio de este sistema. La configuración definitiva de las sanciones propias del sistema aplicables a los agentes del Estado, será decidida antes de la firma del Acuerdo Final de Paz, respetando lo ya establecido en la JEP respecto a las sanciones propias, alternativas y ordinarias.

Del análisis anterior se evidencia que no hay ninguna desprotección a las víctimas, por el contrario, se ilustran todos los mecanismos que se han acordado con el fin de darle prioridad a la reparación integral de todas aquellas personas que fueron afectadas en alguna medida por el conflicto armado., por lo que este Despacho

concluye que en este punto también se tergiversó la realidad de lo plasmado en los acuerdos y se engañó a la ciudadanía.

f. Elegibilidad Política

La elegibilidad política, esto es, la capacidad legal que tiene una persona para ser elegida, esta se adquiere del cumplimiento de los requisitos legales para poder ostentar un cargo público.

El artículo 40 Superior consagra el derecho de elegir y ser elegido que tienen todos los ciudadanos colombianos, no obstante el inciso final del artículo 122 Constitucional establece que: *“sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, **no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.**”* (Resaltado fuera de texto)

De conformidad con esta prohibición expresa consagrada en la Constitución Política, se entendería que los miembros de la guerrilla no podrían participar en política, sin embargo éste es uno de los puntos más importantes que se plantean en el Acuerdo Final, puesto que, es una de las principales razones para que este grupo al margen de la ley cambie sus armas por palabras y argumentos y empiecen a funcionar bajo la luz de la institucionalidad y no desde la guerra.

En palabras del propio acuerdo se plantea así: “La realización de las reformas convenidas en el Acuerdo sobre “Participación política: Apertura democrática para construir la paz” constituye una **condición necesaria** para garantizar un proceso sostenible de reincorporación de las FARC-EP a la vida civil en lo político.” (Negrilla fuera de texto).

Este capítulo regula lo referente a todo el ejercicio de la oposición y sobretodo el surgimiento de los nuevos movimientos políticos, luego de la firma del mismo, la seguridad que se le debe brindar a estos miembros y la importancia de abrir el debate con otras visiones.

En su numeral 3.2.1.2. se consagra todo lo referente a la representación política, tanto en el Congreso de la República, como en el Consejo Nacional Electoral.

Así mismo, al inicio del capítulo se establece que se *“requiere de una ampliación democrática que permita que surjan nuevas fuerzas en el escenario político para enriquecer el debate”*, pues como se explicó con anterioridad este es uno de los puntos cruciales del acuerdo, pero para que ello se concrete se establece en el punto 36 que:

36.- La imposición de cualquier sanción en el SIVJRNR no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política, para lo cual las partes acordarán las reformas constitucionales pertinentes.

Como se puede ver, sobre este punto, no se mintió en las campañas del NO, pues es cierto que los guerrilleros podrán participar en política, sin embargo estos lo harán bajo las normas que se encuentran estipuladas y desarrolladas dentro del propio acuerdo.

g. Reforma tributaria

La tributación hace referencia directa a los impuestos que deben pagar todas las personas tanto naturales como jurídicas, sin que se altere su derecho de propiedad, con el fin de obtener un beneficio social. La prestación tributaria se entiende en términos generales como el pago de una suma de dinero al Estado, encaminada a satisfacer necesidades públicas.

Por su parte la reforma tributaria consiste en el cambio, ajuste o modificación que se implementa en el recaudo de prestaciones por razones económicas cuando el Estado necesita hacer inversiones significativas en aras del interés general.

De la lectura del Acuerdo Final, no se encuentra un acápite que exponga con claridad la implementación de una reforma tributaria, sin embargo es muy fácil deducirla pues en el mismo se encuentra de manera transversal la creación de distintas instituciones que serán organizaciones encaminadas a contribuir con el desarrollo de la paz. De allí se puede entender que es posible que se necesitara una reforma tributaria que pueda inyectarle al Estado la fuerza económica que necesita para implementar los diferentes comités que se pretenden crear con la entrada en vigencia del mismo.

Así mismo, se puede inferir la necesidad de la misma, pues el Estado debe contribuir a las indemnizaciones que se otorgarán a las víctimas, así como deberá responder a nivel internacional por sentencias condenatorias de las cuales se haga acreedor.

No obstante, el Despacho encuentra en el artículo 6.1.1., una pequeña mención sobre la modificación del Plan Nacional de Desarrollo vigente, el cual da mayor refuerzo a los indicios sobre la necesidad que tendrá el Estado de conseguir el mayor número de recursos en aras de poder cumplir con todo lo acordado y poder implementar el Acuerdo a la mayor brevedad posible.

En este punto, tampoco se puede manifestar que la campaña de los partidos, movimientos y demás sectores del NO, hayan mentido pues a pesar de que no hay un desarrollo expreso sobre el tema dentro del Acuerdo, sí se puede desprender la idea de una reforma que pueda subsidiar los ambiciosos planes de pacificación.

h. Cambio a un modelo de Estado como el de Venezuela

Las campañas políticas del NO aseguraban que con la firma del acuerdo se cambiaría a un modelo de Estado basado en la dictadura y en la ilegitimidad de las instituciones, tal como, a su juicio, es el modelo que hoy absorbe a Venezuela.

Para este Despacho resulta válida la afirmación de los demandantes en cuanto a que la idea con estos planteamientos sin fundamentos, era confundir al electorado y generar miedo y confusión, pues utilizaron campañas publicitarias enfocando la atención del electorado en los problemas del vecino país.

Sin embargo, de la lectura del Acuerdo Final no se desprende ningún indicio que pueda dar, siquiera, una noción de un cambio de modelo o incluso una falta de competencia absoluta de las instituciones del Estado, ni mucho menos la posibilidad de que se constituya una dictadura; por el contrario en la parte introductoria, se desprende que: *“la participación y el diálogo entre los diferentes sectores de la sociedad contribuyen a la **construcción de confianza** y a la promoción de una cultura de tolerancia, respeto y convivencia en general, que es un objetivo de todos los acuerdos.”*

Así mismo, en la introducción se puede apreciar cómo sobre el punto tercero se menciona la intención de *“preparar la institucionalidad y al país para la reincorporación de las FARC-EP a la vida civil”*, de allí se puede advertir que el Acuerdo Final pretende cumplir con la institucionalidad, al igual que los miembros del grupo guerrilleros, los cuales se están comprometiendo a vivir bajo la vigilancia de los organismos del Estado.

Así las cosas, a este punto, es claro que **el “fraude al sufragante”, en los términos descritos en esta providencia, constituye causal de nulidad electoral, y su configuración en relación con el resultado del plebiscito depende de la incidencia que tenga en la votación, la cual, para este caso, se mide en términos del grado de generalidad, masividad y sistematicidad de la afectación producida**, y no bajo el tradicional sistema de formulación de cargos en términos de “zona, puesto, mesa”.

No de otra manera podría garantizarse “la preservación del orden jurídico” (art. 103 CPACA), cuando se ve estremecido con tal magnitud frente a un acontecimiento que tiene repercusiones sobre todos y cada uno de los aspectos de la vida pública.

Es imposible, a estas alturas, desconocer que la utilización del mencionado mecanismo de participación ciudadana refleja el deseo de autodeterminación de todo un pueblo y, por ende, debería ser el resultado de un proceso pulcro y transparente, que no admite ningún tipo de máculas, razón por la cual su preservación por parte del juez de lo electoral no puede responder a un paradigma meramente cuantitativo. La búsqueda de la verdad y el deber de protección de los

más altos valores y principios que lo irradian, sobre todo por el tipo de decisión que a ella subyace, lo obligan a ponderar de forma proporcional y razonable, pero sobre todo en términos cualitativos, la validez del resultado del plebiscito de cara al contexto en el que emergió, habida cuenta que su compromiso con la democracia, que encuentra en este particular escenario, una de sus expresiones de mayor significación, se insiste, por todo lo que a través del cuestionado plebiscito está en juego, trascienden cualquier formalidad que amenace la vigencia de un orden político, económico y social justo.

En ese orden de ideas, cuandoquiera que se advierta que, mediante maniobras engañosas de corte masivo y sistemático, se logró que la ciudadanía en general votara un plebiscito en determinado sentido –o incluso que se abstuviera de hacerlo– se activarán las competencias del juez de la nulidad electoral para, en el respectivo fallo, expulsar del ordenamiento el consecuente acto de elección.

4.5. Conclusión luego del análisis de la información divulgada en época de campaña y decisión sobre las medidas cautelares

Luego del anterior análisis, emerge con meridiana claridad que la información que se suministró al electorado en la fase definitiva de campaña reflejó una total tergiversación, en muchos de sus aspectos neurálgicos, del contenido del acuerdo sometido a votación el 2 de octubre de 2016, el cual fue determinante para la obtención del resultado en dicha contienda electoral, comoquiera que la manera sistemática y masiva en la que se llevaron a cabo las diferentes campañas generó una influencia global que torna imposible determinar con claridad la voluntad de los sufragantes.

De ahí que, se concluya la existencia de un engaño generalizado que anuló la libertad del electorado para escoger autónomamente entre las opciones existentes frente al plebiscito en cuestión, pues, como se demostró, quedaron al descubierto mentiras expuestas de forma masiva y sistemática, sobre todo en relación con los temas de **ideología de género, eliminación de subsidios, afectación del régimen pensional, impunidad, víctimas y cambio a un modelo de Estado como el de Venezuela** a los cuales el Despacho se refirió en precedencia, lo cual, a su vez, provocó un clima de desinformación, manipulación, distorsión de la verdad –necesaria para la adopción de una decisión soberana– relacionada con la definición del destino de los colombianos sobre un asunto fundamental para la vida del Estado y la sociedad.

Evidentemente, lo probado hasta este momento procesal da cuenta de la configuración de la causal establecida en el numeral 1° del artículo 275 del CPACA, toda vez que salta a la vista que se presentaron significativos hechos de violencia psicológica, en la modalidad de fraude al sufragante, cuya incidencia irradia de manera global el acto de elección enjuiciado, que se encuentra contenido en el Formulario E-26 PLE objeto del presente proceso de nulidad electoral.

En ese orden de cosas, resulta diáfano que se encuentran acreditados los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares solicitadas por los demandantes, razón por la cual pasa el Despacho a pronunciarse en relación con su pertinencia, tal y como se sigue.

Pues bien, cabe recordar que los demandantes solicitan, como primera medida, la suspensión de los efectos del Formulario E-26 PLE que declaró el resultado de los comicios celebrados el pasado 2 de octubre de 2016.

Sin embargo, a pesar de que está acreditada la violación de las normas invocadas, en especial del artículo 275.1 del CPACA, y que tal violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las pruebas allegadas con la solicitud, este Despacho, aun cuando, según se explicó en acápites previos, cuenta con las facultades legales para decretarla, no encuentra necesario hacerlo en este momento procesal, toda vez que no evidencia la urgencia de que trata el artículo 234, por tal razón, dispondrá que lo concerniente a esta solicitud en particular sea examinado por la Sala, conformada por todos sus integrantes, una vez surtido el trámite ordinario dispuesto para tal efecto.

No ocurre lo mismo con otro tipo de medidas que la suscrita consejera considera urgentes y necesarias *para “proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”* (art. 229 CPACA), de conformidad con los motivos que se pasan a exponer.

Si bien es cierto, según se extrae de lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-379 de 2016 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), el resultado del plebiscito solo es vinculante para el presidente de la República, por lo que podría decirse que eso es una decisión eminentemente política; no puede pasarse por alto que este en particular, produjo varias consecuencias de tipo jurídico.

Para ello, basta ver que el Acto Legislativo 01 de 2016 consagró una serie de disposiciones esenciales para la implementación del *“Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”* y estableció, a su vez, una serie de mecanismos abreviados, valga la expresión, para agilizar la producción de las normas especiales que se requieren con ocasión del mencionado pacto –instrumentos que se agrupan bajo el anglicismo conocido como *Fast Track*–, cuya activación depende de lo establecido en el artículo 5° de dicha preceptiva, así: ***“Artículo 5°. Vigencia. El presente acto legislativo rige a partir de la refrendación popular del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”*** (énfasis propio).

Quiere decir lo anterior que el resultado del plebiscito del 2 de octubre de 2016 constituyó un parámetro de vigencia del referido Acto Legislativo, tan sólido y determinante que, de haber sido vencedor el SÍ, no existiría el menor atisbo de duda sobre la viabilidad en la aplicación de los instrumentos especiales que consagra tal normativa.

En cambio, la ratificación del NO, aun a pesar del vicio de legalidad puesto en evidencia a través del presente auto, produjo otro tipo de **efectos**, que se manifestaron, principalmente, en la renegociación por parte del Gobierno y de las FARC de varios de los contenidos del mentado acuerdo y la posterior refrendación vía Congreso de la República de esta versión novada que recoge mayores consensos, lo cual tuvo lugar en sendas sesiones plenarias de Cámara de Representantes y Senado llevadas a cabo durante los días 29 y 30 de noviembre de 2016.

Sin embargo, hasta el momento no se ha definido de manera contundente si este último acto de refrendación cumplió con la condición de vigencia consignada en el citado artículo 5°; y esa dubitación es, en parte, según se explicó, atribuible a un resultado que hasta este momento procesal el Despacho advierte viciado.

Por tal motivo, es necesario, desde este órgano jurisdiccional, adoptar una medida que permita avanzar en la implementación de los nuevos Acuerdos de la Habana y con ello disipar los peligros que derivan de la incertidumbre aparente que gobierna la institucionalidad del país, en cuanto atañe a este tema, del cual pende, en buena parte, una previsión inexorable y crucial para la estabilidad nacional: el cese al fuego bilateral, que se sostiene en la expectativa proporcionada por los avances en la activación de tales acuerdos, y que representa una garantía exponencial para la vida y la supervivencia de todas las personas que el Estado está obligado a proteger.

Se trata, entonces, de un motivo que bien vale la imposición de órdenes precautelativas por parte del juez de lo electoral, diferentes a la suspensión provisional, pues, a grandes rasgos, los beneficios que ofrece, al menos de manera transitoria –en razón del carácter que tiene este tipo de medidas judiciales–, son mayores que cualquier riesgo calculado que el país pueda asumir.

Dentro de ese contexto, el despacho encuentra pertinente **ORDENAR al Congreso de la República, a través de los Presidentes de Senado y Cámara, y al Presidente de la República, tal y como se anunció, para que inmediatamente avance en la implementación del actual “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, disponiendo para ello –aún en sesiones extraordinarias convocadas para tal fin– de los mecanismos especiales de creación normativa establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2016 (Fast Track), que para efectos del cumplimiento de esta medida cautelar ha de entenderse vigente**, sin perjuicio de que en lo sucesivo medie un pronunciamiento expreso y definitivo de órgano competente en relación con la vigencia de la referida norma constitucional.

Lo anterior se justifica, además, en que aun cuando la Corte Constitucional en sentencia C-699 de 2016¹¹² –que declaró exequibles los artículos 1° y 2° del acto

¹¹² M. P. María Victoria Calle Correa. De la cual solo se conoce el comunicado de prensa No. 52 de diciembre 13 de 2016.

legislativo— estableció¹¹³, por vía de interpretación del artículo 5°, algunos parámetros para que un “*órgano revestido de autoridad democrática*”, que puede ser el propio Congreso de la República, “... *decida (...) que el acuerdo final surtió un proceso de refrendación popular...*”; es lo cierto que, en todo caso, ya existe un acto refrendatario adelantado por dicho cuerpo legislativo durante los días 29 y 30 de noviembre de 2016, que goza de una presunción de legalidad¹¹⁴, que no es dable cuestionar en el proceso de la referencia, so pena de desbordar el marco de competencias fijado por la Constitución y la ley y que, en todo caso, se aviene a lo prescrito por la Corte,

Ahora, no puede perderse de vista que lo dicho no obsta para que, en lo sucesivo, se produzca el pronunciamiento expreso que logre disipar toda duda alrededor de la vigencia del Acto Legislativo –que valga recordar, se ha entreverado, en buena parte, por el acto de elección enjuiciado, que, en esta etapa procesal se advierte contrario al ordenamiento jurídico–, el cual puede provenir, entre otros sectores, de la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad al pronunciarse sobre el artículo 5° en cualquiera de las demandas que, en tal sentido, cursan ante ese alto Tribunal, o bien del propio Congreso en aplicación de los principios sentados en la sentencia C-699 de 2016 (M. P. María Victoria Calle Correa).

Es por ello que, para garantizar la efectividad de la medida cautelar **se EXHORTARÁ a la Corte Constitucional para que priorice la resolución de las demandas de constitucionalidad en las que deba pronunciarse expresamente sobre la vigencia del acto legislativo en cuestión.**

Así las cosas, en virtud de las irregularidades acaecidas en el proceso de elección, por cuanto en la campaña se ejerció la violencia psicológica (art. 275.1 del CPACA) sobre el electorado, considera este Despacho en esta etapa procesal que el acto de declaratoria del resultado del plebiscito se encuentra viciado, **pero como ya se explicó este despacho se abstiene de resolver sobre la solicitud de la suspensión provisional de la Resolución 014 de 19 de octubre de 2016 “Escrutinio plebiscito del 2 de octubre de 2016”**, habida cuenta que ante la existencia de un nuevo acuerdo la urgencia para ello desaparece pudiéndose seguir, como ya se dijo, el trámite ordinario que implica traslado previo a los demandados, pero se disponen medidas preventivas y anticipativas sin que esto implique prejuzgamiento, tal como lo prevé el artículo 229 del CPACA.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos, 229 231, 234, 276 y 277 del CPACA el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por los señores William Efraín Calvachi Obando y David Narváez Gomez, por lo que se dispone:

¹¹³ Según lo informa en comunicado de prensa No. 52 de 13 de diciembre de 2016.

¹¹⁴ Entendido este concepto en su sentido más amplio, es decir, no solo el que denota la conformidad con la ley, sino con todo el ordenamiento jurídico, incluida, desde luego, la Carta Política.

1. NOTIFÍQUESE al Consejo Nacional Electoral, a los promotores del SI y el NO inscritos ante el Consejo Nacional Electoral, de conformidad con el literal a) del numeral 1° del artículo 277 del C.P.A.C.A.

2. NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3° del artículo 277 del C.P.A.C.A.

3. NOTIFÍQUESE por estado a la parte actora.

4. INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5° del artículo 277 del C.P.A.C.A.

5.- NOTIFÍQUESE a la Agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado para que si lo considera intervenga en los términos del artículo 279 del CPACA.

SEGUNDO: ABSTENERSE, por ahora, de resolver sobre la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, por las razones expuestas en la presente providencia y, en consecuencia, disponer que se corra traslado de esta solicitud en cuaderno separado, de conformidad con el artículo 233 del CPACA.

TERCERO: DECRETAR las siguientes medidas cautelares de urgencia:

1.- ORDENAR al Congreso de la República y al Presidente de la República **AVANZAR CON LA IMPLEMENTACIÓN** del actual *“Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”*, disponiendo para ello –aún en sesiones extraordinarias convocadas para tal fin– de los mecanismos especiales de creación normativa establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2016 (*Fast Track*), que para efectos del cumplimiento de esta medida cautelar ha de entenderse vigente. Ello, claro está, sin perjuicio de que en lo sucesivo medie un pronunciamiento expreso y definitivo de órgano competente en relación con la vigencia de la referida norma constitucional.

2. EXHORTAR a la Corte Constitucional para que **PRIORICE** la resolución de las demandas de constitucionalidad en las que deba pronunciarse expresamente sobre la vigencia del acto legislativo 01 de 2016, y en especial sobre el artículo 5° de dicha preceptiva.

CUARTO: Notificar por el medio más expedito el decreto de la medida cautelar al Consejo Nacional Electoral, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a los comités promotores inscritos ante el Consejo Nacional Electoral y a los Presidentes del Senado y Cámara de Representantes, al Presidente de la República y a la Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera