



Sentencia 041 de 2004 Corte Constitucional

SENTENCIA C-041 DE 2004

SENTENCIA C-041 DE 2004

Referencia: expediente D-4709

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º (parcial) de la Ley 403 de 1997 "por la cual se establecen estímulos para los sufragantes" y el artículo 216 del Decreto 262 de 2000 "por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y el Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos".

Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., veintisiete (27) de enero de dos mil cuatro (2004).

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, la ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango solicitó a la Corte declarar inexecutable parcialmente los artículos 2º de la Ley 403 de 1997 y 216 del Decreto 262 de 2000.

La Magistrada Sustanciadora, mediante auto del diecisiete (17) de julio de 2003, admitió la demanda de la referencia por cuanto cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. En dicha providencia ordenó la fijación en lista de las normas acusadas y el traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto.

Al tiempo resolvió comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio del Interior y de Justicia y al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública. De igual forma, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, envió comunicación al Consejo Nacional Electoral, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y a las Universidades Nacional, Javeriana, Rosario y Externado de Colombia, a fin de que emitieran su concepto en relación con la demanda de la referencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, y previo concepto de la Procuraduría General de la Nación, la Corte Constitucional procede a decidir en relación con la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Se transcribe a continuación el texto del artículo 2º de la Ley 403 de 1997, según publicación en el Diario Oficial año CXXXIII., No. 43116 y del artículo 216 del Decreto 262 de 2000, publicado en el Diario Oficial No. 43904 año CXXXV y se subraya la parte demandada.

LEY 403 DE 1997

(agosto 27)

por la cual se establecen estímulos para los sufragantes.

Artículo 2º. Quien como ciudadano ejerza el derecho al voto en forma legítima en las elecciones y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados, gozará de los siguientes beneficios:

1. Quien hubiere participado en las votaciones inmediatamente anteriores tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no

lo hayan hecho, en caso de igualdad de puntaje en los exámenes de ingreso a las instituciones públicas o privadas de educación superior.

2. Quien hubiere participado en las votaciones inmediatamente anteriores al reclutamiento en el servicio militar tendrá derecho a una rebaja de un (1) mes en el tiempo de prestación de este servicio, cuando se trate de soldados bachilleres o auxiliares de policía bachiller, y de dos (2) meses, cuando se trate de soldados campesinos o soldados regulares.

3. Quien hubiere participado en la votación inmediatamente anterior tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hubieren hecho, en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles para un empleo de carrera del Estado.

4. Quien hubiere ejercido el derecho al voto en la votación inmediatamente anterior tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hicieron, en la adjudicación de becas educativas, de predios rurales y de subsidios de vivienda que ofrezca el Estado, en caso de igualdad de condiciones estrictamente establecidas en concurso abierto.

5. El estudiante de institución oficial de educación superior tendrá derecho a un descuento del 10% del costo de la matrícula, si acredita haber sufragado en la última votación realizada con anterioridad al inicio de los respectivos períodos académicos.

Los siguientes numerales fueron adicionados por el artículo 2 de la Ley 815 de 2003.

6. Como una contribución a la formación de buenos ciudadanos, las Universidades no Oficiales podrán establecer, dentro de sus estrategias de mercadeo, un descuento en el valor de la matrícula a los estudiantes de pregrado y postgrado que acrediten haber sufragado en las últimas elecciones o eventos de participación ciudadana directa.

Parágrafo. Las Universidades que voluntariamente establezcan el descuento en la matrícula no podrán trasladar a los estudiantes el valor descontado ni imputarlo como costo adicional en los reajustes periódicos legalmente autorizados. El Gobierno otorgará reconocimientos especiales e incentivos a las Universidades que den aplicación al estímulo electoral previsto en este numeral.

7. Quien haya ejercido el derecho al sufragio se beneficiará, por una sola vez, de una rebaja del diez por ciento (10%) en el valor de expedición del pasaporte que solicite durante los cuatro (4) años siguientes a la votación. Este porcentaje se descontará del valor del pasaporte que se destina a la Nación.

8. Quien acredite haber sufragado tendrá derecho a los siguientes descuentos durante el tiempo que transcurra hasta las siguientes votaciones:

- a) Diez por ciento (10%) del valor a cancelar por concepto de trámite de expedición inicial y renovación del pasaporte judicial;
- b) Diez por ciento (10%) del valor a cancelar por concepto de trámite inicial y expedición de duplicados de la Libreta Militar.
- c) Diez por ciento (10%) del valor a cancelar por duplicados de la cédula de ciudadanía del segundo duplicado en adelante.

DECRETO NUMERO 262 DE 2000

(febrero 22)

por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

ARTÍCULO 216. Lista de elegibles. Formarán parte de la lista de elegibles para el empleo correspondiente los concursantes que obtengan, un puntaje total igual o superior al 70% del máximo posible en el concurso.

La lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y deberá estar contenida en resolución proferida por el Procurador General.

La provisión de los empleos objeto de convocatoria será efectuada con quien ocupe el primer puesto en la lista y en estricto orden descendente.

La lista deberá fijarse en donde se publicaron los demás actos expedidos dentro del proceso de concurso.

Quienes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar, el nombramiento recaerá en quien haya obtenido el puntaje superior en la prueba de conocimientos y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente.

Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria u otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad. El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles.

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Para la actora, las expresiones demandadas, en cuanto establecen estímulos a quienes hayan sufragado en los eventos relacionados con los mecanismos de participación ciudadana, son contrarias al preámbulo y a los artículos 2º, 13, 29 y 112 de la Constitución Política.

Explica que el aparte demandado del Decreto 262 de 2000 establece un deber de participar en las elecciones para poder tener derecho a que, a favor del sufragante, se dirima el empate en caso de concursos públicos de méritos; en tanto que la expresión acusada del artículo 2º de la Ley 403 de 1997 consagra estímulos para quienes ejerzan el derecho al voto en forma legítima en las elecciones y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados.

Partiendo de lo anterior, señala que si bien las normas pretenden incentivar la participación ciudadana, establecer estímulos para quienes sufraguen con ocasión de la convocatoria a un mecanismo de esta naturaleza, distintos a las elecciones de quienes aspiran a ocupar un cargo público, es contrario a la Constitución.

Lo anterior, por cuanto existen ciertos de los mencionados mecanismos, tales como la convocatoria a una asamblea constituyente y a un referendo, para cuya validez se requiere alcanzar una determinada porcentaje del censo electoral. Así, el artículo 376 Superior dispone para la convocatoria a Asamblea Constituyente la aprobación de por lo menos *"una tercera parte de los integrantes del censo electoral"*; el artículo 377 constitucional, en relación con el referendo derogatorio, establece como requisito el voto negativo de la mayoría *"siempre que en la votación hubiere participado cuando menos la cuarta parte del censo electoral"*; y, el artículo 378 Superior, respecto al referendo aprobatorio, exige además del voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, *"que el número de estos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral"*.

A su juicio, para los casos enunciados, a diferencia de las elecciones de los alcaldes, gobernadores, miembros del Congreso y demás corporaciones públicas, la abstención es activa, toda vez que produce efectos jurídicos. En este sentido explica que el ciudadano puede abstenerse de participar con el fin de que no se cumpla el mínimo de sufragantes indicado.

Así las cosas, considera que no responde al orden justo y al valor justicia, que pregonan tanto el preámbulo como el artículo 2º de la Constitución, que se estimule a quien participe en dichas actividades democráticas en perjuicio de aquel que no lo hace, sólo con el fin de que no se logre la cuota parte mínima como presupuesto de validez de la elección que contempla la misma Carta.

De otra parte, aduce que tanto los estímulos como la causal para dirimir empates en los concursos públicos de la Procuraduría vulnera el derecho de oposición contenido en el artículo 112 de la Constitución Política, pues para el caso de los mecanismos de participación referenciados se puede ejercer oposición mediante actos de abstención. Afirma que no es garantía constitucional que se castigue tal comportamiento en esas elecciones cuando se impide al abstencionista acogerse a los beneficios legales (Ley 403/97) como tampoco es estímulo que en casos de empate en concursos públicos de mérito se prefiera a quien sufragó en esos otros mecanismos de participación ciudadana (Dto. 262 de 2000).

En su sentir, tal diferenciación *"discrimina al no elector, en perjuicio de aquél que si lo hizo"*, lo que constituye una vulneración al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

Así mismo, manifiesta que el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, al permitir que el Procurador General, a su discreción, decida en casos de empate, es inconstitucional. A su parecer, si bien es cierto que se debe dirimir el empate entre las personas que obtienen igual puntaje, el mecanismo no puede ser la discrecionalidad, pues se infringen las reglas objetivas de acceso al servicio público (art. 125 C.P.), los principios mínimos de contradicción (art. 29 C.P.) y el valor justicia propio de un Estado social y democrático de Derecho.

Por todo lo anterior, solicita se declare la inexecutable de las expresiones demandadas de los artículos 2º de la Ley 403 de 1997 y 216 del Decreto 262 de 2000.

IV. INTERVENCIONES

4.1. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

El ciudadano Cesáreo Rocha Ochoa, actuando en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia intervino en el trámite de este proceso, con el fin de manifestar que las normas acusadas no quebrantan el texto constitucional.

En primer término haciendo referencia al artículo 125, señala que la regla general en cuanto a la vinculación a empleos y órganos del Estado es por medio del régimen de la carrera administrativa, excepcionalmente, hay cargos de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y otros que determina la ley. Manifiesta que no obstante lo anterior, el legislador en la Ley 403 de 1997 le concede la preferencia a los sufragantes en el sentido de que sean escogidos para el ingreso a las instituciones públicas o privadas de educación superior, respecto de quien se abstuvo de participar en comicios electorales y aún de ser seleccionado en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles para un empleo de carrera del Estado.

El interviniente considera que las instituciones y mecanismos de participación ciudadana fueron creados para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Por tal razón manifiesta que es del interés del legislador que los ciudadanos ejerzan sus derechos de participación y por ello *"es apenas natural que se rodee de estímulos al sufragante, al ciudadano participativo"*.

En este orden de ideas, expresa que es característico de la cultura política animar la intervención ciudadana en busca del pensamiento colectivo

y por ello aduce "De allí que los estímulos a los sufragantes sean una leal consecuencia frente a una dinámica individual que le da perfil a las formas sociales y mal podría considerarse que una conducta ejemplar, positiva o negativa, pero participativa, pueda convertirse en ataque contra el ordenamiento jurídico. Todo lo contrario".

De otra parte explica que el estatuto de oposición consagrado en el artículo 112 de la Constitución Política hace alusión al ejercicio libre de la función crítica, al planteamiento de alternativas, a la garantía de los derechos de acceso a la información y la documentación oficiales, al uso de los medios de comunicación del Estado, al derecho de réplica y de participación en los organismos electorales y finalmente al derecho otorgado a los partidos o movimientos minoritarios para participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados. En su sentir, el derecho de oposición referenciado no se encuentra lesionado, por el contrario, es garantizado con la participación ciudadana.

Finalmente afirma que la potestad del Procurador General de la Nación, cuando actúa como nominador en determinado sentido, cuando la ley ha privilegiado una conducta, es la consecuencia administrativa de cumplir con la norma jurídica.

4.2. Departamento Administrativo de la Función Pública.

El ciudadano Samuel Darío Huertas Yepes, actuando en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública, intervino en el proceso de la referencia con el fin de exponer las razones que justifican la constitucionalidad de la norma acusada.

En primer término anota que en relación con el artículo 2º de la Ley 403 de 1997 esta Corporación se pronunció acerca de su constitucionalidad, mediante sentencia C-337 de 1997.

En relación con la expresión "*si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente*", contenida en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, considera que tal disposición pretende evitar que el proceso de selección se torne indefinido y por ende que tal indecisión afecte el servicio público. Agrega que la discrecionalidad conferida al Procurador General como nominador debe ser ejercida atendiendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Para tal efecto cita la sentencia C-071 de 1994 mediante la cual la Corte se pronunció en relación con el poder discrecional. Con base en lo anterior, resalta que para el ingreso y acceso a la carrera se ha hecho una selección por el sistema de méritos y calidades, la cual al concluir en un empate se ha agotado a cabalidad el proceso exigido por la ley y por tanto cualquiera de las personas seleccionadas es garante para la administración de ser idónea, al tener los méritos suficientes para acceder al empleo, por lo que la escogencia que realiza el nominador de una manera discrecional no comporta arbitrariedad ni subjetividad.

Así las cosas considera que debe estarse a lo resuelto en la sentencia C- 337 de 1997, mediante la cual la Corte declaró exequible el artículo 2º de la Ley 443 de 1997, cuestionada también en esta oportunidad.

4.3. Ministerio del Interior y de Justicia.

La ciudadana Ana Lucía Gutiérrez Guingue, obrando en calidad de Directora del Ordenamiento Jurídico del Ministerio del Interior y de Justicia intervino en el proceso con el fin de defender la constitucionalidad de las normas demandadas parcialmente.

En primer término hace referencia al artículo 216 del Decreto 262 de 2000 que consagra la preferencia de aquél que participó en las elecciones públicas, como medio para dirimir el empate dentro del proceso de selección para cargos de carrera administrativa en la Procuraduría General de la Nación. A su juicio, esta clase de estímulos para los sufragantes están acorde con el artículo 2º de la Constitución Política, que establece como fin esencial del Estado, facilitar la participación de los ciudadanos en las decisiones que afectan la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

Argumenta que la soberanía popular se ejerce a través de los diversos mecanismos de participación y por ello, el establecimiento de la referida preferencia en caso de empate en la calificación dentro del proceso de selección, además de estimular el ejercicio del derecho de participación, constituye una invitación al control del poder político.

Además señala que de acuerdo con la sentencia C-337 de 1997, en la cual se analizó la constitucionalidad del proyecto de ley que dio origen a la Ley 403 de 1997, privilegiar al votante como factor de desempate entre quienes aspiren a ocupar un empleo de carrera en cualquier entidad del Estado no vulnera el derecho a la igualdad.

De otra parte señala que en relación con el cargo formulado contra el artículo 2º de la Ley 403 de 1997 ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, por cuanto la Corte declaró su exequibilidad en la sentencia C-337 de 1997.

4.4. Consejo Nacional Electoral.

El ciudadano Guillermo Francisco Reyes González, Presidente del Consejo Nacional Electoral, intervino en el trámite de este proceso con el fin de solicitar a la Corte que declare la exequibilidad del artículo 2º de la Ley 403 de 1997.

Haciendo referencia a la concepción de Estado Social de Derecho, a la naturaleza democrática y participativa del Estado Colombiano y al fin esencial del Estado de garantizar la efectividad de los deberes y teniendo en cuenta que el voto es un deber, afirma que la ley de estímulos electorales es una herramienta eficaz que incentiva al ciudadano a acercarse a las urnas, ya sea para elegir a sus representantes en las corporaciones públicas, o para manifestar su voluntad en relación con un mecanismo de participación ciudadana.

Anota que de la participación efectiva de la ciudadanía en los procesos electorales se deriva la intervención de todos en la conformación,

ejercicio y control del poder político.

Hace alusión especial al referendo y a la asamblea constituyente, mecanismos por medio de los cuales, en su sentir, el ciudadano tiene dos opciones: la de votarlo y con ello cumplir con su deber o, la de no votarlo, a fin de que no se cumplan los porcentajes que exigen las normas que los regulan.

En este sentido, trae a colación algunos apartes de la sentencia C-337 de 1997, mediante la cual la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la Ley 403 de 1997 precisó que el voto es el principal mecanismo de participación, así como un derecho y un deber del ciudadano y, en esta medida es plausible su fomento mediante la creación de incentivos.

Así las cosas considera que la demanda parcial contra el artículo 2º de la Ley 403 de 1997 no debe prosperar, por cuanto de conformidad con el artículo 243 Superior, la sentencia antes citada hace tránsito a cosa juzgada.

4.5. Universidad Nacional.

El profesor Félix Hoyos Lemus, en representación de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional, intervino en el trámite de este proceso.

Señala que en relación con el artículo 2º de la Ley 403 de 1997, que establece cinco estímulos para quienes ejerzan el voto en las elecciones así como "*en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados*", ha operado el fenómeno de la cosa juzgada relativa. Indica que la Corte se había pronunciado sobre la exequibilidad del artículo 2º demandado, en virtud de las objeciones que el Presidente presentó al proyecto de ley "*por el cual se establecen estímulos para los sufragantes*", que culminó con la Ley 403 de 1997. En su sentir, como el proyecto de ley fue declarado exequible, la ley, por ende debe entenderse ajustada a la Constitución.

No obstante, explica que la cosa juzgada para el presente caso es de carácter relativo, por cuanto en aquella oportunidad la Corte al resolver las objeciones presidenciales, se pronunció exclusivamente acerca de los estímulos electorales a los que tiene derecho el ciudadano que vota en las elecciones "*propriadamente dichas*", como cuando se trata de elegir Presidente, gobernadores, alcaldes, diputados, concejales, entre otros. Aduce que la Corte dejó por fuera del análisis, lo referente a los estímulos electorales con ocasión a la convocatoria de una Asamblea Constituyente (art. 376 de la C.P.) y referendo (art. 378 de la C.P.). En efecto sostiene que la Corte hizo alusión a la abstención pero desde un punto de vista negativo, calificándola de "*mal endémico*" y "*conducta no plausible*".

Así las cosas, considera que se amerita un nuevo pronunciamiento de la Corte en este sentido. Aduce que para el caso de la convocatoria a una asamblea constituyente y de los referendos aprobatorios o derogatorios, la abstención tiene "*hondas repercusiones en la legitimidad del resultado electoral*"; tanto es así, que de no participar cierto porcentaje del censo electoral, la correspondiente reforma no es válida.

En este orden de ideas explica que si la abstención es legítima, se vulnera el principio de igualdad, al otorgar estímulos a favor de los votantes y en detrimento de los abstencionistas para el caso específico de los eventos consagrados en los artículos 376 y 378 de la Constitución.

Afirma que tal discriminación contra el abstencionista, constituye además la vulneración del artículo 125 Superior, en lo referente a la forma como se dirime el empate en los concursos de carrera administrativa, toda vez que la norma trata el acceso a la misma en razón de los méritos laborales y no políticos del individuo.

De otra parte, señala que la Corte en la sentencia C-337 de 1997 afirmó que la creación de estímulos no distorsiona la libertad del voto en el sentido que no se le coacciona para elegir entre las opciones existentes puesto que bien puede cumplir su deber mediante el voto en blanco. No obstante lo anterior, aduce que tal apreciación es atinada para el caso de las elecciones para surtir cargos públicos. Argumenta que la Corte no examinó la vigencia y validez de tal afirmación en relación con las implicaciones que el voto en blanco tiene, por ejemplo, en el caso del referendo.

En este orden de ideas indica que para quienes la abstención es una "*alternativa plausible y no una endémica sino saludable postura*" el voto en blanco no es conveniente porque legitima los resultados del referendo.

De otra parte, en relación con el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, aduce que el texto del mismo es idéntico en su contenido material al juzgado por la Corte en la sentencia C-337 de 1997, en el sentido que se estudiaron los estímulos electorales a la luz de elecciones que impliquen surtir cargos públicos, sin que lo haya hecho para el caso de otros mecanismos de participación.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Vista Fiscal, en primer término aclara que a pesar de que la Ley 403 de 1997 fue modificada por la Ley 815 de 2003 que establece nuevos estímulos, el artículo 2º demandado se encuentra aún vigente.

De igual forma indica que si bien la Corte, mediante sentencia C-337 de 1997, en virtud de las objeciones presidenciales contra el proyecto de la ley 403 de 1997, declaró exequible el contenido del artículo 2º acusado, no puede afirmarse que en relación con este artículo ha operado la cosa juzgada de manera absoluta.

Del contenido de la sentencia se deduce que la Corte en tal oportunidad no analizó la constitucionalidad de las normas frente a los distintos mecanismos de participación que exigen un determinado umbral para su validación, pues el análisis se centró en la constitucionalidad de dichos beneficios frente al voto de los ciudadanos en las elecciones de sus representantes. Por lo anterior, considera que la cosa juzgada operó de

manera relativa y en esta medida la Corte está facultada para analizar la constitucionalidad del reconocimiento de dichos estímulos en relación con los mecanismos de participación, tal como lo plantea la demandante.

Por otra parte, explica que por medio del voto, los ciudadanos no sólo eligen a sus gobernantes sino que además toman parte en los otros mecanismos de participación, como el plebiscito, referendo, consulta popular, la revocatoria del mandato, asamblea constituyente, entre otros.

Con todo, aduce que la abstención debe ser una actividad libre, reconocida y protegida en los mecanismos de participación ciudadana en que el porcentaje de la votación es factor esencial para legitimar su uso.

Indica que las consideraciones planteadas en la sentencia C-337 de 1997 en el sentido que el legislador puede incentivar el voto, no pueden hacerse extensivas tratándose de mecanismos de participación en los que el porcentaje de la votación es un factor determinante para que lo sometido a consideración de los ciudadanos sea aprobado o no.

En el mismo sentido afirma que para el caso de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, referendo, consulta popular, revocatoria del mandato, plebiscito, en la medida que se exige un porcentaje para el censo electoral, el no ejercicio del voto produce efectos jurídicos y resulta ser una decisión consiente y ponderada, toda vez que el abstencionista en estos casos, no deja de acudir a las urnas porque *"le sea indiferente cuál es la decisión que se tome, sino que conocedor de los efectos que tiene el no votar, decide dejar de hacerlo con el fin de impedir que el correspondiente mecanismo alcance el mínimo de votos requerido para su validez."*

No obstante lo anterior, aduce que no todas las personas están en la capacidad de discernir las consecuencias anteriores y por ello consagrar estímulos para el caso de estos mecanismos de participación constituye una vulneración al principio democrático consagrado en el artículo 1º de la Constitución, pues el ciudadano no ejerce su derecho de manera libre y consciente, sino en virtud de las prebendas que el legislador ha consagrado para incentivar los sufragantes.

Expone que la Corte Constitucional, en la mencionada sentencia, cuando trató el tema de la finalidad del proyecto de ley que dio lugar a la Ley 403 de 1997, sostuvo que la era estimular el sufragio y desestimular la abstención, *definida como enfermedad endémica que padece nuestra democracia representativa desde la década de los años treinta, para ello se ofrecen incentivos con el objeto de atraer a las urnas a los abúlicos.*

Para la Vista fiscal el anterior argumento resulta válido tratándose de las elecciones de los gobernantes, y en el contexto en que se expresaron, cuando apenas habían transcurrido algunos años desde la entrada en vigencia de la Carta Política; pero hoy, cuando han pasado más de diez años de ese hecho, no puede argumentarse que, so pretexto de formar a los ciudadanos para la democracia participativa y de construir la conciencia de éstos respecto del voto como derecho y deber, se desestime el derecho de los abstencionista tratándose de los mecanismos de participación reseñados, pues fue el mismo Constituyente el que legitimó la abstención en éstos, al establecer un determinado umbral para que cada uno de ellos resulta aprobado o no.

Con el fin de demostrar la importancia de la abstención para el caso del referendo, cita la sentencia C-551 de 2003, en la cual se planteó que la regulación del artículo 378 Superior, confiere una eficacia específica a la abstención en los referendos constitucionales *"puesto que es posible que una reforma obtenga una mayoría de votos afirmativos, pero no se aprobada, por cuanto el total de los votos no sobrepasó el umbral de participación requerido"*.

Además anota que en la mencionada sentencia, al determinarse que no existe la posibilidad del voto en blanco porque la Constitución ha querido que el ciudadano que participe en los referendos manifieste claramente si apoya o rechaza la reforma propuesta, constituye una razón más para que no operen los estímulos para los sufragantes tratándose de los mecanismos de participación distintos a las elecciones.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto y en la doctrina del derecho viviente, solicita a la Corte que ajuste los principios y valores de la Carta la interpretación que el juez constitucional efectuó respecto del artículo 2º de la Ley 403 de 1997 en la sentencia C-337 de 1997, y en consecuencia, declare inexecutable el aparte acusado del mencionado precepto, así como la exequibilidad condicionada de la expresión "un evento de participación ciudadana nacional o local" contenido en el artículo 6 de la Ley 403, bajo el entendido que la publicidad al que él se refiere no es válida tratándose de los mecanismos de participación en los que el Constituyente le reconoció igualdad.

Finalmente, en relación con el artículo 216 considera que dirimir el empate a través del sistema de estímulos no vulnera la Constitución como se precisó en la sentencia c. 337 de 1997, siempre y cuando no se trate del voto en los mecanismos de participación ciudadana distintos a las elecciones.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, de conformidad con los numerales 4 y 5 del artículo 241 de la Constitución Política, por estar dirigida contra una ley de la República y un Decreto con fuerza de ley respectivamente.

2. Los cargos de inconstitucionalidad planteados en la demanda.

La ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango demanda en acción pública de inconstitucionalidad la expresión *"y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados"*, contenida en el artículo 2 de la Ley 403 del 27 de agosto de

1997, así como la siguiente que figura en el quinto inciso del artículo 216 del Decreto núm. 262 del 22 de febrero de 2000 "y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente", del, por violación del Preámbulo y de los artículos 2, 13, 29 y 112 constitucionales. Los cargos de inconstitucionalidad planteados por la ciudadana son los siguientes:

- a. El establecimiento de un conjunto de estímulos legales para quienes hayan ejercido su derecho al voto "en los eventos relacionados los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados" vulnera los derechos de quienes se abstienen de participar en tales casos buscando un objetivo concreto, cual es, que no se alcancen los porcentajes constitucionalidad necesarios para que la decisión sea válida.
- b. Vulnera la Constitución la previsión legal de que en caso de persistir un empate entre quienes ocupan el primer lugar en un concurso para acceder a un cargo en la Procuraduría General de la Nación, se deba preferir a aquel que "demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores".
- c. La facultad legal discrecional de que dispone el Procurador General de la Nación para realizar un nombramiento en caso de persistir un empate entre aspirantes a un cargo vulnera los artículos 29 y 125 constitucionales.

En este orden de ideas, le corresponde determinar a la Corte si el establecimiento de estímulos legales para las personas que ejercen su derecho al voto con ocasión de su participación en un mecanismo constitucionalmente autorizado para tales fines, vulnera o no la Constitución. Acto seguido, examinará si, en el caso concreto de los concursos para provisión de cargos en la Procuraduría General de la Nación, el legislador violó o no la Carta Política al prever que en caso de persistir un empate entre personas que se encuentren en el primer lugar en la lista de elegibles, se deberá preferir a quien demuestre "haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores". Por último, determinará si es constitucional o no que, en el anterior supuesto de hecho de persistir el empate "el nominador escogerá discrecionalmente".

3. Asuntos procesales previos. Análisis sobre la procedencia de la cosa juzgada constitucional e integración de la unidad normativa.

Dado que la Corte en sentencia C-337 de 1997, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz declaró "EXEQUIBLE el artículo 2 del proyecto de ley "Por el cual se establecen estímulos para los sufragantes", por ser infundadas las objeciones presidenciales", y asimismo se declaró inhibida "para emitir pronunciamiento sobre los demás artículos que conforman el proyecto de ley, por no existir objeción presidencial al respecto", debe decidirse previamente si ha operado o no el fenómeno de la cosa juzgada en relación con la expresión "y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados", contenida en el artículo segundo de la Ley 403 de 1997.

Al respecto cabe recordar que cuando se tramitó el Proyecto de Ley 002/95 Cámara y 220/96 Senado, "por la cual se establecen estímulos para los sufragantes", cuyo texto corresponde a la actual Ley 403 de 1997, el Gobierno formuló objeciones por considerar que vulneraba el artículo 13 de la Constitución. A juicio del Presidente de la República, el proyecto desconocía el derecho a la igualdad, pues hacía una diferenciación irrazonable en las oportunidades de acceso al empleo, a las becas educativas, a la adjudicación de predios rurales y a subsidios de vivienda, para aquellos ciudadanos que no pudieran ejercer su derecho al voto por cualquier razón. La Corte precisó que las objeciones recaían únicamente sobre el artículo 2º del proyecto y en relación únicamente al derecho a la igualdad, y tras considerarlas infundadas, declaró exequible la norma.

Con todo, la pregunta que surge es si dicho pronunciamiento implica la existencia o no de cosa juzgada constitucional en relación con el cargo ahora propuesto.

Para responder el anterior interrogante la Sala debe precisar cuál es el efecto de las sentencias proferidas en caso de objeciones presidenciales y cuál fue el alcance específico de la sentencia C-337/97. Esto último exige definir si la Corte analizó la constitucionalidad de los estímulos al sufragante en dos hipótesis distintas: en el caso de las elecciones y en el caso de los demás mecanismos de participación democrática.

Según lo previsto en el artículo 241-8 de la Constitución, corresponde a la Corte "decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales (...)", cuyo alcance ha sido delimitado por la jurisprudencia en varios sentidos¹:

Como regla general, la Corte solo puede pronunciarse en relación con las disposiciones objetadas por el Presidente y sobre las cuales insiste el Congreso de la República.

Teniendo en cuenta que el Presidente puede formular objeciones de inconstitucionalidad e inconveniencia, la competencia de la Corte se restringe al análisis de las primeras y se excluye en el caso de las segundas por tratarse de una valoración política.

El juicio de constitucionalidad está circunscrito a los cargos formulados por el objetante y los argumentos esgrimidos por el Congreso para justificar la constitucionalidad de la disposición.

Por lo anterior, el alcance de la cosa juzgada es de carácter relativo y se restringe a las cuestiones planteadas y efectivamente analizadas en la sentencia. Respecto de los asuntos no estudiados por la Corte una disposición puede ser objeto de futuras demandas de inconstitucionalidad y no podrá invocarse aquella figura para proferir un fallo inhibitorio.

Bajo este prisma, el eje de la controversia consiste en delimitar cuál fue el alcance de la Sentencia C-337/97, específicamente para saber frente

a qué aspectos ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Según fue explicado líneas atrás, en la sentencia C-337/97 la Corte se pronunció sobre las objeciones formuladas por el Presidente contra la norma que autoriza estímulos a *"quien como ciudadano ejerza el derecho al voto en forma legítima en las elecciones y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados"*.

Para comprender el alcance del pronunciamiento de la Corte es necesario advertir que la propia norma contempla dos situaciones distintas: la primera relacionada con el sufragio para la elecciones, y la segunda relacionada con el sufragio para los demás mecanismos de participación democrática.

En este sentido, la Sala observa que la distinción prevista en la norma, lejos de ser puramente formal reviste particular relevancia desde una perspectiva constitucional, porque mientras las *elecciones* consisten, según la doctrina, en una *"técnica de designación de representantes"*², los demás mecanismos de participación tienen que ver con otras formas de intervención ciudadana en asuntos relacionados con la vida política al interior de la sociedad, que comprenden la posibilidad de *"influir en la formación política estatal"*³, pero desde escenarios distintos. De esta manera, mientras las elecciones son concebidas como una forma de escogencia de personas característica de la democracia representativa, los otros mecanismos como el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato, son inherentes a un modelo de democracia participativa donde incluso no siempre el ejercicio del derecho se materializa por medio del voto.

Pues bien, como pasa a explicarse, en el caso de la sentencia C-337/97 el alcance de la cosa juzgada está restringido únicamente a la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 403 de 1997 en lo que tiene que ver con las elecciones, pero no frente a los demás mecanismos de participación democrática.

Así, en aquella oportunidad el Gobierno consideraba que los estímulos al sufragante desconocían el derecho a la igualdad, pero a juicio del Congreso la norma superaba el test de razonabilidad por cuanto, *"la creación de beneficios electorales tiene pleno sustento en los fines del Estado"*, para incentivar a quien, *"en un contexto de endémica abstención generalizada, contribuye con su participación electoral a construir la democracia"*.⁴ (subrayado no original). Ello demuestra cómo el debate al interior del Congreso tuvo que ver con la necesidad de incentivar la participación ciudadana en los actos electorales, debido al elevado porcentaje de abstención registrado en épocas anteriores, pero no se analizó el tema relacionado con el sufragio en los demás actos de participación ciudadana. Y con la misma óptica la Corte abordó el estudio con el cual declaró la constitucionalidad de la norma; pero sólo en el caso de los beneficios al votante en el caso de elecciones, como lo demuestra el hilo conductor de la mencionada sentencia.

Así, la Corte comenzó por reseñar el carácter participativo de la democracia para centrarse luego en el tema del voto como derecho y deber, dejando en claro que el Congreso no puede criminalizar la abstención pero sí crear estímulos cuando los ciudadanos ejerzan su derecho al voto, análisis que estuvo circunscrito para el caso de las elecciones. Dijo entonces la sentencia:

"Es claro que el Congreso de la República tiene competencia para regular las funciones electorales (C.P. art. 152 literal c) como ya lo ha hecho; y si bien tal competencia no le habilita para prohibir o sancionar la abstención, nada obsta desde el punto de vista constitucional, para que cree incentivos legales destinados a favorecer a aquellos que cumplan con el deber ciudadano de participar, a través del ejercicio del voto, en la vida política del país (C.P. art. 95), siempre y cuando todas las personas llamadas a sufragar permanezcan iguales ante la ley que cree los incentivos, sea que voten por uno u otro candidato, que voten en blanco y, aún, que no hubieran podido sufragar por fuerza mayor o caso fortuito." (Subrayado fuera de texto)

Posteriormente, la sentencia señala que la ley que crea recompensas al cumplimiento del deber de votar no suprime una motivación altruista, *"sino que la complementa con una serie de incentivos dirigidos a colocar a quienes sólo buscan satisfacer un interés egoísta, en la situación ¿que de otra manera no enfrentarían-, de considerar si votarán por éste o aquél candidato, o si preferirán hacerlo en blanco".* (Subrayado no original)

Pero más aún, cuando la Corte analizó la finalidad del proyecto de ley y si resultaba compatible con la Constitución, hizo referencia a la necesidad de reducir la abstención *"electoral"*, como claramente lo había considerado el Congreso en los siguientes términos:

"enfermedad endémica que padece nuestra democracia representativa desde la década de los años treinta, acentuada luego durante el régimen del Frente Nacional. De allí que derrocar esa actitud de indiferencia colectiva frente a los eventos electorales constituye una tarea prioritaria y reto de nuestro sistema político(...)" (Subrayado no original).

Puede notarse sin mayor dificultad que la insistencia del Congreso en la aprobación del proyecto y el posterior análisis de la Corte tuvieron como eje la discusión sobre si la constitucionalidad de los estímulos para quienes ejercieran su derecho al voto en los actos electorales desconocía o no el derecho a la igualdad; y aún cuando pudo hacerse alusión a los demás mecanismos de participación democrática, lo cierto es que ellas fueron referencias tangenciales que no guardaban relación directa con la insistencia del Congreso ni con el asunto central estudiado en la sentencia de la cual se ha hecho mención.

Por lo anterior, la Sala encuentra que la cosa juzgada del artículo 2º de la Ley 403/97 sólo está restringida a la constitucionalidad de los estímulos al sufragante cuando se trata de *"elecciones"* y frente al derecho a la igualdad, pero no existe pronunciamiento alguno en relación con *"los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados"*. En consecuencia, resulta pertinente abordar un análisis de fondo sobre cada uno de los cargos formulados en esta ocasión.

Para tales efectos, es necesario tomar en cuenta que la ciudadana dirige parte de su demanda contra la expresión "y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados", que figura en el segundo artículo de la Ley 403 de 1997. No obstante, como lo ha señalado la Corte en numerosas ocasiones procede integrar la unidad normativa cuando *"la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado por los actores"*⁵.

En el caso concreto, un examen del texto de la Ley 403 de 1997 y de la Ley 815 de 2003 *"Por la cual se aclara la Ley 403 de 1997 y se establecen nuevos estímulos al sufragio"*, indica que un pronunciamiento de fondo sobre la expresión legal demandada conduce a que sean examinados otros segmentos normativos con los cuales aquélla se halla íntimamente vinculada. De tal suerte que la Corte se pronunciará asimismo sobre la constitucionalidad de la expresión *"...o del día en que deba realizarse un evento de participación ciudadana de carácter nacional o territorial"*, contenida en el artículo 6 de la Ley 403 de 1997, por cuanto esta disposición se refiere a la divulgación, empleando los medios de comunicación del Estado, de diversos estímulos a que tienen derecho quienes acrediten haber sufragado en los eventos de participación ciudadana. De igual manera, se integrará la unidad normativa con la expresión *"o eventos de participación ciudadana directa"*, contenida en el artículo 2 de la Ley 815 de 2003.

4. Inexequibilidad de la concesión de estímulos a los sufragantes en mecanismos de participación ciudadana como referendo, plebiscito, consulta popular y revocatoria del mandato.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1886, Colombia era una democracia representativa en los términos clásicos expuestos por Montesquieu, para quien *"El pueblo no debe entrar en el Gobierno más que para elegir a sus representantes, lo que está muy a su alcance"*⁶. En ese contexto, la abstención electoral, término que deriva de la voz latina *abstentio* que significa no hacer o no obrar⁷, no producía efecto jurídico alguno; es más, diversos analistas⁸ en el mundo han criticado, en sus respectivos países, la abstención electoral por considerarla como un simple acto de apatía, una demostración de un marcado desinterés y desconocimiento de los asuntos públicos, más no en términos de una decisión racional y expresión de una determinada voluntad política de rechazo bien sea por el sistema político, por la no identificación con los candidatos que se presentan a la contienda electoral o sus respectivos programas de gobierno.

En este orden de ideas, sin duda el adecuado funcionamiento de una *democracia representativa* y el grado de legitimidad de los elegidos, dependen de una masiva participación de los ciudadanos en los comicios electorales. De allí que, en esta variedad de democracia la abstención sea vista como un comportamiento negativo, y en consecuencia, es admisible constitucionalmente que el legislador establezca determinados estímulos para los ciudadanos que cumplan con ese deber, sin que por ello se considere vulnerado el derecho a la igualdad frente a quienes decidieron no tomar parte en las elecciones.

Sobre el particular se pronunció la Corte en sentencia C-337 de 1997, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, cuando afirmó que el funcionamiento de la democracia precisaba la participación de los ciudadanos, y por ende, *"se trata de cambiar la conducta apática de los ciudadanos frente al voto por un comportamiento positivo, mediante la concesión de estímulos y el reconocimiento por parte del Estado del buen ciudadano"*.

Las anteriores consideraciones, sin embargo, no resultan ser extensivas al caso de los mecanismos de participación ciudadana, por las razones que pasan a explicarse.

La Constitución de 1991 operó el tránsito de una democracia representativa, de estirpe liberal clásico y donde el ciudadano se limita a elegir periódicamente a sus representantes, a una *democracia participativa* donde aquél está llamado a tomar parte en los procesos de toma de decisiones en asuntos públicos⁹. Este cambio sustancial en el régimen político colombiano, aunado a la regulación constitucional de que fueron objeto los mecanismos de participación ciudadana, conduce a examinar la validez del establecimiento legal de estímulos para los ciudadanos que decidan participar durante los mencionados certámenes democráticos.

En efecto, el diseño constitucional y estatutario de los mecanismos de participación, basado en la exigencia de la consecución de unos determinados umbrales mínimos para que el acto sea válido, conduce a que en Colombia la abstención produzca efectos jurídicos.

Al respecto, la Corte en sentencia C-551 de 2003, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, realizó las siguientes

consideraciones en relación con los referendos reformativos de la Constitución:

"Y es que la regulación del artículo 378 de la Carta confiere una eficacia específica a la abstención en los referendos constitucionales, puesto que es posible que una reforma obtenga una mayoría de votos afirmativos, pero no sea aprobada, por cuanto el total de los votos no sobrepasó el umbral de participación requerido."

Ahora bien, el Constituyente hubiera podido adoptar una fórmula que garantizara una participación mínima en el referendo, para legitimar democráticamente el pronunciamiento ciudadano, pero sin conferir eficacia jurídica a la abstención. Para ello hubiera podido establecer, como lo hacen otros ordenamientos, que los votos favorables al referendo no sólo deben ser la mayoría de los votos depositados sino que esos votos positivos deben representar un determinado porcentaje del censo electoral, pues de esa manera se asegura una participación mínima, pero sin conferir efectos jurídicos a la abstención, ya que únicamente los votos favorables son tenidos en cuenta para determinar si el umbral de participación fue o no sobrepasado¹⁰.

En tales circunstancias, al establecer como requisito de aprobación de un referendo un umbral mínimo de participación global, en vez de un

porcentaje mínimo de votos favorables, la Constitución no sólo confirió eficacia jurídica a la abstención sino que la convirtió en una estrategia legítima para oponerse, en ciertos contextos, a la aprobación de una determinada reforma constitucional por medio de referendo. No sería entonces razonable suponer que si la Carta le confiere efectos jurídicos a la abstención, de otro lado la propia Carta considere que esa alternativa política no amerita protección constitucional en este tipo de votaciones. La Corte concluye entonces que en los referendos constitucionales, la abstención es una opción política legítima, que se encuentra reconocida por el Estado, y por ello no puede ser discriminada.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que la previsión de la casilla para el voto en blanco es inconstitucional, ya que desconoce la regulación específica del artículo 378 de la Carta, que sólo prevé el voto afirmativo y negativo, pues establece que los ciudadanos deben poder escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La previsión de la casilla de voto en blanco será entonces declarada inexecutable, sin que dicha determinación contradiga la cosa juzgada de la sentencia C-180 de 1994, que declaró executable el artículo 41 de la LEMP, que prevé el voto en blanco en las tarjetas electorales para referendo.

Libertad del elector y abstención.

El examen precedente ha mostrado que la abstención es una posibilidad que goza de protección constitucional en los referendos constitucionales. (subrayados fuera de texto).

En este orden de ideas, para el caso específico de los referendos constitucionales, la abstención no es vista como un fenómeno negativo, como si sucede con la ausencia de participación de los ciudadanos en las elecciones en una democracia representativa. Todo lo contrario. La abstención es considerada como una decisión política válida, una expresión de rechazo, individual o colectiva de unos ciudadanos libres, acerca de unas propuestas de reforma constitucional que son sometidas a la aprobación del pueblo, que está llamada a producir determinados efectos jurídicos y que goza de una debida protección constitucional. Otro tanto sucede con los demás mecanismos de participación ciudadana.

Al respecto, la Corte señaló, en sentencia C-180 de 1994, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, que mediante el voto, el ciudadano elige a quienes lo representan en la dirección y administración del Estado. De igual forma, por medio del voto, el ciudadano también puede escoger o rechazar la incorporación o expulsión de una norma jurídica, aceptar o improbar las propuestas que se ponen a su consideración, así como las consultas que le hagan sus gobernantes. Todas estas actividades del ciudadano, tendientes a involucrarlo en la vida política del Estado, a que tome parte en las decisiones importantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, las ejerce por intermedio de los demás mecanismos de participación, tales como el plebiscito, el referendo, la consulta popular y la revocatoria del mandato; es decir, por medio de estos instrumentos no electorales de la democracia el ciudadano ejerce su derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

De lo anterior se colige que el mismo artículo 103 constitucional trae una distinción importante en cuanto a mecanismos de participación se refiere: los que para su ejecución requieren del voto, es decir, el referendo, el plebiscito, la consulta popular y la revocatoria directa, y aquellos en los cuales el ciudadano o grupo de ciudadanos participan directamente o interactúan con sus gobernantes sin necesidad de acudir al sufragio, estos son, la iniciativa legislativa y normativa y el cabildo abierto.¹¹

Teniendo en cuenta que la Ley 403 de 1997, objeto de este estudio, se refiere únicamente a los estímulos a los sufragantes para quienes como ciudadanos ejerzan el derecho al voto, considera la Sala que no viene al caso examinar si es viable el establecimiento de estímulos para los eventos en que los ciudadanos participen en la vida pública, ya sea como promotores de una iniciativa legislativa o normativa o de una solicitud de referendo o de quienes los respaldan, o en las reuniones que se surten con ocasión al cabildo abierto, es decir en todos aquellos eventos en que no se requiere sufragio. Así las cosas, sólo es procedente verificar si las consideraciones planteadas en la sentencia C- 551 de 2003, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, en la que se estudió la ley por medio de la cual se convocó a un referendo constitucional, se pueden hacer extensivas a los mecanismos de participación cuyo ejercicio se materializa mediante el voto, los cuales como quedó señalado, además del referendo son: el plebiscito, la consulta popular y la revocatoria del mandato.

El plebiscito es el pronunciamiento que el Presidente de la República le solicita al pueblo acerca de una decisión fundamental para la vida del Estado y de la sociedad¹². De acuerdo con el artículo 80 de la Ley Estatutaria de los mecanismo de participación, aquél debe ser decidido por la mayoría del censo electoral, es decir, para que la decisión adoptada en virtud de la puesta en marcha de este mecanismo de participación sea válida, se requiere que necesariamente se alcance una importante cifra de votos válidos y favorables a la propuesta.

En lo que concierne a la revocatoria del mandato cabe señalar que es un derecho político por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde. Al respecto, la Corte en sentencia C-179 de 2002, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra consideró que *"no sólo quienes eligieron al alcalde o al gobernador pueden participar en la revocatoria del mandato, sino que todos los ciudadanos tienen derecho a hacerlo"*.

Ahora bien, de conformidad con el artículo Segundo de la Ley Estatutaria 741 de 2002 *"Sólo para efectos del voto programático, procederá la revocatoria del mandato para gobernadores y alcaldes, al ser ésta aprobada en el pronunciamiento popular por la mitad más uno de los votos ciudadanos que participen en la respectiva convocatoria, siempre que el número de sufragios no sea inferior al cincuenta y cinco por ciento (55%)"*

de la votación válida registrada el día que se eligió al respectivo mandatario", es decir, que se exige el cumplimiento de un determinado umbral para que la decisión adoptada por el pueblo sea válida jurídicamente.

Finalmente, la consulta popular es la institución mediante la cual, una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometido por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. (art. 8º. L.E.).

Para que la decisión del pueblo vincule al Presidente, gobernador o alcalde, según el caso, es necesario, de conformidad con el artículo 104 de la Constitución y el artículo 56 de la Ley Estatutaria, "*el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral*", es decir, se precisa el cumplimiento de un determinado umbral para que la mencionada decisión produzca efectos jurídicos.

Dentro de la modalidad de la consulta popular, también se encuentra la consulta para convocar una asamblea constituyente. Esta es la que, en virtud del artículo 58, el Congreso puede realizar para que el pueblo en votación popular decida si convoca o no a una Asamblea Constituyente, para reformar total o parcialmente la Constitución. Para llevar a cabo esta consulta, el Congreso de la República mediante una ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara podrá disponer que el pueblo en votación popular, decida si convoca a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución.

El artículo 62 de la Ley 134 de 1994 establece para la validez de este mecanismo, el voto favorable de por lo menos la tercera parte de los integrantes del censo electoral. Así, las cosas cuando se pretende reformar la Constitución, también se requiere de un umbral para que la convocatoria a una Asamblea Constituyente sea válida.

En virtud de lo anterior, se puede concluir que la abstención activa, en el referendo derogatorio y aprobatorio, en el plebiscito, en la consulta popular, así como aquella que convoca a asamblea constituyente y la revocatoria del mandato, produce efectos jurídicos, por cuanto los ciudadanos pueden no votar con el fin de que no se cumpla el umbral requerido por la Constitución y la ley para efectos de su validez. La eficacia jurídica de estos mecanismos de participación está condicionada al cumplimiento del porcentaje del censo electoral exigido. Así, para que cualquiera de ellos surta efectos jurídicos es necesario un número determinado de votos válidos. En esta medida, no basta que el texto reformatorio o que se pretende derogar, para el caso del referendo, sea aprobado por la mayoría de los sufragantes, antes debe cumplirse el umbral requerido para efectos de determinar si la mayoría aprobó o improbó la reforma. Lo mismo ocurre para el caso del plebiscito, pues es necesario que concurran a las urnas por lo menos la mayoría del censo electoral, después, si se determinará si fue aprobado o no.

En este orden de ideas, la abstención en el caso de los demás mecanismos de participación que se materializan por medio del voto, al igual que sucede con el referendo constitucional aprobatorios, es protegida constitucionalmente. De esta forma, la Sala reconoce que para el caso del referendo, plebiscito, la revocatoria del mandato y consulta popular, la abstención, además de tener eficacia jurídica, es una estrategia legítima de oposición y por ende no le está permitido al legislador establecer estímulos para las personas que mediante el voto participan en estos eventos democráticos no electorales. En consecuencia, se declarará la inexequibilidad de la expresión "*y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados.*", contenida en el artículo 2 de la Ley 403 de 1997.

Dado que la expresión "*o del día en que deba realizarse un evento de participación ciudadana de carácter nacional o territorial*", contenida en el artículo 6 de la Ley 403 de 1997, referente a la divulgación, empleando los medios de comunicación del Estado, de diversos estímulos a que tienen derecho quienes acrediten haber sufragado en los mecanismos de participación no electorales carece de fundamento alguno debido a la declaratoria de inexequibilidad de la expresión inicialmente demandada, la Corte realizará igual pronunciamiento respecto del mencionado segmento normativo.

De igual manera, encuentra la Corte que la expresión "*...o eventos de participación ciudadana directa*", contenida en el nuevo numeral sexto del artículo 2 de la Ley 815 de 2003, y que alude a un nuevo estímulo al sufragante, consistente en que las universidades no oficiales podrán establecer, dentro de sus estrategias de mercado, un descuento en el valor de la matrícula a los estudiantes de pregrado y posgrado que acrediten haber sufragado en las últimas elecciones "*o eventos de participación ciudadana directa*" o "*eventos de participación ciudadana directa*", estímulo éste que junto con otros nuevos, por mandato del artículo 4 de la Ley 815 de 2002 "*No será aplicable al refrendo convocado por la Ley 796 de 2002*", también resulta ser inconstitucional por cuanto, como se ha indicado, al legislador le está vedado establecer cualquier clase de estímulo a quienes sufraguen con ocasión de una convocatoria a un mecanismo de participación.

5. Exequibilidad de la participación en las elecciones públicas inmediatamente anteriores como criterio de desempate en los procesos de selección de personal en la Procuraduría General de la Nación.

Manifiesta la ciudadana que "*tampoco es estímulo que en casos de empate en concursos públicos de mérito se prefiera a quien participó en esos otros mecanismos de participación ciudadana (Dct. 262 de 2000)*". Al respecto, considera la Corte que la demandante interpreta indebidamente la expresión demandada, ya que ésta alude es a "*votar en las elecciones públicas*" y no en los certámenes democráticos que tienen lugar con ocasión de los mecanismos de participación ciudadana. En efecto, la ciudadana confunde el acto de sufragar en unas elecciones para Presidente y Vicepresidente de la República, Congreso, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Juntas Administradoras Locales, con el acto de expresar una voluntad política, mediante el voto o absteniéndose válidamente de depositarlo, durante certámenes no electorales.

En efecto, siguiendo la valiosa doctrina sentada recientemente por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en su obra "*Diccionario Electoral*", el término "*elecciones*" presenta un sentido neutro o técnico y otro ontológico. El primero alude a una técnica de designación de representantes, no siendo procedente introducir distinciones sobre los fundamentos en que se basan los sistemas electorales, las normas que regulan su verificación y las modalidades que tiene su materialización. La segunda acepción se apoya en vincular el acto de elegir con la

existencia real de la posibilidad que el elector tiene de optar libremente entre ofertas políticas diferentes y con la vigencia efectiva de normas jurídicas que garanticen el disfrute de los derechos políticos. En tal sentido, concluye el Instituto "se da una confluencia entre los conceptos técnico y ontológico de "elección", al definírsela como "método democrático para designar a los representantes del pueblo"¹³.

En este orden de ideas, la convocatoria al pueblo para que acuda a las urnas con el propósito de que se manifieste durante el desarrollo de un mecanismo de participación ciudadana, no puede ser entendida técnicamente como unas elecciones, ya que los ciudadanos no están ejerciendo una función electoral encaminada a designar a sus representantes de manera libre, pacífica, periódica y abierta.

Ahora bien, la Corte en sentencia C-337 de 1997, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz consideró ajustado a la Constitución un estímulo electoral consistente en preferir, en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles, al aspirante a un cargo de carrera en una entidad estatal que hubiese participado en "la votación inmediatamente anterior" frente a quienes injustificadamente no lo hubieran hecho. Los argumentos de esta Corporación fueron los siguientes:

"Como en los supuestos anteriores, el privilegio para la elección de empleados de carrera es adecuado para estimular el voto de todos aquellos que aspiren o eventualmente quieran hacerlo, a ocupar un empleo de carrera en cualquier entidad del Estado. El ejercicio del sufragio como criterio adicional de elección no implica un trato desigual o desproporcionado frente a los candidatos que no votaron, porque se trata de una conducta que guarda conexidad con el tipo de actividad que ejercen los empleados del Estado. En efecto, como el ingreso y ascenso a cargos de carrera se realiza por el sistema de méritos y calidades, bien puede disponer el legislador que, en caso de igualdad en el puntaje, una calidad adicional sea el cumplir cabalmente con los deberes de ciudadano. Si el Estado está interesado en que la democracia se preserve, es lógico que prefiera que las personas que están a su servicio tengan un compromiso con ese propósito.

"Obsérvese además que, en este caso, la preferencia constituye factor de desempate, pues claramente se señala que la preferencia en la elección se presenta cuando existe "igualdad de puntaje". En consecuencia, no se vulnera el derecho a la igualdad".

Estima la Corte que los anteriores argumentos son atendibles para la situación regulada en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000, en tanto que criterio constitucionalmente válido para dirimir un empate que se presente en el primer lugar de la lista de elegibles en un concurso público organizado para la provisión de cargos en la Procuraduría General de la Nación, siempre y cuando se entienda que se trata haber sufragado en las anteriores elecciones de gobernantes y no con ocasión de un mecanismo de participación ciudadana, por cuanto se insiste, la abstención en estos casos es una opción política amparada por la Constitución, y por ende, al legislador le está vedado establecer cualquier clase de beneficio o ventaja a favor del ciudadano que depositó su voto en un certamen democrático de esta naturaleza; tanto menos si se trata de acceder a la función pública.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión "y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas anteriores", contenida en el quinto inciso del artículo 216 del Decreto 262 de 2000, en el entendido de que dicho estímulo sólo rige cuando se vota para elegir gobernantes.

6. Exequibilidad de la facultad legal con que cuenta el Procurador General de la Nación para dirimir un empate en un proceso de selección de personal.

Aduce la ciudadana demandante que el criterio que eligió el legislador para dirimir un empate en el primer lugar en el caso de un concurso para proveer un cargo en la Procuraduría General de la Nación vulnera el derecho al debido proceso, ya que a su juicio "infringe el mínimo derecho de contradicción contemplado en el artículo 29 de la Carta y no es un acto de transparencia para con el ciudadano". Que además la única posibilidad es la de acudir a la suerte o albur "o al menos invitación, de los concursantes que están en empate", so pena de violar el artículo 125 constitucional. No comparte la Corte estas afirmaciones por las razones que pasan a explicarse.

El artículo 125 constitucional establece como regla general el concurso público para proveer los cargos en la administración pública, salvo las excepciones constitucionales y legales. Se trata por tanto de garantizar el derecho fundamental de acceso a la función pública en igualdad de condiciones. Al respecto, la Corte en sentencia SU 554 de 2001, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, consideró lo siguiente:

"El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones. (subrayado fuera de texto).

Más recientemente, esta Corporación en sentencia T- 752 de 2003, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, insistió en los principios que orientan la carrera administrativa:

En términos generales la carrera administrativa es el sistema técnico que permite el ingreso, permanencia y ascenso en cargo de la Administración con base en la meritocracia, esto es, en las capacidades, conocimientos e idoneidad de la persona. (subrayado fuera de texto).

En el caso concreto, se está ante la situación de dos o más personas que se encuentran en el primer lugar de la lista de elegibles, han obtenido idénticos puntajes en las pruebas de conocimiento, e igualmente, han votado en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Ante la persistencia del empate, el legislador decidió inclinarse por la fórmula de la discrecionalidad del nominador, es decir, dado que los aspirantes se encuentran en plena igualdad de condiciones y ante la necesidad de dar por terminado un largo proceso de selección de personal donde se han agotado diversas etapas previas, se optó por el mencionado criterio de solución de un empate.

En tal sentido, en diversas ocasiones la Corte se ha pronunciado sobre las diferencias existentes entre la arbitrariedad y la discrecionalidad, siendo esta última compatible con los postulados del Estado Social de Derecho. En tal sentido, en la sentencia C- 318 de 1995, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación consideró lo siguiente:

"Esta diferenciación entre lo discrecional y lo arbitrario tiene claro fundamento constitucional en Colombia, pues la Carta admite la discrecionalidad administrativa pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública. Así la potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria e indispensable, en ciertos casos, para una buena administración pública, pues se le brinda al gestor público la posibilidad de decidir, bajo un buen juicio, sin la camisa de fuerza de una reglamentación detallada que no corresponda a la situación que se quiera superar o enfrentar. En cambio, la arbitrariedad está excluida del ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, si bien la Constitución colombiana no consagra expresamente "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", como lo hace el artículo 9º-3º de la Constitución Española, este principio deriva de normas específicas de nuestra Carta."

No siendo la discrecionalidad del nominador sinónimo de arbitrariedad, no encuentra la Corte que la expresión demandada vulnere la Carta Política. Es más, dado que los dos o más candidatos que habiendo superado diversas etapas de un concurso público terminan ocupando el primer lugar, cualesquiera de ellos es igualmente apto para ocupar el cargo público. De allí que el legislador, motivado por un criterio de racionalidad, consideró que en esos casos extremos el nominador finalmente decidiera. Por supuesto que la suerte o el azar hubiese podido ser otro criterio de desempate igualmente válido, pero no quiere decir que este último sea el único constitucionalmente aceptable para la provisión de cargos públicos en situaciones de empate en el primer lugar.

En este orden de ideas, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión "*si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente*", que figura en el quinto inciso del artículo 216 del Decreto 262 de 2000.

VIII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar INEXEQUIBLE la expresión "*y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados*", contenida en el artículo segundo de la Ley 403 de 1997.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLE la expresión "*o del día en que deba realizarse un evento de participación ciudadana de carácter nacional o territorial*", contenida en el artículo sexto de la Ley 403 de 1997.

Tercero. Declarar INEXEQUIBLE la expresión "*o eventos de participación ciudadana directa*", contenida en el artículo segundo de la Ley 403 de 1997.

Cuarto. Declara EXEQUIBLE la expresión "*y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores*", contenida en el quinto inciso del artículo 216 del Decreto 262 de 2000, en el entendido de que dicho estímulo sólo rige cuando se vota para elegir gobernantes.

Quinto. Declarar EXEQUIBLE la expresión "*si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente*", contenida en el quinto inciso del artículo 216 del Decreto 262 de 2000.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Presidenta

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL (E) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, no firma la presente sentencia por cuanto le fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA C-041 de 2004

Referencia: expediente D-4709

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2° (parcial) de la Ley 403 de 1997 "por la cual se establecen estímulos para los sufragantes" y el artículo 216 del Decreto 262 de 2000 "por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

Actor: Marcela Patricia Jiménez Arango

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Con el debido respeto aclaramos nuestro voto. Nuestra inquietud esencial reside en que algunos argumentos de la parte motiva de esta sentencia podrían llegar a ser interpretados en el sentido de que al legislador le está vedado incentivar la participación de los ciudadanos en los mecanismos de los cuales depende la efectividad de la democracia participativa. Semejante interpretación iría en contra de los principios fundamentales que informan toda la Constitución.

Si bien compartimos que las expresiones contenidas en el artículo 2 de la Ley 403 de 1997 y en el artículo 2 de la Ley 815 de 2003 fueran declaradas inexecutable, estimamos que la *ratio decidendi* de la presente sentencia ha debido ser diferente. Consideramos que extender de manera generalizada, sin atender a la especificidad de cada mecanismo de participación directa, el sistema de estímulos originalmente concebido para las elecciones carece de razonabilidad. Por eso, estuvo bien declarar tales apartes inconstitucionales. No obstante, pensamos que en el futuro el legislador sí puede estimular la participación de los ciudadanos en actividades democráticas diferentes a las elecciones tradicionales y, además, puede prever estímulos adecuados a cada mecanismo de participación directa regulado en la ley estatutaria correspondiente. A continuación, sustentamos brevemente nuestra posición.

1. Antes de referirnos a los apartes de la motivación de la sentencia que nos llevan a aclarar nuestro voto, consideramos pertinente subrayar que la Sala Plena acogió en parte nuestra inquietud y, por eso, circunscribió su pronunciamiento a cuatro mecanismos de participación "cuyo ejercicio se materializa mediante el voto, los cuales como quedó señalado, además del referendo son: el plebiscito, la consulta popular y la revocatoria del mandato". Advirtió la Sala Plena que "no viene al caso examinar si es viable el establecimiento de beneficios para los casos en que los ciudadanos participen en la vida pública, ya sea como promotores de una iniciativa legislativa o normativa, o de una solicitud de referendo o de quienes lo respaldan o en las reuniones que se surten con ocasión al cabildo abierto, es decir, en todos aquellos eventos en que no se requiere sufragio".

De las precisiones anteriores se concluye que la Corte i) admite que es necesario distinguir entre cada mecanismo de participación para determinar si los estímulos a los ciudadanos son constitucionales, lo cual habrá de depender del tipo de estímulo, de las condiciones en que sea otorgado y de su razonabilidad dadas las características propias del mecanismo de participación al cual se aplican, y ii) y sólo comprende dentro de su presente pronunciamiento los mecanismos en los cuales los ciudadanos, en lugar de firmar o deliberar entre ellos, participan mediante el

voto.

2. A pesar de las salvedades anteriores, la sentencia se funda en una *ratio decidendi* demasiado amplia que no establece las distinciones ineludibles entre los cuatro mecanismos de participación en los cuales los ciudadanos votan: el referendo, el plebiscito, la consulta popular y la revocatoria del mandato.

En efecto, la sentencia afirma absoluta y categóricamente que "al legislador le está vedado establecer cualquier clase de estímulo a quienes sufraguen con ocasión de una convocatoria a un mecanismo de participación". La Corte justifica esta conclusión en lo siguiente:

"En virtud de lo anterior, se puede concluir que la abstención activa, en el referendo derogatorio y aprobatorio, en el plebiscito, en la consulta popular, así como aquélla que convoca a asamblea constituyente y la revocatoria del mandato, produce efectos jurídicos, por cuanto los ciudadanos pueden no votar con el fin de que no se cumpla el umbral requerido por la Constitución y la ley para efectos de su validez. La eficacia jurídica de estos mecanismos de participación está condicionada al cumplimiento del porcentaje del censo electoral exigido. Así, para que cualquiera de ellos surta efectos jurídicos es necesario un número determinado de votos válidos. En esta medida, no basta que el texto reformativo o que se pretende derogar, para el caso del referendo, sea aprobado por la mayoría de los sufragantes, antes debe cumplirse el umbral requerido para efectos de determinar si la mayoría aprobó o improbó la reforma. Lo mismo ocurre para el caso del plebiscito, pues es necesario que concurren a las urnas por lo menos la mayoría del censo electoral, después, si se determinará si fue aprobado o no.

En este orden de ideas, la abstención en el caso de los demás mecanismos de participación que se materializan por medio del voto, al igual que sucede con el referendo constitucional aprobatorios, es protegida constitucionalmente. De esta forma, la Sala reconoce que para el caso del referendo, plebiscito, la revocatoria del mandato y consulta popular, la abstención, además de tener eficacia jurídica, es una estrategia legítima de oposición y por ende no le está permitido al legislador establecer estímulos para las personas que mediante el voto participan en estos eventos democráticos no electorales. En consecuencia, se declarará la inexequibilidad de la expresión "y en los eventos relacionados con los demás mecanismos de participación constitucionalmente autorizados", contenida en el artículo 2 de la Ley 403 de 1997.

(¿)

De igual manera, encuentra la Corte que la expresión "...o eventos de participación ciudadana directa", contenida en el nuevo numeral sexto del artículo 2 de la Ley 815 de 2003, y que alude a un nuevo estímulo al sufragante (¿)".

Estimamos que la razón esgrimida por la Corte para justificar la inexequibilidad tiene varios problemas.

En primer lugar, no es cierto que la abstención carezca de eficacia jurídica en las elecciones propias de la democracia representativa. Como es bien sabido, en dichas elecciones también puede contemplarse un umbral vinculado directa o indirectamente a la abstención. Por ejemplo, podría establecerse que cuando la abstención supere un determinado porcentaje del censo electoral deben repetirse las elecciones. Este sería un umbral directamente vinculado a la abstención, sobre cuya conveniencia no viene al caso detenerse. Pero también puede contemplarse un tipo de umbral indirectamente vinculado a la abstención. Por ejemplo, se puede exigir que para que una lista de candidatos a corporaciones públicas tenga derecho a participar en la repartición de curules ésta debe obtener un número de votos superior a un determinado porcentaje "de los sufragados para" la respectiva corporación o cámara, como lo dispone el artículo 263 de nuestra Constitución, después de haber sido modificado por el Acto Legislativo 1 de 2003 (artículo 12). Cuando el umbral no es fijado en números absolutos (i.e. 100.000 votos) sino en un porcentaje de sufragantes (i.e. 2%), la abstención tiene un efecto jurídico en la determinación del número de votos mínimo requerido para que una lista pueda entrar a participar en la repartición de curules. Entre más alta sea la abstención, más bajo será el total de votantes y, por lo tanto, menor será el número de votos requerido para pasar el umbral. Además, las listas de candidatos que no hayan alcanzado el umbral en una elección para corporaciones públicas, que deba repetirse cuando triunfe el voto en blanco, "no se podrán presentar a las nuevas elecciones", según lo establece el parágrafo 1 del artículo 258, modificado por el artículo 11 del Acto Legislativo 1 de 2003. Igualmente, nuestra Constitución también prevé otro efecto jurídico indirecto de la abstención sobre las elecciones tradicionales en una democracia representativa. El mismo parágrafo citado ordena que se repita por una sola vez la votación en dichas elecciones "cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos". De nuevo, en la relación entre porcentaje de votos en blanco y porcentaje de votos válidos, por candidatos o listas de candidatos, pesa significativamente la abstención: a menos votos válidos, o sea, a mayor abstención respecto de los candidatos, mayor importancia relativa tienen los votos en blanco y, por lo tanto, menor será el número de votos en blanco necesario para obligar a que se repita la elección.

En segundo lugar, el argumento de que en los cuatro mecanismos de participación mencionados la abstención "es una estrategia legítima de oposición", también se puede extender a las elecciones tradicionalmente celebradas en una democracia representativa. No solo desde el punto de vista teórico cabe la posibilidad de que la oposición invite a la abstención e, inclusive, decida no postular candidatos en una determinada elección, sino que dicha posibilidad encuentra sustento jurídico en que el voto no es obligatorio en Colombia como tampoco lo es que los partidos o movimientos políticos postulen candidatos. En nuestra historia institucional se han presentado casos de partidos o movimientos que en las elecciones acuden a la abstención como estrategia política.

En tercer lugar, el argumento de la sentencia según el cual para que cualquiera de los cuatro mecanismos de participación mencionados "surta efectos jurídicos es necesario un determinado número de votos válidos" también se aplica de manera expresa a las elecciones después del Acto Legislativo 1 de 2003, anteriormente citado. En efecto, cuando en una elección el número de "votos válidos" sea rebasado por un número de votos en blanco que equivalga a la mayoría absoluta de la votación, entonces dicha elección no surte efectos jurídicos sino que, por el contrario, debe repetirse.

3. Otro argumento esgrimido en el fallo se basa en las consideraciones planteadas en la sentencia C-551 de 2003 en la que se estudió la ley por medio de la cual se convocó a un referendo constitucional. La Corte en el presente pronunciamiento cita en extenso dicha providencia. Sin embargo, las consideraciones plasmadas en la C-551 de 2003 sobre la abstención como una estrategia legítima de oposición, en ciertos contextos, sirvió de *ratio decidendi* en aquella oportunidad para declarar inconstitucional la casilla para el voto en blanco. En los mismos párrafos citados en la presente sentencia se aprecia claramente que a eso apuntan las consideraciones sentadas en la C-551 de 2003.¹⁴

En el presente fallo la Corte no analiza si las consideraciones de la C-551 de 2003, invocadas para declarar inexecutable la casilla del voto en blanco en un referendo constitucional e interpretadas ahora de manera muy amplia, podrían llegara a ser extendidas a las elecciones tradicionales. Ello sería excesivo porque en tales elecciones el voto en blanco, primero, ha sido compatible con la Constitución y ha sido practicado durante varias décadas y, segundo, ha adquirido después de 2003 un valor jurídico adicional y expreso, a tal punto que cuando el voto en blanco sea equivalente a la mayoría absoluta de los sufragios, la Constitución ordena que se repita la elección.

Se dirá que de lo que se trata es de analizar un asunto distinto, v.gr, la extensión de las consideraciones sentadas en la sentencia C-551 de 2003 a otros mecanismos de participación directa. Eso es cierto. Y es precisamente por ello que la Corte ha debido ser más cuidadosa en el análisis de las especificidades de cada uno de los cuatro mecanismos de participación a partir de lo que ella misma invocó como su *ratio decidendi*. En suma, la pregunta clave es en cuáles de esos cuatro mecanismos la abstención es una estrategia ilegítima y jurídicamente eficaz de la oposición y en qué contextos ello puede darse. Veamos las diferencias claras en cada caso, que la Corte pasó por alto.

La diferencia más protuberante se presenta en el ámbito de la revocatoria del mandato de alcaldes y gobernadores. Usualmente quienes solicitan la revocatoria y votan en ella se oponen a la gestión del alcalde o gobernador de turno. Los umbrales regulados en la ley estatutaria operan en favor del gobernante municipal, distrital o departamental. Los opositores a dicho gobernante tienen la carga de superar tales umbrales y, por lo tanto, invitar a la abstención, lejos de ser una estrategia legítima de la oposición, puede ser una táctica del gobernante que se siente desafiado por los ciudadanos. A esto se suma que el alcalde o gobernador cuya revocatoria se solicita, fue elegido en comicios en los cuales la ley y la Corte Constitucional han permitido el otorgamiento de estímulos a los votantes. La pregunta obvia que eludió la sentencia es la siguiente: ¿por qué cuando se vota para elegir un alcalde o gobernador sí puede haber estímulos para los sufragantes, pero cuando se vota en otra elección para revocarlo ello está prohibido por la Constitución? Es más: ¿Cómo sostener que esta discriminación claramente perjudicial contra la oposición en realidad busca proteger sus estrategias legítimas de acción política?

En el caso del referendo la sentencia también ha debido hacer una distinción ineludible. Nos limitamos a señalar la más clara: desde el punto de vista de los ciudadanos y de las fuerzas políticas y sociales que no están representadas en un gobierno o en el Congreso, existe una diferencia gigantesca entre un referendo aprobatorio y un referendo derogatorio. En el referendo aprobatorio el umbral genera una carga de movilización política y electoral en cabeza de quienes aspiran a reformar las normas. En cambio, en el referendo derogatorio el umbral hace recaer dicha carga sobre quienes se oponen a que las normas sean reformadas y, por lo tanto, solicitaron que la ley o el acto legislativo ya aprobado por el Congreso sea sometido a referendo para que el pueblo derogue las nuevas normas. Habida cuenta de esta enorme diferencia entre el referendo derogatorio y el referendo aprobatorio cabe preguntarse: ¿Qué sentido tiene la afirmación de que en un referendo derogatorio de una ley o acto legislativo, por ejemplo, la abstención es una estrategia legítima de quienes se oponen a dicha ley o acto legislativo?

En cambio, sí consideramos que en el caso de los plebiscitos el principio de la limitación del poder que orienta al constitucionalismo y la necesidad de darle garantías a la oposición en una democracia pluralista, invitan a que el gobernante de turno no pueda estimular a los electores para que voten a favor de sí mismo o de su proyecto de gobierno.

Finalmente, estimamos que en la presente sentencia no se hizo otra distinción esencial. Existe una diferencia entre a) no ir a las urnas, b) concurrir a ellas pero votar sin marcar la papeleta o tarjeta, y c) concurrir a ellas y votar en blanco. Cualquiera de estas tres alternativas puede llegar a ser una estrategia legítima en determinado contexto político. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, estas tres hipótesis son muy distintas. El ciudadano que no va a las urnas, se abstiene de votar. El que sí concurre a ellas pero vota sin marcar la papeleta, se abstiene de decidir. El que vota en blanco, no se abstiene, sí participa y toma una decisión que puede tener efectos jurídicos distintos según el caso.

Para terminar, es preciso advertir que lo que dijo la Corte en la sentencia C-337 de 1997, en la cual se declararon constitucionales los estímulos electorales, también se aplica a la democracia participativa. Dice la Corte ahora, recordando esa sentencia:

"En este orden de ideas, sin duda el adecuado funcionamiento de una *democracia representativa* y el grado de legitimidad de los elegidos, dependen de una masiva participación de los ciudadanos en los comicios electorales. De allí que, en esta variedad de democracia la abstención sea vista como un comportamiento negativo, y en consecuencia, es admisible constitucionalmente que el legislador establezca determinados estímulos para los ciudadanos que cumplan con ese deber, sin que por ello se considere vulnerado el derecho a la igualdad frente a quienes decidieron no tomar parte en las elecciones.

Sobre el particular se pronunció la Corte en sentencia C-337 de 1997, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, cuando afirmó que el funcionamiento de la democracia precisaba la participación de los ciudadanos, y por ende, "*se trata de cambiar la conducta apática de los ciudadanos frente al voto por un comportamiento positivo, mediante la concesión de estímulos y el reconocimiento por parte del Estado del buen ciudadano*".

Las anteriores consideraciones, sin embargo, no resultan ser extensivas al caso de los mecanismos de participación ciudadana, por las razones que pasan a explicarse".

Nos parece sorprendente que la Corte en la presente sentencia sostenga que la "masiva participación de los ciudadanos" es deseable en los

comicios tradicionales de la democracia representativa, pero que no lo es en los mecanismos propios de la democracia participativa. No se entiende por qué la "conducta apática" es mala en las elecciones, pero es buena cuando empiezan a funcionar los mecanismos de participación. No se comprende como la Corte puede sugerir que la participación no es necesaria para fortalecer la legitimidad de la democracia participativa.

En suma, creemos que la abstención puede ser una estrategia legítima de la oposición y puede tener efectos jurídicos que la Corte debe preservar. Sin embargo, estimamos que en una democracia participativa no se puede sostener que la participación activa de los ciudadanos no es ni deseable ni estimulable.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Notas de pie de página:

Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-1043/00 MP. Alvaro Tafur Galvis, C-1246/01 MP. Rodrigo Uprimny Yepes, C-256/97 y C-337/97, entre otras.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Diccionario Electoral*, San José de Costa Rica, 2000. p. 448.

Idem, p. 955

Trascripción tomada de la sentencia C-337/97

Sentencia C-320 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 5.

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, libro II, Vol. I, p. 15, París, 1999.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Diccionario Electoral*, San José de Costa Rica, 2000.

J. Barthelemy, "Le vote obligatoire", *Révue de Droit Public et de la Science Politique*, Tomo V, libro I, París, 1923; W.H., Morris, *Indefense of apathy*, Political Studies, 2 (1954), R. Rose, *Electoral participation. A comparative analysis*, Saga, 1980 y R.E. Wolfinger y S.J. Rosentone, *Who votes?*, Yale University Press, New Haven, 1980.

Ver al respecto, entre otros, los siguientes fallos: T-469 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-011 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-089 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-336 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-386 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero; SU-747 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-602 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C- 1110 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-866 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T- 1337 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; T-637 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-596 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C- 827 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sobre esas diversas fórmulas, ver Francis Hamon. *Le referéndum... Loc-cit*, p 41.

De conformidad con el artículo 9º de la Ley Estatutaria 134 de 1994, el cabildo abierto es la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad. La iniciativa popular se encuentra definida en el artículo 2º de la Ley Estatutaria 134 de 1994; todo lo relacionado con la inscripción y trámite de las iniciativas legislativas se encuentra regulado en los artículos del 10 al 31 de esta misma ley.

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

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *ob. cit.* p. 1206.

Los apartes pertinentes de dicha sentencia son los siguientes:

"En tales circunstancias, al establecer como requisito de aprobación de un referendo un umbral mínimo de participación global, en vez de un porcentaje mínimo de votos favorables, la Constitución no sólo confirió eficacia jurídica a la abstención sino que la convirtió en una estrategia legítima para oponerse, en ciertos contextos, a la aprobación de una determinada reforma constitucional por medio de referendo. No sería entonces razonable suponer que si la Carta le confiere efectos jurídicos a la abstención, de otro lado la propia Carta considere que esa alternativa política no amerita protección constitucional en este tipo de votaciones. La Corte concluye entonces que en los referendos constitucionales, la abstención es una opción política legítima, que se encuentra reconocida por el Estado, y por ello no puede ser discriminada.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que la previsión de la casilla para el voto en blanco es inconstitucional, ya que desconoce la regulación específica del artículo 378 de la Carta, que sólo prevé el voto afirmativo y negativo, pues establece que los ciudadanos deben poder escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La previsión de la casilla de voto en blanco será entonces declarada inexecutable, sin que dicha determinación contradiga la cosa juzgada de la sentencia C-180 de 1994, que declaró executable el artículo 41 de la LEMP, que prevé el voto en blanco en las tarjetas electorales para referendo".

Fecha y hora de creación: 2024-11-21 19:21:51