

El presente Documento fue presentado por el Magistrado Armando Novoa García a consideración de la Sala del Consejo Nacional Electoral. Se originó en la invitación que extendió la Corte Constitucional para que esta corporación se pronunciara sobre el proyecto de Plebiscito para refrendar los acuerdos de paz de La Habana.

La Sala desestimó la propuesta, pero aún así, por sugerencia de su autor, utilizó algunos apartes para dar respuesta a la Corte Constitucional.

Esta es la versión integral del proyecto derrotado en Sala.

Señores Magistrados

H. CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref. / Expediente PE-045

REVISION CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA N° 94/15 Senado – 156/15 Cámara “por la cual se regula el plebiscito par la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”

Magistrado Sustanciador: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

De conformidad con el Auto de fecha veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016) por el cual se invitó, entre otras instituciones, al CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (CNE), para rendir concepto técnico sobre el proyecto de ley estatutaria de la referencia, nos permitimos responder a la solicitud en los siguientes términos:

1º. El alcance del concepto técnico solicitado

El Consejo Nacional Electoral tendrá en cuenta artículo 13 del Decreto 2067 de 1991 que faculta al magistrado ponente para invitar a entidades públicas y privadas y expertos en la materia para presentar conceptos ante esa corporación, como también la sentencia C-513 de 1992 que examinó esa disposición.

En aquella decisión, la Corte Constitucional señaló que mediante estos conceptos se busca “*facilitar la obtención de elementos de juicio, informaciones y evaluaciones que puedan requerirse para la mejor*

preparación de la ponencia que se llevará al estudio de la Corte”, dejando a salvo su plena autonomía para decidir sobre los asuntos de su competencia¹.

Con base en lo anterior, en distintas ocasiones los intervinientes han solicitado que la Corte se pronuncie a favor o en contra de la constitucionalidad de las normas sometidas a su control².

No existe restricción alguna para que el CNE conceptúe sobre si las normas sometidas al examen del tribunal constitucional se ajustan o no a la Constitución, sobre todo en los aspectos de protección al votante y de garantías electorales que son asuntos de su competencia.

Se tiene en cuenta también que la invitación no se acompañó de cuestionario definido, como ha ocurrido en otras ocasiones.³

El CNE estima que según el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴, este concepto no produce efectos jurídicos vinculantes que comprometan posteriores decisiones que adopte en el marco del eventual plebiscito que convoque el señor Presidente de la República.

2º. Las competencias del Consejo Nacional Electoral y los mecanismos de participación ciudadana

El artículo 120 de la Constitución⁵, señala que el Consejo Nacional Electoral es un órgano autónomo e independiente que conforma, con la Registraduría Nacional del Estado Civil, la organización electoral. El artículo 265 consagra sus facultades, entre ellas, ejercer la suprema inspección, vigilancia y control de la organización electoral, velar por el cumplimiento de las normas relacionadas con los partidos y movimientos políticos y grupos significativos

¹ Sentencia C-513 de 1992: “... Dentro de esos criterios, la posibilidad de invitar a expertos para que concurran al proceso aportando elementos de juicio de interés para la decisión, debe enmarcarse dentro del sentido que la invitación misma tiene: no se trata de un momento procesal obligatorio e insustituible ni de un requisito "sine qua non" para que el Magistrado Sustanciador elabore la ponencia o para que la Sala Plena proceda a resolver, sino de una opción que tiene a su alcance el Magistrado para acopiar informaciones o criterios, orientados a llevar al juez de constitucionalidad un convencimiento mejor fundamentado sobre el asunto en qué consiste el fallo”. (No se encuentra resaltado en el original).

² Así, por ejemplo, en una intervención técnica dentro de una acción constitucional que impugnaba algunos apartes de la Ley 100 de 1993, el Ministerio de Hacienda solicitó su exequibilidad². En otra ocasión, en respuesta a la solicitud de esa corporación para establecer si se encontraban ajustados a la Constitución algunos artículos del Código de la Infancia y la Adolescencia, varias entidades públicas e instituciones especializadas intervinientes, además de la presentar los conceptos desde la disciplina propia de su competencia o de su experticia técnica, concluyeron invariablemente solicitando un pronunciamiento de la Corte en relación con la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas examinadas. En la sentencia C-288 de 2012 que decidió una acción de inconstitucionalidad contra un acto legislativo que introdujo el concepto de “sostenibilidad fiscal”, se puede leer que “El vicepresidente del Instituto Colombiano de Derecho Tributaria – entidad que fue convocada - presenta ante la Corte concepto técnico con ponencia de la doctora Lucy Cruz de Quiñones, el cual apoya la constitucionalidad de las disposiciones acusadas”.

³ Para definir una acción de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2012, el magistrado ponente fijó un cuestionario a los expertos invitados. Ver sentencia C-579 de 2013.

⁴ “ART. 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

⁵ “ART. 120. La organización electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral, por la Registraduría Nacional del Estado Civil y por los demás organismos que establezca la ley. Tiene a su cargo la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas”.

de ciudadanos, los derechos de la oposición y las minorías, y garantizar y vigilar el adecuado desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.

Descendiendo al ámbito legal, al CNE le corresponde, con otras autoridades y dentro del ámbito de sus competencias, proteger el derecho al sufragio, otorgar plenas garantías a los ciudadanos en el proceso electoral y actuar con imparcialidad, de tal manera que ningún partido o grupo político pueda tener ventaja sobre los demás en los certámenes electorales (art. 2º Código Electoral).

En cuanto a la democracia de participación le compete asegurar que las actividades de divulgación institucional, publicidad y contribuciones de los mecanismos de participación se adelanten en condiciones de igualdad, equidad y transparencia (art. 91, 93 94, 95 y 97 de la Ley 134 de 1994), como también fijar los topes de las campañas que se desarrollen para la recolección de apoyos a cualquiera de los mecanismos de participación ciudadana (arts. 12 y 35 de la Ley 1757 de 2015)

En síntesis, en concurrencia con la Registraduría Nacional del Estado Civil, el CNE debe garantizar que los procesos electorales, sean estos para la elección de funcionarios o en los mecanismos de participación, se adelanten en condiciones de libertad, igualdad, y transparencia.

Una interpretación sistemática de la función electoral lleva a la conclusión que en lo atinente a la democracia de participación, el CNE tiene una competencia concurrente y complementaria a la que se encuentra asignada a la H. Corte Constitucional, en orden a garantizar el ejercicio del sufragio pues así se desprende del artículo 40-2 de la carta. Todo con el fin de que el voto materialice la participación ciudadana y exprese en forma diáfana la voluntad de los electores en las urnas⁶.

3º. Consideraciones previas

3.1. El plebiscito como mecanismo de participación democrática

El plebiscito es una de las modalidades de participación política de los ciudadanos. Sin entrar en un examen exhaustivo, este mecanismo hace parte de las instituciones propias de la democracia participativa. Aunque no existe una definición unívoca, en términos generales el plebiscito se define como la convocatoria al cuerpo electoral para que se pronuncie sobre asuntos de soberanía, territoriales o de naturaleza gubernamental⁷.

⁶ El artículo 1º del Código Electoral señala que “El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresado en las urnas”.

⁷ Los profesores Pierre Pactet y Ferdinand Mélin-Soucramanien señalan que mientras en el referéndum la respuesta está dada en función de la pregunta, en el plebiscito la respuesta está dada en función de “la personalidad del autor de la pregunta”. En Derecho Constitucional. U. Santo Tomás, Legis, pág. 86.

En América Latina la consulta popular, el referendo y el plebiscito son instrumentos de la participación democrática⁸. Algunos distinguen entre el plebiscito como una consulta directa al pueblo sobre materias políticas de especial importancia y el referéndum como una modalidad de consulta sobre un texto legal o constitucional, y agregan que ambos instrumentos son expresiones de la consulta popular⁹.

En una perspectiva más general, el alcance y el significado de estos mecanismos se encuentran determinados por los particulares contextos institucionales y culturales, y por los desarrollos normativos propios de cada país. De allí que en algunos países se denomina plebiscito el instrumento que en nuestro medio se conoce como referendo o consulta popular.

3.2. El plebiscito en la Constitución del 91 y las diferencias con otros mecanismos de participación

A partir de la adopción de la soberanía popular como valor y principio constitucional, el constituyente del año 91 incorporó en el artículo 103 de la Constitución el plebiscito, el referéndum y la consulta popular, como mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía.

A diferencia del referendo y de la consulta popular cuyas reglas se encuentran señaladas en la propia Constitución (art. 104 y 378), las del plebiscito se establecen en la ley. El artículo 7 de la Ley 134 de 1994 lo define como el pronunciamiento del pueblo convocado por el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del gobierno¹⁰.

Para el efecto, el primer mandatario debe informar al Congreso de su intención de convocarlo, las razones que invoca y *la fecha en la cual se llevará a cabo la votación*. En cuanto a los temas objeto de la consulta, el artículo 77 de la misma normatividad dispuso que el pronunciamiento pueda versar sobre “*políticas del ejecutivo, que no requieran aprobación del Congreso, excepto*

Loewenstein, por su parte, señala que el plebiscito debería “quedar reservado a votaciones sobre cuestiones no constitucionales y no legislativas, sino sobre cuestiones territoriales. Teoría de la Constitución, Ariel Derecho, pág. 331.

⁸ Zovatto, Daniel. Las Instituciones de la democracia directa. En Tratado de derecho electoral comparado en América Latina. Nolhen, Dieter y otros. FCE. Segunda Edición 2007, páginas 134 y siguientes. En Uruguay, por ejemplo, el plebiscito es un pronunciamiento del cuerpo electoral para decidir si aprueba o no un proyecto de reforma constitucional y el referéndum se refiere al procedimiento que permite un pronunciamiento para ratificar o rechazar una ley (art. 79 de la Constitución).

⁹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL). Tomo II, pág. 2 y siguientes.

¹⁰ La Corte Constitucional entiende que los requisitos para convocar el plebiscito son instrumentos para evitar el abuso del poder y proteger al elector: “El Constituyente de 1991 consagró como uno de los mecanismos de participación democrática, el plebiscito. En el proyecto de ley se establecen una serie de controles estrictos para garantizar que éste sea utilizado como un verdadero mecanismo de participación ciudadana, libre de los vicios que históricamente lo han asociado a un instrumento utilizado en regímenes autoritarios. Los controles previstos en el proyecto (artículo 77), sólo tienen ese alcance y no impedirán que el Presidente de la República pueda utilizarlo como una herramienta democrática que le permita provocar un pronunciamiento popular”.

las relaciones con los estados de excepción y el ejercicio de los poderes correspondientes”.

La Corte Constitucional precisa que el plebiscito es una de las modalidades de “*participación semi-indirecta*” del pueblo y agrega que su ejercicio concreta el principio de la soberanía popular pues permite “*definir el rumbo, orientaciones o modalidades del Estado*”.

Aunque, en su momento la Corte Constitucional señaló que el plebiscito requiere del concepto “*previo y favorable del Senado de la República*”¹¹ el procedimiento establece que el trámite debe surtirse ante las dos Cámaras para que se pronuncien por mayoría sobre la conveniencia de la convocatoria.

Obsérvese que mientras en la consulta popular el Presidente de la República requiere el concepto previo favorable del Senado (art. 104 C.P.), en el plebiscito éste concepto les corresponde a “*las dos Cámaras*”, en el entendimiento que en uno y otro evento es necesario la revisión previa y su aprobación está sujeta a que no sea rechazado por ninguna de las dos cámaras.

La Corte ha señalado también que el legislador no se encuentra habilitado para “*fijar condiciones adicionales a las determinadas por la Constitución para la realización de un plebiscito*”.¹²

Como lo advierte esa corporación, la diferencia más relevante entre el plebiscito y el referendo consiste en que en aquel no se somete a consideración del pueblo un texto normativo “*ya formalizado*”, sino “*la decisión como tal*”¹³. En todo caso, la decisión del pueblo “*es obligatoria, por manera que no requiere ni de refrendación, ni de adopción bajo la forma de ley o de decreto*”, pues así se deriva del artículo 104 superior.

Agréguese que en la consulta, el pueblo es convocado para que se pronuncie sobre “*decisiones de trascendencia nacional*”, mientras que en el plebiscito, el pronunciamiento se relaciona con “*políticas del ejecutivo*”, pero en ningún caso, la duración del mandato del jefe de estado, ni modificaciones a la Constitución. Recuérdese también que la Corte declaró inexecutable el aparte del artículo 78 de la Ley 134 de la Ley 134 que establecía un control constitucional previo sobre el decreto de convocatoria.

Finalmente, importa señalar que según el artículo 80 de la Ley 134 de 1994 la decisión del pueblo debe tomarse por la mayoría del censo electoral, requisito que, en su momento, la Corte lo calificó como “*francamente desmesurado*”.

Según lo dicho, aunque el plebiscito, el referendo y la consulta, se identifican como modalidades de participación popular directa, se diferencian en los procedimientos para su convocatoria, en los asuntos del pronunciamiento popular, en los controles previos a su convocatoria, y en las consecuencias

¹¹ Sentencia C-089 de 1994

¹² Sentencia C-150 de 2015.

¹³ Sentencia C-180 de 1994

jurídicas del mismo, observando que en los tres casos la decisión del pueblo es obligatoria¹⁴.

3.3. Las características del plebiscito

A partir de lo anterior, pueden identificarse las características del plebiscito, tal como se encuentra establecido en los artículos 103 de la Constitución, las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015 y en las sentencias C-180 de 1994 y C-150 de 2015:

1. El plebiscito no tiene consecuencias jurídicas de cambio normativo, sino de naturaleza política. En ningún caso puede tratar del período presidencial, ni de modificaciones a la Constitución, ni leyes aprobatorias de tratados internacionales, de presupuesto, o referentes a materias fiscales o tributarias.
2. Sólo puede convocarse por el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, para lo cual debe informar previamente al Congreso de la República, que tendrá un (1) mes para pronunciarse.
3. Una vez presentada la iniciativa al Congreso, el primer mandatario tiene hasta cuatro (4) meses para convocarlo.
4. No está sujeto a control previo por la Corte Constitucional, pues este se realiza luego de la convocatoria y votación, y solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
5. No puede coincidir con alguna otra elección. El pueblo debe pronunciarse por el sí o por el no.
6. El resultado es obligatorio, siempre que cumpla las reglas para ser aprobado. Debe participar el 50% del censo electoral vigente y obtener la mayor votación.

¹⁴ Al respecto en la sentencia C-150 de 2015 se fijan las similitudes y diferencias entre el plebiscito, el referendo y la consulta popular: “Lo dicho anteriormente permite establecer también la distinción entre la consulta popular nacional y el plebiscito. La primera, a diferencia del segundo, tiene por objeto el pronunciamiento del pueblo respecto de una pregunta de carácter general y, en esa medida, puede comprender materias que no son del resorte exclusivo del Presidente y que, por ello, podrían demandar la intervención de otros órganos del poder público. Que el plebiscito tenga como propósito fundamental conocer la opinión de las personas respecto de una determinada actuación del ejecutivo y no adoptar una norma o exigir su adopción en caso de requerirse, se sigue del hecho consistente en que el control constitucional posterior a cargo de la Corte Constitucional, establecido en el numeral 3 del artículo 241 de la Carta, se ocupa únicamente de vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. De admitirse que el plebiscito tuviera el mismo objeto o los mismos efectos que el referendo o la consulta popular, implicaría aceptar que el pronunciamiento popular podría desconocer la Constitución sin que pudiera, de forma alguna, controlarse judicialmente. En síntesis, el plebiscito tiene como finalidad avalar o rechazar una decisión del ejecutivo con propósitos fundamentalmente políticos y no normativos y, por ello, el control de constitucionalidad únicamente se adelanta para examinar posibles vicios en su convocatoria o realización. La consulta popular del orden nacional se segrega de la gestión o actuación misma del Presidente en tanto el llamado que se hace al pueblo busca trazar un marco de actuación que puede o no concluir en la adopción de decisiones de carácter normativo. En el referendo, el pueblo directamente toma una decisión sobre una norma o un proyecto de norma sin requerirse la intervención posterior de órgano alguno –salvo lo relativo a su formalización de acuerdo a lo que establece el artículo 48 de la ley 134 de 1994- para considerar inmediatamente aplicable la decisión normativa del pueblo (aprobatoria o derogatoria). Estos tres mecanismos de participación se inscriben en una línea continua caracterizada por la intervención del pueblo en la toma de una decisión. Se diferencian, sin embargo, en los propósitos, en su mayor o menor vinculación con un específico gobernante y en el tipo de efectos que tienen en el ordenamiento jurídico”.

7. Las campañas se deben adelantar en igualdad de condiciones en cuanto al acceso a los medios de comunicación del Estado.
8. El ejecutivo tendrá el derecho de informar y dar a conocer su opinión y lo que pretende lograr con ello.
9. Cualquier beneficio que se genere a favor de quienes votan está proscrito debido a que se reconoce la abstención como un derecho de participación que trae consecuencias jurídicas y políticas. Lo anterior, porque los mecanismos de participación se fundamentan en un umbral de participación, por lo que la abstención es una modalidad válida de participación.
10. En la sentencia C-180 de 1994, la Corte Constitucional señala como “*desmesurado*” el umbral requerido (mayoría del censo electoral, esto es, más del 50%) para aprobar un plebiscito.

Ahora bien, velar porque la convocatoria se adelante con las reglas mencionadas, que se surtan los trámites normativos para su convocatoria, y que los asuntos sometidos a consideración del cuerpo electoral se ajusten a la Constitución y la ley, no es capricho, sino garantía para la expresión legítima de la voluntad popular en las urnas y constituye una protección al elector ante eventuales manipulaciones del poder ejecutivo.

En ese sentido, y en el entendimiento que al CNE le corresponde garantizar la libertad de los votantes y vigilar que los mecanismos de participación expresen la voluntad popular, la autoridad de control electoral tiene una competencia relevante, pues como lo advirtió la asamblea constituyente del 91, la consulta al pueblo puede tener un tinte de respaldo a la figura presidencial más que de expresión auténtica de la voluntad popular.

4º. El contenido del proyecto de la ley estatutaria que regula el plebiscito para refrendar el acuerdo final para la terminación del conflicto

Para el CNE, los aspectos relevantes del proyecto de ley estatutaria “*por la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*”, son los siguientes:

a) Propósito: El proyecto establece que la convocatoria tiene un propósito específico: convocar al cuerpo electoral, para que se pronuncie a favor o en contra del Acuerdo Final que suscriba el gobierno nacional con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo (FARC-EP)^{15, 16}

¹⁵ Se toma como referencia el llamado “Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, suscrito el 26 de agosto de 2012, en La Habana, Cuba. En <http://www.altocomisionadopalapaz.gov.co/oacp/Pages/informes-especiales/abc-del-proceso-de-paz/acuerdo-general-proceso-paz.html>.

¹⁶ Gaceta 698 de 2015. Publicación del proyecto de ley estatutaria 94/15 Senado- 156/15 Cámara. Exposición de motivos. i. Consideraciones generales: “(...)Ahora bien, el logro de la paz es sin duda una de las políticas más importantes que debe implementar el ejecutivo, es por esto que los acuerdos a los que lleguen el

b) Carácter opcional: La convocatoria es una opción, no una obligación, del Presidente de la República (artículo 1° del proyecto).

c) Procedimiento convocatoria: Señala un procedimiento para la convocatoria en términos similares a los establecidos en los artículos 77 y 78 de la Ley 134 de 1994 (información previa al Congreso sobre la intención de convocarlo, plazos para llevar a cabo la votación).

d) Competencia Cámaras legislativas: Determina que las Cámaras deberán pronunciarse “*en un término máximo de un mes*” desde que se informe de la decisión, y si está en receso deberá reunirse para manifestarse al respecto. Si no lo hace en forma negativa por la mayoría de asistentes de alguna de las dos cámaras en el plazo fijado, el primer mandatario puede convocarlo sin más requisitos adicionales. En este aspecto, el proyecto reproduce lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1757 de 2015.

e) Plazo para convocarlo: No señala el plazo para convocarlo, pero por la remisión normativa contenida en su artículo 4°, la fecha de la votación no podrá ser anterior a un mes ni superior a cuatro meses desde el momento en que el Congreso “*reciba el informe del Presidente*” (art. 77 inc. 2°). Este aspecto resulta de particular relevancia para el CNE pues a partir de allí, debe precisarse el término para las campañas por el SÍ o por el NO.

f) Umbral de aprobación: Fija un umbral de aprobación superior al 13% del censo electoral vigente (art. 2-3), siempre que supere los votos depositados por el no. De acuerdo con lo anterior consagra una regla especial, en cuanto suprime el umbral de participación de la mayoría del censo electoral (art. 80 Ley 134 de 1994) y lo reemplaza por un umbral de aprobación.

g) Fuerza vinculante: La decisión aprobada a través del plebiscito es vinculante “*para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo*”. Por tanto, todas las instituciones del Estado, incluido el Congreso, el Presidente y los demás órganos, instituciones y funcionarios del Estado, dentro de sus competencias, deberán expedir las disposiciones para “*acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas*”. (Art. 3°).

h) Responsabilidad organización electoral: Señala en la organización electoral la responsabilidad institucional de velar por los principios de la administración pública en la campaña por el sí o por el no, y dispone que le corresponde regular el acceso a los medios de comunicación y demás disposiciones necesarias.

Gobierno nacional y grupos armados como las FARC EP o el ELN, para la terminación del conflicto armado interno, que persiste en Colombia desde hace más de cincuenta años, deben contar con el respaldo y refrendación populares, para que mediante un mecanismo democrático, pueda el pueblo dar su aval definitivo a los acuerdos suscritos para la terminación del conflicto y el logro de la paz.

El objeto de este proyecto de ley, es permitir, que los colombianos participen de un Plebiscito para la implementación de los Acuerdos de Paz, con unas reglas especiales y en algunos asuntos diferentes, a las consagradas en las leyes estatutarias regulatorias del artículo 103 constitucional, para este mecanismo de participación democrática, que desde la vigencia de la Constitución de 1991 no ha sido utilizado.”

i) Servidores públicos: Los servidores públicos pueden hacer campaña en uno u otro sentido y expresar sus opiniones o posiciones frente al plebiscito. En punto a este asunto, prohíbe el uso de bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, “*distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los servidores*”.

j) Financiación: En el proyecto no establece la financiación pública de las campañas por el SÍ o por el NO y, por tanto, estas correrán por cuenta única y exclusiva de los aportes privados.

k) Divulgación: La divulgación del Acuerdo Final estará a cargo del gobierno nacional, que dispone de un lapso mínimo de treinta (30) días previos a la fecha de votación del plebiscito para la divulgación sobre el contenido del Acuerdo Final de Paz, y enumera los instrumentos mediáticos para adelantar la campaña de publicidad y divulgación. El gobierno debe presentar una síntesis de los aspectos más relevantes del acuerdo final. El Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación debe verificar y certificar que se cumpla con la orden de divulgación y publicidad y rendir cuentas con posterioridad a la votación de las gestiones realizadas.

l) Socialización en determinados territorios: El proyecto menciona, de manera específica, la forma en que debe adelantarse la estrategia de socialización en las zonas rurales del país y a los colombianos que se encuentren en el exterior, especialmente, las víctimas del conflicto. Estas actividades correrán por cuenta del gobierno nacional.

5. Aspectos relevantes del proyecto para el CNE

Examinado el contenido del proyecto, el CNE se referirá de manera específica a los siguientes aspectos:

- 1) La materia objeto del pronunciamiento popular
- 2) El umbral de aprobación del plebiscito
- 3) El carácter vinculante de la decisión popular
- 4) La participación de los servidores en las campañas por el SÍ o por el NO
- 5) Las reglas para garantizar la igualdad de derechos y deberes de las campañas, financiación controles a cargo del CNE
- 6) La divulgación del contenido del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera
- 7) Remisión normativa del proyecto a normas especiales vigentes aplicables
- 8) Actores electorales diversos sujetos de control del CNE
- 9) Responsables de las campañas
- 10) Los grupos significativos de ciudadanos en el escenario de los mecanismos de participación ciudadana
- 11) Periodo para reclamaciones

Como se dijo atrás, la Constitución no define las características del plebiscito. Por consiguiente, en desarrollo de la cláusula general de competencia (art. 150

C.P.), es el Congreso de la República el encargado de fijar su alcance y características. Para el efecto, el legislador dispone de un margen amplio de discrecionalidad para la regulación legal del mecanismo, siempre que respete los valores y principios constitucionales y los límites que impone la Carta.

Por otra parte, nada impide que vuelva sobre un asunto ya desarrollado por leyes anteriores para ajustarlo a las nuevas circunstancias o necesidades sociales, pues en casos de esta naturaleza, el control de constitucionalidad, esto es, el juicio de comparación, no se ejerce en relación con la legislación preexistente, sino con el texto constitucional.

Al respecto la Corte Constitucional señaló que *“no es extraño o contrario a la Constitución del 91 que existan regulaciones diferenciadas para dos o más especies del mismo género de mecanismo de participación popular, según las características relevantes de sus miembros específicos...”*, ni viola el principio de generalidad de las leyes, o de igualdad, en cuanto establece reglas diferentes, como ocurre en este caso¹⁷.

Por tanto, no existe reproche alguno al proyecto de ley estatutaria, por modificar los aspectos ya regulados en las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, porque, se repite, una ley posterior puede modificar la anterior y, por tanto, el juicio de comparación se debe adelantar con la Constitución y no con la normatividad preexistente del mismo rango normativo.

5.1. La materia objeto del pronunciamiento popular

La Corte Constitucional señala que no existe restricción constitucional alguna para acudir a mecanismos como el referendo, que *“faciliten la terminación del conflicto”*, pues *“escoger un mecanismo de participación democrática para terminar el conflicto y transitar hacia la paz es una opción que interpreta cabalmente la filosofía de la Carta del 91”*¹⁸.

Ahora bien, respecto al tema que interesa, el artículo 7º de la Ley 134 de 1994 dice que el pronunciamiento de pueblo debe referirse a *“una determinada decisión del Ejecutivo”* y su artículo 78 preceptúa que su convocatoria no puede versar sobre el período constitucional del mandato presidencial, ni sobre la modificación de la Constitución Política.

La Corte Constitucional afirma además que el legislador tiene la atribución para delimitar los asuntos de la consulta plebiscitaria, excluyendo las leyes aprobatorias de tratados internacionales, cuestiones presupuestales, y materias tributarias y fiscales.

Dado que el plebiscito tiene como objeto avalar una determinada decisión presidencial con propósitos fundamentalmente políticos, la Corte señala que

¹⁷ Sentencia C-784 de 2014.

¹⁸ Sentencia C-784 de 2014.

no puede tener el mismo objeto o los mismos efectos del referendo o la consulta popular, pues si así fuera, se tendría que aceptar que el pronunciamiento popular podría desconocer la Constitución, sin ningún control judicial¹⁹. Además, **utilizar el plebiscito para formular una pregunta que no se encuentre dentro de las características del mecanismo puede afectar la libertad del elector** al manifestarse mediante un mecanismo que no es idóneo en relación con el asunto que lo convoca.

A partir de lo anterior, la pregunta relevante es la siguiente: ¿puede convocarse al cuerpo electoral para que mediante un plebiscito respalde un eventual Acuerdo de Paz con grupos alzados en armas en un contexto de conflicto armado interno?²⁰

En relación con este interrogante, el CNE plantea a la H. Corte Constitucional las siguientes consideraciones:

Desde el Preámbulo, la Carta del 91 anuncia la paz como un valor superior. El artículo 2 la ubica como un fin esencial del Estado y el artículo 22 señala que es *“un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”*. Al interpretar su alcance, la Corte Constitucional ha señalado que la paz *“es condición de la democracia plena, en la cual los individuos y los grupos puedan pensar y actuar libres de coacción o amenazas contra la vida, su integridad física o moral”*²¹.

Al respecto, el profesor italiano Luigi Ferrajoli, afirma que la *“paz es un valor supremo”* que constituye el fundamento principal del contrato social y es premisa básica para la convivencia civil. A partir del artículo 22 de la constitución colombiana, sostiene que este derecho tiene un carácter *“contra mayoritario”*, esto es, que no está sujeto a la regla de la mayoría. Sustraer un principio y un derecho fundamental del principio democrático es garantía de vigencia de la Constitución. Para Ferrajoli, sería impropio e *“inaceptable someter la paz, o sea la solución pacífica negociada del conflicto, a cualquier tipo de consulta popular”*²².

¹⁹ Sentencia C-150 de 2015.

²⁰ La existencia del conflicto interno armado se encuentra reconocida en forma expresa en la Ley 1448 de 2011 *“Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”*, así como en abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sentencias C-781 de 2012, C-280 de 2013 y C-463 de 2013.

²¹ Sentencia C-784 de 2014.

²² Ferrajoli, Luigi. La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna. En <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ.pdf>. En esta línea de interpretación se encuentra Karl Loewenstein quien señala: “Entre los límites impuestos al poder del Estado se considera que el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual en lo que el Leviatán no puede penetrar. El acceso a estas zonas prohibidas está cerrado a todos los detentadores del poder, al gobierno, al parlamento y, dado que los derechos fundamentales son ‘inalienables’, también al electorado”. Teoría de la Constitución, Editorial Ariel, 2ª. Edición, 1970, pág. 390). En relación con la tensión entre regla de mayorías y preservación de la Constitución. Jon Elster señala lo siguiente, a propósito de situaciones de guerra: “A veces, el Ejecutivo puede sentir que sus acciones son obstaculizadas por las otras ramas. Ello tal vez resulte más evidente en circunstancias de guerra. Tocqueville sostenía que en estado de guerra una jefatura aristocrática o monárquica desplegaría mayor y superior causal de recursos de lo que haría un gobierno democrático, aunque tuvo buen cuidado de añadir que a largo plazo una democracia

Sobre este aspecto son abundantes los estudios que señalan la impropiedad de sujetar la vigencia de los derechos fundamentales al juego democrático, pues estos deben entenderse como reglas previas que permiten la competencia por las mayorías. Norberto Bobbio distingue varios tipos de límites: de validez, de aplicación y de eficacia. Sustraer un derecho fundamental de la regla de mayorías es un límite de aplicación que se justifica en razón a que estas solo pueden decidir sobre asuntos “*opinables*”. Por consiguiente, los postulados éticos y los derechos fundamentales hacen parte del “*coto vedado*” de la democracia²³.

Ahora bien, una lectura textual de la Constitución podría llevar a la conclusión que el constituyente del 91 adoptó una perspectiva distinta: el artículo 377 establece que deberán someterse a referendo, esto es, a consulta del pueblo, las reformas constitucionales a los derechos establecidos en el Capítulo I del Título II y a sus garantías, y a los procedimientos de participación popular o al Congreso, si así lo solicita un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. Es decir, la vigencia de un derecho fundamental sí podría condicionarse al principio democrático. Por ello, podría concluirse que no existe ninguna restricción normativa para un pronunciamiento popular sobre el derecho a la paz, pues la norma citada lo permite en forma explícita, en cuanto este se encuentra en el Capítulo I del Título II de la Carta.

Por otra parte, al ejercer el control previo de constitucionalidad de la ley estatutaria que permitió convocar en la misma fecha de otros actos electorales referendos constitucionales “*con ocasión de un Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado*”, la Corte Constitucional señaló que este tipo de consultas deben entenderse como “*una opción institucional legítima, entre otras, y no como la única posibilidad, ni tampoco como la única legítima, para materializar los acuerdos finales*”²⁴. Y agregó: “*Escoger un mecanismo de participación democrática para terminar el conflicto y transitar hacia la paz es una opción que interpreta cabalmente la filosofía de la carta de 1991*”²⁵ (No está resaltado en el original).

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que el proyecto de ley estatutaria que motivó la decisión reseñada, fijó unas reglas para la convocatoria de los referendos constitucionales necesarios para la “*implementación de un Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado...*”²⁶.

crearía más recursos que una aristocracia...”. En *Constitucionalismo y Democracia*. Elster Jon y Slagstad Rune. FCE, primera edición, pág. 36.

²³ Barboza, Antonio Carlos. *Democracia y derechos humanos en la teoría de Norberto Bobbio*. Revista Coherencia, N° 2, Volumen 3, Julio –Diciembre 2005, pág. 113128.

²⁴ Sentencia C-784 de 2014

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Art. 1°. Ley 1745 de 2014: “Artículo 1°. Referendos constitucionales con ocasión de un Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado. Los referendos constitucionales que sean necesarios para la implementación de un Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado estarán sujetos, en especial, a las reglas contempladas en la presente ley”.

El concepto de “*implementación*” es relevante.

En otros procesos de paz, éste se ha entendido como un momento procesal distinto de la ratificación de los acuerdos. Así, en el caso de Irlanda, se diferenciaron los dos conceptos: la ratificación popular de los acuerdos y su implementación, como la etapa en que se llevaron a la práctica²⁷.

En el documento firmado por los delegados del Gobierno de la República de Colombia y los voceros de las FARC-EP denominado “*Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*”, de fecha 26 de agosto de 2012, se diferencia este momento de la verificación y de refrendación²⁸.

Mientras que la “*implementación*” se refiere a la puesta en marcha de los acuerdos y las reformas que de allí se derivan, la refrendación hace referencia a la ratificación de los mismos. En el documento no se menciona que la refrendación debe adelantarse a través de una convocatoria al pueblo, como tampoco que la implementación se encuentre sujeta a aquella.

Por tanto, no es lo mismo convocar al cuerpo electoral para implementar los acuerdos, como lo contempla la ley 1745 de 2014, que hacerlo para su refrendación, pues este es un momento diferente en el proceso de tránsito en la solución del conflicto armado.

La distinción es relevante pues si esa fuera la voluntad del gobierno nacional, podría avanzarse en la fase de implementación de los acuerdos, sin sujetarla a la refrendación que es, precisamente, lo que se pretende con la ley estatutaria que se examina. Para el efecto, la Constitución le otorga al Presidente de la República, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, facultades de distinto orden para impulsar y llevar a cabo, en coordinación con las demás ramas del poder público, la ejecución de los acuerdos.

En todo caso, respetuosamente se solicita a esa H. corporación que, al decidir sobre la constitucionalidad del proyecto bajo examen, evalúe las consecuencias del pronunciamiento del pueblo en uno u otro sentido, pues tal como se encuentra establecido el plebiscito en el proyecto que se examina, la posibilidad de que no se logre la votación necesaria o que la decisión fuera negativa, tendría una incidencia directa e inmediata, no solo de improbación de una política gubernamental, sino sobre la vigencia de la paz como valor, como principio y como derecho fundamental. Si fuera así, la decisión tendría un efecto perturbador, no solo frente a una política específica del ejecutivo

²⁷ McCartney, Clem. *Haciendo balance. El proceso de paz de Irlanda del Norte*. Red Gernika, Documento 11.

²⁸ El aparte pertinente señala: “6. Implementación, verificación y refrendación. La firma del Acuerdo Final da inicio a la implementación de todos los puntos acordados. 1. Mecanismos de implementación y verificación... 2. Acompañamiento internacional, 3. Cronograma. 4. Presupuesto. 5. Herramientas de difusión y comunicación. 6. Mecanismo de refrendación de los acuerdos”.

para la terminación del conflicto armado, sino para la vigencia misma del derecho que consagra el artículo 22 superior.

5.2. El umbral de aprobación del plebiscito

El artículo 2º numeral 3 del proyecto señala que se entenderá aprobado el Acuerdo Final para la terminación del conflicto si la votación por el SÍ obtiene un número de votos superior al 13% del censo electoral vigente y supere los votos depositados por el no.

Este aparte estableció una regla diferente a la contenida en el artículo 80 de la ley 134 según la cual “*el pueblo decidirá, en plebiscito, por la mayoría del censo electoral*”, pues fija un umbral de aprobación, y ya no de participación.²⁹

La norma examinada tiene al menos tres repercusiones en el proceso de participación ciudadana con ocasión del plebiscito para la refrendación del “*Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*”:

a) En primer lugar, parece no consagrar un umbral de participación, como requisito para la aprobación o improbación de los asuntos sometidos a la consulta al cuerpo electoral. Se trata de una excepción al sistema de umbrales relacionado con los mecanismos de participación, más si se tiene en cuenta: i) que en el referendo constitucional se exige un umbral de participación para que la decisión adoptada sea válida de la cuarta parte de ciudadanos que integran el censo electoral (art. 378 C.P.); ii) que en el referendo derogatorio de leyes relacionadas con los derechos fundamentales se establece el mismo porcentaje (art. 377); iii) que en la convocatoria de una asamblea constituyente se requiere de una tercera parte del censo electoral (art. 376); iv) igual porcentaje del censo electoral para el caso de la consulta popular (art. 56 de la ley 134/94). En el caso del plebiscito para la paz, podría entenderse que este requisito se suprime.

b) En segundo lugar, establece un umbral de aprobación del trece por ciento (13%) del censo electoral, sin condicionarlo al umbral de participación que desaparece.

c) En tercer lugar, parece suprimir la abstención como manifestación válida de participación ciudadana, pues al reemplazarse el umbral de participación por el umbral de aprobación, ya no tiene incidencia en el resultado final.

Al examinar las razones que tuvieron en cuenta los legisladores para introducir este cambio se encuentra que invocaron “*las dificultades estructurales en la aplicación de todos los mecanismos de refrendación (sic)*”. En los debates se identificaron “*dos tipos de umbrales: un umbral de*

²⁹ Como se señaló atrás, en la sentencia C-180/94 la Corte Constitucional advirtió que esta “*exigencia del voto favorable de ‘la mayoría del censo electoral’ es francamente desmesurada, si se tiene en cuenta que el apoyo ciudadano requerido para los otros mecanismos de participación, por lo general, es del cinco (5%)*”.

aceptación y un umbral de decisión. El primero de ellos hace referencia a una votación mínima requerida para que el mecanismo tenga validez jurídica, el segundo, es aquel que hace referencia al porcentaje mínimo de votos que se necesitan para que lo votado en el referendo, consulta popular o plebiscito sea obligatorio³⁰”³¹

En síntesis, advirtieron las dificultades de los mecanismos de participación para materializar la democracia participativa y mencionaron la circunstancia de que condicionar la eficacia de la decisión popular a un determinado umbral de participación, en la práctica estimula lo contrario, es decir, la abstención.

De allí la procedencia de introducir, para este caso, un correctivo que no genere un incentivo perverso en el sentido de castigar la decisión de quienes sí concurren a las urnas a favor o en contra de una determinada iniciativa y, de paso, no estimular la opción de la abstención en una estrategia legítima de los opositores.

En razón a lo anterior, los legisladores concluyeron en la necesidad de establecer *“unas reglas especiales y diferentes a las consagradas en las leyes estatutarias que han regulado el plebiscito – para - garantizar la mayor participación de la ciudadanía, para a su vez garantizar un verdadero pronunciamiento popular mayoritario”*.³²

En el transcurso de los debates en el Congreso, se examinaron los umbrales existentes para los distintos mecanismos de participación, a partir de la siguiente información:

Tabla 1. Umbrales de decisión y de aceptación de los mecanismos de participación³³

Tipo de mecanismo	Umbral de aceptación	Umbral de decisión
Referendo	25% del censo electoral	La mitad más uno de los sufragantes (12,5%)
Consulta Popular	33% del censo electoral	La mitad más uno de los sufragantes (16,5%)
Plebiscito	50% del censo electoral	La mitad más uno de los sufragantes (25%)

Con base en lo anterior, se propuso que *“el plebiscito por la paz no cuente con un umbral de aceptación, es decir, que la abstención no dificulte la eficacia del mecanismo.”*

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-180 de 1994.

³¹ Ponencia Positiva 1er y 3er debate. Gacetas No. 929 y 930 de 2015.

³² Gaceta 698 de 2015. Publicación del proyecto de ley estatutaria 94/15 Senado- 156/15 Cámara. Exposición de motivos.

³³ Gacetas del Congreso 929 y 930 de 2015.

En principio, no hay lugar a reproche alguno de inconstitucionalidad en esta variación pues, como se señaló atrás, dado el silencio del constituyente sobre las reglas de aprobación de una consulta plebiscitaria, el legislador tiene plena competencia para fijarlas, siempre que observe los principios constitucionales y no afecte la estructura básica de la Carta Fundamental.

Al respecto, al examinar un cargo que se formuló contra el proyecto de ley que permitió convocar un referendo constitucional junto con otros actos electorales, con ocasión del acuerdo final para la terminación del conflicto armado, la Corte Constitucional estableció que no se trataba de un nuevo tipo de referendo, sino de una **modalidad especial del mismo** y que aunque la normatividad allí señalada no aplica para ningún otro tipo de consulta, no constituía una violación al principio de generalidad y universalidad de leyes y reformas constitucionales pues en estos casos debía tenerse en cuenta *“no solo el texto del acto, sino también el contexto de su creación, así como los móviles y finalidades para expedirlo”*³⁴.

Siguiendo la misma hermenéutica no debería existir ninguna objeción constitucional a que se fijen unas reglas especiales para el plebiscito que se reglamenta a través del proyecto examinado.

Sin embargo, como lo ha señalado el juez constitucional:

“Esa barrera a las decisiones mayoritarias se refleja en algunas posturas teóricas que advierten, por ejemplo, que los derechos fundamentales son posiciones tan significativas o importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no debe depender de las mayorías parlamentarias. Así las cosas, es posible afirmar que la comprensión contemporánea de la democracia -reconocida en la Constitución de 1991- advierte, con fundamento en razones de orden jurídico, ético y político, que existen asuntos respecto de los cuales ya no pueden decidir las mayorías. Así en la sentencia C-816 de 2004 este Tribunal destacó:

“Y es que en una democracia constitucional como la colombiana, que es esencialmente pluralista, la validez de una decisión mayoritaria no reside únicamente en que ésta haya sido adoptada por una mayoría sino además en que ésta haya sido públicamente deliberada y discutida, de tal manera

³⁴ Sentencia C-784 de 2014: “La Corte no considera, conforme lo mencionado, que este Proyecto de Ley – cuyo objeto se delimita en el artículo 1º- desconozca en sí mismo el principio de igualdad representado legislativamente en la generalidad de las leyes. Tampoco comparte la idea de que en su contenido admita como posible la introducción de reformas constitucionales no generales, abstractas o impersonales. Si bien no hay una fórmula de tipo matemático que determine con exactitud cuándo una ley o reforma constitucional se ajusta a los principios de generalidad y universalidad, la jurisprudencia constitucional y la doctrina han empleado dos criterios para distinguir las regulaciones generales de las particulares: los sujetos destinatarios de la norma y la ocasión o ámbito temporal de aplicación. Para ser general en cuanto a los sujetos una norma no tiene que referirse indistintamente a la totalidad de individuos humanos, pues puede cumplir esa condición incluso si se refiere a los seres humanos que respondan a determinada descripción (por ejemplo, a los mayores de edad). La generalidad en cuanto a la ocasión se cumple si la norma no está prevista directamente para una única situación o momento sino para un número ilimitado de oportunidades. La Corte ha sostenido que en la aplicación de estos criterios no puede tenerse en cuenta sólo el texto del acto, sino también el contexto de su creación, así como los móviles y finalidades para expedirlo.”

*que las distintas razones para justificar dicha decisión hayan sido debatidas, sopesadas y conocidas por la ciudadanía y que, además, las minorías hayan podido participar en dichos debates y sus derechos hayan sido respetados. Por consiguiente, **para esta concepción, la democracia no es la tiranía de las mayorías, pues los derechos de las minorías deben ser respetados y protegidos.***

*En atención a lo expresado cabe señalar que en su variante procedimental la democracia se funda en la regla de la mayoría. Sin embargo su materialización no es absoluta y, **en cada caso, habrá de examinarse si ella supera el umbral o muralla que protege y asegura intereses constitucionales básicos o la vigencia de las minorías en una democracia pluralista.***³⁵

De acuerdo con lo anterior, como el derecho a la paz no puede quedar sujeto a la aprobación de unas determinadas mayorías, la conclusión a que debería llegarse es que, **de mantenerse la votación, esta tendría que liberarse de los umbrales, tanto de participación como de aprobación**, para que el cuerpo electoral, con total libertad se pronuncie sobre la pregunta que al respecto formule el ejecutivo.

Ahora bien, una lectura más cuidadosa del proyecto en este aspecto, plantea algunos interrogantes:

- a) El umbral del 13% del censo electoral, como condición para la aprobación del plebiscito, genera la dificultad de establecer un piso de aprobación precario del Acuerdo Final para la terminación del conflicto, lo cual puede ser contraproducente para su legitimidad;
- b) Aunque en principio este nuevo umbral no tiene en cuenta el porcentaje de participación, en realidad lo disminuye en algo más de una tercera parte (13%);
- c) En el proyecto no queda claro si la abstención tendría valor jurídico como mecanismo de participación.

En esas condiciones, someter el Acuerdo definitivo a una decisión minoritaria, como la que se deriva del nuevo umbral, puede dejar los pactos sin el apoyo adecuado de la ciudadanía para su implementación, lo cual daría al traste con el esfuerzo institucional adelantado en aras a lograr la terminación del conflicto armado.

En relación con lo anterior, se solicita respetuosamente a la Corte Constitucional que en el juicio de constitucionalidad determine si el umbral de aprobación que establece el aparte del proyecto de ley estatutaria, es una **medida adecuada y conducente para el fin de lograr el apoyo masivo de la ciudadanía al Acuerdo de Paz.**

³⁵ Sentencia C-150 de 2015.

El CNE llama la atención sobre el alcance de los **principios de necesidad y la proporcionalidad que en este caso concreto debe atender la ley estatutaria**, esto es, si dados los derechos en juego, esta consulta es la **única vía para alcanzar el propósito perseguido** o si pueden existir otros **medios menos onerosos para lograrlo**. Igualmente, debe determinar si **la excepción al sistema de umbrales de participación** que contiene la Constitución, se **justifica** en función de los beneficios que se derivan para la vigencia plena del derecho a la paz³⁶.

De otra parte, como el proyecto es ambiguo en relación con la abstención, como modalidad de participación en este tipo de mecanismo, le corresponde a la H. Corte Constitucional determinar si los grupos que eventualmente se constituyan a favor de esta opción, tendrían algún tipo de apoyo institucional, como sucede con las campañas del sí y del no.

5.3. Sobre el carácter vinculante de la decisión ciudadana en el plebiscito

El artículo 3° del proyecto dispone que de ser aprobado a través del plebiscito especial, este *“tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo”* y agrega que, en desarrollo de lo anterior, *“el Congreso, el Presidente de la República y los demás órganos institucionales y funcionarios del Estado, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones que les correspondan para acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo en las urnas”*.

Al respecto debe tenerse en cuenta que según el artículo 104 superior, en las consultas populares, entre ellas, el plebiscito, la decisión del pueblo es de **carácter obligatorio**.

Ahora bien, cada uno de las modalidades de participación ciudadana, tiene unas características diferentes:

- a) En el referendo se adopta, sin más, la aprobación o rechazo de un texto normativo, sea este de carácter constitucional o legal y trae como consecuencia la aprobación o derogación de una norma.

³⁶ Sentencia C-417 de 2009: “El juicio de proporcionalidad consta de distintas etapas, cuya aplicación en cada caso depende de la intensidad, habiendo sido señalado por la Corte que el juicio puede ser leve, intermedio o estricto, de acuerdo con la materia de que se trate, y que el grado de severidad del juicio determina cuáles etapas del mismo deben ser examinadas. Ha dicho la Corte que cuando la aplicación del juicio es leve es suficiente con establecer que el fin propuesto por la norma se ajusta a la Constitución y es apto para lograr el fin propuesto. También ha indicado que el test intermedio es más exigente, por cuanto en este caso debe corroborarse que la medida, además de ser legítima y apta, es efectivamente conducente para lograr el fin propuesto. Finalmente, la jurisprudencia ha determinado que cuando el juicio es estricto, también se debe estudiar si la norma es necesaria y estrictamente proporcional. En cuanto a los pasos, la Corte ha establecido que se debe establecer: (i) si el fin perseguido por la norma o medida que se analiza es legítimo desde la perspectiva constitucional; (ii) si la norma o medida es adecuada para el logro del fin perseguido; (iii) si la norma es necesaria, es decir, si no existen medios menos onerosos para lograr el objetivo buscado; y (iv) si la norma es estrictamente proporcional, con lo cual se indaga si los beneficios que se derivan de su adopción superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales – en una relación de costo – beneficio”.

- b) En la **consulta**, el cuerpo electoral se pronuncia sobre una decisión de trascendencia nacional, que involucra **no solo acciones del ejecutivo sino de otros poderes**. En este caso, la decisión del pueblo es obligatoria.
- c) En el plebiscito, el veredicto popular decide sobre políticas del Ejecutivo, y debe entenderse que esa **decisión es obligatoria para el ejecutivo**.³⁷ No obstante, el artículo 78 de la Ley 134/93 señala que el plebiscito “*no podrá modificar la Constitución Política*”.
- d) A partir de lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(...) El plebiscito tiene como propósito someter al escrutinio del pueblo una decisión del poder ejecutivo nacional y, en esa medida, el pronunciamiento popular no se desprende totalmente de la persona misma del Presidente de la República.

Lo dicho anteriormente permite establecer también la distinción entre la consulta popular nacional y el plebiscito. La primera, a diferencia del segundo, tiene por objeto el pronunciamiento del pueblo respecto de una pregunta de carácter general y, en esa medida, puede comprender materias que no son del resorte exclusivo del Presidente y que, por ello, podrían demandar la intervención de otros órganos del poder público.

*Que el plebiscito tenga como propósito fundamental conocer la opinión de las personas respecto de una determinada actuación del ejecutivo y **no adoptar una norma o exigir su adopción en caso de requerirse, se sigue del hecho consistente en que el control constitucional posterior a cargo de la Corte Constitucional, establecido en el numeral 3 del artículo 241 de la Carta, se ocupa únicamente de vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. De admitirse que el plebiscito tuviera el mismo objeto o los mismos efectos que el referendo o la consulta popular, implicaría aceptar que el pronunciamiento popular podría desconocer la Constitución sin que pudiera, de forma alguna, controlarse judicialmente.***

*En síntesis, el plebiscito tiene como finalidad avalar o rechazar una decisión del ejecutivo con propósitos fundamentalmente políticos y no normativos y, por ello, el control de constitucionalidad únicamente se adelanta para examinar posibles vicios en su convocatoria o realización. La consulta popular del orden nacional se segrega de la gestión o actuación misma del Presidente en tanto el llamado que se hace al pueblo busca trazar un marco de actuación que puede o no concluir en la adopción de decisiones de carácter normativo. **En el referendo, el pueblo directamente toma una decisión sobre una norma o un proyecto de norma sin requerirse la intervención posterior de órgano alguno –salvo lo relativo a su formalización de acuerdo a lo que establece el artículo 48 de la ley 134 de 1994- para considerar inmediatamente aplicable la decisión normativa del pueblo (aprobatoria o derogatoria).***

³⁷ En la sentencia C-150 de 2015, la Corte Constitucional señala al respecto: “Así las cosas, el plebiscito y la consulta popular cuentan con un fundamento constitucional común contenido en el artículo 104 de la carta y, por ello, como lo ha dejado dicho la Corte, el plebiscito puede ser considerado como una forma de consulta popular”.

*Estos tres mecanismos de participación se inscriben en una línea continua caracterizada por la intervención del pueblo en la toma de una decisión. Se diferencian, sin embargo, en los **propósitos**, en su **mayor o menor vinculación** con un específico gobernante y en el **tipo de efectos que tienen** en el ordenamiento jurídico”.³⁸*

- e) Esta misma hermenéutica fue reiterada, más recientemente, por esa Corporación: *“No es constitucionalmente posible que mediante plebiscito se introduzcan reformas a la Constitución (Ley 134/94 art. 38 (sic), ni lo es que con la forma aparente de un referendo constitucional aprobatorio se proponga en el fondo un pronunciamiento plebiscitario. La Corte ha sostenido que la Constitución lo proscribe”*.³⁹
- f) Es necesario también, tener en cuenta que de conformidad con el **artículo 374** superior, la Constitución solo puede reformarse por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo, de manera tal que, ni el plebiscito, ni la consulta popular resultar ser mecanismos idóneos para introducir modificaciones a la carta fundamental.
- g) Por su parte, el artículo 21 de la Ley estatutaria 1757/15 señala en forma precisa que *“No se podrán promover mecanismos de participación democrática sobre iniciativas inconstitucionales”*.

La Constitución no utiliza la expresión de “*vinculante*” para referirse a los efectos de los mecanismos de participación ciudadana, por lo que es necesario interpretar el alcance de esta expresión y determinar las consecuencias jurídicas de la decisión ciudadana.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la expresión “*vinculante*” significa que vincula o que sujeta a una obligación. En ese sentido, una interpretación literal, señalaría que el resultado del plebiscito tiene un alcance obligatorio, lo cual no sería más que una reiteración del precepto contenido en el artículo 104 superior.

Ahora bien, la norma establece que la decisión aprobada por el cuerpo electoral *“tendrá un carácter vinculante para efectos del desarrollo constitucional y legal del Acuerdo”*, mientras que el párrafo segundo fija unas consecuencias prescriptivas: el Congreso, el Presidente de la República y los demás órganos, instituciones y funcionarios del Estado, en sus respectivas competencias, *“dictarán las disposiciones que les corresponda”* para *“acatar”* la decisión ciudadana.

Obsérvese que en este segundo caso, no se establece una consecuencia simplemente facultativa, sino que, siguiendo el lenguaje de Kelsen, fija un *“deber ser”*, en el sentido que les corresponde expedir los actos jurídicos necesarios para el cumplimiento de los acuerdos de paz.

³⁸ Sentencia C-150 de 2015

³⁹ Sentencia C-784 de 2014, párrafo 105.

Hasta acá, la decisión popular obligaría a todos los poderes públicos.

Pero, al examinar los antecedentes del proyecto en el trámite legislativo, se encuentra que el señor Ministro del Interior precisó lo siguiente:

*“Una última reflexión, aquí se ha dicho, se ha generado una duda, una discusión sobre el efecto vinculante de la votación de los colombianos por el Plebiscito, el efecto vinculante esta acá y está en el Acto Legislativo para la Paz, no quiere decir nada distinto a que el mandato de los colombianos, la votación a favor de los acuerdos será un mandato político para el Congreso, para el Presidente y será una condición indispensable para que se pueda poner en marcha el procedimiento legislativo especial para la paz y la facultades extraordinarias para el Presidente que están contempladas en el Acto legislativo que llegara a la discusión de la Plenaria de esta Cámara la semana entrante. Este Gobierno definió que primero son los acuerdos, después es la refrendación ciudadana y con ese mandato es que este Congreso y el Presidente podrán implementar los acuerdos de paz, no quiere decir efecto vinculante que al votar los colombianos por el Plebiscito y por el acuerdo, los acuerdos van a pasar a ser parte de nuestra Constitución Nacional o de cualquier ley de la República, será este Congreso quien trámite las leyes estatutarias, las reformas constitucionales, y será el Presidente con las facultades el que expida los decretos-ley que implementan los acuerdos, el mandato es un mandato político que precisamente están pidiendo todos los colombianos y que el Presidente está cumpliendo su palabra con este proyecto de ley”.*⁴⁰

Si fuera así, la expresión “vinculante” sería una simple **exhortación a los poderes constituidos**, sin desplazar sus competencias, y no habría reproche alguno de inconstitucionalidad.

Sin embargo, y dado que el plebiscito es una consulta al pueblo sobre una política o acción gubernamental, cabe entender que el efecto vinculante al que se refiere la norma se relaciona con la obligación que se impone al gobierno y, en particular, al Presidente de la República, para que dentro de la órbita de sus competencias (como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa)⁴¹, como también a los demás poderes públicos, tome las acciones necesarias para dar cumplimiento a la voluntad popular, pues así lo establece el artículo 104 de la Carta.

No tendría sentido que el pronunciamiento del cuerpo electoral no obligara al ejecutivo nacional, pues en ese caso sobraría el mecanismo de participación. El pronunciamiento del pueblo obliga al Presidente, siempre que esa decisión no desconozca las normas constitucionales y, en particular, el derecho a la paz.

En cuanto a demás las ramas del poder público y los órganos, instituciones y funcionarios del Estado, cabe preguntarse si la decisión constituiría una simple exhortación para que adopten las medidas necesarias para el cumplimiento de los acuerdos, esto es, para su implementación. Lo anterior en concordancia con el artículo 22 de la Constitución que consagra la paz no solo como un derecho, sino como “*un deber de obligatorio cumplimiento*”.

⁴⁰ Gaceta 58 de 2016. Cuarto debate (Cámara de Representantes).

⁴¹ Artículos 188 y 189 de la C.P.

En el contexto de la democracia participativa, el concepto de “vinculante” ha sido examinado en la H. Corte Constitucional con ocasión del denominado “Mandato Ciudadano por la Paz”, que contó con el respaldo masivo de la ciudadanía en el mes de octubre de 1997. En esa ocasión, la Corte Constitucional concluyó que el pronunciamiento popular tuvo un carácter puramente moral y político⁴².

Sin embargo, en la aclaración de voto a la sentencia C-339 de 1998, el magistrado Alejandro Martínez Caballero se apartó de esa conclusión y señaló lo siguiente:

“La Corte debió reconocer dos cosas: de un lado, era importante destacar que el sentido general del mandato coincide con los valores esenciales del ordenamiento constitucional, y en especial con la preferencia de la Carta por la paz y por el respeto de las normas humanitarias en el conflicto armado. De otro lado, algunos apartes del mandato son suficientemente precisos como para configurar verdaderos preceptos, en especial aquellos que prohíben la vinculación de los civiles y de los menores de 18 años a la guerra, e incluso aquel otro que exige a los actores armados resolver pacíficamente el conflicto. En tales condiciones, la Corte hubiera podido, sin atribuir efectos constituyente plenos al mandato, admitir que éste puede ser entendido como un desarrollo de la Constitución, pues la ciudadanía habría precisado el alcance de ciertos valores constitucionales, como el respeto del derecho humanitario y el contenido del derecho y el deber de la paz”. (No está resaltado en el original).

Y el magistrado José Gregorio Hernández en su salvamento de voto observó:

“Pero, aparte de esa circunstancia, es mi criterio el de que, si las autoridades electorales accedieron a contabilizar los votos que fueron depositados por los ciudadanos en la fecha en que se aprobó el aludido Mandato, aunque pensarán que no se estaba reformando la Constitución, ni tampoco provocando una decisión popular a cuyo tenor debiera ella interpretarse y aplicarse, tuvieron que comprender que algún valor, más allá del deseo y de la opinión personal de los votantes, habría de tener lo que se decidiera, con efectos en el mundo del Derecho y no como débil llamado de buena voluntad, si el pueblo acogía la propuesta. En la Constitución se plasma el principio de la buena fe, que a mi juicio ha debido ser aplicado por los órganos constituidos en favor del pueblo, titular de la soberanía, para no crearle la falsa expectativa según lo cual lo que resolviese sería un mandato, si después le iba a decir -como le dice ahora la Corte- que nada mandó, que nada dispuso, que nada ordenó, sino que apenas expresó unas aspiraciones y unas exhortaciones que las ramas y órganos del poder público y los actores del conflicto armado podrán cumplir o no cumplir, como su gusto se lo indique, pues las expresiones de la voluntad popular carecen de toda fuerza vinculante.

En mi concepto, lo manifestado por el pueblo con indudable carácter imperativo, aunque no tenga la estructura formal de la norma jurídica, debe tomarse como criterio de interpretación de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico. Por provenir del titular del poder soberano y no de un

⁴² Sentencia C-338 de 1998.

órgano constituido, el Mandato condiciona la actividad y la gestión del aparato estatal y no solamente "puede" sino que "debe" ser tenido en cuenta para la adopción de sus decisiones, inclusive las que corresponden al legislador y las que competen a esta Corte. Desde luego, el Mandato estaba llamado a obligar también a los particulares y con mayor razón a todos aquellos que, en una u otra posición, toman parte en el conflicto armado que afecta a la República".

Es decir, en ese entonces la Corte Constitucional entendió que el pronunciamiento del pueblo, que se realizó por fuera de los mecanismos de participación contemplados en el artículo 103 de la Constitución, obligaba política y moralmente a las autoridades, pero no traía consecuencias normativas, ni menos aún, imponía un mandato específico a las autoridades.

Ahora bien, en el párrafo segundo de la norma examinada se fija una norma prescriptiva: todas las autoridades deben dictar las disposiciones que les corresponda para acatar el veredicto del pueblo, incluidas las reformas constitucionales que se derivan de ello. La expresión que utiliza el aparte correspondiente no deja lugar a dudas: las ramas y órganos del poder público, en la órbita de sus competencias, *"dictarán las disposiciones que les correspondan para acatar el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas"*. El **precepto es mandatorio y no simplemente potestativo o discrecional** de las autoridades a las que se dirige.

Entonces, de acuerdo con lo anterior, si se hiciera un juicio estricto de constitucionalidad se tendría que concluir que si el artículo 3° el inciso 2° del proyecto de ley en mención vincula jurídicamente a todos los poderes públicos la norma debería declararse inexecutable por cuanto desnaturaliza el plebiscito y le otorga un carácter que no tiene, dado que las modificaciones de la Constitución solo pueden adelantarse con la participación directa del pueblo a través de la asamblea constituyente o del referendo como lo disponen los artículos 374 y 378 de la carta del 91⁴³.

Estas disposiciones establecen en forma inequívoca que la Constitución puede ser reformada sólo por acto legislativo, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo, pero en ningún caso a través del plebiscito que no es el mecanismo constitucional idóneo para introducir cambios a la Carta Fundamental. Si así fuera, desconocería en su base constitucional que el

⁴³ En la sentencia C-551 de 2003, al referirse al referendo constitucional, la Corte manifestó: "224- En tercer término, las anteriores prohibiciones de que la Carta sea modificada por medio de actos electorales o plebiscitarios no es un elemento tangencial del régimen constitucional colombiano, sino que es un desarrollo básico de la idea misma de Estado de derecho y de régimen constitucional. La aspiración de un régimen de este tipo es instaurar un gobierno de leyes, y no de personas, a fin de proscribir la arbitrariedad. Esto supone que la sociedad y los gobernantes se someten a reglas adoptadas por procedimientos democráticos. Ahora bien, es de la esencia de una regla o de una norma tener una pretensión mínima de universalidad, esto es, debe tratarse de que una regulación expedida para regular un conjunto de situaciones que son iguales en sus aspectos relevantes. Esto obviamente no excluye la existencia de normas y reglas de muy poca generalidad, y que regulan entonces situaciones concretas y precisas. Sin embargo, para tener la naturaleza de regla, ella debe pretender regular de la misma manera todas esas situaciones concretas y precisas, esto es, debe ser universal pues se aplica a todos los casos iguales. Una regla no puede ser entonces puramente *ad-hoc*, esto es, no puede ser una regulación adoptada exclusivamente para ser aplicada a unos sujetos determinados y concretos. En tal caso, es una decisión puramente singular.

pueblo, en forma directa puede, modificar la Constitución, a través de un cuerpo extraordinario, elegido en el evento de la asamblea constituyente o directamente mediante el referendo, pero no a través del plebiscito.

De entenderse que a partir del veredicto popular se deben expedir todas las normas necesarias para la implementación y desarrollo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto, se establecería una excepción a las normas constitucionales que fijan los procedimientos para la modificación de la Constitución. Un control de constitucionalidad con sentido estricto tendría que llevar entonces a declarar inexecutable el segundo párrafo del artículo 3° examinado, más no así la obligación que se impone al Presidente de la República, pues los artículos 22 y 188 de la Constitución establecen una competencia explícita para la preservación de la convivencia y el orden público y en la consecución de la paz.

Pero, de otro lado, dado que **el pronunciamiento del pueblo no puede ser inocuo**, se podría también concluir, como lo hicieron en su momento los magistrados Martínez Caballeo y Hernández Galindo, que **la expresión ciudadana en las urnas tiene un carácter obligatorio para todas las autoridades** y que, en ese sentido, estarían vinculadas y obligadas por el mandato del cuerpo electoral.

Dado que el CNE es competente, en forma concurrente, para garantizar que la convocatoria al cuerpo electoral se realice con observancia de los derechos y libertad del elector, esto es, que el sentido de la consulta se encuentre en consonancia con la finalidad del mecanismo, como también que su decisión no sea inocua sino que tenga un carácter imperativo, y vincule en forma obligatoria a todas las autoridades, incluidas allí la rama legislativa, **se considera necesario que la H. Corte Constitucional pondere una y otra hermenéutica**, para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 3° del proyecto.

5.4. La participación de los servidores en las campañas por el SÍ o por el NO

El artículo 2° fija unas reglas “*especiales*” en el plebiscito para la refrendación del acuerdo final. Una de ellas se relaciona con la participación de los servidores públicos en las campañas que se realicen a favor del sí o del no.

El aparte pertinente (numeral 4°, art. 2°), señala lo siguiente: “*Salvo prohibición de la Constitución Política, los servidores públicos que deseen hacer campaña a favor o en contra podrán debatir, deliberar y expresar pública y libremente sus opiniones o posiciones frente al plebiscito para la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Queda prohibido utilizar bienes del Estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los servidores*”.

En relación con la participación de los servidores públicos en las campañas relacionadas con los mecanismos de participación es necesario tener en cuenta que el artículo 127 de la Constitución, modificado por el art. 1° del Acto Legislativo 2 de 2004 dispuso que los empleados de la rama judicial, de los órganos electorales, de control y seguridad, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en controversias de naturaleza política, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al voto.

Establece también que los empleados no mencionados atrás *“solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley estatutaria”*, agregando que el uso del empleo para respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta.

Con ocasión del referendo constitucional que llevo a cabo en el año 2003 la Corte examinó las restricciones de los servidores públicos en la participación en ese mecanismo de participación. Al efecto se analizaron dos aspectos: por una parte, el inciso 2° del artículo 127 de la C.P. que prohíbe a ciertos funcionarios participar en actividades partidistas y en controversias políticas; por otra, la prohibición contenida en la Ley 734 de 2002, Código Único Disciplinario (art. 48, numerales 39 y 40), según el cual se considera como falta gravísima *“Utilizar el cargo para participar en las actividades de los partidos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley”* y *“Utilizar el empleo para presionar a particulares o subalternos a respaldar una causa o campaña política o influir en procesos electorales de carácter político partidista”*.

Al respecto, la Corte Constitucional tiene establecido que la restricción que se impone a los servidores públicos de participar en *“controversias políticas”*, debe interpretarse en sentido estricto, pues *“hace referencia a las controversias políticas de tipo partidista o en el marco de procesos electorales, y en modo alguno a la intervención de éstos en deliberaciones o discusiones sobre temas públicos de interés general ajenas a los debates electorales o las disputas partidistas -de partidos o movimientos políticos-, pues supondría desconocer la importancia de la deliberación pública entre todos los ciudadanos para el funcionamiento de la democracia representativa y participativa”*⁴⁴.

Por consiguiente, el CNE no encuentra que la norma en mención sea inconstitucional y, antes por el contrario, permite realizar el principio de la participación ciudadana y el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, tal como lo establece el artículo 40 de la Carta.

Ahora bien, la circunstancia de que no se haya expedido la ley estatutaria de que trata el inciso 3° del artículo 127 no limita esa participación, pues esta se refiere a cuestiones de carácter partidista o propiamente electorales y no a los mecanismos de participación ciudadana.

⁴⁴ Sentencia C-794 de 2014

No obstante lo anterior, la última parte del numeral 4° del artículo 2° del proyecto, genera dificultades de interpretación. En efecto, dice el aparte respectivo: *“Queda prohibido utilizar bienes del estado o recursos del Tesoro Público, distintos de aquellos que se ofrezcan en igualdad de condiciones a todos los servidores”*.

Obsérvese que el aparte transcrito podría interpretarse de la siguiente forma:

1) Que a los ciudadanos les está prohibido utilizar bienes y recursos del estado para las campañas; 2) Que a los servidores públicos sí se les está permitido hacerlo; 3) Que el acceso a la utilización de los recursos públicos por los servidores públicos debe permitirse en igualdad de condiciones.

Si fuera esa la hermenéutica se rompería el **principio de igualdad** en las campañas entre los particulares y los servidores públicos, pues mientras que a los primeros se niega el derecho de acceder a bienes públicos y recursos del Estado a los segundos les está permitido.

Se solicita respetuosamente a esa H. corporación o bien, declarar inexecutable el aparte respectivo por ser violatorio del artículo 13 de la Constitución, o precisar su alcance a efecto de que se garantice el adecuado cumplimiento de los principios de la administración pública, en los términos que señala la parte inicial del mismo numeral.

5.5. Las reglas para garantizar la igualdad de derechos y deberes de las campañas y controles a cargo del CNE

El numeral 4° del artículo 2° del proyecto de ley que se examina dispone que le corresponde a la organización electoral garantizar el cumplimiento de los principios de la administración pública y la participación en igualdad de condiciones, equidad, proporcionalidad e imparcialidad en las campañas por el sí y por el no. A su vez, el párrafo primero de la misma disposición preceptúa que las campañas lideradas por movimientos cívicos, ciudadanos, grupos significativos de ciudadanos, partidos políticos y otras colectividades que participen en ellas, *“tendrán idénticos deberes y garantías, espacios y participación en los medios y mecanismos que señala el mismo artículo”*.

El artículo 5° del proyecto establece que la divulgación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera estará a cargo del Gobierno Nacional que debe garantizar su publicidad y divulgación, para lo cual debe diseñar una estrategia de comunicación que *“asegure la transparencia y el conocimiento a fondo de los acuerdos, con el objetivo de generar un debate amplio y suficiente”*.

Para suplir los vacíos que presenta la norma en lo que se relaciona con las campañas, el artículo 4° establece el reenvío a las leyes 134/94, 1757/15 y demás normas concordantes.

Por consiguiente, es necesario remitirse a estas leyes para identificar el marco regulatorio de las campañas del sí y del no, siempre que guarden coherencia con la campaña del plebiscito.

La primera de ellas es la contenida en el artículo 79 de la Ley 134 que dispone que el acceso de los partidos y movimientos políticos en la campaña del plebiscito a los espacios de televisión financiados por el estado se “*hará de conformidad con lo establecido en el referendo constitucional*”, indicando además que el gobierno dispondrá del mismo tiempo para expresar su opinión sobre el referendo.

La segunda se encuentra en el artículo 91 de la Ley 134 que establece las condiciones de acceso a espacios institucionales de televisión, tanto para los “*promotores a favor y en contra de la iniciativa, como los partidos y movimientos con personería jurídica*”, los cuales pueden acceder a estos espacios en los treinta (30) días anteriores a la fecha de votación que fije el Presidente de la República. La norma fija en “*por lo menos dos espacios institucionales en cada canal nacional de televisión*”, en tanto que el Gobierno puede disponer de tres espacios para presentar su posición.

La norma dispone que el CNE debe distribuir los espacios, señalar la duración de cada presentación y las reglas que deben observarse en ellos.

Por otra parte, la ley 134 establece que a la organización electoral le corresponde adelantar una campaña institucional para invitar a los ciudadanos a participar en la votación, pero que “*no podrá expresar juicio alguno sobre el texto que será votado, ni señalar sus ventajas, implicaciones o desventajas, si las hubiere*”.

En lo que se relaciona con la financiación de las campañas, el artículo 98 señala que el CNE debe fijar el monto máximo de dinero privado que podrá gastarse en cada una de las campañas. Al respecto, la Corte ha señalado que existen dos tipos de topes: los individuales y los globales. Estos topes persiguen la realización de fines constitucionales fundamentales, entre ellos, la igualdad, la lucha contra la corrupción y garantizar que la expresión ciudadana sea libre y transparente⁴⁵.

A juicio del CNE, las normas anteriores, se ajustan al texto constitucional.

Con todo, se solicita respetuosamente a la Corte Constitucional examinar la siguiente situación:

Dado que el plebiscito es un mecanismo de participación ciudadana que somete al escrutinio del cuerpo electoral una política del ejecutivo nacional y que, en este caso particular, el “*Acuerdo Final para la Terminación del*

⁴⁵ Sentencia C-141 de 2010

*conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*⁴⁶, sería suscrito por el gobierno, se plantea si, existen las condiciones institucionales adecuadas para garantizar que la “*divulgación del acuerdo final...*” se adelante en condiciones de igualdad, equidad, proporcionalidad e imparcialidad, pues como lo ha dicho esa superioridad, tratándose del plebiscito “*el pronunciamiento popular no se desprende totalmente de la persona misma del Presidente de la República*”

Téngase en cuenta que, tal como se encuentra diseñado el proceso de pedagogía y de divulgación, el gobierno nacional –siendo parte del acuerdo - asume la competencia para su divulgación y, además, puede acceder a unos espacios en los medios de comunicación social y, en particular, en la televisión para presentar su punto de vista.

Al entregarse al ejecutivo la conducción del proceso de divulgación se podría derivar en una situación de desequilibrio e inequidad, que **solo se contrarresta entregando a la organización electoral esa competencia en forma integral**, de tal manera que el ejecutivo nacional pudiera participar en la campaña sin asumir la responsabilidad establecida en el artículo 5°.

Se solicita, por consiguiente, que se declare la inconstitucionalidad del artículo 5° en cuanto genera una **situación de ventaja desproporcionada** en la labor de divulgación del contenido del Acuerdo a favor del gobierno nacional.

Lo anterior para garantizar en debida forma el principio del pluralismo y el juego en igualdad de condiciones de los distintos puntos de vista.

6. Alcance del control de constitucionalidad de normas que fijan reglas en los procesos de transición para la terminación de un conflicto armado

Dicho lo anterior, el CNE estima que el juicio de constitucionalidad que le corresponde adelantar a la Corte Constitucional en este caso específico, debería atender al objeto y los fines perseguidos con el plebiscito que se adelantaría a partir de las reglas que fija el proyecto de ley estatutaria.

Como se constata en los debates que se llevaron a cabo en el Congreso de la República, y se advierte desde su titulación, el proyecto pretende fijar las reglas para la convocatoria del plebiscito con el fin de que el cuerpo electoral se pronuncie sobre el Acuerdo Final para la terminación definitiva del conflicto armado.

En la exposición de motivos al proyecto inicial se advirtió que su objeto “*es permitir, que los colombianos participen de un Plebiscito para la implementación de los Acuerdos de Paz, con unas reglas especiales y en algunos asuntos diferentes, a las consagradas en las leyes estatutarias*”

⁴⁶ Sentencia C-150 de 2015

*regulatorias del artículo 103 constitucional, para este mecanismo de participación democrática, que desde la vigencia de la Constitución de 1991 no ha sido utilizado*⁴⁷. Y, en varias intervenciones de los legisladores en los debates que se surtieron en el Congreso, se menciona el propósito de expedir una serie de reglas que permitan la **transición a una situación de plena normalidad institucional**.

La misma opinión expresó el Ministro del Interior al señalar lo siguiente:

*“La posibilidad de ponerle fin al conflicto de más de 50 años en este país no se presenta todos los días, es una circunstancia excepcional y extraordinaria y, por ello, requiere **medidas extraordinarias y excepcionales**, una de ellas cambiar los procedimientos y abreviar los términos de la reforma constitucional, para implementar los acuerdos y la otra el mecanismo de refrendación, si creemos que debe haber un mecanismo excepcional que permita que las reglas de juego ordinarias de estos mecanismos de refrendación se mantengan, se preserven para todos los demás temas. Pero que se le haga entender al país que **esta circunstancia de la paz es excepcional y merece unos mecanismos y unos instrumentos excepcionales como este del plebiscito especial para la paz**, por eso quisiéramos insistirle a quienes han venido acompañando la iniciativa que mantengamos y preservemos el espíritu excepcional de estos dos proyectos que caminan hoy, que avanza en el Congreso de la República con el apoyo generoso y convencido de las mayorías de todos los partidos, no solamente de la Unidad Nacional, del **acto legislativo y del plebiscito especial para la paz**”*.⁴⁸

Al respecto, la Corte Constitucional señala que “*en contextos episódicos de transición social o institucional, debidamente probados*”⁴⁹, es necesario adoptar algunas **reglas de carácter transitorio** que no pueden examinarse bajo los estándares ordinarios de constitucionalidad.

En estos casos, la regla de “*generalidad que exige la Carta*” debe dar cabida a ciertas modulaciones que permitan “*facilitar el tránsito de un estadio a otro*”⁵⁰.

Así, a partir de la cláusula de excepción, la Corte ha recurrido al **principio de ponderación**, como referente para desarrollar las obligaciones derivadas de la garantía de los derechos y, en especial, de la paz.

⁴⁷ Gaceta 698 de 2015. Publicación del proyecto de ley estatutaria 94/15 Senado- 156/15 Cámara. Exposición de motivos.

⁴⁸ Proposiciones y discusión en el 1er y 3er debate – Gaceta 02 de 2016 –Comisiones primeras conjuntas.

⁴⁹ Sentencia C-784 de 2014

⁵⁰ Sentencia C-784 de 2014: “No es posible concebir la generalidad que exige la Carta, en contextos coyunturales de transición, al margen del modo como la Constitución misma abordó en su momento, y ha abordado posteriormente, otros momentos de transición. No se puede exigir el mismo grado de generalidad a las leyes o reformas con vocación de permanencia, dictadas en momentos en los cuales no se está en procesos de transición social o institucional, que a las leyes o reformas constitucionales que pretenden facilitar el tránsito de un estadio a otro”. Y en la sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional señaló que “los procesos de paz, reinserción y reincorporación de grupos guerrilleros a la vida civil constituyen objetivo prioritario de la gestión estatal y no se agotan en los conceptos de perturbación del orden público y de su control y restablecimiento, sino que son de mayor amplitud y comprometen en alto grado la responsabilidad de todas las ramas y órganos del Poder Público”.

Por lo demás, en **contextos de justicia transicional**, el asunto ha sido objeto de examen por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como una práctica necesaria para facilitar la transición en situaciones de conflictos armados internos⁵¹. Por supuesto, en el Estado Social de Derecho que nos rige, las reglas que modelan la transición están sujetas al orden constitucional, pero sin la rigurosidad y rigidez que impera en situaciones de normalidad.

En ese sentido, el CNE estima que el control de constitucionalidad en este caso excepcional debe atender los parámetros descritos, teniendo en cuenta que es necesario que la Corte Constitucional determine los **límites constitucionales** a los que se encuentra sujeto el proyecto de ley estatutaria, en cuanto a **i)** la materia del plebiscito, **ii)** al umbral de aprobación que establece, y **iii)** al alcance vinculante de la decisión.

7. Solicitud de modulación de la sentencia

De acuerdo a lo examinado se puede concluir que varios apartes del proyecto de ley estatutaria presentan dificultades de constitucionalidad que, en sentido estricto, deberían llevar a su inexecutable. Sin embargo, en virtud de la estructura participativa consagrada en la Constitución que se pretende realizar con la iniciativa que se examina, y en atención al principio de conservación de la legislación, se solicita respetuosamente a la Corte que profiera una sentencia modulativa en los términos que más adelante se precisan.

Para el efecto, es necesario recordar que la figura de la modulación de sentencias ha sido entendida por la Corte Constitucional como una solución en caso de tensiones normativas de jerarquía constitucional.

En particular se solicita que la H. Corte Constitucional profiera una **sentencia integradora de tipo sustitutivo**, esto es, que retire del ordenamiento jurídico unos apartes del proyecto de ley examinado y proceda a llenar ese vacío con un nuevo texto que se ajuste a la carta fundamental.

En palabras de esa superioridad:

*“La Corte ha sostenido que las sentencias integradoras son una **modalidad de decisión por medio de la cual, el juez constitucional proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal.** Las sentencias integradoras, en cualquiera de sus modalidades -interpretativas, aditivas o sustitutivas-, encuentran un claro fundamento en el carácter normativo de la Carta Política (C.P. art. 4º) y en los principios de efectividad (C.P. art. 2º) y conservación del derecho (C.P. art. 241), llamados a gobernar el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que facilitan la labor de mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el*

⁵¹ United Nations. Security Council. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Report of Secretary-General. 23 August 2004. En el mismo sentido Posner Eric A. y Adrian Vermeule. *Transitional Justice as Ordinary Justice*. The Law School, University of Chicago. March 2003.

sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador...

“Las sentencias integradoras de tipo sustitutivas se producen en aquellos casos en que la Corte retira del ordenamiento jurídico la disposición acusada o un aparte de la misma, y procede a llenar el vacío de regulación generado por la decisión con un nuevo texto que se ajuste a la Constitución Política. Las sentencias sustitutivas son entonces una mezcla de sentencia de inconstitucionalidad simple y de sentencia integradora, en el sentido que si bien en ellas se anula el precepto acusado, éste es reemplazado por un mandato que el propio fallo decide incluir o agregar al ordenamiento. De acuerdo con la doctrina especializada, el tipo de sentencia sustitutiva se caracteriza por adoptar, en forma sucesiva y concurrente, una postura ablativa, por medio de la cual se neutraliza la inconstitucionalidad advertida, y una postura reconstructiva, dirigida a llenar la laguna normativa creada por el vicio de inconstitucionalidad detectado”⁵².

A partir de lo anterior, le corresponde a la Corte Constitucional examinar los tres aspectos mencionados anteriormente.

7.1. Carácter expansivo de la democracia participativa y la nueva modalidad de plebiscito

Según este principio las formas de participación democrática no se agotan en los mecanismos enunciados en la Constitución y la ley.

La Corte Constitucional ha señalado que esa característica deriva del **carácter expansivo de la democracia**.

Por consiguiente es posible contemplar otros mecanismos de participación, diferentes a los existentes. Esta posibilidad se reconoce en forma específica desde la Ley 134 de 1994, en la que se reconocen “*otras formas de participación ciudadana*”⁵³ y en el artículo 1° de la ley 1757 de 2015 que reafirma lo anterior⁵⁴. Igualmente, ha sido examinada en distintas ocasiones por la Corte Constitucional⁵⁵.

La experiencia más destacada en cuanto al ejercicio de la participación ciudadana a través de mecanismos no convencionales es **Mandato Ciudadano por la Paz** que se llevó a cabo en el 26 de octubre de 1997. En ese ejercicio democrático cerca de diez millones de colombianos acudieron a

⁵² Sentencia C-325 de 2009.

⁵³ ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. “La presente Ley estatutaria de los mecanismos de participación del pueblo regula la iniciativa popular legislativa y normativa; el referendo; la consulta popular, del orden nacional, departamental, distrital, municipal y local; la revocatoria del mandato; el plebiscito y el cabildo abierto. Establece las normas fundamentales por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles. La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación ciudadana en la vida política, económica, social, cultural, universitaria, sindical o gremial del país ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta Ley.”

⁵⁴ ART. 1°. “La presente ley regula la iniciativa popular y normativa ante las corporaciones públicas, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto; y establece las normas fundamentales por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles. La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación democrática en la vida política, económica, social y cultural, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta ley.”

⁵⁵ Sentencias C-089/94 y C-150/15

las urnas, y depositaron una papeleta por la “*Vida, la Paz y la libertad*”. La iniciativa fue de origen ciudadano y su realización contó con el apoyo del gobierno de aquel entonces.

En ese momento, la Corte Constitucional estimó que el resultado en las urnas del Mandato no tuvo fuerza vinculante desde el punto de vista normativo, pues constituyó:

“(…) [U]na exhortación del pueblo a los órganos del poder y a los ciudadanos para que conformen su acción y su conducta a los principios políticos consignados en el Preámbulo y muy específicamente a la directriz contenida en el artículo 22, que prescribe: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.” Tal deseo, respaldado por una votación tan significativa, tiene un indudable valor político y un fuerte contenido moral, y debe obrar a modo de pauta orientadora de la actividad legislativa, gubernativa y judicial, lo mismo que de propósitos y metas de los ciudadanos, pero no es posible, constitucionalmente, erigirlo en parámetros obligados para confrontar con ellos el contenido de las leyes, mucho menos si éstas son anteriores a él y han sido ya objeto de análisis y de pronunciamiento de constitucionalidad por parte de la Corte”⁵⁶.

La Corte Constitucional le reconoció al Mandato “*un indudable valor político y un fuerte contenido moral*”⁵⁷, pero no **un alcance normativo específico**. En esa ocasión dos magistrados, José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero, salvaron su voto, en cuanto consideraron que esta decisión popular ha debido tener un **carácter imperativo**, “*aunque no -tuviese- la estructura formal de la norma jurídica*”.⁵⁸

La relevancia constitucional de este antecedente es que la expresión ciudadana generó una base significativa de apoyo a los diálogos de paz que se iniciaron en el gobierno de ese entonces y que se desafortunadamente no lograron cristalizarse en un acuerdo de paz.

En ese sentido, si la sentencia que dicte la Corte Constitucional en esta ocasión concluyera que el plebiscito que se convoca con base en el proyecto de ley estatutaria no tiene fuerza obligatoria, su sentido sería similar al del Mandato Ciudadano por la Paz de 1997, pero ya no solo como un mandato ciudadano, sino con la expresión de la concurrencia de la voluntad del poder ejecutivo y de la expresión del pueblo en las urnas. Un **Mandato de Paz**.

Y si así fuera, esa expresión popular no debería sujetarse a umbrales de aprobación o participación, y de mayorías predeterminadas, pues una expresión ciudadana de esa naturaleza no tiene porqué encontrarse atada a unos umbrales específicos de participación.

Su resultado debería tomarse como un criterio de interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico, del cual se derivan obligaciones específicas para las distintas ramas del poder público, las cuales tendrán que cristalizarse en la adopción de los cambios institucionales que se deriven del mandato ciudadano, observando las competencias constitucionales.

⁵⁶ Sentencia C-339 de 1998

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ *Ibidem*

En todo caso se solicita respetuosamente a la Corte Constitucional que fije, a partir de la definición de la naturaleza jurídica de los acuerdos de paz, el carácter vinculante de la decisión del pueblo frente a los poderes constituidos, en cuanto **obligación imperativa, política y moral que concreta la realización del derecho a la paz consagrado en el artículo 22 superior**.

Para este efecto, la H. Corte ha de tener en cuenta que junto con el proyecto de plebiscito se tramita en el Congreso un proyecto de Acto Legislativo mediante el cual se “*establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*”.⁵⁹

Lo anterior en razón a que, como se advirtió en los debates del proyecto en el Congreso, la iniciativa legislativa está creando un mecanismo de participación especial y excepcional para garantizar la transición institucional hacia la paz.

7.2. El principio de conservación del derecho y la solicitud de una sentencia modulativa

En segundo lugar, a partir del **artículo 241 de la Carta del 91**, la Corte Constitucional establece que para efecto del control de constitucionalidad de las leyes, han tenerse en cuenta, entre otros, dos criterios: el primero, el principio de conservación del derecho, según el cual los tribunales constitucionales “*deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático*”.⁶⁰ El segundo, que la Corte puede ejercer su competencia por medio de sentencias de modulación con el fin de establecer el sentido y el alcance de una determinada disposición, y, a partir de allí, condicionar su vigencia, adicionar su contenido o sustituir apartes precisos de la norma que examina.

Con base en estas precisiones, el CNE solicita respetuosamente a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad del proyecto, para lo cual podría ejercer **su poder de modulación de las sentencias** en el siguiente sentido:

a) Que una vez declarada inexecutable la expresión “*el plebiscito*” contenido en el título y en los artículos 1 y 2 numerales 1, 2 y 3 del texto, dicha expresión sea remplazada en donde se encuentre por la expresión “*mandato ciudadano*”.

Lo anterior a partir de dos consideraciones:

⁵⁹ Ver Gaceta del Congreso 181 de 2016. Proyecto de acto legislativo 04 de 2015 Senado y 157 Cámara de Representantes.

⁶⁰ Sentencia C-065 de 1997. “La Corte considera que la norma acusada admite también otra interpretación que la hace compatible con la Constitución. La jurisprudencia de esta Corporación considera que uno de los criterios que debe orientar sus decisiones es el llamado “principio de la conservación del derecho”, según el cual los tribunales constitucionales deben siempre buscar conservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático. Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla executable de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento”.

- i) Que la figura del plebiscito no puede imponer órdenes de modificaciones constitucionales, sin atender los procedimientos que para el efecto establece la misma Constitución. Al respecto, téngase en cuenta que el señor Ministro del Interior señaló que el pronunciamiento popular **no tendría un carácter vinculante, sino un efecto político.**
- ii) Que el mecanismo creado en el proyecto de ley es de carácter *sui generis* pues **no se puede ubicar en ninguno de los mecanismos de participación** que establece el artículo 103 de la Constitución y que tampoco podría considerarse como una consulta, pues ni esta ni el plebiscito son mecanismos idóneos para reformar la carta fundamental.

b) Que, en razón a lo anterior, se **declare inexecutable el umbral del 13% del censo electoral vigente establecido en el numeral 3, del artículo 1º**, como requisito para la aprobación de la consulta, por cuanto el mecanismo de participación creado, no requiere de un umbral, ni de participación, ni de aprobación. La Corte deberá declarar que al ser esta una manifestación ciudadana no se encuentra atada a unas mayorías determinadas. En todo caso, se mantendrán las obligaciones de la organización electoral en todos los aspectos que así lo menciona el proyecto.

c) Que disponga que el mandato proveniente del veredicto del pueblo expresado en las urnas que señala el **inciso 2º del artículo 3º**, no puede entenderse como un mecanismo directo de reforma constitucional, pero sí **constituye una expresión legítima del cuerpo electoral**, por consiguiente, **vincula a todas las autoridades del Estado a cumplir con la expresión ciudadana a favor de la terminación definitiva del conflicto armado.**

d) Que en el evento en que se declare la constitucionalidad del proyecto, se declare inexecutable la frase “*el Gobierno Nacional*” contenida en el artículo 5º del proyecto de ley y sea remplazada por la expresión “*la organización electoral*”. Para el efecto la Corte Constitucional especificará las funciones que competen tanto al CNE como a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Finalmente, ha de advertirse que la Constitución del 91 es la Constitución de la democracia participativa y, por consiguiente, mal podría concluirse que su texto no permite una expresión popular en asunto tal relevante como la consecución de la paz. Esa manifestación del pueblo realizaría el principio participativo, pero no podría ignorar los mecanismos de reforma que ella misma establece.

Ni el plebiscito, ni a consulta popular son mecanismos idóneos de reforma constitucional y de allí la modulación que se solicita.

En esta intervención se defiende la fórmula de un **Mandato de Paz** con instrumento idóneo para refrendar el apoyo popular a los acuerdos que paz.

En los anteriores términos se rinde el concepto solicitado.

De los H. Magistrados,

CARLOS CAMARGO ASSÍS

IDAYRIS YOLIMA CARRILLO PÉREZ

BERNARDO FRANCO RAMÍREZ

FELIPE GARCÍA ECHEVERRI

ANGELA HERNANDEZ SANDOVAL

ARMANDO NOVOA GARCÍA

EMILIANO RIVERA BRAVO

HECTOR HELI ROJAS JIMÉNEZ

ALEXANDER VEGA ROCHA

Proyecto presentado a la sala por el Magistrado Armando Novoa García.