

ANÁLISIS DEL REFERENDO CONSTITUCIONAL¹

ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL REFERENDUM

Juan Manuel Charria Segura²

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo fundamental analizar el referendo constitucional, señalando en qué consiste este mecanismo de participación ciudadana desde el punto de vista doctrinal, jurisprudencial y personal. Asimismo, destacar las clases de referendo, las diferencias con el plebiscito; los requisitos del referendo; la posición de la jurisprudencia sobre el control constitucional de las leyes convocantes a un referendo; el alcance del poder de reforma constitucional por vía de referendo; el referendo por la paz –Ley 1745 de 2014– y la sentencia C-784 de 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa; aspectos del referendo en la sentencia C-150 de 2015, M. P.: Mauricio González Cuervo; el referendo en el derecho comparado. Finaliza con unas conclusiones generales sobre esta temática. El presente escrito es producto de una revisión de un tema de derecho constitucional.

PALABRAS CLAVE

Referendo, Constitución, Democracia, Participación, Corte Constitucional.

ABSTRACT

This article has as main objective to analyze the constitutional referendum, noting what this mechanism for citizen participation from the point of doctrinal, jurisprudential and personal view, also

¹ El presente artículo es una adaptación de los capítulos 4, 5 y 6 del libro *El referendo constitucional y la reelección presidencial*, escrito por el autor de este artículo (Bogotá: Fundación Universitaria del Área Andina, Iltas, Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y Grupo Editorial Ibáñez, 2018), preparado este especialmente para la presente publicación, teniendo la importancia y actualidad del tema.

² Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especializado en Derecho Sustantivo y Contencioso Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana. Especializado en Derecho Laboral y Seguridad Social del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Candidato a Magíster en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor universitario en la Pontificia Universidad Javeriana, Universidad El Bosque y Universidad del Sinú - Extensión Bogotá, D. C. Gerente general de la firma Charria Segura Abogados Asociados, S. A. S. Correo electrónico: jmcharria@charriaabogados.com.

highlight the kinds of referendum, the differences with the plebiscite requirements referendum, the position of the jurisprudence on the constitutional control of the laws calling for a referendum, the scope of the power of constitutional reform via referendum, the referendum for peace (Law 1745 of 2014) and the Sentence C-784 of 2014, M. P.: María Victoria Calle Correa, aspects of the referendum in Sentence C-150 of 2015, M. P.: Mauricio González Cuervo, the referendum on comparative law, ending with some general conclusions on this subject. This document is the product of a review of a constitutional law issue.

KEY WORDS

Referendum, Constitution, Democracy, Participation, Constitutional Court.

1. INTRODUCCIÓN

De conformidad con el artículo 103 de la Constitución, el referendo es uno de los mecanismos de participación ciudadana junto con el voto, el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto, la revocatoria del mandato y la iniciativa popular legislativa. Es un procedimiento mediante el cual es posible reformar la Constitución de conformidad con los artículos 374 y ss. de esta, así como con lo estipulado en la Ley 134 de 1994, modificada por la Ley 1757 de 2015, ambas leyes estatutarias que regulan, protegen y promocionan las instituciones y mecanismos de participación ciudadana.

Este tipo de leyes son de carácter especial, es decir, tienen jerarquía superior sobre las leyes ordinarias, ya que según los artículos 152 y 153 de la Constitución su aprobación requiere el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, el trámite

debe ser en una sola legislatura y necesitan el control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, requisitos especiales no aplicables al trámite de leyes ordinarias.

1.1 Normas constitucionales y legales

La Constitución no contiene una definición sobre el referendo, solo indica que se encuentra entre los derechos políticos de los ciudadanos según el artículo 40 numeral 2.º, que afirma: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

2.º Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática”.

Posteriormente expresa que es un mecanismo de participación ciudadana

(artículo 103), el referendo derogatorio (artículo 170) ya que es uno de los caminos para reformar la Constitución (artículos 377 y 378). A su vez, la Ley 134 de 1994 en su artículo 3.º define el referendo así: “Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma vigente.

Parágrafo. El referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local”.

Luego, en los artículos 4.º, 5.º y 33 de la mencionada ley se establecen las diferentes clases de referendo:

Artículo 4.º. Referendo derogatorio.

Un referendo derogatorio es el sometimiento de un acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local en alguna de sus partes o en su integridad, a consideración del pueblo para que este decida si lo deroga o no”.

Artículo 5.º. Referendo aprobatorio.

Un referendo aprobatorio es el sometimiento de un proyecto de acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local, de iniciativa popular que no haya sido adoptado por la corporación pública correspondiente, a consideración del pueblo para que este decida si lo aprueba o lo rechaza total o parcialmente”.

Artículo 33. Referendo constitucional.

A iniciativa del Gobierno, o de un grupo de ciudadanos no menor al 5% del

censo electoral, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente.

La aprobación de reformas a la Constitución por vía de referendo requiere el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integran el censo electoral”.

En los artículos 16 a 27 y 32 a 49 de la Ley 134 de 1994 se señalan los requisitos para el trámite de un referendo, entre los que se encuentran la inscripción de la solicitud de referendo, su trámite, el respaldo para la convocatoria, la materia, la campaña y la votación (que se expondrán más adelante). Adicionalmente, en los casos de los artículos 377 y 378 de la Constitución deben observarse las reglas de la Ley 5ª de 1992, que consagra el reglamento del Congreso de la República para la aprobación de este tipo de reformas.

Por su parte, la Ley 1757 de 2015 contiene en varios artículos lo relacionado con el referendo, entre los cuales se destacan los siguientes:

El artículo 1.º, que se refiere al objeto de la ley, el cual es promover, proteger y garan-

tizar modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, y asimismo controlar el poder político.

El artículo 3.º señala las modalidades de participación, bien sean de origen popular o por autoridad pública. El referendo puede tener origen mixto, es decir, puede ser popular o por autoridad pública.

El artículo 4.º expresa que las reglas comunes a los mecanismos de participación ciudadana de origen popular en relación con la inscripción y recolección de apoyos ciudadanos se aplican para los referendos. En los artículos 5.º al 19 se desarrollan estos aspectos. Del artículo 20 al 22 se explica el trámite en corporaciones públicas y revisión de constitucionalidad de propuestas sobre los diferentes mecanismos de participación ciudadana. En relación con el referendo se dice lo siguiente:

A iniciativa del Gobierno o de la ciudadanía, de acuerdo con los requisitos fijados en la Constitución y la ley, el Congreso, mediante ley que requiera la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional o de ley, la ley que sea aprobada por el Congreso deberá incorporar el texto que se somete a referendo. A iniciativa de los Gobiernos departamental, distrital, municipal o local o de la ciudadanía, las asambleas departamentales, los concejos municipales y distritales, las juntas administradoras locales mediante

ordenanzas, acuerdos o resoluciones que incorporen el texto que se propone para referendo, podrán someter a consideración del pueblo un proyecto de norma.

En el artículo 20 se explica quién tiene la iniciativa en materia de referendo, puede ser nacional, departamental, municipal y local.

Adicionalmente, en el párrafo 1.º afirma:

Ninguna corporación pública podrá introducir modificaciones al proyecto de referendo de acto legislativo o de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local de iniciativa popular que sustituyan el sentido original de la iniciativa o alteren su esencia.

Considero importante este párrafo, pues impide que el Congreso modifique de manera sustancial el proyecto de referendo de iniciativa popular, evitando que se presente lo mismo que ocurrió con el proyecto de ley que convocaba a una segunda reelección presidencial que se plasmó en la Ley 1354 de 2009. El Congreso modificó la palabra ejercido por elegido, lo cual tenía como consecuencia que el expresidente Uribe en el primer caso podía ser reelegido para el período 2014-2018, en el segundo caso para el período 2010-2014.

El anterior argumento fue una de las razones para declarar la inexistencia de esta ley en la sentencia C-141 de 2010, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

El artículo 21 en materia de revisión previa de constitucionalidad en cuanto al referendo prescribe:

La Corte Constitucional revisará previamente el texto que se somete a referendo constitucional y el texto que se somete a consulta popular para la convocatoria a una asamblea Constituyente.
(...).

Todo proceso de revisión previa de constitucionalidad de convocatorias a mecanismos de participación democrática deberá permitir un período de fijación en lista de diez días, para que cualquier ciudadano impugne o coadyuve la constitucionalidad de la propuesta y el Ministerio Público rinda su concepto.

Este artículo reproduce lo expresado por los artículos 241 num. 2.º y 242 de la Constitución, la Ley 134 de 1994 y el Decreto 2067 de 1991.

El artículo 31 literal d) señala:

“Los referendos de iniciativa gubernamental requieren la firma del Presidente de la República y sus ministros, los gobernadores y sus secretarios de despacho y los alcaldes y sus secretarios de despacho”.

El artículo 33 literal a) preceptúa:

“El referendo deberá realizarse dentro de los seis meses siguientes al pronunciamiento de la Corte Constitucional o Tribunal de lo Contencioso Administrativo de que trata el artículo 22 de la presente ley. No podrá acumularse la votación de más de tres referendos para

la misma fecha ni podrá acumularse la votación de referendos constitucionales con otros actos electorales”.

El artículo 34, referente a las campañas sobre los mecanismos de participación ciudadana, señala:

“Desde la fecha en la que la autoridad competente determine, mediante decreto, cuando se realizará la votación sobre un mecanismo de participación ciudadana hasta el día anterior a la realización del mismo, se podrán desarrollar campañas a favor, en contra y por la abstención, a cada mecanismo cuando aplique”.

De lo anterior se destacaría lo siguiente:

Del artículo 37:

“La tarjeta electoral o el mecanismo electrónico de votación que se emplee para los mecanismos de participación ciudadana deberá garantizar que se presente a los ciudadanos la posibilidad de manifestar libremente su decisión sobre la respectiva pregunta del plebiscito, referendo, revocatoria del mandato o consulta popular”.

Del artículo 38, literales a) y b), las reglas especiales de la tarjeta electoral o del mecanismo electrónico de votación según el mecanismo de participación:

(...).

Del artículo 41 el carácter de la decisión y requisitos. (...).

En el caso del referendo, se transcribe lo señalado por el artículo 378 de la Constitución.

Del artículo 42, literal a:

“Aprobado un referendo, el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, sancionará la norma y dispondrá su promulgación en el término de 8 días contados a partir de la declaración de los resultados por parte de la Registraduría del Estado Civil correspondiente, so pena de incurrir en causal de mala conducta”.

Finalmente, en materia de referendo están los artículos 46 y 47, que señalan: “las normas que hayan sido derogadas o aprobadas mediante referendo no podrán ser objeto de trámite dentro de los dos años siguientes. (...)”.

1.3 Posición doctrinaria

a) Ernesto Rey Cantor distingue entre el referendo en sentido amplio como “aquel que consiste en la participación de la ciudadanía en la aprobación de una Constitución Política, o su reforma, o de una ley, o un acto administrativo siendo su normatividad proyectada por el Gobierno, o el parlamento, o una Asamblea Nacional Constituyente, o una revolución triunfante, a fin de organizarse políticamente por medio del sufragio. En sentido restringido es la participación ciudadana en la aprobación o derogación de un texto normativo, a través del sufragio”.

“En la expresión de texto normativo se incluye el proyecto de acto como el acto en sí, entre los primeros se incluyen los pro-

yectos de acto legislativo, de ley, de actos administrativos como ordenanzas, acuerdos y resoluciones locales. En el segundo caso, se refiere al producto acabado. En el primer caso sería el referendo aprobatorio y en el segundo caso el derogatorio”³.

b) Guillermo Francisco Reyes González lo define como “la convocatoria que se hace al pueblo para que por medio de votación directa apruebe o rechace un proyecto de norma, o para que se derogue o no una norma que se encuentra vigente”⁴.

En conclusión, los doctrinantes colombianos coinciden en aspectos sustantivos a propósito de la definición de referendo. Este se encuentra en constituciones de diversos países que han puesto en práctica este mecanismo de participación ciudadana. En nuestro país se encuentra en la Constitución (artículos 103, 377 y 378), en las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015 y desarrollado por la jurisprudencia constitucional (sentencias C-180 de 1994, C-551 de 2003, C-141 de 2010, C-397 de 2010 y C-150 de 2015). Finalmente, está el caso del referendo por la paz (Ley 1745 de 2014 y sentencia C-784 de 2014).

1.4 Posición jurisprudencial

La jurisprudencia constitucional, en la sentencia C-180 de 1994, M. P.: Hernando Herrera Vergara, expone varios aspectos del referendo de la siguiente manera:

3 Rey Cantor, Ernesto (2003). *Referendo, asamblea constituyente y congreso*. Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, pp. 96 y ss.

4 Reyes González, Guillermo (2005). *El nuevo orden político y electoral en Colombia*. Bogotá: Legis Editores, S. A., p. 675.

En primer lugar, se destaca que el referendo es desarrollo de la democracia participativa:

El principio de participación democrática expresa que no solo es un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades, así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. En segundo lugar, se señala que es un mecanismo de participación ciudadana: ‘Tales mecanismos de participación democrática, en el ámbito de lo político, conforme al ya citado artículo 103 son: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato’.

En tercer lugar, la Corte menciona las diferentes clases de referendos así: ‘El referendo es el mecanismo mediante el cual el pueblo aprueba o rechaza las decisiones normativas de las autoridades, expresadas en un texto ya elaborado de proyecto; lo hay para derogar reformas constitucionales y leyes, para aprobar reformas a la Constitución y para convocar Asambleas Constituyentes. Nuestra Constitución distingue entre las modalidades de referendo en las cuales se encuentra el derogatorio de una ley (artículo 170), de una reforma constitucional (artículo 377) y el aprobatorio que incluye la posibilidad de reformar la Constitución (artículos 377 y 378)’. En cuarto lugar,

se define la naturaleza del referendo y su importancia en la vida política, económica, social, cultural, ambiental y jurídica del país. (...).

En quinto lugar, la Corte menciona el procedimiento para convocar el referendo y el control constitucional sobre el mismo, así: ‘La referencia que se hace al ‘fallo de la Corte Constitucional’ se declara exequible, en el entendido que se refiere a la decisión que a esta Corporación le compete proferir con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo, solo por vicios de procedimiento, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2.º del artículo 241 de la Carta Política. Una interpretación distinta del fragmento que se glosa, no se acompañaría con el artículo 241 de la Carta’.

De otra parte, la sentencia C-150 de 2015, M. P.: Mauricio González Cuervo, señala lo siguiente:

El referendo se encuentra enunciado en el numeral 2.º del artículo 40 y en el artículo 103 de la Constitución. El artículo 106 establece el fundamento general para la regulación de los referendos territoriales. El artículo 170, a su vez, se ocupa específicamente del referendo legal derogatorio. En el artículo 307 se alude al referendo como el mecanismo que debe seguirse para convertir una región en entidad territorial⁵. Igualmente, el artículo 241, en

5 Sentencia C-180 de 1994.

sus numerales 2.º y 3.º, alude al referendo al ocuparse de asignar competencias de control judicial a la Corte Constitucional. También los artículos 377 y 378 prevén disposiciones especiales para el caso de los referendos constitucionales derogatorio y aprobatorio respectivamente. (...).

Este Tribunal ha destacado que el referendo es una modalidad de participación semidirecta y ‘hace relación tanto a un procedimiento como a un recurso de quien, en ejercicio de la soberanía nacional, consulta al legislador primario para que ‘refrende, autorice, corrobore, certifique o respalde’ un texto normativo ya formalizado⁶. En esa dirección se ha establecido que la distinción del referendo respecto del plebiscito consiste en que en el primero el pronunciamiento popular se refiere a ‘un texto normativo ya elaborado que bien puede ser un proyecto de norma jurídica o una norma jurídica ya en vigor’ al paso que el plebiscito ‘versa sobre una decisión que no se ha plasmado normativamente en un texto positivo o escrito⁷.

En consecuencia, la Corte Constitucional en la citada sentencia reitera los planteamientos expuestos en la sentencia C-180 de 1994.

1.5 Clases de referendo

La sentencia C-150 de 2015, M. P.: Mauricio González Cuervo, explica lo siguiente:

El referendo derogatorio. La Constitución no prevé una definición del referendo derogatorio. Sin embargo, el fundamento constitucional de tal mecanismo de participación se encuentra, además de su enunciación general en los artículos 40 y 103 de la Constitución, en el artículo 377 relativo al referendo constitucional derogatorio, en los artículos 170 y 241 num. 3.º en el caso del referendo legal derogatorio y en el artículo 106 en lo relativo al referendo derogatorio de normas del orden territorial”. (...).

El referendo constitucional derogatorio. El referendo constitucional derogatorio se instituye como la posibilidad de que los ciudadanos se pronuncien para definir si se deroga o no un acto legislativo aprobado por el Congreso de la República. La Constitución Política prevé en sus artículos 241 y 377 algunas reglas específicas en esta materia.

La primera de ellas se refiere al respaldo requerido para su promoción indicando (i) que el cinco por ciento (5%) de los ciudadanos que integran el censo pueden solicitar su realización a la Registraduría. La segunda delimita temporalmente la presentación de la solicitud señalando (ii) que ella puede hacerse en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la pro-

mulgación del acto legislativo. La tercera regla se refiere a la delimitación temática previendo (iii) que comprende a los actos legislativos aprobados por el Congreso que se refieran a los derechos reconocidos en el capítulo 1 del título II de la Constitución y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular o al Congreso. La cuarta regla establece (iv) que, con anterioridad al pronunciamiento popular, la Corte Constitucional debe pronunciarse sobre su constitucionalidad, únicamente por vicios de procedimiento en su formación. Finalmente, en quinto lugar, (v) se prescribe que la reforma constitucional se entenderá derogada cuando en la votación correspondiente participe la cuarta parte del censo electoral y vote en contra de la reforma constitucional la mayoría de los sufragantes. (...).

El referendo legal derogatorio. Para el caso del referendo legal derogatorio la Constitución prevé varias reglas. En primer lugar (i) prescribe que el diez por ciento (10%) de los ciudadanos integrantes del censo electoral puede solicitar ante la organización electoral que se convoque un referendo para derogar una ley (art. 170, primer inciso). En ese contexto el artículo 35 de la Ley 134 de 1994 dispuso que, para estos efectos, son leyes las expedidas por el Congreso y los Decretos que dicte el Presidente de la República en desarrollo de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso. Establece

también la Constitución (ii) que satisfecho ese requerimiento y sometida al pueblo la propuesta de derogación, la ley se entenderá derogada cuando, habiendo participado al menos la cuarta parte del censo electoral, la mayoría de los sufragantes así lo decidan (art. 170, segundo inciso). La tercera regla constitucional dispone que este mecanismo (iii) no podrá ser empleado cuando se refiera a leyes aprobatorias de tratados internacionales, a la ley de presupuesto o a leyes fiscales o tributarias (art. 170, tercer inciso). Finalmente, en cuarto lugar, (iv) define que la Corte Constitucional es competente para adelantar el control constitucional posterior de los referendos sobre leyes (art. 241 num. 3.º).

Referendo territorial derogatorio. En el caso del referendo derogatorio de las disposiciones adoptadas en el orden territorial, la Constitución permite que por iniciativa de la autoridad o corporación territorial o de un mínimo de diez por ciento (10%) de los ciudadanos inscritos en el censo electoral, se someta a su decisión la adopción o no de disposiciones de interés para la comunidad (artículo 106). (...).

El referendo aprobatorio. De la misma manera en que ello ocurre para el caso del referendo derogatorio, el aprobatorio no es objeto de definición en la Constitución. Sin embargo, existen, además de las normas generales contenidas en los artículos 40 y 103, diferentes disposiciones que se ocupan de tal figura. (...).

6 Sentencia C-180 de 1994.

7 Sentencia C-180 de 1994.

El artículo 5.º de la Ley 134 de 1994 indica que tal mecanismo consiste en ‘el sometimiento, a consideración del pueblo, de un proyecto de acto legislativo, de una ley, de una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local de iniciativa popular que no haya sido objeto de aprobación por parte de la respectiva corporación pública, para que aquel decida si total o parcialmente, lo aprueba o lo rechaza’.

Referendo legal aprobatorio. En el caso del referendo legal aprobatorio la Constitución únicamente indica que este Tribunal es competente para adelantar el control constitucional posterior de los referendos sobre leyes (artículo 241 num. 3.º). Considerando que el artículo 170 se ocupa de regular el referendo derogatorio, las restricciones temáticas allí establecidas no resultan aplicables a esta clase de referendo. (...).

Referendo aprobatorio territorial. Para el caso del referendo aprobatorio de disposiciones de las entidades territoriales la Constitución no señala nada diferente a lo establecido previamente para el caso del referendo derogatorio de disposiciones aprobadas en las instancias correspondientes de las entidades territoriales (artículo 106). (...).

El referendo constitucional aprobatorio. La lectura de las disposiciones constitucionales permite identificar las principales reglas aplicables a este tipo de referendo. Así, en primer lugar (i) el artículo 378 prevé las condiciones de promoción del mecanismo prescri-

biendo que la iniciativa puede ser del Gobierno o de un grupo de ciudadanos que, según lo señalado en el artículo 155 de la Carta, debe ser igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral. La segunda regla, señalada en la misma disposición, (ii) demanda la intervención del Congreso, exigiendo que, mediante la aprobación de una ley por mayoría absoluta de ambas Cámaras, se decida someter a referendo la iniciativa presentada. En tercer lugar, también el artículo 378, (iii) ordena que el cuestionario planteado a los electores se presente de forma tal que puedan elegir libremente en el articulado aquello que votan positivamente y aquello que votan negativamente. En cuarto lugar, (iv) el artículo 241 num. 2.º señala que antes del pronunciamiento del pueblo, esta Corporación examine la constitucionalidad de la convocatoria únicamente por vicios de procedimiento. En quinto lugar (v) la aprobación de la reforma constitucional exige la participación de más de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral y la votación afirmativa de más de la mitad de los sufragantes. En sexto lugar, (vi) las materias objeto de referendo constitucional no se encuentran limitadas y las únicas restricciones que se le imponen son las que corresponden a los vicios de procedimiento en su formación. (...).

En consecuencia, la Corte Constitucional es muy clara en explicar cuáles son las diferen-

tes clases de referendos en el ámbito nacional y territorial: los aprobatorios, los derogatorios, los constitucionales y los legales.

1.6 Diferencias entre referendo y plebiscito

Al revisar planteamientos doctrinarios se han presentado confusiones frente a este tema, pues algunos constitucionalistas y en algunas constituciones (como la de Uruguay) se utilizan estos conceptos de manera similar.

En algunos casos la diferencia se fundamenta en que el plebiscito es un voto de confianza o de rechazo a la gestión política del gobernante. En cambio, en el referendo es la ratificación o no de un texto. Esta diferencia parece ser la señalada por la Ley 134 de 1994, que en el artículo 3.º define el referendo (véase 1.1) y en el artículo 7.º define el plebiscito así: “Es el pronunciamiento del pueblo, convocado por el Presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del ejecutivo”.

La Ley 1757 de 2015 en el artículo 3.º señala que el referendo tiene origen mixto (puede ser popular o por autoridad pública); el plebiscito sólo tiene origen en la autoridad pública, como el caso de lo que hizo el Gobierno con el plebiscito para aprobar el acuerdo de paz con el grupo guerrillero FARC-EP.

Si se observa, la Ley 1757 de 2015 señala en su parte final claramente que el plebiscito, a diferencia del referendo, no puede mo-

dificar la Constitución Política. Artículo 20 literal c):

El Congreso de la República deberá pronunciarse sobre la conveniencia de la convocatoria a plebiscito. Cuando dentro del mes siguiente a la fecha en la que el Presidente de la República haya informado sobre su decisión de realizar un plebiscito, ninguna de las dos cámaras por la mayoría simple haya manifestado su rechazo, el Presidente podrá convocarlo. En ningún caso podrá versar sobre la duración del mandato presidencial ni modificar la Constitución Política.

En cambio, el literal a) de ese mismo artículo señala en relación con el referendo lo siguiente:

A iniciativa del Gobierno o de la ciudadanía, de acuerdo a los requisitos fijados en la Constitución y la ley, el Congreso, mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional o de ley, la ley que sea aprobada por el Congreso deberá incorporar el texto que se somete a referendo.

Sobre este tema, Pedro Pablo Camargo indica lo siguiente: El referendo proviene del latín *referendum* y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua ‘es el acto de someter al voto popular directo las leyes o actos administrativos para ratificación del pueblo de lo que votaron sus representantes’.

El plebiscito, que se deriva del latín *plebiscitum*, es la consulta al voto popular directo para que se apruebe la política de poderes excepcionales mediante la votación de las poblaciones interesadas o pertenecientes al Estado cuya aprobación se pretende.

Entonces existe diferencia entre estas instituciones, pues el referendo se refiere a la confirmación por la vía popular de actos de naturaleza normativa, y el plebiscito se ocupa de situaciones de hecho, actos políticos o medidas de gobierno⁸.

Complementariamente, Ernesto Rey Cantor cita a Maurice Duverger, quien expresa: “El plebiscito es el voto de confianza personal a un hombre y el referendo es la aprobación o el rechazo de un texto”. Para Karl Loewenstein, el plebiscito se usa para una variedad de actos de participación del pueblo en el proceso del poder. En muy buena parte de los casos significa una votación popular sobre una cuestión territorial, como la modificación de las fronteras internas o externas de un Estado. Con ello se legalizan las anexiones de territorios extranjeros. En cambio, el referendo es una auténtica participación del electorado en el procedimiento de enmienda de la Constitución⁹.

A su vez, la jurisprudencia constitucional en la sentencia C-180 de 1994, M. P.: Hernando Herrera Vergara, señala lo siguiente:

El proyecto recoge la doctrina universal que distingue el referendo del

plebiscito en cuanto en aquel el pronunciamiento se le pide al pueblo en relación con un texto normativo ya elaborado que bien puede ser un proyecto de norma jurídica o una norma jurídica ya en vigor, mientras que en este versa sobre una decisión que no se ha plasmado normativamente en un texto positivo o escrito.

A diferencia del referendo, en el cual se les consulta a los ciudadanos acerca de un texto normativo ya formalizado para que se pronuncien afirmativa o negativamente, en el plebiscito, se le consulta sobre una decisión no plasmada en un texto normativo para que se pronuncie favorable o desfavorablemente; es decir, que no se propone un determinado texto legal a la decisión del pueblo, sino que se somete a su consideración la decisión como tal.

Aunque algunos se han referido a la posibilidad de un referendo plebiscitario, como el caso de Rey Cantor, que señala que es la participación ciudadana para adoptar un texto normativo, apoyando políticamente al gobernante que lo proyecta y convoca. Tal fue el caso de Chile en 1980, en el que dijeron sí a la Constitución (referendo) que había proyectado la junta de gobierno de Pinochet. En la vigesimoséptima disposición transitoria, se estableció que el jefe estatal continuaría en el poder por ocho años (plebiscito)¹⁰.

Se ha señalado que en Colombia, en el año de 1957, ocurrió un plebiscito o un referendo plebiscitario. A mi juicio, se trataba de un referendo coincidiendo de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-180 de 1994, que distingue ambas instituciones y con algunos tratadistas que han diferenciado ambas instituciones al respecto.

1.7 Requisitos del referendo

A continuación se expondrán los pasos para seguir en la aprobación de un referendo. Anotemos que las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015 exponen de una manera clara los requisitos exigidos en el trámite de este mecanismo de participación ciudadana.

El referendo puede tener iniciativa del Gobierno o del pueblo. En este último caso se nombran un promotor y vocero, que deben constituir un comité de promotores e inscribirse en la Registraduría Nacional del Estado Civil. O también, puede ser una organización cívica, sindical, gremial, etc. Para la solicitud del referendo, se utiliza un formulario elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil donde se aprecie el número de firmas que deben ser recogidas por los promotores.

Una vez presentados los formularios ante la Registraduría, esta debe verificar la autenticidad de los respaldos con el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales exigidos para la realización de los mecanismos de participación ciudadana (artículo 27 Ley 134 de 1994) y expedir la certificación correspondiente.

En la actualidad se discute si es necesaria una certificación adicional sobre la financiación de la campaña y la no violación de los topes establecidos por las leyes electorales, que constituya un requisito para haber tramitado el proyecto de ley convocante en el Congreso de la República, o si no basta con que la certificación de la Registraduría se relacione exclusivamente con la recolección de firmas para presentar dicho proyecto de ley.

En el caso de los referendos constitucionales, la iniciativa debe incorporarse al Congreso mediante una ley que se denomina ley convocante, que tendrá control por parte de la Corte Constitucional para que una vez surtido el examen de constitucionalidad el pueblo se convoque y se pueda pronunciar (artículos 155, 241 numeral 2.º y 378 de la C. P.; artículo 33 de la Ley 134 de 1994).

1.8 Posición de la jurisprudencia sobre el control constitucional de las leyes convocantes a un referendo

En seguida nos ocuparemos principalmente del estudio de la sentencia C-397 de 2010, M. P.: Juan Carlos Henao Pérez, ya que se trata de un fallo que reitera la línea jurisprudencial luego de la sentencia C-141 de 2010. En la mencionada sentencia, la Corte Constitucional reitera aspectos tales como las características de la ley que convoca a un referendo constitucional y el control de constitucionalidad que se ejerce sobre ella, el cual no será solamente de carácter procedimental, pues también evalúa si existen

8 Camargo, Pedro Pablo (2009). *Derecho constitucional*. Bogotá: Editorial Leyer, p. 121.

9 Rey Cantor, Ernesto (2003). *Op. cit.* Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, pp. 87-96.

10 Rey Cantor, Ernesto (2003). *Op. cit.* Bogotá: Ediciones Ciencia y Derecho, pp. 101-103.

vicios de competencia, que es un presupuesto del procedimiento en las reformas constitucionales (...).

Complementariamente, esta sentencia enuncia que no cualquier irregularidad en el trámite de la ley que convoca a un referendo hace que se declare su inconstitucionalidad, sino que tal anomalía debe ser de suficiente entidad para generarla.

Además, señala que el trámite de la ley convocante a un referendo constitucional debe respetar las normas constitucionales, en especial las del título XIII de la Carta, así como las normas legales –leyes 5.ª de 1992 (Reglamento del Congreso), 134 de 1994 y 1757 de 2015 (estatutarias de mecanismos de participación ciudadana)–, teniendo en cuenta que el referendo es uno de tales mecanismos, como lo indica la Constitución Política (artículo 103). En ese sentido, la sentencia C-397 de 2010, señala:

“En el artículo 378 Superior se establecen las condiciones básicas del procedimiento de formación que se deben cumplir en la adopción de un referendo constitucional de iniciativa ciudadana. Estas condiciones básicas a la vez predefinen el marco de referencia que debe tener en cuenta la Corte al ejercer sus funciones como guardiana de la Constitución sobre este tipo de actos reformativos.

Ese marco normativo de referencia para el ejercicio del control de constitucionalidad también incluye el artículo 379 de la Carta, que establece que la convocatoria a un referendo cons-

titucional sólo podrá ser declarada inconstitucional cuando se violen los requisitos establecidos en el título XIII de la Constitución.

No obstante, y teniendo en cuenta que la Constitución es un texto armónico que debe ser interpretado de manera sistemática, esta Corporación ha reconocido que dicho marco no se agota con lo expresamente señalado en los artículos 241.2, 378 y 379 de la Carta”.

(...).

A este respecto parece evidente que el control constitucional que hace la Corte sobre la ley convocante a un referendo no debe sujetarse a la vulneración del título XIII de la Carta, sino a todas las disposiciones constitucionales, pues la Constitución es un cuerpo integrado, el cual no puede ser vulnerado por ninguna norma de inferior jerarquía, donde el trámite de la ley convocante debe sujetarse a lo dispuesto por la Constitución y las diferentes disposiciones relacionadas con este tema.

1.9 Alcances del poder de reforma constitucional por vía de referendo

En las siguientes líneas nos ocuparemos del estudio y los alcances del poder de reforma constitucional por vía de referendo. Para tal efecto, veremos características especiales de la ley convocante a un referendo, la protección constitucional de la libertad del elector en los referendos y sus implicaciones sobre la ley respectiva. Adicionalmente, estudiaremos los últimos pronunciamientos de la Corte Constitucional

en relación con el denominado referendo por la paz contenido en la Ley 1745 de 2014 y las novedades sobre este mecanismo de participación ciudadana contenidas en la Ley 1757 de 2015.

1.9.1 Características especiales de la ley de referendo

De acuerdo con la sentencia C-551 de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett, el referendo como mecanismo de reforma constitucional no pretendió consagrar un procedimiento de democracia directa pura, sin controles judiciales, y que estuviera totalmente desvinculado de las instancias de representación.

La ley de referendo es entonces una ley convocante, que incorpora un proyecto de reforma constitucional, que debe ser sometido a consideración de la ciudadanía, y en ese sentido la expedición de la ley es uno de los pasos de la reforma constitucional. Se trata pues de una ley aprobada por el Congreso como legislador, no como titular del poder de reforma, pero orientada a que se reforme la Constitución por medio de la participación ciudadana directa al pueblo, como titular del poder de reforma.

La Constitución establece las siguientes exigencias particulares sobre la ley de referendo: (i) la reserva de iniciativa en favor del Gobierno, (ii) la aprobación por mayoría absoluta de los miembros de ambas Cámaras, (iii) la presentación del texto sometido a votación popular para garantizar la liber-

tad del elector, y (iv) que los proyectos de reforma constitucional que dicha ley contiene no reforman *per se* las disposiciones de la Carta, ya que no han sido aprobados aún por la ciudadanía. La ley de referendo es de todos modos una ley, y por ello al proyecto presentado por el Gobierno le son aplicables todas las normas y principios que rigen la formación de las leyes, y debe cumplir todos los pasos de la formación de las leyes, salvo que expresamente la propia Constitución establezca requisitos particulares, o que su naturaleza de ley convocante implique inequívocamente que una determinada regla constitucional sobre la formación de las leyes no se le aplica, o adquiere en ella características particulares.

Es importante señalar que efectivamente el referendo es un mecanismo de participación ciudadana que desarrolla el concepto de democracia participativa, en el cual el pueblo es el que toma la decisión de aprobarlo o no. Pero, como también es un mecanismo de reforma a la Constitución debe someterse a diversos controles, como el de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional y a los requisitos señalados en el artículo 378 de la Constitución.

Consideramos, como lo señala la jurisprudencia, que en este instrumento de reforma participan varios órganos, para que sea finalmente el pueblo el que tome la decisión como titular de la soberanía. Si es de iniciativa gubernamental, el Gobierno lo presenta, las Cámaras legislativas lo deba-

ten y aprueban la ley convocante; la Corte Constitucional ejerce el control de constitucionalidad; y finalmente la ciudadanía adopta la decisión de aprobarlo o no.

La jurisprudencia ha dicho que la ley del referendo es convocante, pues su objeto consiste en que el pueblo, en uso de su soberanía, se pronuncie a favor o en contra de las modificaciones de la Constitución. En definitiva, es una ley especial que tiene un control de constitucionalidad con las características señaladas por la Corte Constitucional.

1.9.2 La protección constitucional de la libertad del elector en los referendos y sus implicaciones sobre la ley respectiva

En la Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett señala:

Que la libertad del elector debe ser protegida en toda elección, pero a su vez el artículo 378 ordena que esta sea amparada especialmente en los referendos constitucionales, es claro que el Constituyente mostró una preocupación especial por dicha libertad en el caso de la reforma a la Constitución mediante referendo. Por esa razón, la Constitución ha establecido una protección especial y reforzada de la libertad del votante en los referendos constitucionales, la cual cumple una función imprescindible: garantizar la correcta y libre formación de la voluntad política de la ciudadanía y por ende la legitimidad de la decisión popular en el referendo.

De otro lado, el mandato de protección de la libertad del elector previsto por el artículo 378 superior no se limita a repetir las garantías generales del derecho al sufragio como su carácter igualitario, universal y secreto, sino que se orienta específicamente a la forma de presentación del articulado sometido a la consideración del pueblo. En efecto, esa disposición ordena que el temario esté redactado y presentado de manera tal que el elector pueda escoger libremente lo que apoya y lo que rechaza.

Teniendo en cuenta la rigurosidad de los planteamientos formulados en la sentencia referida, considero fundamental el respeto por la libertad del elector, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 378 de la Constitución para que este sea el que escoja libremente qué vota positiva y qué negativamente. Por ello, las preguntas que se incorporan a la ley convocante deben ser claras en la medida que el elector pueda comprender y decidir libremente sobre el texto normativo sometido a su consideración.

1.9.3 El referendo por la paz –Ley 1745 de 2014– Sentencia C-784 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa

En este acápite pretendemos mostrar como la Ley 1745 de 2014 es inconstitucional a pesar de que al ser una ley estatutaria la Corte Constitucional efectuó un control previo de constitucionalidad en la Sentencia C-784 de 2014, M.P. María Victoria Calle

Correa. A nuestro juicio es inconstitucional por las siguientes razones:

- a) Consideramos que este proyecto de ley estatutaria intenta hacer coincidir los referendos de los que habla con otros actos electorales para poder así superar el umbral y reformar la Constitución “comprometiendo la libertad del elector”. Con estas normas se afecta la posibilidad de abstención, legítima en los referendos.
- b) Lo anterior es claramente violatorio del artículo 378 de la C. P., y de la Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. No es cierto que con esta ley se haga expansivo el principio democrático, ya que en materia de referendos se puede configurar la abstención la cual es legítima, válida y la jurisprudencia lo ha indicado en múltiples oportunidades. La Ley 1745 de 2014 busca evitar que se produzca la abstención de los votantes.
- c) Por lo tanto, combinar un referendo que tiene unas reglas con un umbral mínimo exigido que en el caso de las reformas constitucionales vía referendo es la cuarta parte del censo electoral (artículo 378 C. P.), porque la abstención es legítima y otros actos electorales en los que no se exige umbral y sí se entregan estímulos a los votantes porque la abstención no es importante (elecciones de Presidente de la República, Alcaldes, Gobernadores, etc.).
- d) Esta ley vulnera la libertad del elector, no supera el test de proporcionalidad, pues

no es idónea, necesaria ni proporcional en sentido estricto, se sacrifica desproporcionadamente un principio constitucional y un derecho fundamental como es la libertad del elector. Lo anterior vulnera lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-551 de 2003.

- e) Este proyecto de ley estatutaria vulnera las prohibiciones establecidas por la Constitución, la ley estatutaria de mecanismos de participación ciudadana y la jurisprudencia constitucional. Estas normas se deben aplicar en todos los casos sin excepción alguna, de lo contrario se violaría también el principio de igualdad.
- f) No se pueden combinar el referendo cuya naturaleza es de la democracia participativa con la elección de personas cuya fuente es la democracia representativa, son dos conceptos totalmente diferentes.
- g) La Constitución y la ley no distinguen diferentes clases de referendo, sino que existe un solo procedimiento para cualquier tipo de referendo consagrado en las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015, se deben seguir las mismas reglas de juego para cualquier referendo independiente del tema que trate. Parece que esta ley crea otros mecanismos de participación ciudadana.

Lamentablemente la Corte Constitucional de forma equivocada hizo caso omiso a estas observaciones y mediante la Sentencia C-784 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa declaró la exequibilidad del proyecto

de ley estatutaria que hoy en día es la Ley 1745 de 2014 por las siguientes razones:

Los referendos de que trata este proyecto de ley han de ser entendidos como una opción institucional legítima, entre otras, y no como la única posibilidad, ni tampoco como la única legítima, para materializar los acuerdos finales.

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. La Constitución de 1991 expresa entre sus compromisos los de alcanzar la paz y promover la participación ciudadana (C. P. arts. 1º, 2º, 40, 22 y 103), pero no como objetivos que deban o puedan perseguirse desarticuladamente. (...). 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. (...).

El proyecto de ley bajo examen no admite tampoco referendos armados. Esa situación no es, ni expresa ni tácitamente admitida, permitida y mucho menos ordenada por precepto alguno de la iniciativa bajo control. El proyecto de ley tampoco acepta tipo alguno

de coacción o amenaza sobre el cuerpo electoral. Por el contrario, la totalidad de sus artículos están orientados hacia el ofrecimiento de garantías electorales para los ciudadanos, y en especial para asegurar la libertad del electorado (arts. 2º y s.s.). (...).

La Corte no pierde de vista la complejidad de la situación que supondría la realización de referendos constitucionales para terminar el conflicto mientras no se ha hecho dejación de armas por los actores ilegales. Pero tampoco la asume como un factor que afecte exclusivamente los mecanismos que se regulan en este Proyecto, y no a las demás formas de participación ciudadana. (...).

El artículo 2º está compuesto por un solo inciso, pero tiene dos contenidos normativos diferenciables. El primero se desprende de la frase inicial del texto, conforme a la cual se admite la coincidencia de los referendos constitucionales a los que se refiere el Proyecto de Ley “con actos electorales”. El segundo contenido se infiere del segmento restante del enunciado, y establece que cuando efectivamente coincidan estos referendos constitucionales con actos electorales, los jurados de votación deberán “ofrecer” a los electores la tarjeta correspondiente al referendo, y estos a su turno estarán en libertad de expresarles si desean recibirla o no. (...).

La Constitución no establece de forma expresa una prohibición general de coincidencia entre referendos

constitucionales y elecciones de autoridades públicas. El artículo 104 de la Carta ciertamente prevé que las consultas populares sobre decisiones de trascendencia nacional no pueden realizarse en concurrencia con “otra elección”. Pero, para la realización de referendos constitucionales no existe una prohibición constitucional con alcance semejante.

En cualquier caso, la Corte no considera que esta reforma sea un retroceso en la protección de la libertad electoral al admitir la posibilidad eventual de coincidencia de estos referendos con otros actos electorales. (...).

Luego, no hay en la Constitución ni en la Sentencia C-180 de 1994 referencias expresas a que los referendos constitucionales nunca puedan coincidir con otras elecciones, salvo por lo que mencionan los artículos 104 y 262 de la Carta en lo atinente a su coincidencia con consultas populares de trascendencia nacional y la elección de Presidente y Vicepresidente de la República. (...).

En suma, el referendo constitucional es una elección o acto electoral, aunque en su realización no puedan ser elegidas autoridades públicas (C. P. art. 378). Los referendos constitucionales de que trata el Proyecto bajo examen no son menos importantes que las elecciones populares de autoridades públicas y, en esa medida, no se pueden considerar por su relevancia como claramente sustraídos de la prohibición de coincidencia con la

elección de Presidente y Vicepresidente de la República (C.P. art. 262). (...). La Corte advierte entonces que estas previsiones se contemplan en el Proyecto para aclarar que las campañas por la abstención activa y por el ‘no’, tendrán en estos referendos constitucionales plenas garantías de acceso democrático y equitativo a los medios, igual trato por parte de la organización electoral y derecho al equilibrio en el funcionamiento del Estado, con el fin de que el cuerpo electoral adopte su decisión como consecuencia de un debate plural, abierto, participativo y libre”.

Desafortunadamente la Corte Constitucional se equivocó en esa sentencia, ya que la Ley 1745 de 2014 no protege la libertad del elector sino, por el contrario, la vulnera, el decir que va a haber igualdad en las campañas del Sí o No es un sofisma de distracción ya que es evidente el desequilibrio entre ambas campañas.

1.9.4 Nueva ley de mecanismos de participación ciudadana –Ley 1757 de 2015– Sentencia C-150 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo

Se expondrán los principales aspectos de la Sentencia C-150 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo que ejerció el control de constitucionalidad sobre el proyecto de ley estatutaria que crea la Ley 1757 de 2015. Al respecto se destacan los principales aspectos sobre el referendo constitucional plasmados en dicho fallo.

Reglas jurisprudenciales relativas al referendo constitucional.

Obligación de acudir al referendo constitucional cuando el contenido de una consulta popular pueda implicar, al mismo tiempo, una reforma a la Constitución. Ha sostenido la Corte que no es posible, mediante la consulta popular, modificar la Constitución. Cuando el mecanismo de participación pueda tener como efecto obtener un pronunciamiento del pueblo sobre un asunto de trascendencia nacional que, al mismo tiempo, implica una reforma constitucional, el trámite que debe seguirse es el correspondiente al del referendo constitucional. (...).

Prohibición de sustitución constitucional. Esta Corporación ha señalado que la modificación de la Constitución mediante el referendo no puede desconocer los límites competenciales que se siguen de su texto y, en esa medida, no es posible que el pueblo sustituya así la Carta. (...). Prueba de ello, ha sostenido que la modificación de la Constitución a través del referendo se encuentra diseñada de manera tal que combina (i) instrumentos de democracia participativa, en tanto es el pueblo quien toma la decisión, (ii) formas de democracia representativa dado que es el Congreso quien aprueba la ley que convoca y (iii) controles judiciales puesto que se exige una decisión de la Corte Constitucional antes del pronunciamiento del pueblo. (...).

Inaplicación del artículo 170 de la Constitución a los referendos consti-

tucionales. Las restricciones temáticas establecidas en el artículo 170 de la Constitución y que comprenden leyes aprobatorias de tratados internacionales, leyes de presupuesto y leyes relativas a materias fiscales o tributarias, no se aplican a los referendos constitucionales aprobatorios (...).

Irrelevancia, para el juzgamiento de la validez de una ley que convoca a un referendo constitucional, de la expedición de un acto legislativo antes del pronunciamiento popular. No afecta la validez constitucional de una ley que convoca un referendo constitucional aprobatorio, la adopción de un acto legislativo antes del pronunciamiento popular que comprenda las materias sometidas a decisión del pueblo. Esta regla se apoya en varias razones: (i) los textos del referendo no son normas constitucionales, (ii) los eventuales conflictos deberán ser resueltos si llegan a ser aprobadas las normas sometidas a referendo, (iii) la aprobación popular implica que las normas se encuentran respaldadas por una garantía especial de supremacía según lo dispone el artículo 46 de la Ley 134 de 1994 y, aceptar una conclusión diferente, (iv) implicaría anular la democracia participativa en tanto se atribuiría el predominio al Congreso y no al Pueblo.

Etapas que debe satisfacer la iniciativa ciudadana antes de ser presentada ante el Congreso de la República. Con fundamento en las disposiciones constitucionales y legales actualmen-

te vigentes la iniciativa normativa para convocar a un referendo, antes de ser radicada en el Congreso, debe cumplir al menos siete etapas. La Sentencia C-397 de 2010 las enunció así: Dichas etapas que se presentan ante la Organización Electoral, son las siguientes: (i) conformación de un Comité de Promotores; (ii) inscripción, ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, del Comité y de la solicitud de referendo; (iii) verificación del cumplimiento de los requisitos legales e inscripción de la solicitud de iniciativa ciudadana; (iv) entrega al vocero del Comité del formulario de suscripción de apoyos; (v) recolección de apoyos; (vi) entrega, dentro del término legal, de los formularios debidamente diligenciados ante la Registraduría y (vii) expedición de las certificaciones por el Registrador Nacional del Estado Civil a las que hacen alusión los artículos 24 y 27 de la LEMP". (...).

Destacamos algunas obligaciones y prohibiciones de las etapas:

Protección a la libertad del elector. Existe una obligación constitucional específica de garantizar la libertad del elector en el referendo constitucional. Así lo establece el artículo 378 al señalar que el referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente. El deber

de proteger la libertad del elector se desdobra, según las sentencias C-551 de 2003, C-141 de 2010 y C-397 de 2010, en las exigencias de lealtad y claridad. (...).

Prohibición *prima facie* y definitiva de las notas introductorias. Se encuentran definitivamente prohibidas aquellas notas introductorias acompañadas de lenguaje con carga emotiva o que utilizan expresiones que no sean valorativamente neutras o que no presentan de manera completa el contenido de los artículos que introducen. Para fundamentar esta prohibición definitiva la Corte ha señalado que "las notas introductorias deben satisfacer ciertos requisitos como, (i) estar redactadas en un lenguaje sencillo y comprensible, (ii) que sea valorativamente neutro, (iii) ser breves en la medida de lo posible, (iv) no ser superfluas o inocuas y (v) ser comprensivas del objeto que el artículo expresa (...)"¹¹.

Admisibilidad de preguntas complejas. No se encuentran constitucionalmente excluidas del referendo constitucional materias que resulten técnicamente complejas, siempre y cuando las preguntas formuladas no sean ambiguas. (...).

Prohibición de votar más de tres referendos en un solo día. Se viola la prohibición de votar más de tres referendos en un solo día, prevista en el artículo 38 de la Ley 134 de 1994 y

11 Sentencia C-551 de 2003.

cuyo propósito consiste en proteger la libertad del elector, cuando en una misma convocatoria se abordan más de tres temas distintos. Se considerarán temas distintos “aquellos numerales que no tengan entre sí ninguna conexidad razonable, en términos temáticos, instrumentales, sistémicos o teleológicos”¹².

Prohibición de disponer la votación de un referendo cuando el mismo día se encuentre dispuesto otro acto electoral. Es compatible con la Constitución que el legislador establezca la prohibición de que concurra en un mismo día la realización de un referendo constitucional y cualquier otro acto electoral, tal y como en la actualidad se prescribe en el artículo 38 de la Ley 134 de 1994.

No obstante, lo anterior, la Corte ha reconocido la posibilidad de que en algunos casos se autorice la concurrencia del referendo constitucional con otros actos electorales. En esa dirección, el artículo 2° de la Ley 1745 de 2014 declarado exequible en la Sentencia C-784 de 2014 permite que los referendos constitucionales que sean necesarios para la implementación de un Acuerdo Final para la terminación del conflicto armado puedan realizarse el mismo día previsto para otros actos electorales. (...).

Prohibición del voto en blanco en el referendo constitucional aprobatorio y a la prohibición de otorgar estímulos a la participación

Está prohibido incluir en un referendo constitucional aprobatorio la posibilidad del voto en blanco dado que en el artículo 378 de la Constitución no se prevén alternativas diferentes al voto de aprobación o de rechazo. (...).

Respeto a los efectos de la abstención. La abstención, en el caso de los referendos constitucionales, es una opción legítima de participación dado que cuando no se satisface el umbral establecido se priva de efectos la decisión positiva o negativa de los participantes. (...).

Efectos de la decisión del pueblo de no aprobar, en referendo, una reforma a la Constitución. La no aprobación de una pregunta sometida a referendo constitucional, no se erige en parámetro para evaluar la constitucionalidad de una disposición legislativa expedida por el Congreso. En consecuencia, ese hecho no implica la inconstitucionalidad de una norma equivalente a la no aprobada en referendo. (...).

1.10. El referendo en el derecho comparado

Para complementar los aspectos tratados en el presente escrito, nos ocuparemos a continuación de presentar algunos aspectos europeos sobre el referendo en el

derecho comparado. Para tal efecto, me apoyaré en las reflexiones formuladas por el profesor Pedro Pablo Camargo¹³. “El referéndum como el medio de consulta popular, nació con el derecho constitucional en la revolución francesa, en homenaje a Rousseau como defensor de la soberanía popular. Siguiendo el referéndum, Napoleón acudió a dicha institución para la aprobación popular de sus Constituciones de 1799, 1802 y 1804. En Suiza en 1848, a través del referéndum, se le dio vida al primer estado federal con sistema democrático, refrendado en 1974. Se le ha utilizado para ratificar una Constitución emitida por una Asamblea Constituyente, como el caso de la Constitución francesa de 1846.

Asimismo, se utilizó para ratificar la Constitución española de 1978 celebrado el referéndum el 6 de diciembre de ese año, el Título X trata de la reforma constitucional y prevé el referéndum como medio de ratificación. La Constitución de Italia de 1947 señala que se celebrará referéndum popular para decidir la derogatoria total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley cuando lo soliciten 500.000 electores o cinco consejos regionales.

La Constitución de Austria de 1929, restablecida en 1955, prevé la posibilidad de que toda revisión total de la Constitución Federal, y las revisiones parciales, si así lo solicita un tercio de los miembros del Consejo Nacional o Consejo Federal, serán sometidas a referéndum popular (artículo 44 numeral

3°). La Constitución de Portugal de 1976 le señala competencia a la Asamblea para proponer al Presidente el sometimiento a referéndum cuestiones de interés nacional (artículo 164)”.

Se observa como en diferentes constituciones europeas se ha utilizado el referéndum como medio de consulta popular para ratificar las constituciones aprobadas o para someter a consideración temas de interés nacional.

Ahora bien, en relación con las constituciones de América Latina me acojo a los pronunciamientos plasmados por Guillermo Reyes González¹⁴ quien sostiene:

a. Ecuador - Constitución de 2008: “Se introduce el referendo para la confirmación de las reformas constitucionales, una vez aprobados estos textos se incorporan inmediatamente a la Constitución (arts. 443 y 444)”.

b. Perú - Constitución de 1993: “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso por mayoría absoluta y ratificada mediante referéndum. Se omite el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas (art. 206)”.

c. Venezuela - Constitución de 1999: “Las enmiendas a la Constitución aprobadas por la Asamblea Nacional se someterán a re-

¹³ Camargo, Pedro Pablo (2009). *Op cit.* Bogotá: Editorial Leyer, pp. 125-126.

¹⁴ Reyes González, Guillermo (2005). *Op. cit.* Bogotá: Legis Editores S.A., pp. 682-684.

¹² Sentencia C-551 de 2003.

ferendo en los treinta días siguientes a su sanción (arts. 344 y 345)”.

En síntesis podemos concluir que el referendo ha sido un mecanismo utilizado en varios países europeos y latinoamericanos, para refrendar las reformas constitucionales, a diferencia con Colombia en donde es un mecanismo de participación ciudadana y, asimismo, es un medio directo de reforma a la Constitución.

CONCLUSIONES

De este escrito podemos extraer las siguientes conclusiones:

El referendo constitucional tiene una doble condición, pues es un mecanismo de participación ciudadana y uno de los instrumentos de reforma a la Constitución.

La jurisprudencia constitucional ha sido muy clara en señalar que, si se quiere reformar la constitución vía referendo, dicha reforma no podrá sustituir la Constitución, en ese sentido las sentencias C-551 de 2003, C-141 de 2010, C-397 de 2010 y C-150 de 2015 sustentan dicha posición.

Las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015 reglamentan todo lo concerniente al referendo, señalan reglas tales como: El respecto a la abstención, prohibición de crear estímulos electorales en materia de referendos así como la prohibición del voto en blanco, prohibición de referendos con contenidos plebiscitarios, la prohibición del referendo multitemático, el respeto a la

libertad del elector, el respeto a los topes electorales, el que las campañas del Sí y el No tengan igualdad de condiciones, etc.; es decir recogen todo el procedimiento para llevar a cabo un referendo constitucional; el cual como se observa es muy complejo para la realización de referendos constitucionales. Lo anterior, sin incluir los costos que supone el desarrollo en la práctica de este mecanismo de participación.

Por lo anterior, en nuestro concepto resulta incomprensible que el Gobierno con el apoyo del Congreso y de la Corte Constitucional se haya elaborado la Ley 1745 de 2014 cuyo control de constitucionalidad previo fue hecho por la Corte Constitucional mediante sentencia C-784 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa. Es decir, se vulnera el principio de igualdad y la generalidad de las leyes, ya que las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015 deben ser aplicadas a todo tipo de referendos sin excepción alguna.

La jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar cuáles son las normas para tramitar referendos constitucionales incluidos los de iniciativa ciudadana, se intento tramitar en el Congreso el referendo para prohibir a las parejas del mismo adoptar impulsado por la senadora Vivian Morales, el cual se hundió en el legislativo. De otra parte, el Presidente Iván Duque Márquez ha señalado la posibilidad de tramitar un referendo para sancionar con cadena perpetua a las personas que violen y abusen sexualmente a niños y niñas, esperemos si esto se cumple en la realidad.

El referendo constitucional debió ser la institución utilizada para refrendar el Acuerdo de Paz con las Farc-Ep, aplicando las normas generales consagradas en las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015 y la jurisprudencia constitucional, en especial las sentencias C-180 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara y C-150 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo.

En conclusión, el referendo constitucional era la institución adecuada para refrendar el Acuerdo de Paz con las Farc-Ep, porque es uno de los instrumentos de reforma a la Constitución, evitando acudir al Acto Legislativo No. 1 de 2016 que contiene el denominado *fast track* que es violatorio de la Constitución, la sustituye a pesar de lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-699 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa. Con el referendo constitucional respetando sus procedimientos consagrados en la ley no se hubiera visto está flagrante sustitución de la Constitución y el país no estuviera polarizado políticamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- Camargo, Pedro Pablo (2009). *Derecho Constitucional*. 1ª ed. Bogotá: Editorial Leyer.
- Charria Segura, Juan Manuel (2018). *El referendo constitucional y el pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto*. Segunda Edición. Bogotá, D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Reyes González, Guillermo (2005). *El nuevo orden político y electoral en Colombia*. 1ª Reimpresión. Bogotá, D.C.: Legis Editores S.A.
- Rey Cantor, Ernesto (2003). *Referendo, Asamblea Constituyente y Congreso*. 2ª ed. Bogotá, D. C.: Ediciones Ciencia y Derecho.

Legislación

- Ley 5ª de 1992
- Ley 134 de 1994
- Ley 1745 de 2014
- Ley 1757 de 2015

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia C-397 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Corte Constitucional. Sentencia C-784 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo.