

Bogotá, D. C., 26 de marzo de 2021

TPC-061-2021

Magistrado
Jorge Enrique Ibáñez Najjar
Corte Constitucional
Ciudad

Asunto: Concepto técnico de Transparencia por Colombia para la elaboración del proyecto de fallo- Proyecto de Ley Estatutaria número 234 de 2020 Senado-409 de 2020 Cámara, por la cual se expide el Código Electoral colombiano y se dictan otras disposiciones.

Honorable Magistrado Ibáñez,

Desde Transparencia por Colombia agradecemos la invitación para presentar un concepto técnico para la elaboración del proyecto de fallo del PLE 234 de 2020 Senado-409 de 2020 Cámara. Como organización de la sociedad civil, durante más de 20 años Transparencia por Colombia ha liderado diversas iniciativas de lucha contra la corrupción y por la transparencia, en lo público y en lo privado, para promover una ciudadanía activa, fortalecer las instituciones, consolidar la democracia, fomentar una ciudadanía activa y avanzar hacia un país libre de corrupción, en el que estos actos no sean tolerados. Parte de estas acciones han buscado incidir para que el acceso al poder público se realice en condiciones de transparencia, responsabilidad y equidad. Para tal fin se ha profundizado en el análisis y seguimiento al financiamiento de la política, identificando tanto patrones como alertas en el origen, monto, destinación, manejo y control de estos recursos.

A partir de esta experiencia a continuación se presentan algunas observaciones sobre el texto conciliado del PLE 234 de 2020 Senado-409 de 2020 Cámara, las cuales giran en torno a: consideraciones de carácter general sobre el Código Electoral; las funciones del Consejo Nacional Electoral; el reconocimiento del derecho de acceso a recursos para el financiamiento de campañas y de partidos; y los controles al financiamiento privado de la actividad electoral. Estas consideraciones buscan destacar puntos significativos en la materia, así como exponer algunos aspectos que se considera necesario analizar de forma más amplia en el desarrollo del fallo, dado que el texto Código Electoral aborda de manera dispersa algunas disposiciones relativas al financiamiento de la política, pero deja de lado la oportunidad de abordar este elemento de manera más integral.

1. Consideraciones generales

Además de la importancia de consolidar en un solo cuerpo normativo las distintas disposiciones sobre el desarrollo de la actividad política electoral y actualizar la legislación en la materia, la codificación de las normas electorales a través del Código Electoral representa una oportunidad

para fortalecer el sistema democrático, generando mayor confianza, legitimidad y transparencia en los procesos de acceso al poder mediante mecanismos de elección popular. Precisamente en ese sentido es que se fija como objeto del código (artículo 1) la regulación del derecho constitucional de elegir y ser elegido como se consagra el artículo 40 de la Constitución Política. Así mismo, el Código incluye dentro de los principios para la función electoral la publicidad y transparencia de todas las etapas del proceso electoral. Lo anterior se complementa con el principio de integridad electoral, por cuanto entiende el proceso electoral en forma articulada de acuerdo a sus fases preelectoral, electoral y poselectoral (artículo 4, numerales 12 y 13). Esto significa para la ciudadanía la garantía de conocer de manera oportuna y eficaz la información relevante en torno a cada una de las etapas del proceso político-electoral.

Una etapa fundamental de ese proceso consiste en el acceso a recursos para financiar la actividad política- electoral. En efecto, la calidad de la democracia, así como la fortaleza institucional, tienen mucho que ver con la forma en que se financian las campañas y los partidos políticos. Para contribuir a un sistema electoral fuerte y asegurar unas elecciones libres y transparentes, se requieren mejores controles en el origen, montos y destinación de los recursos. Asimismo, es necesario fortalecer los espacios de rendición de cuentas del manejo de estos recursos, no solo frente a la autoridad electoral sino también, frente a la ciudadanía.

Los resultados del Índice de Percepción de Corrupción elaborado por Transparencia Internacional¹, han evidenciado para Colombia, entre otras cosas, un estancamiento en las iniciativas de lucha contra la corrupción. Como estrategia para superar esta situación y reducir la corrupción, se destaca la pertinencia de adopción de acciones para ajustar el sistema de participación política y electoral particularmente en lo relativo al acceso a recursos. En efecto, en tanto las elecciones y la financiación de los partidos políticos estén sujetas a la influencia indebida de intereses particulares, se tendrán menores posibilidades de reducir la corrupción. Precisamente por lo anterior, las recientes iniciativas de reforma política y de lucha contra la corrupción en el país, han estado acompañadas por la demanda ciudadana de mayor transparencia y credibilidad en el ejercicio de la política.

2. Sobre las funciones del Consejo Nacional Electoral

El artículo 14 del Código aborda el alcance, misión y funciones del Consejo Nacional Electoral (CNE). Este artículo reitera lo estipulado en el artículo 265 de la Constitución Política y los decretos 2085 y 2986 de 2019, sobre el rol que tiene el CNE de suprema inspección, vigilancia y control de la Organización Electoral gozando, además, de autonomía administrativa y presupuestal, y de la potestad de expedir las medidas necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones. Lo anterior se complementa en el artículo 15 donde se recogen las funciones del CNE entre las que se encuentran aplicar el régimen sancionatorio a las organizaciones políticas (numeral 1); nombrar, a sus servidores públicos, crear grupos internos, elaborar su presupuesto,

¹ Ver: <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2019-global-highlights> y, <https://www.transparency.org/es/news/cpi-2020-global-highlights>

ordenar el gasto y definir todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de sus funciones (numeral 11).

Un diagnóstico sobre las capacidades del CNE en lo que respecta al monitoreo, control y sanción del financiamiento de la política, adelantado por Transparencia por Colombia en el año 2018², arrojó que a pesar de las disposiciones constitucionales sobre la misión y alcance de esta autoridad electoral, a la fecha no se había avanzado en su reglamentación efectiva, situación que lleva a que en la práctica el CNE tenga varios problemas de carácter estructural como los siguientes:

- **Falta de autonomía administrativa y financiera:** a nivel de estructura del Estado, el Consejo Nacional Electoral se ubica como una unidad ejecutora especial. A pesar de que a nivel constitucional se le otorga independencia al órgano electoral, tal y como se reitera en el texto del Código, en la práctica la ordenación del gasto para el CNE está en cabeza de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Además, el CNE carece de estructura administrativa y orgánica, no tiene planta propia de personal ni carrera administrativa especial.
- **Falta de definición de las funciones de cada una de las áreas que componen el CNE:** ante la ausencia de independencia administrativa del CNE, tampoco se ha avanzado en una definición clara de su estructura, áreas y funciones. Aunque está definida su composición en la Sala Plena y asesorías temáticas, no hay definición clara de las funciones de competencia de estas áreas ni tampoco del alcance a nivel decisorio.
- **Naturaleza de autoridad administrativa:** si bien el Código General del Proceso, ley 1437 de 2011, y en general el ordenamiento jurídico colombiano contemplan la posibilidad de que ciertas autoridades administrativas impartan justicia bajo reglas de equidad con las instituciones que desarrollan la función judicial, el CNE no cuenta con dicha potestad. Lo anterior implica una duplicidad de funciones, puesto que, aunque al interior de este órgano se adelantan investigaciones y se recolectan pruebas, es el Consejo de Estado quien se erige como órgano de cierre en controversias electorales, tales como la declaración de la nulidad de una elección, la pérdida de investidura y la pérdida de cargos.
- **Nominación y elección de los Magistrados del CNE:** uno de los aspectos que limita las funciones del CNE en materia de monitoreo y control a las organizaciones políticas y al proceso político electoral, es la forma de nominación de sus Magistrados que se origina al interior de los partidos y cuya elección depende de la votación que se realice en el Congreso de la República. Esta situación lleva a cuestionar si el CNE tiene limitaciones en la capacidad de tomar decisiones de manera objetiva e independiente de quienes los nominan y eligen. En el proceso de discusión en el legislativo del Código Electoral se dejó en claro que esta materia no era objeto de regulación mediante este proyecto de ley, puesto que debe discutirse a nivel de una reforma política de carácter constitucional. Sin embargo, en el Código se incluyen algunas disposiciones que podrían acrecentar este cuestionamiento. Por ejemplo, la conformación de los Tribunales de Vigilancia y Garantías Electorales, según se indica en el artículo 20 del

² Este diagnóstico puede consultarse en el siguiente enlace:
<https://transparenciacolombia.org.co/2019/01/24/propuestas-de-ajuste-a-los-procesos-de-revision-control-y-sancion-del-financiamiento-de-campanas-politicas/>

Código, se realizará por el CNE de conformidad con la ley y el reglamento que se expida. Esta potestad le otorga un alto nivel de discrecionalidad a sus Magistrados para elegir a quienes ejerzan dicha función. Sin embargo, el Código no establece parámetros que en la reglamentación que el CNE expida se evite que la elección de las personas que conformarán los Tribunales de Vigilancia y Garantías Electorales estén bajo la incidencia o control que puedan ejercer los partidos y líderes políticos a nivel territorial.

Frente a estas observaciones, el texto conciliado del Código Electoral debería representar la oportunidad de avanzar efectivamente hacia el logro de esa independencia administrativa y financiera que por mandato constitucional debe tener el CNE. También debe ser la oportunidad de concretar la definición y el alcance de sus potestades como autoridad suprema para la inspección, vigilancia, control y sanción de “los partidos, movimientos políticos, grupos significativos de ciudadanos, organizaciones sociales que ejerzan el derecho de postulación a sus candidatos y las directivas de las campañas electorales” (artículo 15, numeral 1).

3. Sobre el reconocimiento del derecho de financiamiento de las campañas y de los partidos políticos:

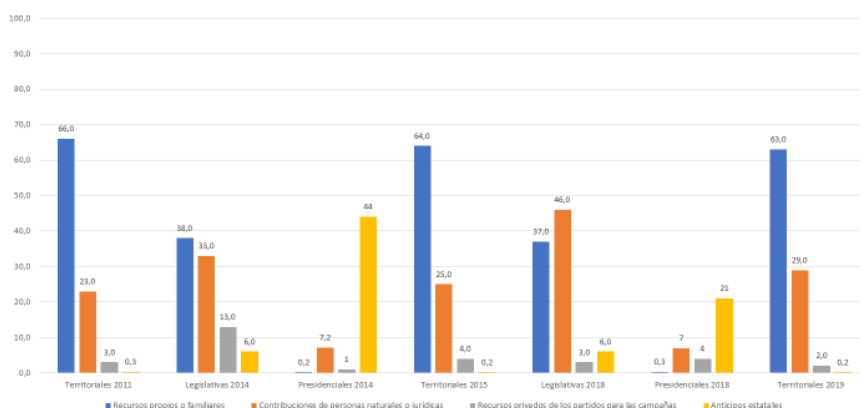
En Colombia, la actividad político-electoral se financia mediante la confluencia de recursos públicos y privados. El financiamiento público tiene como fin promover la participación política y generar mayores condiciones de equidad en la contienda, cumpliendo con lo que estipula el artículo 109 de la Constitución Política. No obstante, el acceso a los recursos públicos para el financiamiento prioriza la reposición de gastos por votos, es decir que su entrega se haga posterior al desarrollo de las campañas y dependiendo del resultado en las urnas. El derecho de participación política queda entonces sujeto a la posibilidad de éxito en los procesos electorales. Esta situación en la práctica lleva a que las campañas políticas en Colombia se financien en su gran mayoría con recursos de origen privado, los cuales representan otros retos en materia de monitoreo y control al origen lícito de los mismos, así como a la posibilidad de que, vía financiamiento privado, se ejerza presión indebida en los candidatos y representantes elegidos por voto popular.

Una de los principales vacíos en este Código Electoral es que deja por fuera las funciones que debe tener el CNE en materia del reconocimiento y aprobación de recursos vía anticipos para las campañas (con excepción a las menciones que hace en el artículo 236 sobre los anticipos para apoyar las consultas partidarias). Desde el año 2011, Transparencia por Colombia hace seguimiento a los reportes de ingresos y gastos de campañas que los candidatos y partidos políticos entregan al CNE en cumplimiento con las disposiciones contenidas en la ley 1475 de 2011. A través del registro del origen, monto y destinación de estos recursos, se ha podido determinar que la financiación pública de las campañas vía anticipos estatales es mínima. Además, el proceso para acceder a estos recursos es demasiado complejo y poco efectivo³. En efecto, un

³ Este monitoreo se ha hecho principalmente a través del aplicativo *Cuentas Claras*, herramienta de registro de los movimientos contables de candidatos y organizaciones políticas elaborado por TPC y donado al Consejo Nacional Electoral en el año 2011. A partir de esa fecha, el aplicativo ha sido avalado como el canal oficial para el envío de los

comparativo de las elecciones celebradas en los últimos 10 años muestra que (a excepción de las elecciones presidenciales, que tienen un marco normativo diferente), ningún proceso electoral ha alcanzado a superar el 2% de aportes estatales entregados bajo la figura de anticipos, a pesar de que esta sería la modalidad más adecuada para garantizar el derecho de participación política en condiciones de igualdad.

Histórico de Ingresos



Fuente: Informes reportados a través de Cuentas Claras, analizados por Transparencia por Colombia

Entre las funciones del CNE que se listan en el artículo 15 del Código Electoral, se incluye también que, el plazo máximo de 6 meses para reconocer el derecho de reposición de gastos. La fijación de este plazo se destaca como una forma de garantizar celeridad en el proceso de certificación y aprobación de los recursos estatales a los cuales tienen derecho los candidatos que participan en las contiendas electorales. Sin embargo, se deben tener en cuenta los siguientes elementos para que la determinación del derecho de acceso a recursos vía reposición de gastos no vaya en contravía de otras reglamentaciones en materia de inspección, vigilancia y control al financiamiento:

- Para aprobar la reposición es menester de la autoridad electoral hacer un proceso de revisión de los informes de ingresos y gastos. Estos informes suelen presentar falencias en la forma y/o la calidad de la información presentada, situación que lleva a que el CNE solicite al partido el ajuste de la información reportada, para poder avanzar con el proceso de certificación del informe. A la fecha no hay un término legal establecido frente al alcance, oportunidad y plazos para que los partidos y movimientos políticos corrijan sus informes de ingresos y gastos.
- En el seguimiento a este tema con el CNE, Transparencia por Colombia ha podido determinar

reportes de ingresos y gastos de campañas y partidos a la autoridad electoral, convirtiéndose también en el principal canal de acceso a información pública sobre este tema.

que la no existencia de dicho término legal, transforma la revisión de ingresos y gastos en un procedimiento ineficaz, que se extiende en el tiempo y no permite resultados o hallazgos oportunos, lo que a su vez incide negativamente en el proceso de certificación de los informes contables y en la aprobación de la reposición de gastos por votos válidos.

Por lo tanto, para cumplir con el plazo que contempla el Código se requiere, por una parte, incrementar los controles y sanciones a los partidos políticos por el envío de información errónea o de baja calidad, tema que no se aborda en el Código Electoral y que debe quedar como tarea urgente a reglamentar desde el CNE; y, por otra parte, en desarrollo de las funciones que se le reconocen al CNE, se deben asegurar las capacidades técnicas y humanas suficientes para que el CNE haga una revisión juiciosa y oportuna de los informes contables.

Sobre el financiamiento estatal de las organizaciones políticas, el parágrafo 1 del artículo 15 del Código también indica que, para asegurar el derecho de participación política de los ciudadanos, el CNE vigilará y controlará que los recursos sean consignados de manera integra y oportuna dentro de los 6 meses siguientes a la presentación de los informes, **sin condición alguna** (la negrita se resalta para efectos de este documento). Estos informes de funcionamiento deben dar cuenta del manejo de los recursos tanto públicos como privados que utiliza el partido para financiar sus actividades de carácter institucional. Para que el CNE haga el reconocimiento y consignación de los recursos de funcionamiento se requiere que los reportes enviados por los partidos sean claros, completos y cuenten con todos los soportes necesarios. Además, estos deben reflejar el uso adecuado de dichos recursos de acuerdo con la destinación fijada en el artículo 18 de la ley 1475 de 2011. Sin embargo, la inclusión en el texto del parágrafo de la frase “sin condición alguna”, podría llevar a malinterpretaciones toda vez que los partidos políticos sí deben observar las condiciones necesarias para asegurar que ese recurso estatal sea usado de manera transparente y acorde a los principios constitucionales y normativos de inclusión y promoción de la participación.

4. Controles al financiamiento privado de la actividad electoral.

En el marco del financiamiento mixto de campañas políticas, se reconocen los aportes privados de personas naturales y jurídicas, como una forma legítima de participación y expresión de intereses políticos. Además, estos recursos facilitan la interlocución entre los donantes y los candidatos que son elegidos por voto popular.

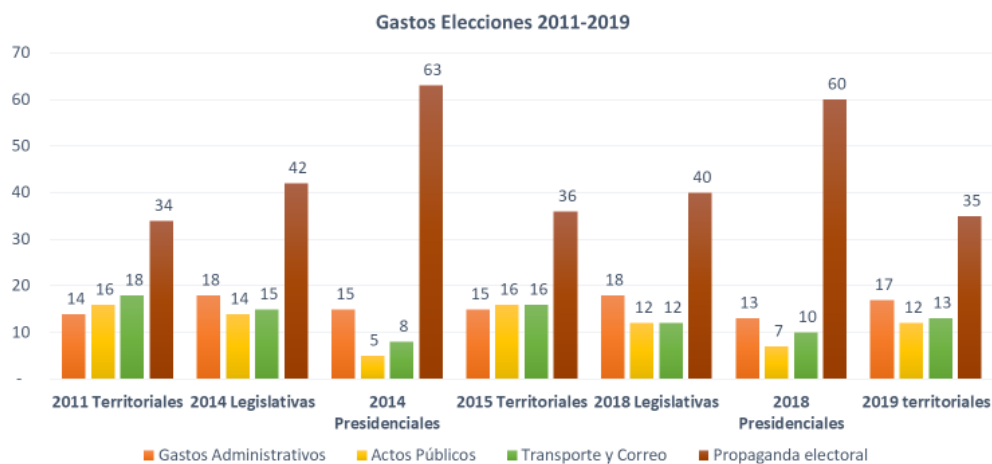
Es importante reconocer que el PLE 234 de 2020 Senado-409 de 2020 presenta avances en temas de financiación política y de campañas, como por ejemplo las reglas para la inscripción de candidatos por grupos significativos de ciudadanos. El artículo 72 enfatiza la obligación de estos grupos de reportar en tiempo real los ingresos percibidos y los gastos empleados en el proceso de recolección de firmas para la inscripción de sus candidaturas. Además, indica que las normas sobre el financiamiento electoral que rigen para las campañas aplicarán para este fin. Esta medida llena un vacío que existía en la materia y que en la práctica llevaba a que, por falta de información, seguimiento y reglamentación en la materia, se ignoraran los topes máximos de recursos a invertir o se desconocieran las fuentes permitidas y las prohibidas para el financiamiento de estos procesos.

Otro punto relevante en este artículo es la mención a que esta rendición de cuentas debe hacerse en tiempo real a través del medio que disponga el CNE. La rendición de cuentas de manera oportuna es una condición necesaria para incrementar las condiciones de transparencia en el financiamiento, así como las capacidades de inspección, vigilancia y control al origen y uso de estos recursos. En este sentido sería importante extender la obligación normativa de la rendición de cuentas en tiempo real a las campañas electorales. Así mismo, es importante mencionar que el CNE ya cuenta a través del aplicativo Cuentas Claras como el mecanismo necesario para asegurar este reporte, cumpliendo a la vez, con los principios de transparencia y acceso público a esta información.

Al respecto, a pesar de que este aplicativo constituye en la actualidad el principal mecanismo de rendición de cuentas, a nivel normativo no se ha definido sanción alguna por la no utilización del mismo. Es decir, las resoluciones emitidas por el CNE han hecho obligatorio su uso, pero no han desarrollado nada respecto a las sanciones por el incumplimiento con esta obligación, tema que habría sido de gran relevancia si se hubiera abordado de manera más integral en el texto del Código Electoral.

Frente a la destinación de recursos para sufragar la actividad electoral, el Código indica en el parágrafo del artículo 102 la obligación de reportar ante el CNE todos los gastos incluyendo destinados para la propaganda en redes sociales y plataformas digitales, de acuerdo con lo estipulado en la ley 1475 de 2011. Además, artículo 104 indica que el monto gastado en esta propaganda no puede exceder los topes máximos permitidos, dejando como tarea para el CNE, en el término de 6 meses, la reglamentación de la propaganda electoral por medios electrónicos. En efecto, uno de los principales disparadores de los gastos de campañas es la propaganda electoral, la cual cada vez más está migrando a las redes sociales.

Histórico de gastos



Fuente: Informes reportados a través de Cuentas Claras, analizados por Transparencia por Colombia

Por lo anterior, en la reglamentación de esta propaganda se deben tomar en cuenta aspectos relacionados con los mecanismos de control. Puede ser mediante la contratación de empresas de monitoreo de medios o a través del desarrollo de herramientas tecnológicas que faciliten dicho seguimiento. Esto debe venir de la mano con el cumplimiento del mandato legal de hacer un estudio de costos reales de las campañas electorales como lo señala la ley 1475 de 2011.

En materia de regulación y control al origen de los recursos para el financiamiento de campañas, el Código Electoral incluye como elemento innovador la autorización de la financiación de campañas por medio de plataformas de recolección de contribuciones, donaciones y créditos, políticas, como se indica en el artículo 271. Esta financiación debe observar ciertas condiciones que incluyan que los aportantes declaren bajo la gravedad de juramento que no están inmersos en las prohibiciones legales o constitucionales para la financiación de campañas políticas. Además, se indica que en caso de que el aportante se encuentre inmerso en una prohibición legal o constitucional y no lo haya manifestado, **se eximirá de responsabilidad al candidato** (la negrita se resalta para efectos de este documento). Es necesario revisar como mayor cuidado esta aclaración en el texto del artículo, toda vez que mediante la exclusión de responsabilidad del candidato se puede generar un escenario -de por sí ya preocupante- en el cual recursos de origen ilícito o de fuentes prohibidas entran a las campañas electorales. Además, va en directa contradicción con las disposiciones normativas que se recogen en las leyes 130 de 1994, 996 de 2006 y 1475 de 2011.

Finalmente, a partir de este concepto técnico, queremos exhortar a la Corte Constitucional para que invite al Congreso a legislar en los temas que quedaron fuera de este Código Electoral, y que dejan brechas en los principios constitucionales, particularmente, los temas relativos al sistema de financiamiento de la actividad política electoral.

Estamos atentos a profundizar en las consideraciones presentadas en este concepto, el cual presentamos sin estar incurso en conflicto de interés alguno en la materia.

Cordialmente,



Gerardo Andrés Hernández Montes
Director Ejecutivo