Bogotá, octubre de 2020

**Comisión Primera Constitucional Permanente**

**Cámara de Representantes**

La Ciudad

**Ref.** Concepto de la Comisión Colombiana de Juristas sobre *el Proyecto de Acto Legislativo No. 194 de 2020 Cámara “Por medio del cual se establece el Voto Obligatorio y se modifica el artículo 258 de la Constitución Política de Colombia” y el Proyecto de Acto Legislativo No.345 de 2020 Cámara “Por medio del cual se modifica el artículo 258 de la Constitución Política creando medidas transitorias”.*

Respetados Representantes,

En este documento se realizan algunos apuntes sobre el Proyecto de Ley No. 411 de 2020 Cámara *el Proyecto de Acto Legislativo No. 194 de 2020 Cámara “Por medio del cual se establece el Voto Obligatorio y se modifica el artículo 258 de la Constitución Política de Colombia”* (en adelante PAL 1)y *del Proyecto de Acto Legislativo No.345 de 2020 Cámara “Por medio del cual se modifica el artículo 258 de la Constitución Política creando medidas transitorias”* (en adelante PAL 2)*.* Estos proyectos buscan establecer por diferentes caminos que el voto, no solo sea un derecho, sino un deber u obligación ciudadano. En este documento identificamos los cambios que proponen cada proyecto y analizamos de forma crítica su contenido para establecer si tanto deseables como viables jurídicamente.

1. **Análisis de los cambios a la Constitución que proponen cada uno de los proyectos**

**1.1 Cambio en la Constitución**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Estado actual de la Constitución Artículos** | | **Cambios en la Constitución** |
| **PLA 1** | | |
| **Artículo 258.** El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.  **Parágrafo 1o.** Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.  **Parágrafo 2o.** Se podrá implementar el voto electrónico para lograr agilidad y transparencia en todas las votaciones. | | Artículo 258. El voto es un derecho y un deber ciudadano **de obligatorio cumplimiento**. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La organización electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley **implantará** mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos**, igualmente implementará las sanciones y exoneraciones de responsabilidad pertinentes para los ciudadanos que incumplan esta obligación.**  **Parágrafo 1°.**Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de Corporaciones Públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.  **Parágrafo 2o**. Se podrá implementar el voto electrónico para lograr agilidad y transparencia en todas las votaciones. |
| **PLA 2** | | |
| **Artículo 258.** El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.  **PARÁGRAFO 1o.** Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.  **PARÁGRAFO 2o.** Se podrá implementar el voto electrónico para lograr agilidad y transparencia en todas las votaciones. | **Artículo 258.** El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualitariamente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.  **PARÁGRAFO 1o.** Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.  **PARÁGRAFO 2o.** Se podrá implementar el voto electrónico para lograr agilidad y transparencia en todas las votaciones.  **Parágrafo transitorio. Votar en todas las elecciones parlamentarias, presidenciales y de autoridades locales será un deber de obligatorio cumplimiento para todos los ciudadanos colombianos durante los 12 años siguientes a la expedición de la ley que desarrolle el presente parágrafo. Incumplir este deber conlleva una sanción monetaria.**    **Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de esta norma, la Registraduría Nacional del Estado Civil presentará un proyecto de ley mediante el cual reglamentará todos los asuntos pertinentes para la implementación del voto obligatorio transitorio en Colombia.**  **En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, las personas que lo consideren necesario podrán formular objeción de conciencia a este deber en declaración juramentada ante autoridad notarial. Dicha declaración será suficiente para evitar la sanción monetaria y el trámite notarial será gratuito.** | |

Los proyectos de reforma constitucional establecen formalmente dos cambios que, aunque son similares tienen un alcance diferente. Por un lado, el PLA 1 modifica el artículo 258 Superior en dos sentidos: i) establece constitucionalmente que el voto es un deber de obligatorio cumplimiento, eso lo hace a través de una modificación directa en el artículo 258; y ii) establece que el legislador debe consolidar el régimen de sanciones y exoneraciones frente al incumplimiento o imposibilidad de cumplir con el deber de votar. Por otro lado, el PLA 2 modifica el artículo 258 superior en un sentido: establece un parágrafo transitorio en donde indica que el voto será obligatorio por un periodo de 12 años, siendo necesario para esto una ley, cuyo proyecto será radicado por el por el Registrador Nacional en un término de seis meses posteriores a la sanción del proyecto.

A pesar de que tienen efectos similares los cambios a la Constitución que establece cada proyecto son distintos. El PLA 1 tiene un efecto permanente, salvo una reforma posterior a la Constitución, mientras que el PLA 2 tiene efectos transitorios, en tanto se agota el contenido obligatorio del voto en un plazo de 12 años al igual que en una sola vez la obligación de radicar el proyecto de ley que reglamenta la obligatoriedad del voto en cabeza del Registrador. En este sentido, el PLA 1 entiende que siempre será necesario el voto obligatorio mientras que el PLA 2 entiende que un periodo de obligatoriedad en el voto puede ser favorable para la democracia colombiana.

**1.2 Voto obligatorio ¿maximiza la democracia?**

Un asunto de fondo en ambos proyectos es la suposición de que el voto obligatorio maximiza la democracia y por ende es deseable. Es importante cuestionar este postulado a través de un entendimiento más complejo de la idea de democracia. Si bien este es un término difícil que tiene variedad de significados y que en muchos casos se utiliza como un significante vacío por parte de diversas corrientes políticas, un contenido básico de la democracia se encuentra en la pretensión de establecer un sistema de gobierno que permita, por un lado, que un pueblo se gobierne a sí mismo, y por el otro, que las personas que componen ese pueblo tengan la posibilidad de decidir libremente su proyecto de vida.

Esta doble pretensión está asociada a dos niveles que, aunque son complementarios, se pueden distinguir analíticamente: i) un nivel de participación política, en donde un sistema de gobierno que se precie de ser democrático debe establecer canales de participación para que los ciudadanos puedan autogobernarse, ya sea a través del prisma de la representación política como de la participación directa; y ii) un nivel de libertad personal, en donde un sistema democrático debe establecer las condiciones propicias para que sus ciudadanos desarrollen de forma autónoma sus proyectos de vida. Maximizar la democracia implica tanto propiciar la participación política como el nivel de libertad personal. En este sentido es un ejercicio mucho más complejo que implica de acciones ponderadas que permitan evaluar cómo se afecta cada nivel.

El voto obligatorio busca maximizar el nivel de participación política. Al establecer la obligación de votar en cada una de las contiendas electorales, la ciudadanía efectivamente debe participar en los diferentes encuentros electorales. Esto implica fortalecer la representación política, en tanto supone una votación mucho más alta para la Presidencia de la República, el Senado, la Cámara de Representantes, las alcaldías y las gobernaciones. También implica fortalecer la participación política, en tanto las votaciones no se reducen a la elección, sino que también son canales de participación democrática directa, como los plebiscitos, los referendos y las consultas populares. La votación obligatoria eliminaría la necesidad de establecer umbrales para estos mecanismos de participación directa, lo que presumiblemente acrecentaría su uso y efectividad. Estas son virtudes considerables que vale la pena tener en cuenta.

Bajo el prisma de la representación política, el voto obligatorio supone solo una parte del fortalecimiento democrático. Si bien aumentaría la participación en las contiendas electorales de elección popular, si esto no va acompañado de una apertura en la posibilidad de presentarse a estas contiendas, así como en la necesidad de recibir recursos para las campañas electorales, puede resultar en una legitimación de modelos autoritarios competitivos o de democracias de baja intensidad. Es decir, puede resultar en el fortalecimiento de un modelo político en donde las elites se someten cíclicamente a votaciones, pero no permiten participar a muchos sectores políticos en estas contiendas. Esto podría incluso minar la calidad democrática y bajar la competitividad electoral. En este sentido, el voto obligatorio si no va a acompañado de reformas hondas en el sistema electoral que generen una apertura democrática puede falsear la idea según la cual, a más participación electoral, más democracia. Este postulado, sin embargo, presenta la estructura de una falacia del tipo *non sequitur*, en el sentido en que no se sigue de un número más elevado de votantes haya una estructura democrática más arraigada en la comunidad, no al menos, cuando el voto tiene carácter obligatorio y el ciudadano que no ejerce el sufragio se ve enfrentado a una sanción económica. La idea a más votación, más democracia, tiene sentido en un sistema de voto libre, donde efectivamente una mayor participación puede señalar una penetración alta en la conciencia política de la población sobre la idea de elegir y ser elegido. En este sentido, el voto obligatorio es insuficiente para maximizar la representación política o reforzar nuestra moral democrática.

Bajo el prisma de la participación política, el voto obligatorio puede ayudar a impulsar el uso de mecanismos de participación directa. En Colombia, históricamente, estos mecanismos se han utilizado en pocas oportunidades y su uso ha estado ligado principalmente a proyectos políticos impulsados por el Presidente. El plebiscito por la paz del Gobierno de Santos y el referendo reeleccionista del Gobierno de Uribe son muestra de esto. El voto obligatorio puede desincentivar el uso de estos mecanismos en gobierno impopulares, así como diversificar su uso por parte de la ciudadanía, en tanto serían espacios de convergencia política que podrían servir para superar tapones institucionales, tanto en el legislador, como en el Presidente y en las Cortes. Especialmente cuando el origen de los mecanismos sea popular. En este sentido, el voto obligatorio tiene el potencial para maximizar la participación política, sin que ello resulte necesariamente en un fortalecimiento de la democracia. Es decir, se cambaría un mal síntoma por uno positivo, pero no se atacaría la dolencia final, que es la falta de compromiso de una extensa cantidad de ciudadanos con el sistema de decisión política consagrado en la Constitución.

Por otro lado, el proyecto de forma evidente descuida y afecta el nivel de libertad personal. El voto, al convertirse en una obligación omite que la participación política está supeditada al desarrollo personal y de un determinado proyecto de vida que establece cada ciudadano. Dentro de un sistema democrático, los ciudadanos tienen el derecho a disentir, incluso con el mismo modelo político en que se encuentran. Aún cuando este disentimiento sea radical, como es el caso de la filosofía política anarquista, sin que esto los autorice para utilizar medios violentos en la expresión de esta disidencia política. Por ende, obligar a votar a un ciudadano que concienzudamente considera que instituciones como el voto son inadecuadas resulta, paradójicamente, en un acto eminentemente anti-democrático.

En este sentido, a nivel de libertad personal ambos proyectos terminan rechazando la pluralidad política en su máximo nivel, que incluye la posibilidad de rechazar públicamente y sin violencia los canales por los que se participa políticamente, como el voto. La abstención activa, es decir la posibilidad de no votar por estar en desacuerdo con el sistema institucionalizado de participación política, está cobijada por derechos como la igualdad (artículo 13 Superior), el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 Superior), participación y pluralidad política (artículo 40 Superior) y estos proyectos de reforma constitucional omiten, impiden y sancionan su mera existencia, cuando es, por el contrario, una posición completamente legítima.

De esta forma, si bien el voto obligatorio puede maximizar la participación democrática directa, también acarrea problemas en el ámbito de la representación política si no está acompañado de una apertura democrática, e impacta de forma negativa e intensa en el nivel de libertad personal. Tomando como punto de partida una idea integral de democracia que garantiza no solo la participación política, sino la posibilidad de desarrollar un proyecto autónomo y forjado por las convicciones de cada ciudadano ya no es tan claro si el voto obligatorio maximiza la democracia, o si por el contrario omite elementos necesarios para su configuración.

***1.3 Viabilidad constitucional de los proyectos de reforma constitucional***

En la sentencia C 551 de 2003, la Corte empezó la doctrina de la Sustitución de la Constitución. En esta decisión, a través de una distinción conceptual entre poder constituyente originario y derivado, la Corte argumenta que debe revisar sustancialmente las reformas a la Constitución para identificar si el Congreso, que actúa como un poder derivado, es competente para realizar un cambio o si por el contrario este desborda su capacidad al transformar radicalmente la Constitución, lo que sería competencia del poder constituyente originario. A través de esta jurisprudencia la Corte soslayaba los artículos 241 y 379 de la Constitución, que, si bien le permiten revisar las reformas constitucionales, indican que este control solo puede revisar los vicios de forma[[1]](#footnote-1). En este sentido, al tener en el centro la competencia del Congreso, y al ser este un elemento formal -bajo la lógica de la doctrina de la sustitución de la Constitución–, la Corte revisa sustancialmente las reformas para identificar si el Congreso es o no competente, es decir para identificar si se configura un vicio de forma[[2]](#footnote-2).

La doctrina de la sustitución a la Constitución implica un control sustancial sobre el poder de reforma de la Constitución que ostenta el Congreso, pues establece que las reformas no pueden transformar radicalmente la Constitución hasta hacerla identificables, pues podrían incurrir en un vicio de competencia. En este caso, este análisis es fundamental para identificar la viabilidad de voto obligatorio. Para contribuir a la discusión parlamentaria consideramos que vale la pena destacar algunos elementos sobre el sistema político colombiano que establece la Constitución, y que son elementos de juicio valiosos para identificar si el Congreso es competente o no con para llevar a cabo esta reforma.

La Constitución establece, en su artículo 1, que Colombia es un Estado Social de Derecho democrático, participativo y pluralista. La utilización de estos tres elementos para llenar de contenido el Estado Colombiano, nos permite entrever que el modelo político que establece la Constitución está orientado a la búsqueda de una democracia integral que ofrezca a sus ciudadanos la posibilidad de participar en las decisiones públicas, así como de llevar a cabo su proyecto de vida de acuerdo a sus más íntimas convicciones. Si bien la participación electoral es un problema gigantesco dentro de nuestra democracia, la alternativa que proponen los proyectos objeto de este análisis es introducir un mal menor para alcanzar un bien mayor. El mal menor es suprimir la posibilidad de disentir con el voto, limitando así la libertad ciudadana. El bien mayor es ampliar los contornos de nuestro débil sistema democrático logrando que la expresión ciudadana en las elecciones sea robusta. El problema es que el mal menor es significativo, ya que supone limitar el carácter pluralista del modelo político que establece la Constitución, cuyos límites desbordan el espectro político del voto y garantizan expresiones disidentes ante el mismo sistema político. Obligar a votar puede ayudar a enfrentar un problema histórico de nuestro régimen político a través de un mecanismo que disminuye la calidad democrática y que va en contra de la orientación pluralista que establece la Constitución. Esto puede afectar la viabilidad de ambos proyectos, aunque vale establecer que el PLA 1, al tener efectos permanentes, puede tener menor viabilidad que el PLA 2, cuyos efectos son transitorios, y pude leerse como un espacio de fortalecimiento transitorio de las instituciones electorales.

Esta limitación es aún más significativa si se tiene en cuenta que la Constitución, en su artículo 7, también indica que somos un país con diversidad étnica y cultural. En un escenario de pluralismo étnico y cultural cabe la posibilidad de que para muchas poblaciones dentro del territorio nacional el voto, como una institución dominante de las democracias occidentales, constituye una experiencia extraña a sus prácticas políticas, que puede constreñir profundamente otras visiones diferentes y diversas de lo político. En este sentido sería una imposición arraigada en un sistema de participación política originado en las discusiones de los siglos XVI, XVII Y XVII en Europa y Norteamérica. Estas consideraciones vale ternarlas en cuenta dentro de la redacción al proyecto.

Una alternativa para armonizar estas dificultades seria contemplar la posibilidad de aplicar la figura de objetores de conciencia a la obligación de votar. La introducción de un parágrafo al articulo 258 que establezca de forma expresa esta garantía podría ayudar a conservar el carácter pluralista del sistema político, especialmente frente al hecho de salvaguardar la garantía de que el Estado, ni siquiera buscando bienes mayores, puede obligarnos a actuar en contra de nuestras más profundas e intimas convicciones. Y también ayudaría en términos de viabilidad constitucional frente a la posibilidad de la que la Corte Constitucional revisara posteriormente estas reformas.

Esperamos que estos comentarios contribuyan a mejorar *el Proyecto de Acto Legislativo No. 194 de 2020 Cámara “Por medio del cual se establece el Voto Obligatorio y se modifica el artículo 258 de la Constitución Política de Colombia” y el Proyecto de Acto Legislativo No.345 de 2020 Cámara “Por medio del cual se modifica el artículo 258 de la Constitución Política creando medidas transitorias”.* Consideramos que son muy útiles para el debate parlamentario. También manifestamos nuestro interés de seguir participando en estos valiosos espacios de deliberación publica sobre aspectos cruciales para el país, como lo es el voto obligatorio.

Para cualquier comunicación con La Comisión Colombiana de Juristas, nuestros datos son los siguientes: correo personal la Carrera 15 A Bis No. 45-37 de la ciudad de Bogotá. Tel: (+1) 794 43 33. Correo electrónico: info@coljuristas.org.

1. Si desea profundizar sobre vicios de forma en el procedimiento legislativo vea: Alfonso Palacios Torres, Concepto y Control del procedimiento legislativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. [↑](#footnote-ref-1)
2. Si desea profundizar sobre la teoría de la reformas constitucionales inconstitucionales vea: Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments, London: Oxford University Press, 2017. [↑](#footnote-ref-2)