

EL REFERENDO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA: UN MECANISMO DE DIFÍCIL UTILIZACIÓN EN LOS AÑOS 2008 AL 2011

PEDRO JAVIER SÁNCHEZ VERA
JAVIER LEONARDO CONTRERAS VARGAS*

**Los autores son abogados especializados en derecho urbano.*

Fecha de recepción del artículo: Abril 5 2012. Fecha de aceptación: Mayo 30 2012

RESUMEN

La posibilidad de que los ciudadanos puedan participar en la aprobación o derogación del proyecto de una norma jurídica o de una ya vigente, así como en la creación o segregación de un municipio; en la derogación de una reforma constitucional o sometan a aprobación un proyecto de reforma constitucional, se da a través del mecanismo de participación ciudadana llamado Referendo, el cual está contemplado en la Constitución Política de Colombia. Este mecanismo fue reglamentado y definido a través de la Ley 134 de 1994, en su artículo 3º: Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente.

En Colombia, se han consagrado tres tipos de referendo: el referendo derogatorio, el referendo aprobatorio, y el referendo constitucional, el cual 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 que votan positivamente y que 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 el período 2008 – 2011, fueron inscritos ante la Registraduría tres referendos: el referendo reeleccionista, el referendo por el agua, con el cual se busca consagrar el carácter público del agua potable, y el referendo de cadena perpetua para violadores y abusadores de menores, que busca la reforma en este sentido, del artículo 34 de la Constitución Política.

Palabras clave: referendo, mecanismos de participación ciudadana, inexequibilidad, Corte Constitucional.

ABSTRACT

The possibility for citizens to participate in the project approval or repeal of a rule of law or of an already existing and the creation of a municipality or segregation, on the repeal of a constitutional amendment or a project submitted for approval of constitutional reform is through citizen participation mechanism called referendum, which is enshrined in the Constitution of Colombia. This mechanism was regulated and defined by Act 134 of 1994, Article 3: It is the call that makes the people to approve or reject a proposed legal rule or repeal a rule or no longer valid.

In Colombia, have confirmed three types of referendum: the referendum repealing the approval referendum and the constitutional referendum, which the initiative of the Government or of a group of citizens not less than 5% of the electorate, the Congress, by law which requires the approval of a majority of members of both Houses may refer to referendum a constitutional reform bill that Congress itself incorporated into the law. The referendum will be presented so that voters can choose freely in the articulated agenda or voting and voting positively negatively.

Approval of amendments to the constitution by referendum requires the affirmative vote of more than half of the voters and that their number exceeds a quarter of all citizens who make up the electoral roll.

In the period 2008 - 2011, were registered with the Registrar three referendums: the reelection referendum, the referendum by the water, which seeks to enshrine the public drinking water, and the referendum of life imprisonment for rapists and child molesters, which seeks reform in this regard, Article 34 of the Constitution.

Keywords: referendum, citizen participation mechanisms, unconstitutionality, the Constitutional Court.

INTRODUCCIÓN

El referendo constitucional ha sido uno de los temas centrales del quehacer político y jurídico de la Nación en los últimos años, y probablemente lo siga siendo en la época próxima. No obstante, sobre la institución constitucional del referendo se ciernen muchas sombras y existen múltiples vacíos, lo cual dificulta su adecuada comprensión por la gente, que es la llamada a darle vida a ese instrumento de participación ciudadana. De otra parte, los recientes acontecimientos advierten sobre la presencia de nociones contrapuestas en torno a la figura y acentúan la confusión existente sobre ella.

La única posibilidad de convocar a un referendo para reformar la Constitución Política es a través de una ley aprobada por el Congreso, en los términos del artículo 33 de la Ley 134 de 1994 (Ley de Mecanismos de Participación Ciudadana).

En el período comprendido entre el 2008 – 2011, fueron inscritas tres iniciativas de referendo, que no salieron adelante por la cantidad de trámites y la falta de apoyo por parte de la institucionalidad colombiana para su desarrollo, por lo anterior, se presenta el siguiente estudio que busca analizar las iniciativas de referendo constitucional presentadas en Colombia, en los años 2008 al 2011, reseñando el desarrollo que ha tenido a nivel

latinoamericano y europeo el mecanismo del referendo constitucional, identificando los aspectos que han conllevado al fracaso de las iniciativas de referendo constitucional en Colombia, determinando los obstáculos que se han presentado en el trámite de las iniciativas de referendo constitucional en Colombia y examinando los fundamentos de la Corte Constitucional para declarar inconstitucionales las iniciativas de referendo en Colombia, todo lo anterior en el período comprendido entre los años 2008 – 2011.

1. EL REFERENDO CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

Con el fin de tener una mejor comprensión del instituto de referéndum, es necesario recurrir a los orígenes mismos de su constitución. Para ello, nos remontamos a la Antigua Grecia, cuna de la democracia y cuyo método democrático se basaba en un sistema en donde el ciudadano ejercía influencia y poder de manera más directa en la toma de decisiones y en la forma de gobernar. De igual forma, es menester analizar la sociedad romana del siglo V A.C., ya que es en dicho tiempo y lugar donde se concibe el concepto de plebiscito, instituto antecesor del referéndum y que explica su naturaleza y razón de origen.

La doctrina en general precisa que el referendo tuvo sus orígenes en el XVI y contiene una reminiscencia de los comienzos estrictamente federales del gobierno de dos de los cantones actuales de la Confederación Suiza: el Graubunden y el Valais, que en esa época no formaban parte de la Confederación, sino que eran meramente distritos aliados¹⁵.

Estos distritos a los que se hace referencia, en su interior constituían federaciones de municipios muy poco unidas. Los delegados que enviaban los municipios a la asamblea federal del distrito debían dar cuenta de toda cuestión importante a sus electores, y reclamar instrucciones acerca del sentido en que debían votar.

“Posteriormente, el concepto de referéndum fue modificado por los ideólogos de la Revolución Francesa, quienes crearon su propia versión de esta institución democrática, la

¹⁵ *Referéndum (1987). Enciclopedia Jurídica Omeba tomo XXIV pp. 190-195. Buenos Aires: Driskill.*

cual consistió en que el pueblo debía votar para aceptar o rechazar toda Constitución que se quisiera promulgar. Así fue como la Convención de la Asamblea Nacional Francesa aprobó la Constitución de 1793. Desde entonces se ha aplicado el referéndum en Francia varias veces.

También en Suiza se adoptó este modelo, inaugurándose con la aprobación de la Constitución Suiza del 20 de mayo de 1802 a través del voto de todos los ciudadanos mayores de veinte años. No obstante, el referéndum llegó antes a la Unión Americana, cuando en 1778 fueron aprobadas por el voto popular las constituciones de los estados de Massachusetts, New Hampshire, Connecticut y Rhode Island, adelantándose inclusive a los franceses. Desde entonces, el referéndum se extendió a numerosos países de América, Europa y Oceanía, y entre los que se considera que ha tenido mayor trascendencia y buenos resultados en su uso y aplicación se cuenta a los Estados Unidos de América, Canadá, Italia, Francia¹⁶, Dinamarca, Irlanda, Suiza, España¹⁷, Australia y Nueva Zelanda. "

Así mismo, la primera Constitución que planteó la figura del Referéndum fue la Constitución Helvética en Suiza y las Constituciones como la alemana de 1949, la europea de 1948, la española en 1978 tienen estos mecanismos de participación ciudadana. En nuestro país desde la Constitución de 1991 se contempla este mecanismo de participación ciudadana.

1.1 El mecanismo del referendo en Colombia

De lo dicho anteriormente, es de suma importancia definir y delimitar los alcances de este mecanismo de participación ciudadana, el cual es el Referendo. Para tal delimitación nos fundamentaremos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional define en la sentencia C-

¹⁶ Morel, Lawrence (1995). *La pratique dan les democraties libérales. Pouvoirs N° 77 "Le référendum"* pp. 25-26, Paris. Ya se dijo que el referéndum se aplicó por primera vez en Francia en 1793. Napoleón Bonaparte también utilizó este recurso para aprobar popularmente sus constituciones de 1799, 1802 y 1804, y lo hizo para ratificar los cambios constitucionales que lo hicieron, sucesivamente, cónsul, cónsul vitalicio y emperador. La restauración del imperio, en 1815, pasó por las mismas vías. Más tarde, Luis Napoleón legitimó, apelando al veredicto popular, el golpe de Estado de diciembre de 1851, la restauración del imperio, la anexión de Niza y la de Saboya, así como sus reformas liberales. También se recurrió a este mecanismo en el año de 1870.

¹⁷ VELAZCO GAMBOA, Emilio. *Teoría del Referendo y modelos de democracia participativa*. Puebla: Año 2000. El primer antecedente histórico que se encontró del referéndum en España, se remonta al año de 1931, cuando el artículo 66 de su Constitución establecía lo siguiente: el pueblo podrá atraer a su decisión mediante referéndum las leyes votadas por las Cortes; bastará para ello que lo solicite el 15% del cuerpo electoral (Omeba, 1987 p. 192).

180 de 1994¹⁸ a el referendo como 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.

La doctrina especializada de derecho comparado, en este caso a través de BISCARETTI DI RUFFIA define al referendo como "una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo"¹⁹. Esta institución 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 formalizado.

En el orden jurídico colombiano a través de la ley 130 de 1994 denominada ley estatutaria de mecanismos de participación, define el referendo como la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente. La anterior definición fue reedificada con relación a la definición entregada por el proyecto de ley estatutaria enviado para su revisión a la Corte Constitucional, el cual entregó como resultado la sentencia C-180 de 1994. El artículo 3o. del proyecto de ley estatutaria de mecanismos de participación definía a el referendo como "instrumento democrático de participación ciudadana, por el cual se convoca al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica, o derogue o no una norma vigente".

Al reglamentar el Referendo, el legislador en la ley 134 de 1994 definió esta figura en su artículo 3º como: "Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente. Par.- El referendo puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local".

El referendo es un mecanismo de participación ciudadana que se utiliza para aprobar un proyecto de ley, de ordenanza o de resolución local de iniciativa popular que haya sido

¹⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia 180 de 994. M. P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁹ Biscaretti di Ruffia, Paolo. "Las Instituciones Legislativas de la Democracia Directa". Editorial Tecno, Madrid. 1982, p. 421.

negado por la entidad competente para hacerlo cumplir, o cuando el plazo otorgado por la Constitución de Colombia para que dicho proyecto se cumpla haya vencido.

Los artículos 377 y 378 de la Constitución Política regulan los referendos constitucionales, los cuales pueden ser derogatorios o aprobatorios.

A través de los primeros, se convoca al pueblo para que con su voto afirmativo o negativo respalde o rechace una reforma constitucional efectuada por el Congreso mediante un acto legislativo, el cual desde su promulgación genera efectos, salvo que en él se disponga lo contrario.

Por medio de los segundos, los electores aprueban o refrendan un texto que contiene una modificación a la Constitución producto de la iniciativa del Gobierno o de un determinado número de ciudadanos que previamente ha sido aprobada por el Congreso e incorporada a una ley. Mientras el texto de la reforma no se someta a la aprobación ciudadana, ella no produce efecto alguno.

La diferencia entre estas dos clases de referendo, radica en que en el derogatorio, el pueblo es convocado para que manifieste su asentimiento o rechazo frente a una reforma constitucional que ha efectuado el Congreso a través de su facultad constituyente, y por ende, contenida en un acto legislativo, que como tal no requiere ninguna otra formalidad para que surta efectos. Su especialidad está en la materia de los actos legislativos que son susceptibles de ser sometidos a referendo, toda vez que sólo pueden ser votados a través de este mecanismo, aquellos que tengan que ver con los derechos fundamentales, las garantías o mecanismos de protección de estos derechos y los que introduzcan modificaciones al Congreso de la República.

En otros términos, el Congreso en esta clase de referendo ya ha agotado su función constituyente y al pueblo sólo le resta avalar o no tal reforma, si para el efecto se le convoca, pues ello no es de carácter obligatorio. Por tanto, en caso de no existir solicitud en tal sentido o si ésta no se hace dentro de los seis meses que exige la Constitución, el correspondiente

acto legislativo no podrá someterse a la refrendación ciudadana, y como tal, regirá mientras el legislador no disponga otra cosa.

Por su parte, el referendo aprobatorio, cuya regulación se encuentra en el artículo 378 de la Constitución, se da cuando el Congreso de la República somete a decisión popular un proyecto de reforma constitucional presentado por iniciativa del Gobierno o de un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento (5%) del censo electoral existente en la fecha respectiva, proyecto que se debe incorporar a una ley. Para aprobar la reforma a la Constitución por esta vía, se requiere del voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del censo electoral.

A diferencia del referendo derogatorio, al pueblo se le debe indagar de forma tal que pueda responder qué vota en forma positiva y qué en forma negativa. En el referendo derogatorio, simplemente debe decir si está de acuerdo o no con el acto legislativo aprobado por el legislador. En este caso, la aprobación que hace el pueblo no es sobre cada artículo sino frente a la totalidad del acto legislativo.

Las particularidades señaladas permiten afirmar que en el referendo, en su condición de mecanismo constitucional de participación democrática, opera una relación de complementariedad entre los órganos de la representación política y la participación directa de la ciudadanía.

Lo anterior, por cuanto es claro que en este mecanismo de participación confluyen, por mandato de la Carta y en coherencia con el designio de la Asamblea Nacional Constituyente, el órgano de representación popular por excelencia, el Congreso de la República, como otras instituciones del poder constituido, tales como el Gobierno y el poder judicial en cabeza de la Corte Constitucional, de un lado, y de otro el pueblo, como cuerpo electoral, tanto en la iniciativa que se le reconoce para presentar proyectos de reforma a la Carta, como para adoptar la decisión definitiva sobre su contenido.

En ese sentido, se puede afirmar que los artículos 378 y 379 de la Carta, son la expresión de la complementariedad prevista por el Constituyente entre la democracia directa y la representativa que identifica el modelo político adoptado por la Constitución de 1991.

Bajo esa perspectiva, se hace indispensable establecer cuál es el alcance del control que le corresponde adelantar a un órgano constituido como la Corte Constitucional, frente a esta clase de actos.

El proceso que rige los referendos es complejo, para simplificarlo con fines pedagógicos podríamos nombrar tres etapas: una primera de promoción; una segunda de trámite y otra de ejecución. En caso de querer conocer el proceso de manera detallada deberá el lector recurrir a las respectivas normas.

La primera etapa de promoción (Artículos 10 a 30 de la Ley 134 de 1994) abarca desde el momento en que un grupo de personas tienen la idea de realizar un referendo, se organizan como promotores y se presentan ante la Registraduría Nacional del Estado Civil para la inscripción de dicha solicitud. Se nombra un comité de promoción, y después de trámites administrativos se entregará a los promotores los formularios; es ahí donde se inicia el proceso de recolección de firmas. Es en este punto, donde de manera exclusiva y perentoria permite la ley que los promotores desistan, pasada ésta etapa de recolección de firmas y de promoción, es decir en la etapa que llamamos de trámite ya no se puede desistir de la iniciativa. Posteriormente a la recolección de firmas, la Registraduría hace el conteo de firmas y su certificación, y envía al Congreso de la República dicho certificado, el proyecto de articulado y la exposición de motivos.

De esta forma entramos a la etapa de trámite, donde la iniciativa empieza a circular en el Congreso de la República, esta etapa se inicia con la publicación en la Gaceta del Congreso de la iniciativa, el proceso que se sigue entonces – en el cual nos encontramos en este momento – es el establecido en el artículo 163 de la Constitución Nacional que consagra un trámite de urgencia, teniendo el proyecto prelación.

Después de su recorrido por el Congreso de la República, si es aprobada la iniciativa, ésta pasa a la Corte Constitucional para su examen (Artículo 241, numeral 2), en este punto del trámite pueden ocurrir distintas opciones:

- La Corte declara inexequible totalmente la ley por motivos de forma: se archiva la iniciativa.
- La Corte declara exequible parcialmente la ley: se le introducirán las modificaciones en el Congreso de la República.
- La Corte declara exequible parcialmente la ley y el Congreso no la corrige: en este evento sólo se puede votar por el pueblo la parte declarada exequible por la Corte.

Cuando hay fallo favorable de la Corte, es cuando entramos a la última etapa de ejecución, esto es que el gobierno convoca al referendo mediante decreto. Finalmente habiéndose celebrado el referendo, y establecido el resultado de éste el presidente de la república sancionará el acto legislativo.

En caso de referendos constitucionales, en caso de no ser aprobado por el Congreso termina la iniciativa, pues para que siga el proceso requiere de dicha aprobación.

1.2 Desarrollo a nivel latinoamericano y europeo del mecanismo del referendo constitucional

En las últimas dos décadas, el uso de herramientas de democracia directa como el referendo ha proliferado en América Latina y Europa. Los referendos pueden facilitar el acceso de los ciudadanos a los procesos de toma de decisión, expandiendo así el espectro democrático. Y por otra parte, estas herramientas constituyen un gran riesgo para la democracia, especialmente en el contexto presidencialista latinoamericano, en el cual los presidentes pueden usar los referendos para concentrar poder y sobrepasar instituciones representativas en crisis, como los congresos y los partidos políticos. Los resultados de los procesos de referendo, sin embargo, reflejan un panorama más diverso.

1.2.1 El referendo en Latinoamérica

Desde los 90, primero en Colombia (1991) y Perú (1993), luego en Venezuela (1999) y posteriormente en Costa Rica (2003), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), las constituciones han incluido mecanismos participativos.

En Ecuador se utiliza indistintamente el término de consulta popular para referirse también a la figura del referéndum Constitucional; para que la decisión adoptada por la consulta sea obligatoria se debe de contar con el respaldo de la mayoría absoluta de los votantes.

Pueden los propios ciudadanos solicitar al Tribunal Supremo Electoral convocar a la consulta en caso de reunir el ocho por ciento el padrón electoral, siempre y cuando no se trate de reformas a la Constitución. Se da la posibilidad de realizar consultas populares a nivel local. Se señala la prohibición de someter a este sistema de consulta los asuntos tributarios.

En Guatemala también se utiliza indistintamente el término de consulta popular para referirse también al referéndum constitucional.

En Panamá se considera que forma parte de la consulta popular el referéndum en materia Constitucional, es sólo una de las formas como pueden ser aprobadas las reformas Constitucionales, y en caso de haberse elegido éste resulta de carácter obligatorio.

En Paraguay el referéndum de carácter legislativo puede ser o no vinculante, dentro de las materias que no pueden ser objetos de referéndum se señalan las de carácter internacional, las expropiaciones, las de defensa nacional, de la propiedad inmobiliaria, sistemas tributarios, monetarios y bancarios, el presupuesto, y las elecciones en sus tres niveles de gobierno.

En Perú se señala que los asuntos que pueden ser sometidos a referéndum son: reforma Constitucional, la legislación ordinaria, las ordenanzas municipales, así como las materias relativas al proceso de descentralización y señala como materias que no pueden someterse

a este sistema de consulta a: la supresión de los derechos fundamentales, los de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

Es obligatorio el referéndum en materia constitucional, pudiéndose omitir cuando el proyecto de ley ha sido aprobado por los dos tercios del número de Congresistas.

En Uruguay se tiene contemplada la posibilidad de formular proyectos sustitutivos que someterá a decisión plebiscitaria en la reforma Constitucional, señalando una fórmula detallada y compleja al respecto.

En el caso de Venezuela a través del término referéndum, se refiere indistintamente a éste, y a las consulta popular, llamándolo referéndum consultivo, pudiendo ser en los distintos niveles de gobierno. Para la validez del referendo abrogatorio señala la concurrencia de por lo menos el cuarenta por ciento de los electores. Menciona como materias no aptas al referendo abrogatorio: las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público ni de amnistía, las relativas a los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales.

Se menciona que no podrá hacerse más de un referendo abrogatorio en un periodo constitucional por la misma materia. Puede haber iniciativa popular en materia de reforma Constitucional con un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos. El referendo es obligatorio en materia de reforma Constitucional.

1.2.2 El Referendo en Europa

En España se denomina Referéndum Consultivo a la consulta popular. El referéndum es obligatorio en reforma total a la Constitución y facultativo en los casos de reforma parcial. No procede la iniciativa popular en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

En Francia se menciona que podrán ser sometidos a referéndum cualquier proyecto de ley que verse sobre la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica y social de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, o que propongan la ratificación de un tratado, que sin ser contrario a la Constitución, pudiera tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones. Es vinculatorio el referéndum en caso de reformas a la Constitución.

En Irlanda se deja plasmado a nivel Constitucional la existencia de las principales modalidades del referéndum dejando los detalles de su regulación, como en otros países a la ley respectiva.

En Italia se señala como requisito para la formulación de una iniciativa de ley la propuesta por ciento cincuenta mil electores como mínimo. El referéndum popular para la derogación parcial o total de una ley puede ser también requerido por quinientos mil electores. No se permite el referéndum en leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales. Será vinculatorio si alcanza cierto porcentaje de participación ciudadana. No habrá referéndum si el proyecto de ley hubiese sido aprobado en las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos integrantes.

En Suiza pueden someterse a referéndum las leyes y decretos federales cuando lo soliciten cincuenta mil ciudadanos. Pueden ser también materia de referéndum: los tratados internacionales, que sean de duración indeterminada y no denunciables, prevean la adhesión a una organización internacional y los que lleven aparejada una unificación multilateral del derecho.

1.3 Aspectos que han conllevado al fracaso de las iniciativas de referendo constitucional en Colombia en los años 2008 – 2011.

En este período se han presentado ante la Registraduría tres iniciativas de referendo constitucional, las cuales conviene analizar a continuación:

1.3.1 Referendo del Agua

En alerta por la grave amenaza de privatización del agua en Colombia, la Campaña "El agua, un bien público" junto con otras organizaciones del sector ambientalista, educativo, social, sindical, de mujeres, entre otras, decide emprender acciones más contundentes para la defensa del agua, y es así como nace la iniciativa participación ciudadana de Referendo en defensa del agua. El 24 de febrero del año 2007, fecha en la cual se constituyó el Comité Nacional de Promotores (as) en la Defensoría del Pueblo en Bogotá.

El Referendo en defensa del agua era un Referendo Constitucional, es decir, proponía una reforma a la carta de los derechos y deberes de los colombianos (as).

El Referendo propuesto pretendía incluir entre otros, los siguientes artículos:

- El Estado debe garantizar la protección del agua en todas sus manifestaciones por ser esencial para la vida de todas las especies y para las generaciones presentes y futuras. El agua es un bien común y público.
- El acceso al agua potable es un derecho humano fundamental. El Estado tiene la obligación de suministrar agua potable suficiente a todas las personas, sin discriminación alguna y con equidad de género. Se debe garantizar un mínimo vital gratuito.
- El servicio de acueducto y alcantarillado será prestado en forma directa e indelegable por el Estado o por comunidades organizadas. Las entidades estatales o comunitarias que se organicen para dicha prestación no tendrán ánimo de lucro y garantizarán la participación ciudadana, el control social y la transparencia en el manejo de los recursos y demás aspectos de la operación.

Para introducir estos cambios, el Referendo obtuvo más de 2 millones de firmas. Se presentó al gobierno en una sesión de la Comisión I de la Cámara. La mayoría, que apoya al gobierno aprobó un texto contrario a la iniciativa ciudadana.

La iniciativa, respaldada por organizaciones sociales que recaudaron más de dos millones de firmas de respaldo, fue visiblemente alterada en la comisión primera de la Cámara en el primer semestre de este año, por lo que sus promotores apelaron a la plenaria de la Corporación, que resolvió entregarlo a la comisión quinta.

En dicha comisión el proyecto fue cambiado y después de permanecer un mes en el orden del día, al final se aprobó a comienzos de diciembre. Pero los ponentes no entregaron informe para el segundo debate y en consecuencia el proyecto se hundió por trámite.

1.3.2 Referendo Reelección Presidencial

Con esta iniciativa los promotores intentan que la reelección presidencial pueda darse para un tercer período.

El partido de la U, presentó 260.826 firmas cumpliendo el requisito previo de la Registraduría para autorizar al comité de promotores a la recolección de firmas que es de un mínimo del 5% del censo. La Registraduría declaró 238.224 apoyos (firmas) válidas.

A favor del referendo se recogieron más de cinco millones de firmas de colombianos que entendieron y desean que la reelección sea para el período 2010-2014. Pero la confusa redacción de la pregunta, unida a la falta de claridad sobre los costos de la financiación, condujeron a que el trámite en el Congreso de la República resultará tremendamente accidentado y dilatado.

1.3.3 Referendo Cadena Perpetua para Violadores

El contenido central del referendo, que comenzó a ser tramitado por la congresista verde el 15 de junio de 2008, busca incluir en la Constitución una dura sanción contra los abusadores de menores.

"Con relación a los delitos de homicidio doloso, violencia y explotación sexual, maltrato severo y secuestro, cometidos contra menor de 14 años de edad, o menos, con discapacidad física o mental, podrá aplicar la pena de hasta prisión perpetua de acuerdo con la ley", dice el texto.

El referendo de cadena perpetua fue aprobado por el Congreso en junio del 2009 y se remitió el mismo mes a control de la Corte Constitucional, pero el alto tribunal, en mayo del 2010, lo declaró inexecutable por errores de procedimiento y lo regresó al Legislativo para que los corrigiera.

En marzo del 2011 el proyecto de referendo regresó al Congreso, pero solo surtió los dos primeros debates hasta que la Comisión Primera de la Cámara lo hundió (14 votos en contra y 10 a favor), en medio de una dura polémica, ya que los contradictores calificaron la propuesta de "populista".

1.4 Obstáculos que se han presentado en el trámite de las iniciativas de referendo constitucional en Colombia en los años 2008 – 2011.

Durante la pasada legislatura el Congreso abordó el estudio de tres solicitudes de referendo que superaron el proceso de revisión de firmas ante la Registraduría Nacional del Estado Civil. A continuación se presenta un paralelo, a manera de resumen cronológico, de las tres iniciativas surtieron su trámite.

Cuadro 1: Referendos Constitucionales presentados en los años 2008 – 2011.

	Reelección Presidencial	Agua Potable	Cadena perpetua para abusadores de niñ@s
Propuesta general	Referendo Constitucional para modificar el inciso 1 del	Referendo Constitucional para consagrar el derecho humano fundamental al	Referendo Constitucional para modificar el artículo 34 de la Constitución, que permita incorporar la pena de hasta

	artículo 197, para permitir que quien haya ejercido la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, pueda ser elegido para otro período	agua potable, un mínimo vital gratuito, la gestión pública indelegable y directa del agua y protección especial para los ecosistemas esenciales para el ciclo hídrico, lo cual incluye la protección de las fuentes de agua, lagos, ríos, playas y humedales, entre otros. Para ello se propone la inclusión de dos artículos nuevos en la Constitución Política, así como la introducción de parágrafos adicionales para los artículos 63, 80 y 365.	prisión perpetua para castigar los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, secuestro y maltrato severo cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física o mental.
Fecha de radicación de firmas para constitución de comité promotor	12 de marzo de 2008	11 de enero de 2008	14 de agosto de 2008
Fecha de certificación según la cual las firmas válidas superaron el 5 x 1000 del censo electoral	8 de abril de 2008	22 de febrero de 2008	1 de septiembre de 2008
Total firmas válidas para constitución de comité promotor	238.224	231.081	221.347
Vocero	Luis Guillermo Giraldo Hurtado	Rafael Colmenares Faccini	Gilma Jimenez Gómez
Fecha de radicación de firmas para	11 de agosto de 2008	15 de septiembre de 2008	18 de diciembre de 2008

solicitud del referendo			
-------------------------	--	--	--

Continuación del Cuadro 2: Referendos Constitucionales presentados en los años 2008 – 2011.

Fecha de entrega a la Registraduría del balance de ingresos y gastos por parte del comité promotor	2 de septiembre de 2008	3 de octubre de 2009	6 de enero de 2009
Total ingresos y gastos reportados en el balance	\$2.046.328.135,81	\$211.833.069	No registra ingresos ni gastos directos. Reporta 15 donaciones en especie por valor total de \$30.415.220
Fecha de remisión del balance de ingresos y gastos por parte de la RNEC al CNE	3 de septiembre de 2008. En la remisión el Registrador Nacional advierte que "se pueden vislumbrar algunas infracciones al artículo 2° en concordancia con el artículo 1° de la Resolución No 67 del 30 de enero de 2008 expedida por ese Consejo".	6 de octubre de 2009	13 de enero de 2009
Fecha de certificación según la cual las firmas válidas superaron el 5% del censo electoral	10 de septiembre de 2008	29 de septiembre de 2008	15 de enero de 2009

Total de firmas válidas	3.909.825	2.039.812	1.734.195
Resolución del CNE sobre el estudio del balance de ingresos y gastos	Otorgada	Otorgada	Otorgada
Fecha de la certificación según la cual se cumplieron los requisitos constitucionales y legales en el proceso de recolección de firmas	2009	2009	2009

Como puede observarse en el anterior cuadro, las tres iniciativas de referendo presentadas reunieron el total de firmas válidas para la constitución del comité promotor, así como el número de firmas válidas necesarias para superar el 5% del censo electoral. De igual forma cumplieron con la presentación a la Registraduría del balance de ingresos y gastos por parte del comité promotor; es decir, se cumplió con el lleno de los requisitos constitucionales y legales en el proceso de recolección de firmas.

Uno de los problemas más comunes relacionados con los referendos constitucionales, es que los textos redactados presentan vacíos y contradicciones insuperables.

Por su parte, el artículo 378 de la Constitución establece que se requiere un umbral de participación superior a la cuarta parte de ciudadanos que integran el censo electoral y que de ellos más de la mitad voten a favor. En la actualidad el cuerpo de ciudadanos que se encuentran habilitados para votar es de 29' 317.778²⁰. Esto significa que para aprobarse cualquiera de las tres convocatorias al referendo constitucional es necesaria la participación de 7'329.444 sufragantes (25%) y que, en cada uno, al menos 3'664.723 voten por el sí. Lograr

²⁰ REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. www.registraduria.gov.co.

la participación de cerca de siete millones y medio de votantes no es una tarea sencilla. Razón por la cual debe depurarse el censo electoral.

El censo electoral se define como el total de ciudadanos, titulares de cédulas de ciudadanía, habilitados para votar, que se encuentren inscritos en algún puesto de votación. A diferencia de lo que ocurre con las elecciones ordinarias en que no se exigen porcentajes de participación electoral para la escogencia de los elegidos, en la democracia participativa existen unos umbrales mínimos mediante los cuales se activan sus diferentes mecanismos (art. 103 C.P.) y se aprueban las iniciativas que por esa vía se tramiten. El cinco por ciento para presentar proyectos de Acto Legislativo (art. 375 C.P.). La tercera parte del censo para aprobar la convocatoria a una asamblea constituyente (art. 376). La cuarta parte para derogar reformas adoptadas por el Congreso sobre derechos fundamentales, siempre que voten negativamente al menos más de la mitad de los sufragantes (art. 377). La cuarta parte cuando se trate, como en este caso, de un referendo constitucional (art. 378).

El censo electoral es entonces determinante para el ejercicio de la democracia participativa. Se trata, como lo define la Corte Constitucional, de una herramienta tecnológica esencial para su adecuado funcionamiento (5). El censo se concreta en una base de datos que incluye el universo de ciudadanos cedulados que pueden participar en cualquiera de los mecanismos de participación (art. 103 CP). Permite además organizar, planear y desarrollar tales certámenes. Existe una relación directa entre la fijación del censo electoral y el ejercicio de los derechos políticos por los ciudadanos. Determinar adecuadamente el censo electoral, y evitar sus distorsiones, es un requisito consustancial al ejercicio de los mecanismos de participación. Pero no solo eso. Un censo electoral no actualizado puede estimular prácticas de fraude electoral, como la suplantación de los sufragantes inscritos.

Por otra parte, los procesos participativos se encuentran regulados por un Código Electoral obsoleto, diseñado a la medida del bipartidismo de mediados del siglo XX y de una sociedad excluyente. El Código no regula en forma sistemática el régimen de fijación del censo electoral, ni establece unas reglas precisas para los eventos participativos. Esta situación es más delicada aún, por la negativa del Congreso para actualizar esa normatividad tal como

lo determinó la Corte Constitucional²¹, que exhortó al legislativo a la expedición de una nueva ley ajustada a los mandatos de la Constitución actual.

Al final del gobierno de Álvaro Uribe Vélez los tres referendos propuestos en diversos temas sufrieron suspensión en sus discusiones y la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexecutable la ley 1354 de 2009, mediante la cual se pretendía convocar al referendo para la segunda reelección de Uribe Vélez, dispuso un antecedente importante en estas convocatorias populares en relación a las facultades del Congreso de prohibir sus modificaciones en sus procesos deliberativos.

1.5 Fundamentos de la Corte Constitucional para declarar inconstitucionales las iniciativas de referendo en Colombia en los años 2008 – 2011.

La Corte Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 2º de la Constitución Política, debe decidir sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo con anterioridad al pronunciamiento popular. En otros términos, la intervención de esa Corporación es requisito esencial para que se pueda realizar un referendo constitucional.

Pero a diferencia del control integral al que está obligada, en relación con otras leyes expedidas por el Congreso de la República, el control de la que convoca a un referendo, además de ser previo y oficioso, está circunscrito a determinar: i) si el legislador en su trámite de aprobación incurrió en vicios de procedimiento (artículo 241, numeral 2), y ii) si se violó alguno de los requisitos señalados en las normas de la Constitución que contemplan este mecanismo (artículos 377 y 378), tales como la iniciativa; las mayorías en el Congreso para su aprobación; las materias sometidas a decisión popular (referendo derogatorio) o la forma de presentar el texto de reforma (referendo aprobatorio) (artículo 379 de la Constitución), etc.

En consecuencia, la Corte, en relación con esta clase de leyes, ha establecido que se debe analizar el procedimiento de aprobación de éstas con los requisitos que para ello exige la

²¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-230 A de 2008. M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Constitución y la ley que regula el trámite legislativo al interior del Congreso de la República, es decir, la Ley 5ª de 1992 (sentencia C-501 de 2001).

Dicho control no puede ser entendido como una simple constatación notarial sobre la observancia o no de las reglas procesales, dado que en un Estado Democrático Participativo, como lo es el colombiano, los procedimientos y las formas tienen como finalidad concretar, en la realidad institucional del país, las nociones en que se cimienta ese Estado.

De allí que, en el estudio de constitucionalidad de la ley que convoca a referendo, sea insoslayable la confrontación de las reglas de procedimiento exigidas para su aprobación con los valores jurídico-políticos de esa misma Carta, en los cuales están plasmados los supuestos del paradigma político de la democracia participativa, pues no sería concebible que el procedimiento desplegado para la presentación de la propuesta de reforma, por ejemplo, y su discusión e incorporación al texto de la ley de convocatoria, fuese en contravía de los principios que informan ese paradigma y de los cuales ese procedimiento resulta ser su materialización.

Sólo dos de las iniciativas presentadas en el período estudiado lograron llegar a estudio de la Corte Constitucional, toda vez que el referendo por medio del cual se convoca a un referendo constitucional para consagrar el derecho al agua potable como fundamental, no ha pasado su examen ante el máximo Tribunal.

1.4.1 Declaración de inconstitucionalidad del referendo de reelección presidencial

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-141/2010 declaró inconstitucional por vicios de forma y de fondo el referendo que buscaba la segunda reelección del presidente Álvaro Uribe.

Por siete votos contra dos, el máximo tribunal de lo constitucional declaró inexecutable la Ley 1354, que convocaba a los colombianos a pronunciarse sobre la posibilidad de que el mandatario se presentara de nuevo a campaña.

La Corte señaló que, al examinar el trámite, "verificó la ocurrencia de un conjunto de irregularidades vinculadas a la financiación de la campaña", lo que representa una "grave violación de los principios democráticos", especialmente el de transparencia.

Los argumentos más importantes de la sentencia de la Corte son:

1. La Constitución prevalece. "La vigencia efectiva de la Constitución Política es la mayor garantía de los derechos fundamentales, del respeto a la dignidad de las personas, la libertad, la igualdad, la diversidad y el pluralismo como valores sociales aglutinantes.

El principio de supremacía constitucional permite que hombres y mujeres consideren la Carta Política como un factor de cohesión, el alero protector que a todos nos cobija".

2. Esencia de la Carta es intocable. "La Corte reitera su jurisprudencia en relación con los límites del poder de reforma de la Constitución, insistiendo en que el poder constituyente derivado tiene competencia para reformar- la, más no para sustituirla, por lo cual todo cambio en la identidad del texto constitucional implica un vicio de competencia por exceso en el ejercicio del poder reformativo, reiterando que a la luz de la jurisprudencia de esta corporación no proceden reformas constitucionales que desconozcan los principios estructurantes o elementos definitorios de la Carta Política de 1991, pudiendo realizarse el control incluso sobre la ley misma que las convoque (...)

Respecto de la Ley 1354, encontró la Corte que desconoce ejes estructurales de la Constitución, como el principio de separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, la regla de alternación y periodos preestablecidos, el derecho de igualdad y el carácter general y abstracto de las leyes".

3. La campaña. "La Corte Constitucional verificó la ocurrencia de un conjunto de irregularidades vinculadas a la campaña de financiación a favor de un referendo de reforma constitucional.

Tales anomalías, vistas en conjunto, configuran una grave violación de los principios básicos de un sistema democrático, a saber, la transparencia y el pluralismo político del elector, consagrados en el artículo 1º 155-364 constitucionales y la ley de Mecanismos de Participación".

4. La violación de los topes. "El Comité de Promotores gastó una suma global que supera más de seis veces lo autorizado por el Consejo Electoral. A eso se añade que recibió aportes individuales superiores hasta casi 30 veces lo permitido (...) Toda la actuación ha sido dirigida a burlar mandatos legales y constitucionales, como también el principio del pluralismo, al permitirse contar con recursos desproporcionados para privilegiar la propuesta".

5. Faltó la certificación. "La ausencia de la certificación del Registrador inhibe la creación del trámite legislativo y vicia de constitucionalidad todo el procedimiento adelantado en el Congreso (...) Un segundo vicio del procedimiento legislativo consiste en la modificación del texto: Tal cambio entrañaba la posibilidad de proponer al pueblo la posibilidad de la segunda reelección inmediata, mientras que el texto original refería una reelección mediata".

6. Castigo a tráfugas. "Se constata que a la cadena de irregularidades que constituyen vicios de inconstitucionalidad se suma el hecho de que 5 representantes de Cambio Radical votaron en contra de las directrices (...) Un cambio de partido en las condiciones específicas, y como parte de una cadena de vicios y de irregularidades, no puede ser instrumento para desconocer la Constitución".

1.5.2 Declaración de inexecutable del referendo de cadena perpetua

La Corte Constitucional declaró inexecutable, por vicios de trámite, el referendo que buscaba la cadena perpetua para violadores y asesinos de menores de edad.

Para el Tribunal, los promotores de la iniciativa no cumplieron con todos los requerimientos necesarios, entre ellos no haber anexado el certificado de la Registraduría del Estado Civil.

La Corte, en todo caso, dijo que a pesar de que no era exequible, la iniciativa de referendo sigue abierta, pues hubo vicios de trámite y no de fondo, y por consiguiente se puede presentar otro proyecto similar.

El primer vicio de trámite fue el hecho de que el Congreso hubiera comenzado su discusión sin contar con la certificación de que el dinero utilizado para la campaña de recolección de firmas no violó los topes de financiación.

El segundo vicio de trámite que encontró el Alto Tribunal fue que el Congreso cambió el texto que firmaron los ciudadanos.

La iniciativa en un comienzo decía: "En relación con los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, maltrato severo y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física o mental, procederá la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley".

El texto modificado por el Congreso cambió la expresión procederá la pena de prisión perpetua por: "se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua..."

Por estas razones, seis de los nueve magistrados votaron en contra de la Ley de referendo.

CONCLUSIONES

El proceso para un referendo no es nada fácil. Primero tiene que conformarse un comité promotor, cuyos miembros deben ir a la Registraduría y pedir los formularios para recoger un número de firmas equivalente al cinco por mil del censo y así oficializar la existencia de la campaña de recolección de firmas. Con eso sí pueden comenzar a recoger las firmas que, ya completas, la Registraduría tendrá que revisar. Y luego, cuando el Registrador confirme que los requisitos están dados, esas firmas tendrán que volver al Congreso, que en este caso es el mismo que aprobó la Ley que ahora quieren revocar.

La participación de la ciudadanía a través de este concreto mecanismo, ha forzado el estudio, análisis y críticas de los mecanismos de participación en términos generales y ha obligado a los organismos del Estado intervinientes en el trámite a realizar pronunciamientos e interpretar sus facultades y competencias hasta ahora en desuso.

El cambio del texto de los referendos por el Congreso ha sido muy debatido, aceptándose por la Corte Constitucional, que el Congreso si tiene esa facultad con la limitación de no incluir temas diferentes a los planteados en la propuesta inicial, es decir las modificaciones no pueden ser sustanciales.

El Congreso puede modificar el texto del referendo, pero el núcleo del objetivo no puede ser alterado por el legislativo. Si no se afecta el núcleo central del contenido del referendo, si es un cambio solo de forma, este puede hacerse, fundamentados en la Ley 134 de 1994, que regula los mecanismos de participación ciudadana, cuya esencia establece que el Congreso está facultado para "decidir, rechazar o reformar" los referendos de origen popular.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Biscaretti di Ruffia, Paolo. (1982). *Las Instituciones Legislativas de la Democracia Directa*". Editorial Tecno, Madrid.

Constitución Política de Colombia de 1991. Legis Editores S.A., Bogotá, 2012, Vigésima Séptima Edición.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-230 A de 2008. M.P. Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Referéndum (1987). Enciclopedia Jurídica Omeba tomo XXIV. Buenos Aires: Driskill.

Morel, Lawrence (1995). *La pratique dan les democraties libérales. Pouvoirs N° 77 "Le référendum"*. Paris.

Velazco Gamboa, Emilio. (2000). Teoría del Referendo y modelos de democracia participativa. Puebla.

Naranjo Mesa, Vladimiro. (2000) Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá. Editorial Temis.

Pérez Escobar, Jacobo. (2003). Derecho Constitucional Colombiano. Temis. Bogotá.

Vidal Perdomo, Jaime. (2000). Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas. Bogotá. Editorial Legis.