



NULIDAD ELECTORAL – Contra acto que declaró derecho personal a ocupar una curul en el Concejo Municipal / NULIDAD ELECTORAL – Generalidades del derecho personal de acceder a una curul

La finalidad de la norma superior [artículo 112] en su modificación, fue privilegiar el voto otorgándole mayores niveles de efectividad, es decir, concedió a quien resulta segundo en una contienda electoral a Presidente, Vicepresidente de la República, Gobernador de departamento, Alcalde distrital y Alcalde municipal, la opción de aceptar una curul en la duma correspondiente acatando el respaldo popular obtenido en las urnas. Este derecho personal, reconoce el valor del voto ciudadano por determinado programa de gobierno, que si bien no obtuvo la mayoría necesaria para ser el que rige los 4 años del período institucional del cargo correspondiente, si puede ser determinante para su mejoramiento, ya que recoge las voces de otras opciones altamente representativas en el respectivo territorio. (...). Este apoyo ciudadano, también se puede erigir como una voz de oposición, si es del caso con la bancada correspondiente, al considerar que el primer mandatario en la implementación de sus políticas no consulta, por ejemplo, los problemas de la comunidad o en su contenido existen errores o deficiencias que lo hacen inviable. Es así como, este derecho personal propende por mayores niveles de democracia bajo la égida que quien acepta la curul en las condiciones del artículo 112 Superior, verificará entre otras cosas, la correspondencia de los planes de desarrollo con los planes de gobierno, su articulación y armonización con las obligaciones constitucionales y legales, pero por sobre todo, que efectivamente se propenda por atender las necesidades de las comunidades, de la entidad territorial y que se garantice su normal funcionamiento así como el cumplimiento de los fines estatales. Con la expedición de la Ley Estatutaria 1909 de 2018 se reglamentó, entre otras cosas, el derecho personal consagrado en el artículo 112 de la Constitución Política. (...). De la norma estatutaria se extrae, que se denomina derecho personal en tanto que para acceder a la mencionada prerrogativa, el candidato solo debe acreditar ser el que le siga en votos al electo y, conforme el inciso 6 del artículo 112 Constitucional aceptar de manera expresa la curul así reconocida. Es decir, es una decisión propia y no depende de la bancada, partido o de la colectividad a la que pertenece. (...). Previo a la declaratoria de la elección de las corporaciones públicas, el ciudadano que no resultó electo por ser la segunda alternativa más votada, debe manifestar a la comisión escrutadora competente, su intención de ser miembro del ente territorial, para que quien tiene el deber de contabilizar los sufragios proceda a descontar una curul, que es la que se refiere al derecho propio y, posterior a ello, proceder conforme el mandato 263 superior respecto de los demás escaños.

DERECHO A LA OPOSICIÓN POLÍTICA - Prerrogativas

Sea lo primero señalar que el derecho a participar en la conformación del poder político es uno de los pilares fundantes de la democracia participativa instituida en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1991, en razón de ello, el ejercicio de este derecho fundamental ha sido reglamentado a través de disposiciones que buscan crear condiciones de equilibrio para que quienes por sus circunstancias se encuentren en situación de desigualdad u oposición, puedan participar en el debate político en paridad de condiciones y con las debidas garantías que los demás. Es así como, en nuestro derecho interno se consagró de manera expresa que la oposición es un derecho fundamental autónomo que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas de conformidad con los artículos 40 y 112 de la Constitución Política. (...). Es por ello, que al ser considerado como derecho fundamental la misma Carta les reconoce ciertas prerrogativas a favor de las agrupaciones políticas que se declaran en oposición a

efecto que su voluntad no sea mermada por las posiciones mayoritarias o de gobierno. En virtud de ello, se ocupó de manera directa de otorgar garantías para su ejercicio y expresión libre de la función crítica, razón por la que el artículo 112 Superior estableció que para plantear, desarrollar y dar a conocer su opinión disidente, se les debe garantizar el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación, entre otros.

ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN – La norma superior regula también los derechos de las minorías / ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN – Quien accede por derecho personal a una curul no requiere estar en oposición / ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN – Su ejercicio no es decisión propia del beneficiado con el derecho personal, sino con la organización política a que pertenece / ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN – Su ejercicio para quien accede por derecho personal a una curul exige acreditar personería jurídica de su colectividad

Del tenor literal del a norma constitucional – artículo 112-, se puede observar que en su texto no solo reguló lo concerniente a la oposición política, también materializó los derechos que tienen los partidos minoritarios a participar en las mesas directivas. Es decir, en este caso, la norma superior estableció prerrogativas para las minorías políticas y para la oposición siendo estos dos términos disímiles en cuanto a la esfera de protección. (...). [C]omo puede observarse dentro del texto constitucional se regularon materias diversas al estatuto de la oposición, como es el reconocimiento de derechos a las minorías políticas. (...). Es decir, no todos los contenidos normativos del precepto constitucional se relacionan directamente con el derecho de participación de quienes se declaren en oposición, por ende, no es dable predicar que para el ejercicio de uno se requiera pertenecer al partido opositor. Partiendo del anterior supuesto, en lo que hace al inciso 4º que contempla el derecho personal de quienes les sigan en voto -en este caso- al alcalde municipal, a ocupar una curul en el respectivo concejo durante el período de la correspondiente corporación; no se observa condicionamiento alguno que conlleve a determinar que quien así resulte favorecido deba ejercer como opositor del gobierno territorial y por ende ostentar la personería jurídica requerida para ello. No se encuentra de las normas que regulan la materia, condicionamiento alguno para el ejercicio del derecho personal antes relatado, relativo a que se deba estar en oposición a quien resultó electo, ello por cuanto, como se señaló en precedencia, el artículo 112 ídem reguló dos materias diferentes, esto es, la oposición y las minorías; y, con la expedición del AL 02 de 2015 que lo adicionó, se reguló el derecho personal que les asiste a quienes tuvieron un importante apoyo ciudadano que les permitió obtener un total de votos para ser el candidato que le siga al elegido como alcalde y que merece, a juicio del legislador, ser reconocido a través de la entrega de una curul en la respectiva corporación. (...). [E]l artículo 25 ídem [de la Ley 1909 de 2018] reguló dos aspectos: i) el derecho personal del candidato que siguió en votos a quien la autoridad electoral declaró elegido para acceder a la asamblea o al concejo y, ii) la potestad de éste con la organización política para declararse en oposición. (...). [P]ara intervenir como opositor, la segunda parte de la norma le exige al candidato que se haga con la organización política a la que pertenece, es decir, ya no se trata de un derecho subjetivo sino una decisión de la colectividad, interpretación que encuentra su sustento en el artículo 6 de la Ley 1909 de 2018 en la que se establece el deber de las organizaciones políticas de optar por

declararse en oposición, como independientes o adeptos al gobierno. (...). Quiere decir ello, que quien resulte favorecido con una curul como consecuencia del supuesto consagrado en el inciso 4 del artículo 112 Superior y 25 de la Ley 1909 de 2018, depende de la decisión de su colectividad política de si se declara en la correspondiente duma como miembro de la oposición, así como también le resulta válido mantenerse independiente o ser adepto al gobierno, posiciones últimas de las que no se predica la exigencia de contar con personería jurídica y de las que cuentan protección en el marco de la presente ley estatutaria. (...). Siendo así las cosas se puede concluir que es posible para quien accede a una corporación pública como consecuencia del derecho personal consagrado en el artículo 1º del Acto Legislativo No 02 de 2015 ser miembro de una organización de i) de oposición y por ende debe acreditar para su ejercicio la personería jurídica de su colectividad, ii) independiente o, iii) adepto al gobierno para lo cual no se advierte que deba ostentar el pluricitado atributo

VOTO EN BLANCO – Evolución normativa y jurisprudencial

La evolución del voto en blanco en nuestro sistema jurídico, muestra la progresividad en el reconocimiento de voces disidentes en la participación ciudadana, lo cual materializa los cometidos de la democracia participativa y pluralista en la conformación y control del poder político, que a su turno redundan en la legitimidad de las decisiones que reconocen y protegen los derechos de participación en igualdad de condiciones.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – Se declara probada la excepción frente a la Registraduría Nacional del Estado Civil

Analizadas las actuaciones de primera instancia, se observa que la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderado judicial, solicitó en la etapa de alegatos de conclusión su desvinculación del presente medio de control por carecer de legitimación en la causa por pasiva. (...). Resulta relevante señalar, que la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil y su consecuente ubicación procesal en los juicios electorales, es especial conforme la regla establecida en el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, y por ello, resulta importante establecer en cada caso concreto si las actuaciones de la autoridad pública que se ordena vincular fueron relevantes frente al acto que se demande, así como también que los cargos invocados por los demandantes apunten a cuestionar la legalidad de su actuación. (...). En el caso concreto, con la demanda no se cuestiona actuación alguna de la Registraduría Nacional del Estado Civil que concierna al acto de elección que se demanda, es decir, no se debate en el presente juicio de legalidad, actuación alguna por parte del ente electoral que pudiera generar un interés que amerite su vinculación al presente medio de control. A este punto, no se debe olvidar que la declaratoria de elección es responsabilidad de las comisiones escrutadoras en las que si bien, hace parte la Registraduría Nacional del Estado Civil como secretaria, en este caso no tiene incidencia su labor, por cuanto no se discute una causal de objetiva de nulidad, sino una infracción de las normas superiores en la determinación de declarar electo como concejal al demandado, decisión que sólo puede ser adoptada por los ciudadanos designados por el respectivo Tribunal Superior para ejercer como escrutadores. Por manera que, en este caso se debe declarar probada la excepción propuesta por la entidad.

NULIDAD ELECTORAL – Contra acto que declaró derecho personal a ocupar una curul en el Concejo Municipal / NULIDAD ELECTORAL – la comisión escrutadora municipal no actuó sin competencia al entregar la curul al



demandado / VOTO EN BLANCO – Las normas superiores no lo contabilizan para el otorgamiento del derecho personal de acceder a una curul / VOTO EN BLANCO – Efectos / NULIDAD ELECTORAL – El derecho personal radica en un candidato en específico / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA / NULIDAD ELECTORAL – Solamente el candidato con la segunda votación puede reclamar la titularidad del derecho personal

Los argumentos de apelación se agruparan en cuatro ejes temáticos así: (i) Si bien la Resolución 2276 de 2019 proferida por el CNE goza de la presunción de legalidad, el acto demandado al momento de ser expedido contrarió los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018, normas que de ninguna manera se pudieron desconocer, aún bajo el amparo de la presunción de legalidad del acto aludido. Adujo la parte actora, que si bien el acto administrativo proferido por el CNE en el parágrafo 2° de su artículo 2° señaló que en caso de que el voto en blanco o promotores de este, obtengan la segunda votación en las elecciones de cargos uninominales, la misma no será tenida en cuenta para los efectos del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y de lo estipulado en el presente acto administrativo, aun cuando goce de presunción de legalidad, esta no puede ser contraria a los artículos 112 Constitucional y 25 de la Ley 1909 de 2018. (...). [E]n este caso en concreto, se debe recordar que el acto que alude el accionante es objeto de control por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de simple nulidad, en el que se estudió la petición cautelar de suspensión provisional de sus efectos y en la que se determinó prima facie que no procedía a su decreto. (...). Es decir, en un juicio preliminar de legalidad de la Resolución No. 2276 de 2019 expedida por el CNE, el operador judicial competente, no encontró en abstracto que ésta desconociera las normas constitucionales y legales que rigen la materia, por lo que su presunción de legalidad sigue incólume y por ello se encuentra surtiendo efectos. Así las cosas, no se observa que la comisión escrutadora municipal hubiera actuado sin competencia, (como lo adujo el accionante) al entregar la curul al demandado con fundamento en lo consagrado en el artículo 112 Superior y 25 de la Ley 1909 de 2018. (...). En razón de lo expuesto, el presente argumento de impugnación no resulta procedente. (ii) La elección del ciudadano Juan Felipe Restrepo desconoce el valor del voto en blanco como manifestación válida y democrática. Para el actor, otorgar la curul al aludido ciudadano transgrede los artículos 112 Constitucional y 25 de la Ley 1909 de 2018, por cuanto el sentido de éstas, es que la denominada curul de la oposición deba otorgarse a la segunda manifestación democrática en las urnas para el respectivo cargo unipersonal. (...). De la norma superior se extrae, que el derecho personal recae en el candidato que le siga en votos al electo en el cargo público. (...). Así las cosas, se tiene que la Constitución en su carácter normativo, no previó contabilizar para el otorgamiento del derecho personal al voto en blanco, ya que de haberlo querido así, de manera expresa lo hubiera consagrado. (...). Por manera que, al reconocer las normas electorales el derecho personal a un candidato, para acceder a una curul y no ordenó en su regulación para efectos de su otorgamiento tener en cuenta el voto en blanco, no puede entenderse por vía de interpretación que es un parámetro para definir el reconocimiento de tal prerrogativa. Lo esgrimido, permite concluir que no es posible revocar el fallo impugnado en cuanto hace a este argumento de impugnación. (iii) Existe un desconocimiento flagrante del valor del voto blanco con la elección demandada, toda vez que el acto electoral así expedido, hace nugatoria la decisión de quienes optaron por no apoyar candidato alguno, otorgando al derecho personal un reconocimiento político y electoral que no resulta real. Las normas que irradian el proceso electoral, en la actualidad se encuentran en la Constitución Política o en las leyes estatutarias respectivas, por lo que, todo lo que afecte su núcleo esencial goza de reserva de ley, toda vez que



éstos deben ser establecidos de manera clara y objetiva por el legislador. Bajo el anterior racero, se estudiarán los efectos que la Constitución Política y la Ley Estatutaria han otorgado al voto en blanco. (...). El voto en blanco así erigido, es una forma de control social a las colectividades políticas en las que a través del voto se les censura por el otorgamiento de avales o apoyo, a personas que a juicio de los electores, por ejemplo, no tiene un buen programa de gobierno, carecen de políticas que consulten las necesidades territoriales, falta de idoneidad, entre otros muchos motivos de insatisfacción que materializan en las urnas marcando la opción en blanco. Cuando esa insatisfacción logra ser la mayoría del total de votos válidos, se debe repetir la correspondiente elección con dos consecuencias: i) en los cargos uninominales no se podrán presentar los mismos candidatos y, ii) en las corporaciones públicas no se podrán presentar las listas que no hayan alcanzado el umbral. La sanción de repetir las elecciones, se debe a que quien elige esta alternativa, lo hace por una desaprobación general, porque no tiene claro a quien escoger, quiere ejercer contrapeso a una política que ha sido la dominante, razones que al ser escrutadas no se pueden predicar a una alternativa concreta, sino a todo el grupo de candidatos o listas inscritas y por ello se impone una nueva convocatoria. A diferencia de lo que ocurre con el voto por un candidato, una lista en voto preferente o cerrada, en donde es posible medir el apoyo ciudadano al contabilizar de forma clara cuántos sufragios obtuvo cada uno y así poder declarar la elección de forma concreta. (...). [P]ara la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos, la efectividad del voto en blanco nace por mandato del artículo 258 ídem, cuando de los votos válidos ésta opción suma la mitad más uno, pero, en caso que no logre este porcentaje, se impone la decisión mayoritaria en favor de los candidatos inscritos y por ello es posible que se declare la elección conforme las reglas establecidas para las corporaciones y los cargos populares. Entonces, luego que se determina que el voto en blanco no se constituyó en la mitad más uno de los votos válidos, las comisiones escrutadoras deben proseguir a declarar los candidatos electos y el derecho personal aceptado por su titular, toda vez que, los ciudadanos de forma mayoritaria avalaron su postulación y el voto en blanco si bien fue contabilizado, no alcanzó el porcentaje constitucionalmente exigido para invalidar las elecciones. Pretender, que se le otorgue un segundo efecto como lo interpreta el actor en su demanda, es contrariar la norma superior y afectar de forma directa la voluntad popular que validó las candidaturas inscritas y el derecho de representación política que ostentan las colectividades que buscan acceder al poder. Entender el voto en blanco, de la forma que lo entiende la parte actora, supone que no solo se afecte la concreción del derecho personal, sino que se pueda hacer extensiva a las corporaciones públicas, bajo la égida de la doble efectividad de esta opción, es decir, que no solo se tendrá en cuenta para determinar si existe el suficiente apoyo a los candidatos inscritos y no tener que repetir las elecciones y determinar el umbral y la cifra repartidora en corporaciones públicas, sino que además podría invalidar candidaturas concretas. (...). En conclusión, al no establecer el Acto Legislativo 02 de 2015 un efecto diferente frente al voto en blanco, emana claro que al momento de reconocer el derecho personal, no puede entenderse como modificada la regla constitucional establecida en el artículo 258 para el reconocimiento de la mencionada prerrogativa, en los casos en que el candidato que le siga en votos a quien resultó electo para la alcaldía, sea la tercera opción precedida del voto disidente. (...). Así las cosas, el fallo impugnado no puede ser revocado por el cargo de impugnación estudiado en este capítulo. (iv) Carece de total sentido el argumento del fallador de instancia según el cual, reconocer el valor del voto en blanco y por ende no otorgar la curul de la oposición a la tercera mayoría en votos, se constituiría en una afectación injustificada y desproporcionada en contra de los disidentes del respectivo gobierno. (...). Su inconformidad con el presente razonamiento del *a quo*, radica en que a juicio del



actor, ello conllevaría a otorgar el derecho personal a la totalidad de los candidatos que no resultaron electos en la contienda electoral de alcalde, bajo el entendido que, si el segundo en votación no acepta, el tercero puede reclamar ese derecho y así sucesivamente. La respuesta al anterior planteamiento la tiene de forma directa la norma superior, que indicó: i) que el derecho es personal, ii) por ello recae exclusivamente en el candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare electo, para este caso, alcalde y, iii) si este no aceptare, las entidades territoriales asignarán los escaños de acuerdo con la regla general de asignación prevista en el artículo 263 de la Constitución Política. Por lo que, en el tercer candidato más votado no nace esta prerrogativa ya que (...) las curules en el concejo o asamblea, se asignen según la regla general de asignación de estas y no se puede continuar con su ofrecimiento, (...) lo que se reconoce en este caso es un derecho personal que adquiere el candidato con la segunda votación, si este rehúsa ese derecho, nadie más puede reclamar su titularidad.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto al derecho a la oposición, ver: Corte Constitucional, sentencia C-018 de 4 de abril de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo. Sobre partido y movimiento político minoritario y partido y movimiento político de oposición, ver: Corte Constitucional, sentencia C-122 del 1º de marzo de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En relación con el artículo 112 superior y que éste regula los derechos de la oposición y los derechos de las minorías, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de junio de 2011, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Radicación 11001-03-28-000-2010-00108-00. Con respecto a la legitimación en la causa por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil cuando no se cuestiona su actuación en el proceso electoral, consultar: Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Quinta, auto de 18 de octubre de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación 11001-03-28-000-2018-00036-00. En cuanto a que el voto en blanco no es un candidato más, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de noviembre de 2020, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Radicado No. 2019-01102. Sobre el voto en blanco en una elección por voto popular y que se requiere para producir efectos, reunir la mayoría de los votos válidos, ver: Corte Constitucional, sentencia SU 221 del 23 de abril de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Sobre otro pronunciamiento de problema jurídico similar al estudiado en el que se determinó que el derecho personal radica en cabeza de un candidato específico, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de noviembre de 2020, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Radicado No. 2019-01102.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 40 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 112 INCISO 4 Y 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 258 / ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2015 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 3 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 6 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 25 / LEY 152 DE 1994 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 148 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277 / LEY 1475 DE 2011 ARTÍCULO 30 INCISO 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE



Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-33-000-2019-03317-01

Actor: ANDREE JOVANY CASTRILLÓN ZAPATA

Demandado: JUAN FELIPE RESTREPO TAMAYO - CONCEJO MUNICIPAL DE BELLO (ANTIOQUIA), PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL. Apelación de sentencia, derecho personal, voto en blanco

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la decisión adoptada en sentencia del 28 de julio de 2020¹, por medio de la cual la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto que declaró el derecho personal a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello (Antioquia) del señor Juan Felipe Restrepo Tamayo, para el período 2020-2023.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

1. El señor Andree Jovany Castrillón Zapata, actuando a través de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, en el cual solicitó:

“PRIMERA: DECLARAR la nulidad parcial del Acto Administrativo denominado Acta parcial de Escrutinio E-26 CON –Concejo Municipal de Bello, emitido por la Comisión Escrutadora Municipal el 1 de noviembre de 2019, por medio del cual se declaró electo al ciudadano Juan Felipe Restrepo como Concejal del Municipio de Bello para el período 2020-2023...”.

1.1.2 Hechos

2. Adujo que el 27 de octubre de 2019, se llevaron a cabo las elecciones territoriales para la escogencia de gobernadores, alcaldes, diputados, concejales, y Jal.

3. Manifestó que, de acuerdo con el acta de escrutinio E-26 ALC expedida por la comisión escrutadora municipal, la votación para la elección de alcalde de Bello obtuvo un total de 142.469 votos válidos, los cuales se depositaron en el siguiente orden:

CANDIDATO	VOTACIÓN
------------------	-----------------

¹d0500123330002019033170113expedientedigital2020821161929.pdf



1. Óscar Andrés Pérez Muñoz	41.360
2. Voto en blanco	27.620
3. Juan Felipe Restrepo Tamayo	25.735
4. Hugo Alberto Builes Cuartas	17.845
5. William de Jesús Ortega Rojas	8.818

4. Señaló que, la comisión escrutadora de Bello en una interpretación extendida y por fuera de la ley y la Constitución, determinó que el derecho personal a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello, que trata el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, si bien es para quien ocupe el segundo puesto en la votación a la alcaldía, en este caso lo debía ejercer el señor Restrepo Tamayo quien fuera la tercera opción, luego del voto en blanco.

5. Indicó que el E-26 CON del 1° de noviembre de 2019, por medio del cual se declaró electo al ahora demandado como concejal municipal de Bello, fue dictado sin competencia, al desconocer que la segunda opción era el voto en blanco, lo que conllevaba a que no pudiera otorgársele el derecho personal consagrado en el artículo 112 de la Constitución Política a ningún candidato y por ende, se debían repartir las curules de la duma de conformidad con la regla general prevista en el artículo 263 Superior.

1.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

6. Determinó que, con la asignación de una curul al señor Juan Felipe Restrepo Zapata en el Concejo Municipal de Bello, bajo la égida del derecho personal, se desconocieron las siguientes normas:

7. **Inciso 2° del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por expedirse el acto demandado sin competencia.** A Juicio del demandante, la comisión escrutadora carecía de competencia para otorgar una curul al demandado en virtud de la figura del derecho personal por no ser la segunda opción más votada.

8. Para sustentar este cargo, adujo que en el trascurso de la audiencia de escrutinio, se presentó la duda de si era procedente declarar electo al concejal Restrepo Tamayo, discusión que quedó zanjada con la interpretación que hicieron los miembros de la referida comisión, del parágrafo 2 del artículo 2 de la Resolución No. 2276 de 2019² proferida por el CNE, en donde se señaló, que en casos como este se debe proceder a reconocer el derecho personal a la tercera votación.

9. Esta interpretación, dijo el actor, excede las facultades de las comisiones escrutadoras toda vez que con ella se creó una regla frente a cómo aplicar el derecho personal en los eventos en que el voto en blanco es la segunda opción más votada, facultad que excede las competencias del órgano electoral transitorio, más aún, cuando ésta restringe los efectos de los sufragios por esta opción.

² Por medio de la cual se establecen medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

10. **Infracción de las normas en que debía fundarse:** al respecto mencionó que con el acto demandado se desconocieron los artículos 1° del Acto Legislativo 02 de 2015 que modificó el artículo 112 Superior y el 25 de la Ley 1909 de 2018.

11. Para sustentar el segundo cargo de la demanda, ilustró que en los antecedentes de la norma estatutaria, concretamente en la gaceta 156 del 22 de mayo de 2017, se introdujo un ingrediente consistente en que el derecho personal recae en quienes **ocuparon el segundo puesto en votación**, es decir, la finalidad de la norma es premiar el respaldo popular del que sigue en votos en un cargo y no desconocer la efectividad de la opción en blanco.

12. Con fundamento en los cargos de la demanda, solicitó la suspensión provisional del acto acusado.

1.2 Actuaciones Procesales

1.2.1 Admisión de la demanda y medida cautelar

13. Mediante auto del 14 de enero de 2020, el magistrado sustanciador inadmitió la demanda con el fin que se corrigieran las pretensiones por contener fines de restablecimiento del derecho y, además para que concretara de manera certera la causal de nulidad invocada.

14. Corregida la demanda en el término legalmente establecido, en decisión del 22 de enero de 2020, la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia, admitió el libelo introductorio y negó la cautelar deprecada, al considerar que no existía en ese estado del proceso prueba suficiente para decretarla.

1.2.2 Contestación de la demanda

15. **Demandado:** En escrito del 17 de febrero de 2020, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos: i) frente al cargo de falta de competencia de la comisión escrutadora municipal de Bello para otorgar la curul en la correspondiente duma a quien optó por el derecho personal, señaló que el CNE a través de la Resolución No. 2276 de 2019, reglamentó la forma en que se debe materializar el derecho personal, cuando en las elecciones de los cargos uninominales, el voto en blanco sea la segunda opción.

16. Indicó que el mencionado acto, goza de presunción de legalidad y a la fecha de las elecciones no había sido suspendida o revocada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que el órgano escrutador debía acogerse a ella conforme se hizo en el caso en concreto.

17. Luego de mostrar cada una de las normas que rigen en la actualidad el proceso de escrutinio, señaló que el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, le dio la competencia a las comisiones escrutadoras para materializar el derecho personal y plasmarlo en el correspondiente acto que declara la elección en cada



corporación, por lo que no existe en este caso la aludida falta de competencia, toda vez que quien declaró la elección, actuó dentro de marco de sus funciones.

18. En lo que hace al segundo cargo, indicó que las normas que regulan el derecho personal, esto es, artículos 112 de la Constitución y 25 de la Ley 1909 de 2018, no otorgaron al voto en blanco efecto alguno para limitar esta prerrogativa, por lo que, si ni la Carta de Derechos ni la ley estatutaria regularon la materia, las comisiones escrutadoras no estaban habilitadas a proceder de forma diferente a declarar la elección del ahora demandado por ser el candidato que le siguió en votos al ganador de la alcaldía de Bello.

19. Culminó su escrito, proponiendo las excepciones de “*no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*” por no haber notificado a la comisión escrutadora municipal de Bello y, la de legalidad del acto acusado.

20. **Consejo Nacional Electoral:** El 24 de febrero de 2020, el apoderado judicial solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda bajo argumentos similares a la parte actora. Adicionó, que como autoridad electoral, profirió la Resolución No. 2276 de 2019, en la que en el parágrafo 2 del artículo 2 estableció que *en caso de que el voto en blanco o promotores de este, obtenga la segunda votación en las elecciones de cargos uninominales, la misma no será tomada en cuenta para los efectos del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y de lo estipulado en el presente acto administrativo.*

21. Adujo que el mencionado acto, no ha sido declarado nulo y que el mismo tuvo como fundamento los artículos 112 de la Constitución Política, 25 de la Ley 1909 de 2018 y la sentencia de la Corte Constitucional C-018 de 2018, por lo que el acto demandado se ajusta a las normas en que se sustenta.

1.2.3 Audiencia inicial

22. El 12 de marzo de 2020, se celebró la audiencia inicial, en la cual se verificó la asistencia de los sujetos procesales, la inexistencia de nulidades y resolvió de forma negativa la excepción de no comprender el medio de control todos los litisconsortes necesarios, al considerar que en el presente medio de control se vinculó al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, conforme la regla del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

23. En cuanto al litigio, se fijó en los siguientes términos: “*...De acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos planteados en la demanda, corresponde a la Sala determinar, si el acto No. E-26 CON que declaró que JUAN FELIPE RESTREPO TAMAYO fue elegido como Concejal del Municipio de Bello es nulo de conformidad con causales (sic) invocadas en la demanda.*”

24. Respecto de las pruebas solicitadas, negó la petición de oficiar a la Registraduría para que remitiera las constancias de publicación de los actos demandados, al considerar que en voto popular no se requiere por declararse en audiencia pública. Terminó señalando que, decreta los medios de convicción aportados por los sujetos procesales con la demanda y sus contestaciones, razón

por la que procedió a prescindir de la audiencia de pruebas y ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

1.2.4 Alegatos de conclusión

25. El Consejo Nacional Electoral, el 1° de julio de 2020 presentó alegatos de conclusión en los que señaló que de los hechos expuestos, las pretensiones y las pruebas aportadas con la demanda, se concluye que el actor no logró probar que el acto demandado hubiera sido expedido sin falta de competencia y con desconocimiento de los artículos 112 Superior y 25 de la Ley 1909 de 2018.

26. Como soporte de su argumento, mencionó que el derecho personal está dirigido a los candidatos que ocuparon el segundo lugar en votación en las elecciones de Presidente y Vicepresidente, Gobernadores y Alcaldes, sin que hiciera referencia al voto en blanco y sus efectos en esta figura.

27. La parte demandante³, a través de apoderado insistió en los cargos de falta de competencia de la comisión escrutadora municipal para declarar la elección controvertida, al considerar que en este caso el voto en blanco fue la segunda opción, por lo que, no tenía la facultad para desconocer dichos sufragios.

28. En lo que hace a la infracción de norma superior, indicó que el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 otorga el derecho personal a acceder a una duma cuando quien ocupe el segundo lugar en votos en un cargo de elección popular acepte esta prerrogativa. Así las cosas, para el accionante, siguiendo el tenor literal del precepto, el derecho **nace** para el candidato que ocupe el segundo lugar y no el tercero en votación.

29. A manera de ejemplo, ilustró que en un caso hipotético, en que se revoque la candidatura y no se logre su exclusión de la tarjeta electoral, y como producto del escrutinio resulte que el revocado es la tercera opción luego del voto en blanco, en este caso entraría a gozar del derecho personal en la correspondiente duma la cuarta opción más votada, lo cual desconoce la finalidad de la norma que es proteger el apoyo ciudadano.

30. El 13 de julio de 2020, la apoderada judicial de la Registraduría Nacional del Estado Civil solicitó su desvinculación por la falta de legitimación por pasiva dado que de sus funciones, no está la de declarar la elección en estos casos ni aplicar las normas que se aducen desconocidas.

31. Por último, el Ministerio Público que actuó ante el *a-quo*, luego de analizar las normas que se aducen desconocidas y la sentencia C-018 de 2018 de la Corte Constitucional, concluyó que son claras en establecer el derecho a ocupar una curul en el concejo municipal, al candidato como persona y por ello se habla “*de derecho personal*” y no a la figura del voto en blanco.

³ No se puede establecer con claridad la fecha de radicación del documento.

32. De otra parte, indicó que la Resolución No. 2276 de 2019 proferida por el Consejo Nacional Electoral, en la que se estableció el procedimiento para declarar el derecho personal, en que el voto en blanco sea la segunda opción, goza de presunción de legalidad y resulta ser la norma de obligatorio acatamiento para las comisiones escrutadoras, por lo que la autoridad que consolidó la votación para el concejo de Bello, actuó amparado en la mencionada decisión, por lo que su actuación fue apegada a las normas y reglas del proceso administrativo electoral.

1.2.5 Sentencia de primera instancia

33. En fallo de 28 de julio de 2020, la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia, negó las pretensiones de la demanda luego de un extenso estudio de los efectos del voto en blanco, al considerar: “...*De la lectura del inciso cuarto del artículo 112 de la Constitución, se concluye que, quien está llamado a ocupar la denominada “curul de la oposición”, es el candidato que le siga en votos a quien la autoridad declare elegido para el cargo respectivo. En efecto, la disposición en comento señala de manera diáfana que, “el candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de (...) Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el (...) Concejo Municipal (...) durante el período de la correspondiente corporación”.*

En este particular es pertinente recordar que el voto en blanco constituye una opción política válida y un instrumento a través del cual los electores expresan su inconformidad frente a los candidatos que se presentan en a la contienda electoral. Sin embargo, no puede equipararse a un candidato más. En consecuencia, no cabe duda que, el candidato que obtuvo la segunda votación fue el señor Juan Felipe Restrepo y por ende, tiene derecho a ocupar válidamente, la curul prevista en el inciso cuarto del artículo 112 de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.”

1.2.6 Recurso de apelación

34. En escrito radicado ante el Tribunal de primera instancia el 3 de agosto de 2020, el demandante impugnó el fallo que denegó las pretensiones bajo los siguientes argumentos:

35. Manifestó, que si bien la Resolución 2276 de 2019 proferida por el CNE goza de la presunción de legalidad, lo que pretende con el cargo de nulidad expresado en la demanda, que hace referencia a la infracción de las normas en que debió fundarse, es que se reconozca que el acto demandado al momento de ser expedido desconoció los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018, normas que de ninguna manera se pudieron desconocer, aún bajo el amparo de la presunción de legalidad del acto administrativo aludido. Por ello, no compartió el sustento de la providencia impugnada en lo que hace a la declaratoria de legalidad del reconocimiento de derecho personal, bajo el amparo de un acto administrativo que se presume legal, por cuanto ello, sería de entrada desconocer la fuerza normativa de preceptos de mayor relevancia dentro del sistema jurídico como lo son las normas superiores citadas.

36. A renglón seguido argumentó, que declarar la elección del ciudadano Juan Felipe Restrepo desconoce el valor del voto en blanco como manifestación válida

y democrática, así mismo, otorgar la curul al aludido ciudadano transgrede las referidas normas, por cuanto el sentido de éstas, es que la denominada curul de la oposición deba otorgarse a la segunda manifestación democrática en las urnas para el respectivo cargo unipersonal, de ahí que pasar por encima de la segunda manifestación popular (voto en blanco) para otorgar la curul a la tercera opción (en número de votos) claramente difumina el sentido de la norma por cuanto termina otorgando una curul de la oposición en quien no representa ese sentido democrático que de manera directa se refiere a esa segunda alternativa en la que la ciudadanía se ve representada.

37. Sostuvo que, con la demanda no se pretendió equiparar el voto en blanco con un candidato, lo que se busca con los cargos elevados, es mostrar la contrariedad y desconocimiento flagrante del valor del voto blanco con la elección demandada, toda vez que el acto electoral así expedido, hace nugatoria la decisión de quienes optaron por no apoyar candidato alguno, otorgando al derecho personal un reconocimiento político y electoral que no resulta real.

38. Concluyó, que carece de total sentido el argumento del fallador de instancia según el cual, reconocer el valor del voto en blanco y por ende no otorgar la curul de la oposición a la tercera mayoría en votos, se constituiría en una afectación injustificada y desproporcionada en contra de los disidentes del respectivo gobierno, sin embargo, esta misma conclusión podría predicarse de los ciudadanos que obtuvieron la tercera, cuarta y quinta votación si el segundo no acepta el derecho que trata el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

39. Mediante auto del 18 de agosto de 2020, la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de Antioquia concedió el recurso de apelación que dio origen a la presente instancia.

1.2.7 Actuaciones de segunda instancia

40. A través de auto del 24 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación y se dispuso por secretaría poner a disposición de los sujetos procesales el memorial de apelación para que presentaran sus alegatos y al Ministerio Público para que rindiera su concepto, quienes intervinieron en el siguiente orden:

41. La parte demandada, a través de apoderado judicial, el 1° de octubre de 2020, en sus alegatos solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, por cuanto de la lectura de los artículos 112 Constitucional y 25 de la Ley 1909 de 2018, se erige que el señor Juan Felipe al ser el segundo candidato más votado en las elecciones para la escogencia del alcalde de Bello, es quien tiene el derecho a ocupar una curul en la correspondiente duma municipal.

42. Insistió que de conformidad con lo consagrado en el artículo 1° del Acto Legislativo 2 de 2015 que adicionó los incisos cuarto, quinto y sexto al artículo 112 de la Constitución Política, regulado mediante el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho

personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones, por lo que ante la ausencia de efectos jurídicos específicos para el voto en blanco en la determinación de quien deba ocupar la curul de la oposición, es obligación de la comisión escrutadora municipal proceder a declarar la elección del señor Juan Felipe Tamayo en el Concejo de Bello, debido a que se le ha computado como candidato el mayor número de votos, después de quien fuera elegido alcalde de Bello.

43. Por su parte, el accionante en escrito del 1° de octubre del año en curso, solicitó en sus alegatos de conclusión, que se revoque la sentencia de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en su escrito de apelación.

44. En concepto del 13 de octubre de 2020, la agente del Ministerio Público solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda, al considerar entre otras cosas:

i) Que el voto en blanco tiene efectos sobre la elección, cuando represente la mayoría, mientras ello no ocurra, el voto se contabilizará para efectos de los cocientes, pero no puede tener otra incidencia, como la que pretende señalar el demandante en el presente caso, en tanto, como lo indicó la Sección Quinta, el voto en blanco no es un candidato más,

ii) Que la Resolución 2276 de 2019 está produciendo plenos efectos jurídicos dado que el juez electoral⁴ negó la suspensión provisional de estos, entre otros, por las siguientes razones: (i) el artículo 25 Ley 1909 de 2018 se refiere expresamente al candidato y, por tanto, este vocablo no se puede descontextualizar, (ii) el voto en blanco no tiene la connotación de un candidato, sin que esto le reste importancia a la incidencia de este en nuestro ordenamiento constitucional,

iii) Que no se trata, como dice el actor, de pasar por encima de la segunda manifestación democrática -voto en blanco- para otorgar la curul a la tercera manifestación democrática -en número de votos-, sino que, conforme los parámetros jurisprudenciales, el voto en blanco adquiere valor jurídico cuando es la opción ganadora en las urnas, lo que no ocurre en tratándose de la asignación de la “curul de la oposición” que parte de la premisa según la cual quien obtuvo la segunda votación frente al candidato ganador a la alcaldía o gobernación, integrará la respectiva corporación pública si así lo acepta, entendiendo que será para fungir como oposición.

iv) Que en efecto, el voto en blanco no puede considerarse como un candidato, pero no se tenga en cuenta al momento de asignar la “curul de la oposición” no significa que se desconozca su importancia en el sistema democrático, pues es claro que, si el voto en blanco es la opción ganadora en

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sala de 18 de diciembre de 2019, expediente: 11001-03-28-000-2019-00068-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. En el mismo sentido, auto de sala de 29 de julio de 2020, expediente: 11001-03-28-000-2019-00080-00. Magistrado Ponente Carlos Enrique Moreno Rubio.

la contienda electoral, con las mayorías que se requieren, producirá efectos jurídicos. Este no es el escenario de la curul consagrada en los artículos 112 constitucional y 25 del Estatuto de la oposición, en tanto lo que se busca es que una opción también representativa -votación que sigue al ganador- tuviera un puesto en la corporación de representación popular que, entre otros, está llamada a hacer control político a quien ejerza el cargo de alcalde y gobernador. En estos casos, a quien lo venció en la contienda electoral.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

45. En los términos de los artículos 150, 152.8⁵ y 292 de la Ley 1437 de 2011, corresponde a la Sección decidir el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 28 de julio de 2020, a través de la cual la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto que declaró el derecho personal a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello al señor Juan Felipe Restrepo Tamayo, para el período 2020-2023.

2.2 Oportunidad de la interposición y sustentación del recurso

46. El artículo 292 de la Ley 1437 de 2011, dispone la forma en que ha de interponerse y sustentarse el recurso de apelación, prescribiendo que se realizará ante el *a quo* en el acto de notificación de la sentencia o dentro de los 5 días siguientes a ello y se concederá en el efecto suspensivo.

47. En el caso en estudio, se tiene que el impugnante interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, dentro de la oportunidad procesal, toda vez que la notificación de la providencia se surtió el 28 de julio de 2020 y la presentación del escrito ocurrió el 3 de agosto del mismo año. En razón de lo anterior, el ponente del fallo de primera instancia mediante auto del 18 de agosto de 2020 concedió el recurso de alzada.

2.3 Problema jurídico

48. El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para mantener incólume la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta Mixta, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda contra el acto que declaró el derecho personal del señor Juan Felipe Restrepo Tamayo, a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello, para el período 2020-2023, al no encontrar probado el desconocimiento de los artículos 112 Superior, 25 de la Ley 1909 de 2018 y la

⁵ Artículo 152. Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: /.../ 8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y **miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes**, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.

Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral, en lo que hace al otorgamiento del escaño al demandado como consecuencia de ser el segundo candidato más votado y la tercera opción después del voto en blanco en las elecciones a la alcaldía de Bello, conclusión que a juicio del actor le resta efectos al voto en blanco conforme sus argumentos de impugnación.

49. Por cuestiones de orden metodológico y teniendo en cuenta los argumentos de impugnación, se estudiará: i) el derecho personal a ocupar una curul conforme lo ordenó el artículo 112 de la Constitución Política y el procedimiento de reconocimiento desarrollado por el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, ii) el derecho a la oposición, iii) el derecho personal y el estatuto de la oposición, iv) el voto en blanco en nuestro sistema electoral y, v) el caso en concreto, partiendo del entendimiento obtenido del análisis de los anteriores numerales.

2.4 Derecho personal a ocupar una curul como prerrogativa establecida en el artículo 112 de la Constitución Política⁶.

50. Consultada la fuente constitucional, se tiene que el artículo 112⁷ tiene 6 incisos y un párrafo transitorio, de los cuales interesan a este caso en concreto los incisos 4 y 6 que regulan la materia objeto de discusión, como a continuación se expone:

- El inciso cuarto, establece que el candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de presidente y vicepresidente de la república, **gobernador de departamento**, alcalde distrital y alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el senado, cámara de representantes, asamblea departamental, concejo distrital y concejo municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación.
- El inciso sexto señala que, en caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará

⁶ Se reitera la posición adoptada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 12 de noviembre de 2020, M.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 63001-23-33-000-2019-00253-02

⁷ **Artículo 112 de la Constitución Política.** Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación.

Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia.

El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación. Las curules así asignadas en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes serán adicionales a las previstas en los artículos 171 y 176. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones.

En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La asignación de las curules mencionadas en este artículo no será aplicable para las elecciones celebradas en el año 2015.



de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263.

51. La finalidad de la norma superior, fue establecida en la exposición de motivos que de ella hicieran los promotores de la modificación constitucional⁸, quienes se fundamentaron en que: ***“Con la normatividad vigente, quienes votan por el candidato que pierde la elección prácticamente depositan un voto ineficaz, porque este candidato desaparece de la vida política y esta circunstancia desanima al elector y es causa, entre otras, de la abstención electoral. Se pretende, en cambio del régimen actual, darle pleno valor al voto ciudadano, pues no solo el ciudadano que vota por un candidato que resulta ganador tendrá representación visible, sino que la tendrán también los ciudadanos cuyos candidatos siguen en votos. Es obvio que los elegidos representan al pueblo sin distinción de ninguna clase entre quienes votaron a su favor o a favor de otros que no resultaron elegidos, pero se aspira con estas modificaciones a que las ideas y planteamientos que se hacen en las campañas electorales no se diluyan y puedan tener eco y posibilidad de realización. /.../***

..., buscamos que también tenga representación visible y eficaz quien sufraga pero no logra que sus candidatos sean elegidos. A través de la fórmula que proponemos al Congreso y a la opinión pública, /.../.

Los candidatos a la Presidencia, a la Vicepresidencia, a las gobernaciones y las alcaldías que no fueron elegidos a pesar de contar con guarismos importantes de votación se esfuman, y con ellos los planteamientos y programas que en razón de las jornadas electorales expusieron públicamente a la comunidad.

El derecho a integrar las corporaciones públicas es intuitu personae, es decir, se concede por los atributos personales y por los votos que la ciudadanía deposita a favor del candidato. Por este motivo, no es susceptible de transferirse a ninguna persona como consecuencia de la función electoral que lo genera. El titular de este derecho no puede ser reemplazado y la renuncia, en el evento de presentarse, le haría perder la respectiva curul con la consiguiente responsabilidad política de quien así actúa⁹.” (Negrillas propias).

52. La finalidad de la norma superior en su modificación, fue privilegiar el voto otorgándole mayores niveles de efectividad, es decir, concedió a quien resulta segundo en una contienda electoral a Presidente, Vicepresidente de la República, Gobernador de departamento, Alcalde distrital y Alcalde municipal, la opción de aceptar una curul en la дума correspondiente acatando el respaldo popular obtenido en las urnas.

53. Este derecho personal, reconoce el valor del voto ciudadano por determinado programa de gobierno, que si bien no obtuvo la mayoría necesaria para ser el que rige los 4 años del período institucional del cargo correspondiente, si puede ser determinante para su mejoramiento, ya que recoge las voces de otras opciones altamente representativas en el respectivo territorio.

54. Igualmente, se puede constituir en un apoyo para el control en la implementación de las políticas, los objetivos planteados a nivel nacional, territorial y sectorial a mediano y largo plazo, las metas, estrategias y políticas en materia

⁸ Gaceta 369 de 2014.

⁹ <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

económica, social y ambiental que guiarán la acción del gobierno para alcanzarlos, a través del señalamiento de las formas, medios e instrumentos de vinculación y armonización de la planeación¹⁰.

55. Este apoyo ciudadano, también se puede erigir como una voz de oposición, si es del caso¹¹ con la bancada correspondiente, al considerar que el primer mandatario en la implementación de sus políticas no consulta, por ejemplo, los problemas de la comunidad o en su contenido existen errores o deficiencias que lo hacen inviable.

56. Es así como, este derecho personal propende por mayores niveles de democracia bajo la égida que quien acepta la curul en las condiciones del artículo 112 Superior, verificará entre otras cosas, la correspondencia de los planes de desarrollo con los planes de gobierno, su articulación y armonización con las obligaciones constitucionales y legales, pero por sobre todo, que efectivamente se propenda por atender las necesidades de las comunidades, de la entidad territorial y que se garantice su normal funcionamiento así como el cumplimiento de los fines estatales¹².

57. Con la expedición de la Ley Estatutaria 1909 de 2018 se reglamentó, entre otras cosas, el derecho personal consagrado en el artículo 112 de la Constitución Política. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, el artículo 25 estableció, que las curules en las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales, se conformarán de la siguiente manera:

- Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de gobernador de departamento, alcalde distrital y alcalde municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las asambleas departamentales, concejos distritales y concejos municipales respectivos, durante el período de estas corporaciones.
- Declarada la elección de los cargos enunciados, y previo al de las asambleas departamentales y concejos, respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación, deberán manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en la duma que corresponda.
- Otorgadas las credenciales a los gobernadores y alcaldes distritales y municipales, la autoridad electoral les expedirá, previa aceptación, las credenciales como diputados y concejales distritales y municipales a los que ocuparon los segundos puestos en la votación para los mismos cargos.
- En caso de aceptación del derecho personal, se aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la constitución para la distribución de las curules restantes en cada corporación, de lo contrario la regla constitucional

¹⁰ Ley 152 de 1994, Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo.

¹¹ Artículo 7º Niveles territoriales de oposición política. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán declararse en oposición, en cualquiera de los niveles de Gobierno de que trata el artículo 2º de esta ley.

¹²<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Portal%20Territorial/RedePlan/Plan%20Desarrollo/Orientaciones%20Asambleas%20y%20Concejos%20en%20Proceso%20Adopci%C3%B3n%20PDT.pdf>



de repartición de curules se hará sobre todos los escaños previamente establecidos por población.

58. De la norma estatutaria se extrae, que se denomina derecho personal en tanto que para acceder a la mencionada prerrogativa, el candidato solo debe acreditar ser el que le siga en votos al electo y, conforme el inciso 6 del artículo 112 Constitucional¹³ aceptar de manera expresa la curul así reconocida. Es decir, es una decisión propia y no depende de la bancada, partido o de la colectividad a la que pertenece.

59. Este ejercicio, se materializa con el acto que declara la elección del cargo uninominal, pues es allí donde se cristaliza la voluntad popular a través del escrutinio público, en el que se establece el orden de votación obtenido por cada opción política.

60. Previo a la declaratoria de la elección de las corporaciones públicas, el ciudadano que no resultó electo por ser la segunda alternativa más votada, debe manifestar a la comisión escrutadora competente, su intención de ser miembro del ente territorial, para que quien tiene el deber de contabilizar los sufragios proceda a descontar una curul, que es la que se refiere al derecho propio y, posterior a ello, proceder conforme el mandato 263 superior respecto de los demás escaños.

61. Por manera que, le corresponderá a las comisiones escrutadoras contabilizar y declarar la elección del Presidente y su fórmula, gobernadores, y alcaldes, de forma anticipada a la de las corporaciones públicas, con el fin de poder garantizar el derecho fundamental de los candidatos bajo las condiciones previstas en los artículos 112 Superior y 25 de la Ley 1909 de 2018, el cual se concreta con la elección de los primeros mandatarios del nivel nacional o territorial y se ejerce con la aceptación del candidato y su posterior inclusión en la corporación pública que se declare con posterioridad.

2.5 El derecho a la oposición política

62. Sea lo primero señalar que el derecho a participar en la conformación del poder político es uno de los pilares fundantes de la democracia participativa instituida en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución de 1991, en razón de ello, el ejercicio de este derecho fundamental ha sido reglamentado a través de disposiciones que buscan crear condiciones de equilibrio para que quienes por sus circunstancias se encuentren en situación de desigualdad u oposición, puedan participar en el debate político en paridad de condiciones y con las debidas garantías que los demás.

63. Es así como, en nuestro derecho interno se consagró de manera expresa que la oposición es un derecho fundamental autónomo que goza de especial

¹³ En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263.

protección por el Estado y las autoridades públicas de conformidad con los artículos 40 y 112 de la Constitución Política¹⁴.

64. Lo anterior, teniendo como fundamento que¹⁵ *dentro de los sistemas democráticos, [que] la oposición desempeña un papel fundamental en la medida en que define la dinámica de los gobiernos de turno. De manera general, podría decirse que las funciones de la oposición en los sistemas políticos democráticos son: (i) expresarse sobre la dirección que toma (o debería tomar) el gobierno, ya sea a nivel general o sobre aspectos relevantes en la discusión de leyes o el desenvolvimiento de ciertas políticas; (ii) ejercer funciones de control del gobierno en turno, utilizando los recursos legales a su alcance y expresarse sobre los resultados de la actuación del gobierno y sus consecuencias; y (iii) prepararse para la alternancia, es decir, toda oposición tiene la responsabilidad de ostentarse como una opción de gobierno¹⁶. En últimas, podría decirse que la oposición funciona como herramienta que materializa el control al poder, el pluralismo político y las condiciones de alternancia de gobierno, en el caso de los partidos políticos¹⁷.*

65. Es por ello, que al ser considerado como derecho fundamental la misma Carta les reconoce ciertas prerrogativas a favor de las agrupaciones políticas que se declaran en oposición a efecto que su voluntad no sea mermada por las posiciones mayoritarias o de gobierno. En virtud de ello, se ocupó de manera directa de otorgar garantías para su ejercicio y expresión libre de la función crítica, razón por la que el artículo 112 Superior estableció que para plantear, desarrollar y dar a conocer su opinión disidente, se les debe garantizar el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación, entre otros.

2.6 El estatuto de la oposición y derecho personal¹⁸

66. Del tenor literal del a norma constitucional – artículo 112-, se puede observar que en su texto no solo reguló lo concerniente a la oposición política, también materializó los derechos que tienen los partidos minoritarios a participar en las mesas directivas. Es decir, en este caso, la norma superior estableció prerrogativas para las minorías políticas y para la oposición siendo estos dos términos disímiles en cuanto a la esfera de protección, a saber:

¹⁴ Al respecto ver el artículo 3 de la Ley 1909 de 2018.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-018 de 4 de abril de 2018, M.P: Alejandro Linares Cantillo, Radicado. RPZ-004, Revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 03/17 Senado–006/17 Cámara, “Por medio del cual se adopta el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes”

¹⁶ Gianfranco Pasquino, *La oposición*, 1998, Madrid: Alianza, p. 30.

¹⁷ Debe resaltarse que la fiscalización y control al gobierno no es ejercido únicamente por la oposición parlamentaria o legislativa, sino que de hecho es adelantada por diversos grupos sociales y de interés, como pueden ser los medios de comunicación o los gremios. Sin embargo, quizás el elemento diferenciador de estos grupos frente a los partidos políticos, es que éstos últimos participan en el ejercicio de oposición con la intención, en la mayoría de los casos, de convertirse en una alternativa de gobierno. Ver: David Armando Rodríguez, *Óp Cit.* pp. 69-70.

¹⁸ Posición adoptada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto del 6 de febrero de 2020, M.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 76001-23-33-000-2019-01066-01

“En un primer lugar encuentra la Corte que desde la definición ordinaria el concepto de “minoritario” puede dar lugar a dos acepciones: 1. “perteneciente o relativo a la minoría” y 2. “aquél que está en minoría numérica”. Por otra parte, desde el punto de vista del lenguaje político la definición de “partido y movimiento político minoritario” dependerá del régimen político, de las relaciones entre el gobierno y el Congreso, del sistema electoral que se escoja y en determinadas ocasiones de la garantía que se pueda dar constitucionalmente a ciertas agrupaciones políticas por su situación de inferioridad numérica o de su baja influencia política en un Estado.

Igualmente en los regímenes políticos presidenciales se pueden presentar partidos y movimientos políticos minoritarios de distinta índole, no solo atendiendo al criterio numérico del concepto sino también desde la concepción política. Así por ejemplo, se pueden dar partidos políticos minoritarios de oposición (1), partidos políticos minoritarios que se declaren neutrales al gobierno (2) o aquellos partidos minoritarios numéricamente que realicen coaliciones con el partido político mayoritario (3). En este último caso no pierde el partido de coalición su categoría de minoritario, especialmente por dos razones: en primer lugar porque sigue teniendo un menor número de curules en el Congreso y en segundo término porque no pierde la posibilidad de romper en cualquier momento la coalición y empezar a hacer oposición a su anterior aliado.

Por otra parte se debe tener en cuenta lo referente a las circunscripciones especiales en donde la Constitución garantiza la participación de minorías étnicas, políticas y de colombianos residentes en el exterior. El inciso segundo del artículo 171 de la C.P establece la “circunscripción nacional especial para comunidades indígenas” en donde se establece que habrá dos curules permanentes en el Senado para las minorías indígenas. Igualmente se reconoce en los incisos cuarto y quinto del artículo 176 de la C.P., circunscripciones especiales en la Cámara de Representantes para asegurar la participación “de los grupos étnicos y de las minorías políticas”, en donde se podrá elegir hasta cuatro representantes, y las circunscripciones especiales para los colombianos residentes en el exterior en la cual se elegirá un representante a la Cámara.

*Teniendo en cuenta las diferentes acepciones que se puede dar al término ‘minoritario’ en Colombia, la Corte concluyó que desde el punto de vista literal o lingüístico **no se puede hacer la correspondencia entre ‘partido y movimiento político minoritario’ con ‘partido y movimiento político de oposición’**. Esto, debido a que los partidos y movimientos políticos minoritarios pueden tener distintas formas como los partidos políticos de oposición, los de coalición, los que se declaren neutrales al Gobierno y las minorías con curules permanentes en el Congreso por el establecimiento de circunscripciones especiales.”¹⁹*

67. Este punto resulta de vital importancia toda vez que como puede observarse dentro del texto constitucional se regularon materias diversas al estatuto de la oposición, como es el reconocimiento de derechos a las minorías políticas. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 30 de junio de 2011²⁰, demarcó la distinción de las dos materias al señalar que:

*“El anterior panorama cambió sustancialmente a partir de la expedición de la sentencia C-122/11, [en la que se estableció que] el artículo 112 **regula 2 materias diferentes, a saber: (i) los derechos de la oposición...**, y (ii) **los derechos de las minorías a participar en las mesas directivas de las***

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-122 del 1º de marzo de 2011, M.P: Juan Carlos Henao Pérez, expediente No. D- 8207

²⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta Sentencia del 30 de junio de 2011. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00108-00



corporaciones públicas de elección popular (cámaras legislativas, asambleas departamentales, concejos municipales y juntas administradoras locales)...”.

68. Es decir, no todos los contenidos normativos del precepto constitucional se relacionan directamente con el derecho de participación de quienes se declaren en oposición, por ende, no es dable predicar que para el ejercicio de uno se requiera pertenecer al partido opositor.

69. Partiendo del anterior supuesto, en lo que hace al inciso 4º que contempla el derecho personal de quienes les sigan en voto -en este caso- al alcalde municipal, a ocupar una curul en el respectivo concejo durante el período de la correspondiente corporación; no se observa condicionamiento alguno que conlleve a determinar que quien así resulte favorecido deba ejercer como opositor del gobierno territorial y por ende ostentar la personería jurídica requerida para ello.

70. No se encuentra de las normas que regulan la materia, condicionamiento alguno para el ejercicio del derecho personal antes relatado, relativo a que se deba estar en oposición a quien resultó electo, ello por cuanto, como se señaló en precedencia, el artículo 112 *ídem* reguló dos materias diferentes, esto es, la oposición y las minorías; y, con la expedición del AL 02 de 2015 que lo adicionó, se reguló el derecho personal que les asiste a quienes tuvieron un importante apoyo ciudadano que les permitió obtener un total de votos para ser el candidato que le siga al elegido como alcalde y que merece, a juicio del legislador, ser reconocido a través de la entrega de una curul en la respectiva corporación.

71. Como se señaló de forma precedente, la Ley 1909 de 2018, es el fruto del imperativo constitucional (inciso 3 del artículo 112 y artículo 152) de regular a través de ley estatutaria los contenidos relacionados con los derechos fundamentales de la oposición política y las organizaciones independientes.

72. Concretamente, el artículo 25 de la Ley Estatutaria si bien reproduce el contenido del artículo 112 constitucional; contempla un ingrediente normativo adicional y es que quienes son acreedores del derecho personal a una curul en las asambleas y los concejos, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 7º de esta ley, regla que establece los niveles territoriales de **oposición política**²¹.

73. Al remitir el artículo 25 *ídem* a las consideraciones establecidas en el artículo 7º, se podría entender que estas curules así obtenidas son únicamente para quienes se declaren en oposición. Fuerza como primera medida indicar, que el mencionado precepto, frente a dicho punto señala: “[1] los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones. [2] Con la

²¹ **Artículo 7 de la Ley 1909 de 2018.** Niveles territoriales de oposición política. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán declararse en oposición, en cualquiera de los niveles de gobierno de que trata el artículo 2º de esta ley.

organización política a que pertenezcan, **podrán** intervenir en las opciones previstas en el artículo 7° de esta ley y harán parte de la misma organización política”.

74. De la trascrición normativa se puede observar que el artículo 25 *ídem* reguló dos aspectos: i) el **derecho personal** del candidato que siguió en votos a quien la autoridad electoral declaró elegido para acceder a la asamblea o al concejo y, ii) la potestad de éste **con** la organización política para declararse en oposición.

75. En lo que hace al primer aspecto, como ya quedó establecido en el numeral 2.4 de este proveído, se denomina derecho personal en tanto que para acceder a la mencionada prerrogativa solo debe acreditar ser el candidato que le siga en votos al electo y, conforme el inciso 6 del artículo 112 Constitucional²² aceptar de manera expresa la curul así reconocida. Es decir, es una decisión propia y no depende de la bancada, partido o de la colectividad a la que pertenece.

76. Contrario sensu, para intervenir como opositor, la segunda parte de la norma le exige al candidato que se haga **con** la organización política a la que pertenece, es decir, ya no se trata de un derecho subjetivo sino una decisión de la colectividad, interpretación que encuentra su sustento en el artículo 6 de la Ley 1909 de 2018 en la que se establece el deber de las **organizaciones políticas** de optar por declararse en oposición, como independientes o adeptos al gobierno.

77. Es por ello que, el mencionado artículo 25 estableció que: “*Con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir...*”, término que según el Diccionario de la Real Lengua Española²³ se define como: “...6. *intr. Ser contingente o posible que suceda algo*”, pues, es del fuero interno de cada colectividad decidir conforme a sus estatutos y programas políticos, si se declaran independientes, adeptos o en oposición al gobierno de turno.

78. Quiere decir ello, que quien resulte favorecido con una curul como consecuencia del supuesto consagrado en el inciso 4 del artículo 112 Superior y 25 de la Ley 1909 de 2018, depende de la decisión de su colectividad política de si se declara en la correspondiente duma como miembro de la oposición, así como también le resulta válido mantenerse independiente o ser adepto al gobierno²⁴, posiciones últimas de las que no se predica la exigencia de contar con personería jurídica y de las que cuentan protección en el marco de la presente ley estatutaria, concretamente en su artículo 1º, en el que se señala que:

“La presente ley estatutaria establece el marco general para el ejercicio y la protección especial [1] del derecho a la oposición de las organizaciones políticas y [2] algunos derechos de las organizaciones independientes”.

79. Siendo así las cosas se puede concluir que es posible para quien accede a una corporación pública como consecuencia del derecho personal consagrado en

²² En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263.

²³ <https://dle.rae.es/poder?m=form>

²⁴ Al respecto ver artículo 6 de la Ley 1909 de 2018.

el artículo 1º del Acto Legislativo No 02 de 2015 ser miembro de una organización de i) de oposición y por ende debe acreditar para su ejercicio la personería jurídica de su colectividad, ii) independiente o, iii) apto al gobierno para lo cual no se advierte que deba ostentar el pluricitado atributo²⁵.

2.7 El voto en blanco en el sistema electoral colombiano

80. La opción del voto en blanco ha tenido una evolución normativa y jurisprudencial importante al interior de la democracia colombiana. La progresión en el reconocimiento como una opción válida y fundante en nuestro sistema ha sido la siguiente:

Precepto normativo	Contenido	Consecuencia
Ley 28 de 1979 <i>“Por la cual se adopta el código electoral”.</i>	Artículo 107. Se considerará como voto en blanco el que no exprese de un modo legible y claro el nombre y apellido de la persona que encabeza la lista o del candidato a cuyo favor se vota.	La concepción del voto en blanco era semejante a la que en la actualidad se predica del voto nulo o a la tarjeta no marcada.
Ley 96 de 1985 <i>“Por la cual se modifican las leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, el código contencioso administrativo, se otorgan unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones”</i>	Artículo 29 que modificó el 107 de la Ley 28 de 1979. Voto en blanco es el que no contiene nombre alguno o expresamente dice que se emite en blanco. El voto en blanco se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral. El voto ilegible es voto nulo.	Se separa la concepción de voto en blanco y voto nulo. Se le reconoce eficacia en cuanto es tenido en cuenta para determinar el cuociente electoral, lo que implicó para las colectividades políticas un mayor esfuerzo en la consecución del respaldo popular para acceder al poder. No obstante ello, carecía de efectos invalidantes y reconocimiento como una opción disidente.
Decreto- Ley 2241 de 1986 <i>“Por el cual se adopta el Código Electoral”</i>	Artículo 137. Voto en blanco es el que no contiene nombre alguno o expresamente dice que se emite en blanco. El voto en blanco se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral. El voto ilegible es voto nulo.	No existió un avance en el reconocimiento de su valor fundamental.
Ley 62 de 1988 <i>“Por la cual se modifica la Ley 96 de 1985 y el Decreto número 2241 de 1986 (Código Electoral)”</i>	Artículo 3 adicionó el artículo 114 del Código Electoral. En las elecciones para presidente de la República, identificado el votante se le entregará la tarjeta o tarjetas electorales con el sello del jurado de votación en el dorso de la tarjeta. Acto seguido el elector se dirigirá al cubículo y registrará su voto en el espacio que identifique al partido o agrupación política de su preferencia, o en el lugar previsto para votar en blanco; luego doblará la tarjeta correspondiente, regresará ante el	No existió un avance en el reconocimiento de su valor fundamental.

²⁵ Artículo 2 de la Ley 1909 de 2018: Para efectos de la presente ley, entiéndase por organizaciones políticas a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica.



	jurado de votación y la introducirá en la urna.	
Constitución Política de 1991	Artículo 258. El voto es un derecho y un deber ciudadano. En todas las elecciones los ciudadanos votarán secretamente en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación, con tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La organización electoral suministrará igualmente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones todos los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.	La Carta de Derechos en su versión original no se ocupó de la materia.
Ley 84 de 1993 <i>"Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral"</i>	Artículo 14. Voto en blanco es el que en la tarjeta electoral señala la casilla correspondiente. El voto en blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral.	La norma hizo regresivo el valor del voto en blanco.
Sentencia C-145 de 1994 ²⁶	Declaró inexecutable la expresión <i>"el voto en Blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral"</i>	<p>La Corte consideró que esta norma regula un aspecto trascendental de las funciones electorales como es el alcance del voto en blanco, por lo cual su regulación corresponde a la ley estatutaria.</p> <p>De otro lado, desde el punto de vista material, la Corte consideró que al disponerse que el voto en blanco no se tendrá en cuenta para obtener el cuociente electoral, se violan los artículos 1, 13, 40, 103, 258 y 263 de la Constitución Política, conforme a los cuales el voto como manifestación genuina del sentimiento político de un ciudadano y como expresión del pensamiento político que se traduce en el ejercicio del derecho fundamental al sufragio, debe en todos los casos en que sea válidamente emitido tenerse en cuenta para los efectos de la determinación de los cuadros del Estado y por ende en la determinación electoral.</p> <p>Restarle, como lo hace la norma en examen, validez al voto en blanco, equivale a hacer nugatorio el derecho de</p>

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-145 del 23 de marzo de 1994, M.P: Alejandro Martínez Caballero, expedientes D-489, D-492, D-495, D-500, D-506, D-507, D-508, D-511, D-512 y D-515 (Acumulados).01



		expresión política de disentimiento, abstención o inconformidad que también debe tutelar toda democracia.
Ley 163 de 1994 "Por la cual se expiden algunas disposiciones en materia electoral."	Artículo 17. Voto en blanco es aquél que fue marcado en la correspondiente casilla. La tarjeta electoral que no haya sido tachada en ninguna casilla no podrá contabilizarse como voto en blanco	No existió un avance en el reconocimiento de su valor fundamental. Se separa el concepto de voto en blanco y tarjeta no marcada.
Acto Legislativo 01 de 2003 "Reforma Política"	Artículo 11, modifica artículo 258 de la CP. Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras que en las de corporaciones públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral	Se concreta el valor democrático del voto en blanco, que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-145 de 1994 y se crea la regla de desaprobación de los candidatos, cuando los sufragios en favor de ésta se constituyan en la mayoría absoluta respecto de los votos válidos. En estos casos, se deberá repetir la elección con la siguiente consecuencia: A. Cargos uninominales: Los candidatos no pueden participar en la nueva elección. B. Corporaciones: Las listas no podrán presentarse a la nueva elección sino alcanzan el umbral.
Acto Legislativo 01 de 2009 "Reforma Política"	Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de Corporaciones Públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral-	Sustituyó la expresión: " <i>cuando los votos en blanco constituyan mayoría absoluta en relación con los votos válidos.</i> "; por la fórmula: <i>"cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría."</i>
Sentencia de 9 de marzo de 2012. Expediente: 110010328000201000029-00. M.P. Alberto Yepes Barreiro.	Efectos del voto en blanco en las elecciones de los representantes por Colombia al Parlamento Andino, período 2010-2014.	Frente al cambio constitucional de los Actos Legislativos 01 de 2003 y 2009, la sección señaló: <i>como quedó establecido, la reforma contenida en el AL de 2009, no ordenó nada distinto a lo estipulado en aquella de 2003, en la medida en que, a pesar de que la primera añadía el adjetivo de "absoluta" a la mayoría exigida para que el voto en blanco tuviera poder invalidante, establecía idéntico parámetro de cuantificación al ahora vigente, contenido en el AL N° 1 de 2009, cual es: el total de los votos válidos depositados en los comicios. Así pues, según lo dicho a lo largo de las consideraciones del presente fallo, en realidad, en ambos casos se trata de una mayoría simple</i>



		<i>consistente en la mitad más uno de la totalidad de los votos válidos.</i>
Sentencia C-490 de 2011 ²⁷	Control previo de constitucionalidad de la Ley 1475 de 14 de julio de 2011. <i>“Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones.”</i>	La relevancia de la protección de la libertad de los sufragantes explica algunos de los atributos del voto en las democracias modernas, como su carácter secreto, y la regulación del voto en blanco como una opción legítima de los sufragantes, a la que además se le reconoce su capacidad de incidir en los procesos electorales.
Sentencia de Unificación 221 de 2015 ²⁸	Revisión de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, dentro de la acción de tutela presentada por Jaime Araújo Rentería contra el Registrador Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral.	El voto en blanco constituye otra opción política, que rechaza el acceso a un cargo público de quienes se han presentado como candidatos. En ese sentido, es un acto de participación política, pues implica concurrir a las urnas para tomar una decisión colectiva que consiste en desestimar la idoneidad de todos los candidatos para exigir que las votaciones se realicen con otros candidatos. Ese acto de participación política, tiene efectos en la elección, pues de acuerdo con el artículo 258 de la Constitución, cuando el voto en blanco ha reunido un amplio apoyo, obliga a la repetición de los comicios, con el agravante de que no podrán presentarse a las siguientes elecciones, quienes hayan pretendido ser elegidos cuando el voto en blanco evidenció un rechazo de todas aquellas candidaturas. Por ende, la elección deberá incluir a nuevos candidatos.

81. La evolución del voto en blanco en nuestro sistema jurídico, muestra la progresividad en el reconocimiento de voces disidentes en la participación ciudadana, lo cual materializa los cometidos de la democracia participativa y pluralista en la conformación y control del poder político, que a su turno redundan en la legitimidad de las decisiones que reconocen y protegen los derechos de participación en igualdad de condiciones.

2.8 Caso concreto

82. Teniendo como sustento las normas que rigen los derechos de la oposición, los de quienes votaron en blanco o en favor de alguna candidatura y, el derecho personal que trata el artículo 112 de la Constitución Política y la Ley 1909 de 2018,

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-490 del 23 de junio de 2011, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 221 del 23 de abril de 2015, M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado, Expediente T-4314422.

se procederá a resolver el recurso de apelación presentado por la parte accionante.

2.8.1 Cuestión previa -Falta de Legitimación de la Registraduría Nacional del Estado Civil-

83. Analizadas las actuaciones de primera instancia, se observa que la Registraduría Nacional del Estado Civil, a través de apoderado judicial, solicitó en la etapa de alegatos de conclusión su desvinculación del presente medio de control por carecer de legitimación en la causa por pasiva.

84. Al respecto, en el fallo de primera instancia no se encuentra pronunciamiento alguno frente a la petición de la entidad electoral, razón por la cual, en el marco del inciso 2 del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011²⁹, se procederá a hacer su estudio.

85. La entidad vinculada, sostuvo como fundamento de su petición que en el caso que se debate, su actuación fue meramente de apoyo, toda vez que sólo participó como secretaria de la comisión escrutadora, la que en el ejercicio de sus atribuciones no tiene capacidad de decisión por cuanto la declaratoria de la elección recae única y exclusivamente en los escrutadores.

86. Resulta relevante señalar, que la vinculación de la Registraduría Nacional del Estado Civil y su consecuente ubicación procesal en los juicios electorales, es especial conforme la regla establecida en el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, y por ello, resulta importante establecer en cada caso concreto si las actuaciones de la autoridad pública que se ordena vincular fueron relevantes frente al acto que se demande, así como también que los cargos invocados por los demandantes apunten a cuestionar la legalidad de su actuación.

87. El fundamento de la demanda, recae en la presunta ilegalidad del acto que declaró el derecho personal del señor Juan Felipe Restrepo Tamayo a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello, por no ser la opción que le sigue en votos a quien resultó elegido alcalde del mencionado ente territorial.

88. En el caso concreto, con la demanda no se cuestiona actuación alguna de la Registraduría Nacional del Estado Civil que concierna al acto de elección que se demanda, es decir, no se debate en el presente juicio de legalidad, actuación alguna por parte del ente electoral que pudiera generar un interés que amerite su vinculación al presente medio de control³⁰.

89. A este punto, no se debe olvidar que la declaratoria de elección es responsabilidad de las comisiones escrutadoras en las que si bien, hace parte la Registraduría Nacional del Estado Civil como secretaria, en este caso no tiene

²⁹ En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*.

³⁰ Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Quinta, auto de 18 de octubre de 2018, M.P: Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 11001-03-28-000-2018-00036-00.



incidencia su labor, por cuanto no se discute una causal de objetiva de nulidad, sino una infracción de las normas superiores en la determinación de declarar electo como concejal al demandado, decisión que sólo puede ser adoptada por los ciudadanos designados por el respectivo Tribunal Superior para ejercer como escrutadores.

90. Por manera que, en este caso se debe declarar probada la excepción propuesta por la entidad.

2.8.2 Argumentos de apelación

91. Los argumentos de apelación se agruparan en cuatro ejes temáticos así:

2.8.2.1 Si bien la Resolución 2276 de 2019 proferida por el CNE goza de la presunción de legalidad, el acto demandado al momento de ser expedido contrarió los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018, normas que de ninguna manera se pudieron desconocer, aún bajo el amparo de la presunción de legalidad del acto aludido.

92. Adujo la parte actora, que si bien el acto administrativo proferido por el CNE en el párrafo 2° de su artículo 2° señaló que en caso de que el voto en blanco o promotores de este, obtengan la segunda votación en las elecciones de cargos uninominales, la misma no será tomada en cuenta para los efectos del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y de lo estipulado en el presente acto administrativo, aun cuando goce de presunción de legalidad, esta no puede ser contraria a los artículos 112 Constitucional y 25 de la Ley 1909 de 2018.

93. Le asiste razón al apelante, en lo referente a que en ningún caso los actos administrativos proferidos por las autoridades, en uso de su facultad reglamentaria, puede contravenir la Constitución y las normas, en este caso estatutarias.

94. Ello es así por cuanto, la Carta de Derechos se erige como la norma de normas, lo que implica que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, **se aplicarán las disposiciones constitucionales**. Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado: “La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier **norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados**. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, norma normarum. Estas

características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4³¹.

95. Al respecto, la Ley 1437 de 2011 en su artículo 148 estableció que en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley, decisión que sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.

96. De lo anterior, emana claro que de existir contradicción alguna entre una norma y la Constitución, se aplica esta última, por lo que no le sería dable a ninguna autoridad tanto judicial como administrativa alegar la presunción de legalidad para desconocer los mandatos superiores.

97. No obstante ello, en este caso en concreto, se debe recordar que el acto que alude el accionante es objeto de control por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de simple nulidad³², en el que se estudió la petición cautelar de suspensión provisional de sus efectos y en la que se determinó *prima facie* que no procedía a su decreto, por cuanto: *“...es innegable que la Sala Electoral de tiempo atrás ha considerado que el voto en blanco es una forma o manifestación de opinión de gran envergadura e importancia para las justas electorales y los principios democráticos, en tanto es el llamado voto de disenso o de inconformidad, pero no se la ha dado la connotación de candidato, sin que ello haya conllevado a un desconocimiento de su fuerza vinculante ni de su importancia democrática, pues ha sido objeto legal y constitucional de reconocimientos electorales, sin aún haber sido equiparado a la figura de un candidato...”*³³

98. Es decir, en un juicio preliminar de legalidad de la Resolución No. 2276 de 2019 expedida por el CNE, el operador judicial competente, no encontró en abstracto que ésta desconociera las normas constitucionales y legales que rigen la materia, por lo que su presunción de legalidad sigue incólume y por ello se encuentra surtiendo efectos.

99. Así las cosas, no se observa que la comisión escrutadora municipal hubiera actuado sin competencia, (como lo adujo el accionante) al entregar la curul al demandado con fundamento en lo consagrado en el artículo 112 Superior y 25 de la Ley 1909 de 2018, normativa que sirvió de soporte para resolver el dilema que surgió al interior del proceso de escrutinio respecto de si debía otorgar o no el escaño a éste, al ser el segundo candidato más votado a la alcaldía de Bello pero la tercera opción luego del voto en blanco.

100. En razón de lo expuesto, el presente argumento de impugnación no resulta procedente.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2012, M.P: Mauricio González Cuervo, Expediente D-8820.

³² De conformidad con la información que reposa en el sistema SAMAI existen los procesos acumulados 2019-00060, 2019-00068, 2019-00080, 2019-00082 y 2020-00039.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de ponente del 18 de diciembre de 2019, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicado: 11001-03-28-000-2019-00068-00.

2.8.2.2 La elección del ciudadano Juan Felipe Restrepo desconoce el valor del voto en blanco como manifestación válida y democrática.

101. Para el actor, otorgar la curul al aludido ciudadano transgrede los artículos 112 Constitucional y 25 de la Ley 1909 de 2018, por cuanto el sentido de éstas, es que la denominada curul de la oposición deba otorgarse a la segunda manifestación democrática en las urnas para el respectivo cargo unipersonal.

102. Conforme la aclaración que se hizo en el numeral 2.6 de este proveído, la curul que se otorga por el derecho personal, no es una curul que corresponda única y exclusivamente a la oposición, toda vez que, como ya se explicó, el artículo 25 de Ley 1909 de 2018 consagra i) la prerrogativa en cabeza de los candidatos que sigan en votos a quien se declare alcalde, de ocupar una curul en la correspondiente duma y, ii) una vez se accede al escaño **con la organización política** a la que pertenecen pueden intervenir como opositores del gobierno regional.

103. Así las cosas, no se trata en este caso de determinar si se debe privilegiar el derecho de la oposición a acceder a una corporación de elección popular en desconocimiento de los votantes en blanco, toda vez que el derecho que surge del respaldo popular es personal y depende para su ejercicio de la voluntad de la colectividad política como sí lo es el de optar por la disidencia, la neutralidad o adherir al gobierno.

104. En lo que hace, a que la curul objeto del presente medio de control no se entregara al demandado en ejercicio del derecho personal por ser el voto en blanco la segunda opción, se procederá a analizar la norma en su tenor literal con el fin de establecer el contenido del mandato constitucional desarrollado por el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

105. La norma constitucional consagra: *“(...) El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación. (...)”*.

106. De la norma superior se extrae, que el derecho personal recae en el **candidato que le siga en votos al electo** en el cargo público y, esta Sección en reciente fallo³⁴ reiteró la posición que el voto en blanco, *“...no es un candidato más, es una manifestación del descontento del elector frente a todas las opciones puestas a su consideración y, en consecuencia, sólo puede tener efectos invalidantes cuando logra superar, así sea por un voto, la votación total de todos y cada uno los candidatos y no la de uno solo de ellos –el de la mayor votación–”, de manera que “no resulta proporcional al sistema democrático que nos rige ni a la eficacia del voto como un derecho y un deber, si el voto en blanco se considera como un candidato más y no como una opción que*

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de noviembre de 2020, M.P: Carlos Enrique Moreno Rubio, Radicado No. 2019-01102.

requiere de una determinada mayoría frente a la votación general –votos válidos- para tener los efectos anuladores que hoy le reconoce el ordenamiento constitucional, (...)”³⁵.

107. Así las cosas, se tiene que la Constitución en su carácter normativo, no previó contabilizar para el otorgamiento del derecho personal al voto en blanco, ya que de haberlo querido así, de manera expresa lo hubiera consagrado.

108. Frente al artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, se tiene que la norma reprodujo en un inciso primero la norma superior, por lo que no se hace necesario repetir el estudio. En cuanto al segundo inciso, estableció: “*Posterior a la declaratoria de elección de los cargos de Gobernador, Alcalde Distrital y Municipal y previo a la de las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación, deberán manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales*”. Es decir, la norma reitera que el derecho personal recae en el candidato.

109. Frente al tercer inciso, el texto consagra: “*Otorgadas las credenciales a los gobernadores y alcaldes distritales y municipales, la autoridad electoral les expedirá, previa aceptación, las credenciales como diputados y concejales distritales y municipales a los que ocuparon los segundos puestos en la votación para los mismos cargos y aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la distribución de las curules restantes de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.*” En este caso, si bien la norma no habló de candidato, es lógico que hace referencia a éstos, por cuanto es a los únicos a los que la norma electoral ordena entregar credenciales, toda vez que, cuando gana el voto en blanco, así se declara en el correspondiente E-26 y se ordena repetir las elecciones sin que por obvias razones se entregue el correspondiente E-27.

110. Por manera que, al reconocer las normas electorales el derecho personal a un **candidato**, para acceder a una curul y no ordenó en su regulación para efectos de su otorgamiento tener en cuenta el voto en blanco, no puede entenderse por vía de interpretación que es un parámetro para definir el reconocimiento de tal prerrogativa³⁶.

111. Lo esgrimido, permite concluir que no es posible revocar el fallo impugnado en cuanto hace a este argumento de impugnación.

2.8.2.3 Existe un desconocimiento flagrante del valor del voto blanco con la elección demandada, toda vez que el acto electoral así expedido, hace nugatoria la decisión de quienes optaron por no apoyar candidato alguno, otorgando al derecho personal un reconocimiento político y electoral que no resulta real.

112. Las normas que irradian el proceso electoral, en la actualidad se encuentran en la Constitución Política o en las leyes estatutarias respectivas, por lo que, todo

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 9 de marzo de 2012, M.P: Alberto Yepes Barreiro, Radicación: 11001-03-28-000-2010-00029-00 y 11001-03-28-000-2010-00034-00 (acumulados).

³⁶ Ídem.

lo que afecte su núcleo esencial goza de reserva de ley, toda vez que éstos deben ser establecidos de manera clara y objetiva por el legislador.

113. Bajo el anterior racero, se estudiarán los efectos que la Constitución Política y la Ley Estatutaria han otorgado al voto en blanco.

114. El artículo 258 constitucional, en su párrafo primero estableció que: *“Deberá repetirse por una sola vez la votación para elegir miembros de una Corporación Pública, Gobernador, Alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría. Tratándose de elecciones unipersonales no podrán presentarse los mismos candidatos, mientras en las de Corporaciones Públicas no se podrán presentar a las nuevas elecciones las listas que no hayan alcanzado el umbral.”.*

115. El voto en blanco así erigido, es una forma de control social a las colectividades políticas en las que a través del voto se les censura por el otorgamiento de avales o apoyo, a personas que a juicio de los electores, por ejemplo, no tiene un buen programa de gobierno, carecen de políticas que consulten las necesidades territoriales, falta de idoneidad, entre otros muchos motivos de insatisfacción que materializan en las urnas marcando la opción en blanco.

116. Cuando esa insatisfacción logra ser la mayoría del total de votos válidos, se debe repetir la correspondiente elección con dos consecuencias: i) en los cargos uninominales no se podrán presentar los mismos candidatos y, ii) en las corporaciones públicas no se podrán presentar las listas que no hayan alcanzado el umbral.

117. La sanción de repetir las elecciones, se debe a que quien elige esta alternativa, lo hace por una desaprobación general, porque no tiene claro a quien escoger, quiere ejercer contrapeso a una política que ha sido la dominante, razones que al ser escrutadas no se pueden predicar a una alternativa concreta, sino a **todo** el grupo de candidatos o listas inscritas y por ello se impone una nueva convocatoria. A diferencia de lo que ocurre con el voto por un candidato, una lista en voto preferente o cerrada, en donde es posible medir el apoyo ciudadano al contabilizar de forma clara cuántos sufragios obtuvo cada uno y así poder declarar la elección de forma concreta.

118. Con la Ley 1475 de 2011 en el inciso 3 del artículo 30, el legislador quiso establecer una nueva regla, la cual consistía en que debían repetirse por una sola vez las votaciones cuando el voto en blanco obtuviera más votos que el candidato o lista que haya sacado la mayor votación. Esta disposición, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional³⁷, al considerar que la mayoría del artículo 258 no es comparable con la regla según la cual el voto en blanco invalida las elecciones cuando obtiene al menos un voto más que el candidato más votado, es decir, cuando el voto en blanco obtiene el mayor número de votos.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-490 del 23 de junio de 2011, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

119. Posterior a ello, la Corte Constitucional en sentencia SU 221 de 2015³⁸, frente a los efectos del voto en blanco en una elección por voto popular, indicó que conforme la regla superior, esta opción **requiere reunir la mayoría de los votos válidos para producir efectos**. Esta mayoría se obtiene con la mitad más uno de los votos válidos. El constituyente podrá determinar otra mayoría, pero para ello **será necesario que lo disponga de forma expresa**.

120. Para llegar a esta conclusión, acudió a un ejercicio mediante el cual determinó que se deben respetar las mayorías que consagra la norma que regula el voto en blanco. Explicó la materia de la siguiente forma: *Para mayor comprensión de este razonamiento, pasa a ilustrarse con un ejemplo hipotético: de 200 electores, el candidato No. 1 obtuvo 50 votos, el candidato No. 2 obtuvo 50 votos, el candidato No. 3 obtuvo 48 votos, y el voto en blanco alcanzó 52 votos. En este caso, el voto en blanco obtuvo una votación superior a la del candidato más votado o el mayor número de votos; **no obstante, no obtuvo la mayoría de los votos válidos, por eso, el número de votos en blanco, podría considerarse una minoría**. En el ejemplo citado, las opciones No. 1, No. 2 y No. 3, sumaron 148 votos, **de forma que evidencian la intención de las personas de apoyar a candidatos particulares**. En contraste, el voto en blanco obtuvo 52 votos, de allí que la oposición a los candidatos fue menor que el respaldo, pues de 200 votos, 148 apoyaron a un candidato, y 52 son una minoría que se opuso a todas las opciones...*

121. Así las cosas, para la Corte Constitucional en sus diferentes pronunciamientos, la efectividad del voto en blanco nace por mandato del artículo 258 *ídem*, cuando de los votos válidos ésta opción suma la mitad más uno, pero, en caso que no logre este porcentaje, se impone la decisión mayoritaria en favor de los candidatos inscritos y por ello es posible que se declare la elección conforme las reglas establecidas para las corporaciones y los cargos populares.

122. Entonces, luego que se determina que el voto en blanco no se constituyó en la mitad más uno de los votos válidos, las comisiones escrutadoras deben proseguir a declarar los candidatos electos y el derecho personal aceptado por su titular, toda vez que, los ciudadanos de forma mayoritaria avalaron su postulación y el voto en blanco si bien fue contabilizado, no alcanzó el porcentaje constitucionalmente exigido para invalidar las elecciones.

123. Pretender, que se le otorgue un segundo efecto como lo interpreta el actor en su demanda, es contrariar la norma superior y afectar de forma directa la voluntad popular que validó las candidaturas inscritas y el derecho de representación política que ostentan las colectividades que buscan acceder al poder.

124. Entender el voto en blanco, de la forma que lo entiende la parte actora, supone que no solo se afecte la concreción del derecho personal, sino que se pueda hacer extensiva a las corporaciones públicas, bajo la égida de la doble efectividad de esta opción, es decir, que no solo se tendrá en cuenta para determinar si existe el suficiente apoyo a los candidatos inscritos y no tener que

³⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 221 del 23 de abril de 2015, M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado, Expediente T-4314422.



repetir las elecciones y determinar el umbral y la cifra repartidora en corporaciones públicas, sino que además podría invalidar candidaturas concretas como pasará a explicarse.

125. En el Concejo de Bello para el período 2020-2023³⁹, se depositaron 139.674 votos válidos, de los cuales 23.862 correspondieron a la opción en blanco y 115.812 por las colectividades políticas, que se repartieron así:

PARTIDO O MOVIMIENTO POLÍTICO	VOTOS
0011	22.540
0002	17.891
0001	15.241
0004	10.824
2035	10.261
0016	9.166
0005	8.496
0008	6.939
0916	4.594

126. Bajo el entendimiento del actor, quien optó por el derecho personal al Concejo de Bello no era acreedor de la mencionada prerrogativa, por no ser la segunda **opción** más votada, sin importar que la norma alude al **candidato**, ya que a su juicio el voto en blanco obtuvo una mejor acogida y es por ello que se debe respetar el resultado, negando el acceso a la duma del demandado.

127. Si este fuera el entendimiento, *mutatis mutandi* se debería extender este mismo efecto a todos los candidatos y, en un caso como el descrito en el cuadro, ninguna colectividad política alcanzaría un escaño en el cuerpo colegiado, toda vez que de los votos registrados ninguno fue superior a la opción disidente.

128. En conclusión, al no establecer el Acto Legislativo 02 de 2015 un efecto diferente frente al voto en blanco, emana claro que al momento de reconocer el derecho personal, no puede entenderse como modificada la regla constitucional establecida en el artículo 258 para el reconocimiento de la mencionada prerrogativa, en los casos en que el candidato que le siga en votos a quien resultó electo para la alcaldía, sea la tercera opción precedida del voto disidente.

129. Se impone, reiterar la tesis sostenida por esta Sección, en donde se estudió un problema jurídico similar al que ahora se analiza, y en donde se determinó⁴⁰: “En primer lugar, debe aclararse que el derecho personal previsto en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, radica en cabeza de un candidato en específico, esto es, el que siguió en votación respecto de quien resultó electo.

Esta interpretación deviene del sentido natural y obvio del texto legal, en cuanto dispone que el derecho personal a la curul en cuestión radica en “Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos (...)”, al margen de si el voto en blanco fue la opción política con la segunda mejor votación, pues no es respectivo

³⁹ Datos tomados del E-26 CO

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 5 de noviembre de 2020, M.P: Carlos Enrique Moreno Rubio, Radicado No. 2019-01102.

de este resultado que se interpreta el alcance del derecho en litigio, sino de las resultas electorales entre el elegido y su inmediato contendor.

Adicionalmente, el sentido de la norma propende por el ejercicio de la participación política del candidato que ocupó el siguiente lugar en votación, actividad que sólo es posible llevar a cabo por conducto de la persona que fue derrotada en las urnas, no así por el resultado del voto en blanco.

En segundo lugar, se tiene que el único efecto del voto en blanco consiste en repetir la elección con otros candidatos, cuando esta opción política constituye mayoría en relación con el total de votos válidos.

Ni la Constitución ni la ley consagran como efecto de una considerable participación del voto en blanco, el de negar el reconocimiento del derecho personal de que trata el artículo 25 de la Ley 1909 de 2015”.

130. Así las cosas, el fallo impugnado no puede ser revocado por el cargo de impugnación estudiado en este capítulo.

2.8.2.4 Carece de total sentido el argumento del fallador de instancia según el cual, reconocer el valor del voto en blanco y por ende no otorgar la curul de la oposición a la tercera mayoría en votos, se constituiría en una afectación injustificada y desproporcionada en contra de los disidentes del respectivo gobierno.

131. Sea lo primero señalar, conforme se estableció en el numeral 2.6 de este proveído, que la curul que se otorga en virtud del derecho personal no es inherente al ejercicio de la oposición, por lo que su otorgamiento, se reitera, no depende de que quien la asuma esté en la obligación de ser parte de la opción disidente o que automáticamente con su aceptación, el candidato pase a la correspondiente duma gozando de las prerrogativas que la Constitución y la ley otorgan a quienes optan por dicha postura, toda vez que ésta es una decisión que recae en la colectividad política conforme la regla establecida en el artículo 6° de la Ley 1909 de 2018.

132. Partiendo de la anterior claridad, se estudiará el cargo correspondiente.

133. Su inconformidad con el presente razonamiento del *aquo*, radica en que a juicio del actor, ello conllevaría a otorgar el derecho personal a la totalidad de los candidatos que no resultaron electos en la contienda electoral de alcalde, bajo el entendido que, si el segundo en votación no acepta, el tercero puede reclamar ese derecho y así sucesivamente.

134. La respuesta al anterior planteamiento la tiene de forma directa la norma superior, que indicó: i) que el derecho es **personal**, ii) por ello recae **exclusivamente** en el candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare electo, para este caso, alcalde y, iii) si este no aceptare, las entidades territoriales asignarán los escaños de acuerdo con la regla general de asignación prevista en el artículo 263 de la Constitución Política.



135. Por lo que, en el tercer candidato más votado no nace esta prerrogativa ya que como lo señaló la agente del Ministerio Público las curules en el concejo o asamblea, se asignen según la regla general de asignación de estas y no se puede continuar con su ofrecimiento, en tanto ello sería desconocer que, lo que se reconoce en este caso es un derecho personal que adquiere el candidato con la segunda votación, si este rehúsa ese derecho, nadie más puede reclamar su titularidad⁴¹.

2.9 Conclusión

136. En ese orden de ideas, al no prosperar ningún argumento de impugnación propuesto por el demandante, se impone confirmar la sentencia de primera instancia a través de la cual se negaron las pretensiones de nulidad electoral contra el acto que declaró el derecho personal del señor Juan Felipe Restrepo Tamayo a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello por haber obtenido la tercera votación, toda vez que, como se precisó, el derecho personal que confiere la ley se predica de los resultados entre los candidatos y no del voto en blanco.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en uso de facultades constitucionales y legales,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil, conforme se expuso en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de julio de 2020, proferida por la Sala Quinta Mixta del Tribunal Administrativo de Antioquia, consistente en denegar las pretensiones de nulidad contra el acto que declaró el derecho personal a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello, al señor Juan Felipe Restrepo Tamayo, período 2020-2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CUARTO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁴¹ Concepto No. 214 del 13 de octubre de 2020.



LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente
Salva voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada
Aclara voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

NULIDAD ELECTORAL – Complementación argumentativa del derecho personal a la curul de oposición / NULIDAD ELECTORAL – Trámite de aceptación de la curul de oposición

[M]i voto concurrente a la sentencia de 19 de noviembre de 2020 busca complementar, si la expresión me es permitida, la cuerda argumental que distinguió el examen del derecho personal a una curul en favor del candidato que siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido Gobernador, a la manera como en otras oportunidades lo he defendido, siguiendo para ello el derrotero que presento enseguida: A. EL DERECHO PERSONAL A LA CURUL DE OPOSICIÓN. El soporte constitucional de las curules que se otorgan en Senado, Cámara de Representantes, asamblea departamental, concejo distrital y concejo municipal para los candidatos que ocupen el segundo lugar en las elecciones presidenciales y de mandatarios territoriales está dado por el artículo 112 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo N°. 02 de 2015. (...). Estos apartes normativos fueron promovidos por el Constituyente Derivado en la reforma constitucional de 2015 –conocida como de equilibrio de poderes– con el propósito de dotar de verdaderas garantías y representación a las fuerzas de oposición política, tanto en el nivel nacional como en el territorial. (...). El alcance que le dieron los ponentes [durante el trámite del proyecto en el congreso] al reputado esquema de asignación de curules, se afincó en importantes principios democráticos y de legitimidad pública, pues no se trató únicamente de reconocer una forma de representación política, sino también de aunar el ejercicio del control político, en el marco del sistema de pesos y contrapesos, a partir de un hecho electoral conocido –el resultado de la contienda electoral–, que busca dar fuerza operativa a una idea de gobierno que remarque en las corporaciones públicas el principio de separación de poderes. (...). A partir de la literalidad de dicha disposición surgen una serie de ingredientes que definen su contenido, a saber: (i) una condición subjetiva, haber sido candidato a alguno de los cargos uninominales enlistados en dicho artículo; (ii) una causa, obtener el segundo lugar como candidato en esos comicios; (iii) una consecuencia, el surgimiento de un derecho



personal en la respectiva curul durante el período de la correspondiente corporación; (iv) una relación con el número de escaños ordinarios de esa corporación, dependiendo de si se trata del Congreso de la República o de las demás corporaciones públicas; y (v) las implicaciones frente al supuesto de no ejercicio del derecho personal. (...). [E]l Estatuto de la Oposición ratifica los postulados constitucionales definidos para la curul de oposición, sometiendo su ejercicio, en todos los casos, al régimen de bancadas; concretando, para el caso de los Congresistas, su asiento “adicional” en las respectivas comisiones primeras constitucionales; y definiendo, para los miembros de corporaciones públicas territoriales, el procedimiento de aceptación o rechazo de su curul “fundamental” (no adicional). Esto último resulta de cardinal importancia, pues constituye uno de los elementos diferenciales respecto de las curules que se obtienen por los mecanismos ordinarios que tienen por objeto las elecciones parlamentarias o las territoriales a través de las cuales se conforma la base de las referidas instituciones. Poder rehusar la curul es una consecuencia de la tipología del derecho adquirido por ser el siguiente en votos respecto del candidato electo a alguno de los cargos uninominales de que trata el artículo 112 Superior. (...). [L]a reputada norma (...) lo que realmente hace es definir un parámetro de orden democrático, habida cuenta que, en virtud de lo señalado en el inciso inmediatamente anterior, para las corporaciones públicas territoriales esta curul “de oposición” no incrementa el número de asientos en la correspondiente дума departamental o concejo distrital o municipal. (...). En términos más sencillos, lo que se busca con la invocación del artículo 263 Superior es que esa curul de la corporación territorial que queda vacante por la no aceptación del candidato que ocupó el segundo lugar en la pugna por ser el primer mandatario del ente territorial en el que opera esa Corporación Pública, sea ocupada por la persona a la que le hubiera correspondido según el reparto ordinario que se hizo en las elecciones en las que resultaron electos los demás miembros de dicha corporación. (...). Así, la consecuencia de no aceptar la curul “de oposición” en el Congreso de la República es una suerte de “silla vacía”, precisamente por la naturaleza personalista del derecho a ocuparla, lo cual no se puede confundir con el deber de ejercicio partidista o de bancada una vez aceptada. (...). Desde un plano un poco más específico, que es el de la “curul de oposición” propiamente dicha (...) no se puede considerar opositor al candidato que ocupa el segundo lugar en las elecciones presidenciales, de gobernador o de alcalde, por ese solo resultado electoral, pues una cosa es tener el “derecho personal” a ocupar el cargo, y otra la manera como debe ejercerse en caso de que se acepte la curul. (...). El hecho de que el derecho a la curul en cuestión sea “personal” debe dimensionarse desde por lo menos tres puntos de vista: (i) el de la simple distinción propia del derecho civil entre derechos reales y personales; (ii) el de que no se trata de un derecho de la agrupación política, sino de la persona en quien recae; y (iii) el que su configuración no se supedita al sistema de fórmula, lo que quiere decir, que tanto el ex candidato a la presidencia como el ex candidato a la vicepresidencia –dicotomía a la que no se enfrentan los aspirantes a la gobernación o alcaldía– son autónomos para definir, por separado, si aceptan la curul que les correspondería en el Congreso. (...). Pasando a otro punto focal, que la norma permita a los beneficiarios de la curul “de oposición” rehusarse a ser congresistas, diputados o concejales en virtud del derecho personal adquirido, implica, de por sí, una diferencia sustancial entre la naturaleza del acto por medio del cual se materializa el acceso a la curul (voto indirecto) y la que se deriva del sistema de designación ordinario (voto directo). En tratándose de elecciones parlamentarias, los elegidos tienen la obligación de tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse, so pena de incurrir en causal de pérdida de investidura (C. P. art. 183.3); y los diputados, concejales municipales y distritales, dentro de los tres (3) días

siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse (art. 48.3 Ley 617 de 2000). (...). Es por ello que la posibilidad de aceptar el cargo, entendida como un derecho personal, responde a una dinámica completamente distinta, por cuanto en este evento no se busca asegurar la voluntad electoral de los sufragantes frente a la elección de una determinada dignidad, sino de conceder la posibilidad a los representantes de una fuerza política identificada en términos cuantitativos (por el número de votos) de constituirse en un espacio diferente como voceros de una facción opuesta a la del gobierno legítimamente constituido. Básicamente, no se puede obligar –menos a fuerza de pérdida de investidura– al candidato vencido en la elección de presidente, vicepresidente, gobernador o alcalde a tomar posesión del cargo de congresista, diputado o concejal, pues ello es una consecuencia indirecta de su derrota, siempre que le haya significado el segundo lugar en esa carrera por la silla de primer mandatario. (...). En ese orden de cosas, es menester precisar que, en estos eventos, la posibilidad de acceder al cargo no es de la agrupación política o para la defensa de los intereses que a esta le asisten, sino de la persona que ocupó el segundo lugar en la carrera a los reputados cargos unipersonales y dentro del marco de un esquema de roles que opera bajo la dinámica tríplice de “oficialismo”, “independencia” y “oposición”. (...). Por último, se reconoce la existencia de la designación de curules que se realiza en ejercicio del “derecho personal” que ahora convoca a esta Sala, embebido en los artículos 112 Constitucional y 24-25 de la Ley 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición). Claramente no se trata de una “elección directa”, toda vez que la contienda electoral que le precede tiene por objeto la provisión de cargos unipersonales, entiéndase Presidente y Vicepresidente de la República, gobernador departamental y alcalde distrital o municipal. Tampoco se subsume en la tipología que he resuelto llamar “designación nominativa”, porque no se perfila hacia la ocupación de curules que la Constitución reserva a una determinada agrupación política, habida cuenta que la curul “de oposición” tiene nombre propio, y emerge del reconocimiento de la representatividad de una fuerza política encarnada por el ciudadano que se ve aupado por un hecho político, como es la calidad factual que denota obtener la segunda votación más alta para un candidato en la pugna por alguna de las reputadas representaciones unipersonales. (...). B. EL TRÁMITE DE ACEPTACIÓN DE LA CURUL DE OPOSICIÓN. (...). El fundamento normativo de la aceptación y las condiciones de modo tiempo y lugar viene dado, en esencia, a partir de tres niveles jerárquicos: constitucional, legal y reglamentario. (...). Dos elementos definitorios surgen de la anotada regla constitucional. La primera, es que el derecho personal se tiene a partir del momento en que se “declara” la elección del primer mandatario nacional o territorial, según el caso; la segunda, que existe una consecuencia para la no aceptación de la curul en el caso de las asambleas departamentales, así como en los concejos distritales y municipales, cual es la aplicación de la fórmula distributiva del artículo 263 de la Carta. (...). Como puede verse, el espectro regulatorio en el ámbito legislativo es mucho más concreto en lo que tiene que ver con la aceptación de la Curul. A primera vista, se observa que, en el ámbito nacional, es decir, en cuanto a los escaños concedidos en el Senado de la República y la Cámara de Representantes para la fórmula presidencial que ocupó el segundo lugar en votación, la expedición de las credenciales es prácticamente automática, dado que se prevé en el artículo 24 *ibidem* que, “terminados los escrutinios electorales, la autoridad electoral les expedirá las respectivas credenciales”, es como si mediara una suerte de presunción de aceptación. Una razón para que ello sea así deviene de que las asignadas son plazas “adicionales”, de ahí que el rehusar el derecho personal no tenga mayores implicaciones prácticas frente a las expectativas eleccionarias de quienes se presentaron a las elecciones de Congreso de la República. En cambio, en tratándose del ámbito territorial, el panorama adquiere otros matices. En efecto,



a los candidatos a una gobernación departamental, alcaldía distrital o alcaldía municipal que obtuvieron el segundo lugar en votación se les exige que para hacer efectivo su derecho personal a una curul en la correspondiente asamblea o el concejo, manifiesten “por escrito” su “aceptación” o “no aceptación”, lo cual “debe” ocurrir –pues en esos términos imperativos se redactó la norma–entre la declaratoria de elección del cargo uninominal y la declaratoria de elección de la corporación pública respectiva, so pena de que, ante el silencio del potencial beneficiario, se estime rehusada. (...). Por el hecho de no tratarse de curules adicionales, el artículo 25 *ejusdem* previene que, “previa aceptación” de la curul de oposición se aplique “la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la distribución de las curules restantes”. Ello se traduce en que la curul, así aceptada, tornará más exigentes tanto el umbral como la cifra repartidora, al ser menor el número de escaños por asignar en la asamblea o concejo en cuestión. (...). En retrospectiva, se tiene frente al momento de aceptar la llamada “curul de oposición”: (i) la Constitución Política –aunque sí define cuándo surge el derecho personal– guarda silencio sobre el momento de manifestar la aceptación. (ii) La ley contempla la entrega de credenciales, en el caso de las que se asigna en el Congreso de la República, una vez terminados los escrutinios electorales; y en el caso de las corporaciones públicas territoriales, la sujeción a la manifestación escrita con posterioridad a la declaratoria de elección de los cargos uninominales, pero previa a la declaratoria en tales corporaciones. Y (iii) los actos generales del CNE, precisan algo similar a la ley, pero circunscribiéndolo a las 24 horas siguientes a la declaratoria de elección de gobernadores y alcaldes.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el control de constitucionalidad de la Ley 1909 de 2018, ver: Corte Constitucional, sentencia C-018 de 2018.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 112 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 24 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 25

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-33-000-2019-03317-01

Actor: ANDREE JOVANY CASTRILLÓN ZAPATA

Demandado: JUAN FELIPE RESTREPO TAMAYO - CONCEJO MUNICIPAL DE BELLO (ANTIOQUIA), PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL.

SENTENCIA – ACLARACIÓN DE VOTO



Con el debido respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto respecto del fallo de 19 de noviembre de 2020, por medio del cual la Sección Quinta del Consejo de Estado confirmó la decisión de 28 de julio de la presente anualidad, con la que el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones del medio de control de nulidad electoral formulado contra el acto declarativo del derecho personal del demandado a ocupar una curul en la duma de ese municipio⁴², de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 25 de la Ley 1909⁴³ de 2018.

En dicha oportunidad, la Sala examinó las posibles implicaciones del voto en blanco sobre el derecho personal regulado en el Estatuto de la Oposición, cuando esta opción política⁴⁴ se presenta como la segunda mejor votación en el marco de los certámenes electorales en los que se designan a los alcaldes de los diferentes municipios del país, decantándose por la premisa según la cual, el derecho personal se aplica con independencia al hecho de que el candidato favorecido con éste⁴⁵ haya sido superado en sufragios por parte del voto en blanco.

Para sustentar esta tesis, la Sala –con mi anuencia– no solo efectuó un estudio pormenorizado de la estructura gramatical del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, fundamento normativo de este derecho personal, pues examinó paralelamente el alcance normativo que el ordenamiento jurídico colombiano ofrece al voto en blanco, estableciendo que la única consecuencia jurídica atribuida a él se manifiesta en su capacidad para hacer repetir las elecciones, en los supuestos en los que supera mayoritariamente los votos válidos depositados en una elección⁴⁶; pero nunca la aptitud para enervar la prerrogativa jurídica aparecida tras la promulgación del Acto Legislativo N°. 02 de 2015⁴⁷, conocido como el de equilibrio de poderes.

Bajo ese panorama, la Sección enfrentó un asunto novedoso que requería de un estudio profundo de la génesis, la estructura, la teleología y, en general, de los diferentes condicionamientos normativos a los que se somete el derecho personal, en su propósito de garantizar, a través de una manifestación fidedigna de la democracia colombiana, la participación política de aquellos candidatos que, aunque no fueron ungidos por la gracia popular, representan una importante porción del querer y la voluntad de la ciudadanía.

En ese orden, mi voto concurrente a la sentencia de 19 de noviembre de 2020 busca complementar, si la expresión me es permitida, la cuerda argumental que distinguió el examen del derecho personal a una curul en favor del candidato que siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido Gobernador, a la manera como en otras oportunidades lo he defendido⁴⁸, siguiendo para ello el derrotero que presento enseguida:

⁴² Formulario E-26 AL de 1° de noviembre de 2019.

⁴³ “Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes.”

⁴⁴ Se hace referencia al voto en blanco.

⁴⁵ Derecho personal a una curul en la Asamblea del Departamento para el candidato que siga en votación a quien resulte electo.

⁴⁶ Art. 258 constitucional.

⁴⁷ El artículo 1° de ese acto incluyó en el artículo 112 de la Constitución Política la siguiente previsión normativa: “El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación.”

⁴⁸ Salvamento de voto a la sentencia de 25 de abril de 2019. Rad. 11001-03-28-000-2018-00074-00 (ACUMULADO). Demandada: Ángela María Robledo.



A. EL DERECHO PERSONAL A LA CURUL DE OPOSICIÓN⁴⁹

El soporte constitucional de las curules que se otorgan en Senado, Cámara de Representantes, asamblea departamental, concejo distrital y concejo municipal para los candidatos que ocupen el segundo lugar en las elecciones presidenciales y de mandatarios territoriales está dado por el artículo 112 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo N°. 02 de 2015, así:

“El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación.

Las curules así asignadas en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes serán **adicionales a las previstas en los artículos 171 y 176**. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones⁵⁰.

En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263⁵¹.

⁴⁹ Cfr. S.V. de la ponente a la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, dentro de la nulidad electoral No. 11001-03-28-000-2018-00074-00, demandada ÁNGELA MARÍA ROBLEDO GÓMEZ, providencia que fue dejada sin efectos mediante sentencia dictada por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado (M.P. William Hernández Gómez) el 10 de marzo de 2020, dentro del trámite de la acción de tutela No. 11001-03-15-000-2019-03079-01.

⁵⁰ De conformidad con lo señalado en el artículo 171 de la Constitución Política, el Senado de la República estará integrado por 100 miembros elegidos por circunscripción nacional y 2 adicionales elegidos por circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. A esto se debe añadir lo incorporado por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017, conforme con el cual, para los períodos 2018-2022 y 2022-2026, que concede 5 curules adicionales a las del artículo 171 en favor del partido o movimiento político surgido del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal. Eso significa **que la curul especial para la oposición consagrada en el artículo 112 de la Constitución viene a ser la número 108 del Senado de la República para el período 2018-2022**. || Paralelamente, el artículo 176 de la Carta Política define las reglas para la conformación de la Cámara de Representantes, de un lado, en circunscripciones territoriales (cada departamento y el distrito capital de Bogotá conforman una de ellas) en proporción al número de habitantes, dentro de las cuales el departamento de San Andrés Providencia y Santa Catalina elegirá un representante adicional por la comunidad raizal de dicho departamento; y del otro lado, en circunscripciones especiales que elegirán 2 representantes de las comunidades afrodescendientes, 1 por la circunscripción de comunidades indígenas y 1 por la circunscripción internacional. A estas curules de la Cámara de Representantes deben adicionarse para los períodos 2018-2022 y 2022-2026 las 5 curules concedidas por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017 en favor del partido o movimiento político surgido del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal. Lo anterior se traduce materialmente en que para la Cámara de representantes se eligen 166 congresistas por circunscripciones territoriales y especiales (sin contar la curul adicional para el territorio insular, creada con el Acto Legislativo 02 de 2015, que no se ha provisto por falta de desarrollo legislativo), más los cinco escaños del partido de las antiguas FARC-EP, para un total de 171 representantes en el período 2018-2022. Es a esta cifra a la que se debe añadir **la curul adicional creada para el 2° candidato vicepresidencial como representante de la oposición en los términos del artículo 112 de la Constitución, que viene a ser la número 172 de la Cámara de Representantes para el Período 2018-2022**. Por otro lado, en tratándose de elecciones territoriales, esta curul de oposición no acrecienta el número de escaños existentes en las corporaciones públicas, por lo que su aceptación implica que la distribución de las mismas en relación con los votos obtenidos por quienes aspiraron a ellas se efectuará a partir de los cupos restantes, en los términos que ordena el Texto Fundamental.

⁵¹ El artículo 263 de la Constitución Política prescribe que para garantizar la equitativa representación de las distintas agrupaciones políticas, las curules de las corporaciones públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los votos válidos para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley. En el mismo sentido, estipula: “La cifra repartidora resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más, el número de votos por cada lista ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos. || En las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cuociente

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La asignación de las curules mencionadas en este artículo no será aplicable para las elecciones celebradas en el año 2015”.

Estos apartes normativos fueron promovidos por el Constituyente Derivado en la reforma constitucional de 2015 –conocida como de equilibrio de poderes– con el propósito de dotar de verdaderas garantías y representación a las fuerzas de oposición política, tanto en el nivel nacional como en el territorial, lo cual, en palabras de la Corte Constitucional, “*se complementa con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2007, donde se extendió a los Concejos y Asambleas la posibilidad de hacer control político a los Alcaldes y Gobernadores, así como a los secretarios del despacho*”⁵².

De principio a fin, en los debates que se dieron durante el trámite del “*Proyecto de Acto Legislativo número 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado, acumulados con los Proyectos de Acto Legislativo número 02 de 2014 Senado, 04 de 2014 Senado, 05 de 2014 Senado, 06 de 2014 Senado y 12 de 2014 Senado, por medio del cual se adopta una Reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se dictan otras disposiciones (segunda vuelta)*”, que condujo a la expedición del texto normativo en cuestión, se mantuvo la referida intención, que surgió como una propuesta del partido Conservador abanderada por el Senador Eduardo Enríquez Maya, que, en las discusiones de primera vuelta al interior de la Comisión Primera de esa célula legislativa expuso:

“la propuesta consiste en que el segundo en votos para la presidencia de la república ocupe curul en el Senado, el segundo en votos para la Vicepresidencia de la república ocupe curul en la cámara y orienten el régimen de la oposición desde ese escenario, y lo propio el segundo en votos para la gobernación del departamento ocupe curul en la asamblea del departamento y el segundo en votos para la alcaldía distrital y municipal ocupe curul respectivamente en el Concejo distrital y en el Concejo municipal.

Se busca que esos millares y millares de colombianos que acuden a las urnas tengan su representación legítima en estos escenarios que confiere la democracia y yo creo que así entre otras ventajas se busca que se fortalezcan los partidos, se combate la abstención, así como también se estimulan los liderazgos en la actividad política colombiana”⁵³.

Igualmente, en el ocaso del procedimiento legislativo que siguió esta iniciativa, el Representante a la Cámara Orlando Guerra De La Rosa señaló que dicha figura “*va a permitir que haya un Equilibrio de Poderes o un Equilibrio del Poder Público, porque va a permitir que a lo largo y ancho del país, las fuerzas que no ganan las elecciones puedan tener representación en estas corporaciones públicas*”⁵⁴. De hecho, los informes de ponencia con los que fue presentada la iniciativa a la Cámara de Representantes reflejan el siguiente tenor:

“Asignación de curules a los segundos en lista de elecciones a Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador y Alcalde

Una de las principales características del sistema de frenos y contrapesos es que cada una de las Ramas sobre las cuales recae el Poder Público pueda

electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cociente. En las circunscripciones en las que se elige un miembro, la curul se adjudicará a la lista mayoritaria. || Cuando ninguna de las listas supere el umbral, las curules se distribuirán entre todas las inscritas, de acuerdo con la regla de asignación que corresponda”.

⁵² Sentencia C-018 de 2018.

⁵³ Gaceta del Congreso de la República No. 654 de 2014.

⁵⁴ Gaceta del Congreso de la República No. 736 de 2015.

ejercer un control sobre la otra con el objetivo de que EL PODER NO SE DESBORDE A FAVOR DE UNA Rama en específico. Esta fue la idea con la que se desarrolló este esquema intrínseco en el principio de separación de poderes en ramas luego de la Revolución francesa y que ha sido adoptada por todos los sistemas políticos modernos en el marco de la vida republicana de los Estados, desde el presidencial hasta el parlamentario.

Colombia no es la excepción. La Constitución de 1991 adoptó el principio de separación de poderes y por consiguiente el sistema de frenos y contrapesos entre las Ramas del Poder Público como elemento de identidad de la Constitución. Así se puede observar a lo largo del desarrollo de nuestro sistema presidencial.

En aras de fortalecer este sistema de frenos y contrapesos y hacer más evidente el principio de separación de poderes, los ponentes reiteramos la propuesta de asignar una curul al segundo en votación de las elecciones a Presidente y Vicepresidente de la República, sometido a su voluntad, para que en su mismo orden ocupen un escaño en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes. Asimismo, se replica este sistema para el caso de las elecciones a Gobernación y Alcaldía, candidatos que tendrán la posibilidad de ocupar una curul en la Asamblea Departamental y en los Concejos Distritales y Municipales, respectivamente.

Esta propuesta brindará a estos candidatos la posibilidad de ejercer un contrapeso a las decisiones del ejecutivo, pues ejercerán un control político legitimado por el caudal electoral que escogió votar por sus propuestas las que se defenderán desde las corporaciones públicas que corresponda. **Además, esta proposición garantiza y fortalece el derecho de representación de las colectividades, pues traducirá los derechos e intereses de los ciudadanos adeptos a las propuestas de estos candidatos en políticas reales y efectivas, robusteciendo su posición de agentes de las necesidades de los electores.** Todo lo anterior, se traducirá en confianza de la sociedad hacia sus Instituciones.

A modo de conclusión, las críticas que se dan alrededor de este proyecto de Acto Legislativo, deben contrarrestarse a la luz de su eje fundamental, solo así, esa serie de artículos pluritemáticos puede alcanzar una convergencia natural, no sin antes enfatizar que son los legisladores quienes están llamados a restablecer aquel equilibrio que se ha visto afectado por reformas constitucionales y legales y las prácticas políticas personalistas que han resquebrajado el modelo de pesos y contrapesos que de tiempo atrás el Estado colombiano ha adoptado en su historia republicana.

No podemos atemorizarnos por la complejidad e impacto institucional de este proyecto, sino por el contrario, realizar un esfuerzo conjunto para lograr su éxito"⁵⁵ (Negritas propias).

El alcance que le dieron los ponentes al reputado esquema de asignación de curules, se afincó en importantes principios democráticos y de legitimidad pública, pues no se trató únicamente de reconocer una forma de representación política, sino también de aunar el ejercicio del control político, en el marco del sistema de pesos y contrapesos, a partir de un hecho electoral conocido –el resultado de la contienda electoral–, que busca dar fuerza operativa a una idea de gobierno que remarque en las corporaciones públicas el principio de separación de poderes.

⁵⁵ Gaceta del Congreso de la República No. 289 de 2015.



Se trata de una propuesta que obtuvo interesantes consensos en su trasegar parlamentario, y una inusitada sensación de unanimidad en cada estadio dentro del Congreso. En tal sentido, el Senador Hernán Andrade la calificó como *“un avance para la oposición y para los partidos”*⁵⁶.

El senador también conservador Roberto Gerlein expresó que su creencia en cuanto a que *“los partidos que no eligen un segundo pero que lo proponen para un cargo pueden sin necesidad de realizar una elección, recoger a esa persona para que ingrese en la lista de las corporaciones públicas”*⁵⁷.

La senadora del partido Verde Claudia López manifestó: *“... es una muy buena propuesta que entre otras cosas le dará un escenario a quien naturalmente debe ejercer la oposición, quienes perdemos las elecciones naturalmente nuestro ejercicio es el de la oposición. Pero claro que una cosa será ejercerla desde el asfalto y otra cosa será ejercerla con la posibilidad de tener una curul en una corporación pública, nos parece que es una buena medida de garantía para el ejercicio de la oposición política”*⁵⁸.

El entonces Ministro Juan Fernando Cristo resaltó que *“se fortalece la oposición a nivel nacional y territorial, la propuesta del Partido Conservador liderada por el Senador Eduardo Enríquez con la curul para los segundos en votación en elección presidencial, de gobernador y alcaldes”*⁵⁹.

Por su parte, el Senador Liberal Horacio Serpa anunció: *“... votaré con gran alborozo este artículo, es necesario, es muy importante es de justicia y creo que corrigió una imperfección de nuestro sistema político y es que en las contiendas electorales los que no puedan llegar a la posición que anhelan en el caso de la Presidencia de la República, tengan un espacio para desarrollar sus labores políticas”*⁶⁰.

Y Finalmente, el Senador Jaime Amín del Centro Democrático hizo énfasis en lo siguiente: *“Ya hemos anunciado al cierre de la discusión del informe con el que termina la ponencia del voto negativo al Centro Democrático, pero nuestra bancada hace una excepción y apoya el artículo incorporado que presenta el Senador Enríquez Maya. Muchas gracias Presidente”*⁶¹.

No cabe duda de que la adición que se realizó al artículo 112 de la Constitución Política fue más allá de la mera asignación de una curul. Ciertamente, se trató de un intento entusiasta por otorgarle contenido material al ejercicio de la oposición en Colombia, en el marco del sistema de pesos y contrapesos, bajo la premisa de que quien ocupa la segunda posición en la carrera por la presidencia y vicepresidencia de la República, una gobernación departamental o una alcaldía distrital o municipal asume un liderazgo natural de control en los distintos niveles del gobierno.

A partir de la literalidad de dicha disposición surgen una serie de ingredientes que definen su contenido, a saber: (i) una condición subjetiva, haber sido candidato a alguno de los cargos uninominales enlistados en dicho artículo; (ii) una causa, obtener el segundo lugar como candidato en esos comicios; (iii) una consecuencia, el surgimiento de un derecho personal en la respectiva curul

⁵⁶ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

⁵⁷ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

⁵⁸ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

⁵⁹ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

⁶⁰ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

⁶¹ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.



durante el período de la correspondiente corporación; (iv) una relación con el número de escaños ordinarios de esa corporación, dependiendo de si se trata del Congreso de la República o de las demás corporaciones públicas; y (v) las implicaciones frente al supuesto de no ejercicio del derecho personal.

El hecho de que sea el candidato que siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, gobernador de Departamento, alcalde distrital y alcalde municipal es lo suficientemente claro.

Sí merecen especial consideración los siguientes aspectos: que se trate de un “derecho personal”, que estas curules en el Congreso de la República sean “adicionales”, mientras que las de asamblea departamental y concejo municipal no, y que se consagre la posibilidad de “no aceptación de la curul”. Entre las dos últimas existe un vínculo indisoluble de cara a su análisis.

Aunado a lo anterior, bien merece la pena advertir que la razón por la que el Constituyente Derivado de 2015 introdujo el párrafo transitorio en la norma, que impidió la efectividad de esta figura de las curules de oposición para las elecciones celebradas en el año 2015 fue la proximidad con las mismas.

Muy avanzada la discusión del “*Proyecto de Acto Legislativo número 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado...*”, más precisamente durante el octavo debate, surgió la proposición de incluir el párrafo en cuestión. Ello suscitó inquietudes en algunos Senadores en relación con el motivo de esa adición, las cuales fueron despejadas por el coordinador ponente, Representante Hernán Penagos, así:

“Ese artículo tiene una proposición que se ha avalado, en el sentido de que esa disposición, que los segundos puedan estar en los Concejos, Asambleas y Congreso, solo se aplique o más bien no se aplique para las elecciones de este año, es decir las regionales de octubre, por muchas razones.

Pero resumo simplemente diciendo, porque esas elecciones se vienen ya en los próximos meses, de alguna manera las cartas están muy jugadas, los partidos ya tienen unas cuentas establecidas, unas cifras repartidoras referenciadas, unas expectativas en materia de curules o más bien esta cifra repartidora pues se cambiaría con esta decisión.

Entonces la idea es aprobar el artículo como viene en la ponencia, agregándole el transitorio en el sentido de que no se aplicaran para las elecciones del mes de octubre”⁶².

La intención, entonces, fue evitar que se alteraran las reglas para una contienda electoral que se encontraba en curso al mismo tiempo en que el proyecto de reforma constitucional atravesaba su recta final. Es por eso por lo que, hasta ahora, afloran las demandas de nulidad electoral, especialmente en materia de elecciones territoriales, pues, para ellas, solo hasta los comicios del 27 de octubre de 2019 se puso en práctica la figura (que ya se había estrenado en el marco de la última disputa por la Casa de Nariño).

Con estas claridades y con miras a contextualizar con mayor exactitud el derecho personal de que trata el artículo 112 de la Carta Política, conviene señalar que los artículos 24 y 25 de la Ley Estatutaria 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición) desarrollan la norma constitucional respecto de los congresistas y miembros de corporaciones públicas territoriales, tal como sigue:

⁶² Gaceta del Congreso de la República No. 736 de 2015.

“ARTÍCULO 24. CURULES EN SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos Presidente y Vicepresidente de la República, tendrán el **derecho personal** a ocupar, en su orden, una curul en el Senado de la República y otra en la Cámara de Representantes, durante el periodo de estas corporaciones, e **integrarán las comisiones primeras constitucionales de las respectivas cámaras.** Terminados los escrutinios electorales, la autoridad electoral les expedirá las respectivas credenciales.

Quienes resultaren elegidos mediante esta fórmula, serán **miembros adicionales**⁶³ de las actuales comisiones constitucionales permanentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes y, con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 6o de esta ley y harán parte de bancada de la misma organización política.

ARTÍCULO 25. CURULES EN LAS CORPORACIONES PÚBLICAS DE ELECCIÓN POPULAR DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán **derecho personal** a ocupar, en su orden, una **curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos**, durante el periodo de estas corporaciones. Con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 7o de esta ley y harán parte de la misma organización política⁶⁴.

Posterior a la declaratoria de elección de los cargos de Gobernador, Alcalde Distrital y Municipal y previo a la de las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación, deberán manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.

Otorgadas las credenciales a los gobernadores y alcaldes distritales y municipales, la autoridad electoral les expedirá, **previa aceptación**, las credenciales como diputados y concejales distritales y municipales a los que ocuparon los segundos puestos en la votación para los mismos cargos y aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la

⁶³ Como se explicó en notas anteriores. Esta curul especial dictada bajo la égida de la oposición se suma a las 102 curules permanentes del Senado de la República de que trata el artículo 171 de la Constitución Política, y las 5 transitorias otorgadas a la Agrupación Política que surgió del Acuerdo Negociado en la Habana y celebrado en el Teatro Colón de Bogotá a finales del año 2016. Como igualmente se señaló, otra de estas curules de oposición se suma a las 166 permanentes de Representantes a la Cámara que derivan del artículo 176 de la Constitución (sin contar la que aún no se reglamenta para el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina) y las 5 transitorias que el referido “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” concedió a las FARC en dicha Cámara.

⁶⁴ En relación con la pertenencia a la misma organización política que avaló la candidatura al cargo unipersonal que derivó en la configuración del derecho personal en cuestión dentro la corporación pública, es menester recordar que el artículo 1º de la Ley 974 de 2005, “por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas”, previene que “Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de ciudadanos constituyen una bancada en la respectiva corporación. || Cada miembro de una Corporación Pública pertenecerá exclusivamente a una Bancada”. De igual manera el artículo 2º ejusdem, estipula en torno a la actuación en bancada que “Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente y emplearán mecanismos democráticos para tomar sus decisiones al interior de las corporaciones públicas en todos los temas que los Estatutos del respectivo Partido o Movimiento Político no establezcan como de conciencia”. De lo anterior se infiere que la Ley 1909 de 2018 establece una relación de sujeción político-partidista, en el sentido amplio de la expresión, para el ejercicio de la función congresal bajo la investidura que se confiere a la fórmula presidencial que ocupó el segundo lugar en tales comicios.

distribución de las curules restantes de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales⁶⁵.

Si no hay aceptación de la curul se aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución Política para la distribución de todas las curules de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales por población.”

Como se dijo, del marco jurídico-político en el que se inscriben ambas previsiones normativas (constitucional y legal) y de sus antecedentes emerge con meridiana claridad que tienen por objeto estimular y dotar de garantías y derechos verdaderos a las fuerzas políticas que realizan oposición al Gobierno, tanto a nivel nacional como territorial para coadyuvar el control político que emerge del sistema de pesos y contrapesos. Inclusive, la Corte Constitucional, sobre el particular, reconoció que “... es clara la exposición de motivos del PLEEO⁶⁶ objeto de revisión al señalar que [e]l Acto Legislativo 02 de 2015 incluyó dentro de esta norma y con el claro propósito de estimular el ejercicio de la oposición que de forma natural correspondería a quien ha perdido la elección’.”⁶⁷.

Pues bien, el Estatuto de la Oposición ratifica los postulados constitucionales definidos para la curul de oposición, sometiendo su ejercicio, en todos los casos, al régimen de bancadas; concretando, para el caso de los Congresistas, su asiento “adicional” en las respectivas comisiones primeras constitucionales; y definiendo, para los miembros de corporaciones públicas territoriales, el procedimiento de aceptación o rechazo de su curul “fundamental” (no adicional).

Esto último resulta de cardinal importancia, pues constituye uno de los elementos diferenciales respecto de las curules que se obtienen por los mecanismos ordinarios que tienen por objeto las elecciones parlamentarias o las territoriales a través de las cuales se conforma la base de las referidas instituciones. Poder rehusar la curul es una consecuencia de la tipología del derecho adquirido por ser el siguiente en votos respecto del candidato electo a alguno de los cargos uninominales de que trata el artículo 112 Superior. En otras palabras, la no aceptación a la que se hace referencia deviene de que se trate de un “derecho personal”, que al ser catalogado de la misma manera para la curul del Congreso de la República y para las demás, opera para ambas de la misma manera.

Cuando la reputada norma estipula que “en caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263”, lo que realmente hace es definir un parámetro de orden democrático, habida cuenta que, en virtud de lo señalado en el inciso inmediatamente anterior, para las corporaciones públicas territoriales esta curul “de oposición” no incrementa el número de asientos en la correspondiente дума departamental o concejo distrital o municipal.

Nótese que para ese ámbito territorial el Constituyente Derivado de 2015 confeccionó un modelo de acuerdo con el que la no aceptación de esa curul conlleva la aplicación del esquema de repartición consagrado en el artículo 263 de la Carta Política, conforme con el cual “las curules de las Corporaciones Públicas

⁶⁵ Tal como se explicará más adelante, la aceptación de la curul tiene que ver con el ejercicio facultativo del derecho personal; y su “no aceptación” con la provisión de la curul a partir del sistema de repartición del cociente electoral aplicado entre todos los candidatos que, en su momento, recibieron los votos emitidos para la respectiva corporación popular.

⁶⁶ Proyecto de Ley Estatutaria.

⁶⁷ Sentencia C-018 de 2018.



se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los votos válidos para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley”.

En términos más sencillos, lo que se busca con la invocación del artículo 263 Superior es que esa curul de la corporación territorial que queda vacante por la no aceptación del candidato que ocupó el segundo lugar en la pugna por ser el primer mandatario del ente territorial en el que opera esa Corporación Pública, sea ocupada por la persona a la que le hubiera correspondido según el reparto ordinario que se hizo en las elecciones en las que resultaron electos los demás miembros de dicha corporación.

Obsérvese que no se apela al sistema de listas de que trata el artículo 134 de la Constitución Política, según el cual *“los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral”.*

Esto refuerza la idea de que, más allá del aval que se recibe de la agrupación política para ocupar el cargo unipersonal, el derecho a la curul que se logra por el candidato que ocupa el segundo lugar en la elección de gobernador o alcalde es del candidato individualmente considerado, es un “derecho personal”, no un derecho del partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos.

Exactamente lo mismo ocurre con la curul que la fórmula de Presidente y Vicepresidente de la República que sigue en votos a la ganadora obtiene en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes, respectivamente. La única diferencia estriba en que por tratarse de curules “adicionales” no es necesario efectuar alguna suerte de redistribución, ya que esta no quitó espacio a alguna persona que tuviera el derecho bajo el voto popular inserto en el marco de las elecciones propiamente parlamentarias.

Así, la consecuencia de no aceptar la curul “de oposición” en el Congreso de la República es una suerte de “silla vacía”, precisamente por la naturaleza personalista del derecho a ocuparla, lo cual no se puede confundir con el deber de ejercicio partidista o de bancada una vez aceptada, que en lo sucesivo se pasa a explicar.

En concordancia con lo expresado en líneas previas, cabe mencionar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-018 de 2018, por medio de la cual realizó el control previo de la Ley Estatutaria 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición), refiriéndose al artículo 24 *ejusdem*, señaló:

“Cuando este artículo incorpora a los candidatos a presidente y vicepresidente a su respectiva organización política, responde a la no personalización de la política, pues más que el reconocimiento a una persona determinada, **la curul que estos candidatos pueden ocupar, responde a un respeto por las ideas políticas que aunque derrotadas en la regla de la mayoría, recibieron un apoyo significativo de los ciudadanos en ejercicio de su derecho a la participación política, en ejercicio de su derecho al voto”.**

En cuanto al artículo 25 concierne, la Alta Corporación refirió que “Por lo demás, el artículo 25 del PLEEO es un desarrollo directo de los incisos 4º y 6º del artículo

112 Superior, adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2015”, en el que se “incorporan las reglas procedimentales para la distribución de las curules” y la consecuencia de su no aceptación.

Asimismo, en relación con la proscripción del alcance “personalista” de la política y el ejercicio de bancada por parte del titular de la curul especial al que obliga la Ley 1909 de 2018 el Alto Tribunal precisó lo siguiente: “*A su vez, señala que en dichas corporaciones colegiadas harán parte de la organización política a la cual pertenecen, es decir, tal como sucede con el candidato a presidente y vicepresidente el legislador estatutario busca fortalecer el ejercicio de la oposición política canalizada a través de partidos y movimientos políticos y **no recurriendo al ejercicio personalista de la política***”.

En cuanto el contenido macroscópico del derecho a la oposición, cabe mencionar que la Corte distinguió en la reputada sentencia, que constituye norte ineludible en la comprensión del Estatuto de la Oposición, que los derechos que se ofrecen en el marco del artículo 112 Superior para su ejercicio son grupales –debe aclararse que una cosa es aceptar la curul, lo cual se enmarca en el “derecho personal” calificado así por la propia norma, y otra el ejercicio de las atribuciones que le son inherentes, lo cual sí se enmarca en el contexto partidista–, y van más allá de las garantías individuales consagradas en el artículo 40 para el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. En tal sentido, de dicha providencia se extrae:

“... mientras el artículo 40 previó un derecho para todos los ciudadanos a participar en el control del poder político, el artículo 112 prevé unas garantías para los partidos y movimientos políticos declarados en oposición. Por su parte, la posibilidad de fundar partidos, movimientos y agrupaciones políticas es un derecho político de los ciudadanos, que además tiene una estrecha relación con el derecho de libertad de asociación y de la libre expresión. Por otro lado, también es un derecho de los ciudadanos el participar en el control del poder político; para esto la Constitución Política no sólo garantiza el derecho a la libre expresión y difusión de las ideas, sino que prevé mecanismos tales como la revocatoria del mandato de los elegidos, y la posibilidad de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley (ver supra, sección II.D).

(...)

293. En efecto, el ejercicio de los derechos políticos no se agota en la constitución de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, ni mucho menos se limita las actividades que éstos canalizan. Puede afirmarse entonces que **los partidos, movimientos y agrupaciones políticas son necesarios para la existencia de una sociedad democrática, pero no son suficientes para la materialización de los derechos políticos que acarrea la participación de los ciudadanos**. En efecto, los partidos son un medio para contribuir al fin de constituir una sociedad democrática.

294. Así el ejercicio del control político indirecto por parte de los ciudadanos es una consecuencia del pluralismo (art. 1 Superior) que se deriva del derecho a la libertad de expresión que le asiste a todas las personas (art. 20 Superior) y del derecho a la participación que tienen todos los ciudadanos (art. 40 Superior) así como de “las libertades de reunión (CP. art. 37) y asociación (CP. art. 38). El ejercicio político de la crítica requiere de la intercomunicación entre las personas; de lo contrario las voces disidentes se desvanecen y pierden eficacia, especialmente en la sociedad actual en la que lo político, entre otros aspectos de la vida social, pasa por el tamiz de los medios de comunicación”.

295. De otro lado, se encuentra el artículo 112 de la Carta, que **no reconoce un derecho a las personas o a los ciudadanos, como lo hace el artículo 40 Superior, sino que establece una garantía para aquellos partidos y movimientos políticos que se declaren en oposición del Gobierno** (ver supra, numerales 270 a 282). Producto de dicha declaratoria, y como consecuencia directa de la necesidad de garantizar el ejercicio pacífico e institucional de la oposición política, el constituyente previó que el ejercicio de la oposición estaría ligado, inexorablemente, al ejercicio de ciertos derechos que allí plasmó, tales como (i) el acceso a los documentos, que se encuentra ligado al derecho de petición consagrado en el artículo 23 la Constitución, (ii) al derecho a acceder a los medios de comunicación social del Estado o a aquellos que hagan uso del espectro electromagnético, el cual se encuentra íntimamente ligado con el derecho fundamental a expresarse y difundir libremente las ideas, consagrado en artículo 20 de la Constitución, o (iii) al derecho de réplica en los medios de comunicación, el cual no solo va ligado a la libertad de expresión, sino también con la protección del buen nombre, contenido en el artículo 15 de la Constitución. De lo anterior, se hace entonces evidente que el constituyente decidió otorgarle una garantía institucional al ejercicio de la oposición política, la cual va ligada al ejercicio de derechos fundamentales autónomos”.

Con todo, debe tenerse en cuenta que la noción de “oposición”, aun en el entendido del referido Tribunal, se inscribe dentro de un marco de reconocimiento institucional, que otorga prerrogativas a las fuerzas legítimamente constituidas. Se es oposición, dentro de ese contexto jurídico particular, cuando se es parte de un partido o movimiento que así se declare con las formas que establece la Ley 1909 de 2018 respecto del Gobierno. Lo anterior, se insiste, desde una perspectiva global del tema.

Desde un plano un poco más específico, que es el de la “curul de oposición” propiamente dicha, –que no se puede confundir con el ejercicio de la oposición que tiene lugar una vez se adquiere la investidura con la toma de posesión del cargo–, otras son las consideraciones que se deben mirar, pues no se puede considerar opositor al candidato que ocupa el segundo lugar en las elecciones presidenciales, de gobernador o de alcalde, por ese solo resultado electoral, pues una cosa es tener el “derecho personal” a ocupar el cargo, y otra la manera como debe ejercerse en caso de que se acepte la curul, tal y como se detallará.

De los textos jurisprudenciales transcritos emergen una serie de insumos jurídicos que correlacionan el carácter personal del derecho de acceso a las corporaciones públicas y el ejercicio de la función corporativa subyacente, frente a los cuales devienen en imperiosas ciertas precisiones.

El hecho de que el derecho a la curul en cuestión sea “personal” debe dimensionarse desde por lo menos tres puntos de vista: (i) el de la simple distinción propia del derecho civil entre derechos reales y personales; (ii) el de que no se trata de un derecho de la agrupación política, sino de la persona en quien recae; y (iii) el que su configuración no se supedita al sistema de fórmula, lo que quiere decir, que tanto el excandidato a la presidencia como el ex candidato a la vicepresidencia –dicotomía a la que no se enfrentan los aspirantes a la gobernación o alcaldía– son autónomos para definir, por separado, si aceptan la curul que les correspondería en el Congreso. Veamos:

La primera perspectiva permite remontar a lo normado en el artículo 664 del Código Civil, que enseña que “*Las cosas incorporales son derechos reales o personales*”. Dentro de ese espectro, el artículo 665 previene que “*Derecho real es*



el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. || Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales. Por su parte, el artículo 666 de la misma codificación indica que “Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

Dos aspectos importantes de esta primera mirada emergen de la facultad dispositiva que recae sobre estos derechos. En el campo del derecho personal, que es el que interesa a esta providencia, bien puede acudir a las glosas del artículo 15 del mismo Código Civil, conforme con el cual “*podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia*”. Claramente, es el caso del “derecho personal” de que tratan los artículos 112 de la Constitución y 24-25 del recién creado Estatuto de la Oposición, que se hace recaer explícitamente sobre el candidato que ocupa el segundo lugar en alguno de los procesos electorarios referidos en tales normas.

Ahora, es cierto que a las voces de lo prescrito por el artículo 761 en armonía con lo dispuesto en el artículo 673 ibidem y demás normas concordantes del Código Civil, la figura del “derecho personal”, en abstracto, admite la posibilidad de “tradición” como modo de adquirir el dominio. Sin embargo, para el caso de la curul de oposición, ello debe ser puesto en paralelo con la consecuencia de su “no aceptación”, que es una suerte de “silla vacía” en cuanto al Congreso de la República concierne, y la aplicación del esquema de distribución del artículo 263 de la Carta Política en tratándose de las demás corporaciones públicas, como garantía de respeto por el sistema democrático y por el mejor derecho a partir de la representación que concierne a las distintas agrupaciones políticas enfrentadas en la contienda electoral que sirvió para definir la base de las respectivas asambleas y concejos.

Pasando a otro punto focal, que la norma permita a los beneficiarios de la curul “de oposición” rehusarse a ser congresistas, diputados o concejales en virtud del derecho personal adquirido, implica, de por sí, una diferencia sustancial entre la naturaleza del acto por medio del cual se materializa el acceso a la curul (voto indirecto) y la que se deriva del sistema de designación ordinario (voto directo).

En tratándose de elecciones parlamentarias, los elegidos tienen la obligación de tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueron llamados a posesionarse, so pena de incurrir en causal de pérdida de investidura (C. P. art. 183.3); y los diputados, concejales municipales y distritales, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueron llamados a posesionarse (art. 48.3 Ley 617 de 2000). Esto se debe al compromiso que tienen con sus electores, el cual se encuentra protegido por los principios *pro electorem* y *pro electoratem* –en los términos defendidos por la jurisprudencia en vigor de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁶⁸–, propios del **sistema** de elección por voto popular.

⁶⁸ Cfr. M. P. Alberto Yepes Barreiro, sentencia de unificación de 7 de junio de 2016, rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, demandada: GOBERNADORA DE LA GUAJIRA. En dicha oportunidad, la Sala se decantó por la tesis conforme con la cual “... el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del

Es por ello que la posibilidad de aceptar el cargo, entendida como un derecho personal, responde a una dinámica completamente distinta, por cuanto en este evento no se busca asegurar la voluntad electoral de los sufragantes frente a la elección de una determinada dignidad, sino de conceder la posibilidad a los representantes de una fuerza política identificada en términos cuantitativos (por el número de votos) de constituirse en un espacio diferente como voceros de una facción opuesta a la del gobierno legítimamente constituido. Básicamente, no se puede obligar –menos a fuerza de pérdida de investidura– al candidato vencido en la elección de presidente, vicepresidente, gobernador o alcalde a tomar posesión del cargo de congresista, diputado o concejal, pues ello es una consecuencia indirecta de su derrota, siempre que le haya significado el segundo lugar en esa carrera por la silla de primer mandatario.

Y es que no puede ser otra la interpretación, por cuanto lo contrario supondría aceptar que los candidatos enfrentados en una contienda se encuentran privados de la potestad de reconciliar sus posiciones una vez finalizados los comicios; o que la persona vencida electoralmente tenga la obligación de asumir una curul a la que no aspiró y, por contera, desempeñar unas funciones para las que podría no estar preparado; o que, contra todo pronóstico, el Gobierno no pueda operar sin la existencia de fuerzas que le hagan oposición política –deseable en toda democracia, mas no indispensable– desde las corporaciones populares.

Por eso la comprensión del “derecho personal” al que se refiere el artículo 112 de la Constitución Política tiene que armonizarse con el contexto de las garantías de la oposición; muy distinto al del derecho a elegir y ser elegido (art. 40 C. P.) que se concreta en este caso en la aspiración presidencial, vicepresidencial, de gobernador departamental o de alcalde distrital o municipal.

En estos eventos, en los que hay lugar a la curul de oposición, el pueblo vota por una fórmula presidencial o por un mandatario territorial, no por un aspirante al Congreso de la República o alguna otra corporación pública. Cada voto depositado tiene la intención de poner en el primer lugar a su destinatario, y el hecho de que ello lo sitúe en un segundo escaño es apenas una “contingencia electoral” que activa una prerrogativa individual, no un mandato popular.

Cuando la Corte Constitucional defiende en la sentencia C-081 de 2018 que lo consagrado en el artículo 112 de la Carta, y desarrollado por el artículo 24 del Estatuto de la Oposición “*busca fortalecer el ejercicio de la oposición política canalizada a través de partidos y movimientos políticos y no recurriendo al ejercicio personalista de la política*”, se refiere a que el ejercicio de la oposición debe tener como vehículo la agrupación política a la que pertenece el servidor designado en estas particularísimas condiciones. Empero, desde luego, una cosa es el respeto por el sistema de bancadas durante el desempeño del cargo, y otra, muy distinta, la titularidad del derecho a acceder al mismo. En condiciones normales (voto directo), el derecho a la curul es del partido que recibió los votos para la elección de congresistas; en el contexto del mencionado mecanismo de oposición (voto indirecto), es de la persona que ocupó el segundo lugar en las elecciones correspondientes para primer mandatario nacional o local.

En ese orden de cosas, es menester precisar que, en estos eventos, la posibilidad de acceder al cargo no es de la agrupación política o para la defensa de los intereses que a esta le asisten, sino de la persona que ocupó el segundo lugar en

elector y que, por ende, en esta materia el principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores)”.



la carrera a los reputados cargos unipersonales y dentro del marco de un esquema de roles que opera bajo la dinámica tríplice de “oficialismo”, “independencia” y “oposición”.

Es tanto así que para el caso del congreso no se prevé fórmula para proveer tal vacante si su depositario no la acepta; mientras que en el caso de corporaciones territoriales (asamblea departamental o concejo municipal), esta se provee por el mecanismo ordinario de previsto en el artículo 263⁶⁹ de la Constitución, entre todas las listas presentadas para los comicios en los que normalmente se eligen tales dignatarios, tal y como se explicó en líneas previas.

Para finalizar, conviene poner de presente que el hecho de que el Congreso de la República sea el órgano representativo por excelencia –consideraciones que, guardadas las proporciones se hace extensiva a las corporaciones públicas del orden territorial–, y la democracia el vehículo para su configuración, no quiere decir que bajo toda circunstancia deba entenderse que el voto popular es la única fuente catalizadora del acceso a dichas corporaciones, o a otras. El ejemplo más notorio de ello lo constituyen las curules que la Constitución Política concede directamente a la fuerza política que surgió del Acuerdo negociado en la Habana y celebrado en el Teatro Colón de Bogotá a finales del año 2016. Por ende, no debe sorprender que se confieran prerrogativas democráticas, bajo esquemas de designación especiales, a las fuerzas de oposición que participaron de una determinada elección a cargos uninominales en comicios autónomos y tradicionalmente concurridos, que ameriten una lectura distinta por parte del juez de lo electoral.

De conformidad con lo señalado en el artículo 171 de la Constitución Política, el Senado de la República estará integrado por 100 miembros elegidos por circunscripción nacional y 2 adicionales elegidos por la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.

A esto se debe añadir lo incorporado por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017, conforme con el cual, para los períodos 2018-2022 y 2022-2026, que concede 5 curules adicionales y transitorias a las del artículo 171 en favor del partido o movimiento político surgido del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal.

Eso significa que la curul especial para la oposición consagrada en el artículo 112 de la Constitución viene a ser la número 108 del Senado de la República para el período 2018-2022.

Paralelamente, el artículo 176 de la Carta Política define las reglas para la conformación de la Cámara de Representantes, de un lado, en circunscripciones

⁶⁹ “ARTÍCULO 263. <Artículo modificado por el artículo 21 del Acto Legislativo 2 de 2015, anteriormente era el artículo 263-A. El nuevo texto es el siguiente:> Para garantizar la equitativa representación de los Partidos y Movimientos Políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las Corporaciones Públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los votos válidos para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley. || La cifra repartidora resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más, el número de votos por cada lista ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos. || En las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cuociente electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cuociente. En las circunscripciones en las que se elige un miembro, la curul se adjudicará a la lista mayoritaria. || Cuando ninguna de las listas supere el umbral, las curules se distribuirán entre todas las inscritas, de acuerdo con la regla de asignación que corresponda”.



territoriales (cada departamento y el distrito capital de Bogotá conforman una de ellas) en proporción al número de habitantes, dentro de las cuales el departamento de San Andrés Providencia y Santa Catalina elegirá un representante adicional por la comunidad raizal de dicho departamento; y del otro lado, en circunscripciones especiales que elegirán 2 representantes de las comunidades afrodescendientes, 1 por la circunscripción de comunidades indígenas y 1 por la circunscripción internacional.

A estas curules de la Cámara de Representantes deben adicionarse para los periodos 2018-2022 y 2022-2026 las 5 curules concedidas por el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017 en favor del partido o movimiento político surgido del tránsito de las FARC-EP a la vida política legal.

Lo anterior se traduce materialmente en que para la Cámara de representantes se eligen 166 congresistas por circunscripciones territoriales y especiales (sin contar la curul adicional para el territorio insular, creada con el Acto Legislativo 02 de 2015, que no se ha provisto por falta de desarrollo legislativo), más los cinco escaños del partido de las antiguas FARC-EP, para un total de 171 representantes en el período 2018-2022.

Es a esta cifra a la que se debe añadir la curul adicional creada para el 2° candidato vicepresidencial como representante de la oposición en los términos del artículo 112 de la Constitución, que viene a ser la numero 172 de la Cámara de Representantes para el Período 2018-2022.

Del anterior recuento, se mira que existen unas curules permanentes en el Congreso de la República que obedecen a la lógica inserta en los artículos 133 y 160 de la Carta Política. El primero previene que *“Los ciudadanos **eligen en forma directa** Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale”*; el segundo, que *“Los miembros de cuerpos colegiados **de elección directa** representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. (..) || El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura”*.

Este es el modelo que emerge en correlación con los Senadores y Representantes a la Cámara que se designan popularmente bajo el modelo de **elección directa**, que cobija también los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, en el ámbito nacional; y a los diputados, concejales, gobernadores y alcaldes, en el local.

La hipótesis que resulta del *“Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”*, resulta un poco más compleja, en la medida en que los artículos transitorios 2° y 3° que incorpora el artículo 1° del Acto Legislativo 03 de 2017, de un lado, consultan un escenario de elección directa para dicha agrupación, que permite ocupar escaños en el Congreso en las mismas condiciones que cualquier aspirante, pero, del otro lado, establece una fórmula subsidiaria que, en todo caso, les garantiza hasta 5 curules adicionales en el Senado y otras 5 en la Cámara de Representantes para los periodos 2018-2022 y 2022-2026. Se trata de un sistema de designación que conjuga elementos de elección directa con otros factores que podrían llamarse de **designación nominativa**, en signo de metáfora con el derecho cambiario que confiere un



beneficio que solo puede ser cobrado por la agrupación política en nombre de la cual se expide.

Lo llamativo, por decir lo menos, de esta figura es que se imbuye de matices carentes de contenido eleccionario, que recae sobre los actos de elección por voto popular, pues en el caso de configurarse esa “designación nominativa” no habría electores que defraudar por el hecho dimitir, como si sucede con las curules que se provee bajo el sistema de “elección directa”.

Por último, se reconoce la existencia de la designación de curules que se realiza en ejercicio del “derecho personal” que ahora convoca a esta Sala, embebido en los artículos 112 Constitucional y 24-25 de la Ley 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición). Claramente no se trata de una “elección directa”, toda vez que la contienda electoral que le precede tiene por objeto la provisión de cargos unipersonales, entiéndase Presidente y Vicepresidente de la República, gobernador departamental y alcalde distrital o municipal. Tampoco se subsume en la tipología que he resuelto llamar “designación nominativa”, porque no se perfila hacia la ocupación de curules que la Constitución reserva a una determinada agrupación política, habida cuenta que la curul “de oposición” tiene nombre propio, y emerge del reconocimiento de la representatividad de una fuerza política encarnada por el ciudadano que se ve aupado por un hecho político, como es la calidad factual que denota obtener la segunda votación más alta para un candidato en la pugna por alguna de las reputadas representaciones unipersonales.

Es así como la configuración del mentado “derecho personal”, a lo sumo podría ser el producto de una **consecuencia indirecta**, cuya materialización en el seno de la corporación pública de ninguna manera puede ser entendida como la expresión unívoca de la voluntad popular, sino como el otorgamiento de una garantía del control político y en el sistema de pesos y contrapesos que conjuga oficialismo, independencia y oposición legítimamente constituida.

B. EL TRÁMITE DE ACEPTACIÓN DE LA CURUL DE OPOSICIÓN

Como se vio, el derecho personal nace del hecho electoral consistente en el resultado de los comicios por el cargo uninominal de que se trate. Empero, de cualquier manera, su concreción se encuentra supeditada a la condigna aceptación por parte del titular, circunstancia de la que depende la fórmula o regla de distribución de curules a asignar, específicamente en el caso de las corporaciones territoriales, en las que no se trata de una curul adicional, como sí ocurre para su equivalente en Senado y Cámara de Representantes.

El fundamento normativo de la aceptación y las condiciones de modo tiempo y lugar viene dado, en esencia, a partir de tres niveles jerárquicos: constitucional, legal y reglamentario. Así, en primer lugar, se recuerda lo estipulado en el artículo 112 del Texto Superior:

“... El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral **declare elegido** en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación.

(...)



<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> **En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales**, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263”.

Dos elementos definitorios surgen de la anotada regla constitucional. La primera, es que el derecho personal se tiene a partir del momento en que se “declara” la elección del primer mandatario nacional o territorial, según el caso; la segunda, que existe una consecuencia para la no aceptación de la curul en el caso de las asambleas departamentales, así como en los concejos distritales y municipales, cual es la aplicación de la fórmula distributiva del artículo 263 de la Carta.

Nótese que la Constitución no señala “cuándo” se debe aceptar la curul de oposición, y tampoco estipula algún parámetro similar para la no aceptación; solo se limita a señalar el momento en el que nace a la vida jurídica el derecho personal.

A su turno, en los artículos 24 y 25 de la Ley 1909 de 2018⁷⁰, se consagra:

“ARTÍCULO 24. CURULES EN SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos Presidente y Vicepresidente de la República, tendrán el derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en el Senado de la República y otra en la Cámara de Representantes, durante el periodo de estas corporaciones, e integrarán las comisiones primeras constitucionales de las respectivas cámaras. **Terminados los escrutinios electorales, la autoridad electoral les expedirá las respectivas credenciales.**

Quienes resultaren elegidos mediante esta fórmula, serán miembros adicionales de las actuales comisiones constitucionales permanentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes y, con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 6o de esta ley y harán parte de bancada de la misma organización política.

ARTÍCULO 25. CURULES EN LAS CORPORACIONES PÚBLICAS DE ELECCIÓN POPULAR DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones. Con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 7o de esta ley y harán parte de la misma organización política.

Posterior a la declaratoria de elección de los cargos de Gobernador, Alcalde Distrital y Municipal y previo a la de las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación deberán **manifestar por escrito** ante la comisión escrutadora competente, su decisión de **aceptar o no una curul** en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.

⁷⁰ Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes.

Otorgadas las credenciales a los gobernadores y alcaldes distritales y municipales, la autoridad electoral les expedirá, **previa aceptación**, las credenciales como diputados y concejales distritales y municipales a los que ocuparon los segundos puestos en la votación para los mismos cargos **y aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la distribución de las curules restantes** de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.

Si no hay aceptación de la curul se aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución Política para la distribución de todas las curules de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales por población”.

Como puede verse, el espectro regulatorio en el ámbito legislativo es mucho más concreto en lo que tiene que ver con la aceptación de la Curul. A primera vista, se observa que, en el ámbito nacional, es decir, en cuanto a los escaños concedidos en el Senado de la República y la Cámara de Representantes para la fórmula presidencial que ocupó el segundo lugar en votación, la expedición de las credenciales es prácticamente automática, dado que se prevé en el artículo 24 ibidem que, **“terminados los escrutinios electorales, la autoridad electoral les expedirá las respectivas credenciales”**, es como si mediara una suerte de presunción de aceptación. Una razón para que ello sea así deviene de que las asignadas son plazas “adicionales”, de ahí que el rehusar el derecho personal no tenga mayores implicaciones prácticas frente a las expectativas eleccionarias de quienes se presentaron a las elecciones de Congreso de la República.

En cambio, en tratándose del ámbito territorial, el panorama adquiere otros matices. En efecto, a los candidatos a una gobernación departamental, alcaldía distrital o alcaldía municipal que obtuvieron el segundo lugar en votación se les exige que para hacer efectivo su derecho personal a una curul en la correspondiente asamblea o el concejo, manifiesten **“por escrito” su “aceptación” o “no aceptación”, lo cual “debe” ocurrir –pues en esos términos imperativos se redactó la norma–entre la declaratoria de elección del cargo uninominal y la declaratoria de elección de la corporación pública respectiva**, so pena de que, ante el silencio del potencial beneficiario, se estime rehusada, consecuencia que se deduce de lo estipulado en el inciso final del artículo 25, en cuanto refiere que **“si no hay aceptación” –conducta que bajo el párrafo que le precede se entiende como la manifestación escrita en ese sentido–, “se aplicará la regla prevista en el artículo 263 de la Constitución Política”**.

La existencia de una formalidad (escrita) y de un plazo (entre declaratorias) para la “aceptación” resulta apenas coherente con las repercusiones que ese hecho tiene de cara a las expectativas de los genuinos (directos) aspirantes a las dumas departamentales y municipales, y para la suerte de toda la contienda y las agrupaciones políticas mismas, que no puedan quedar en suspenso indefinidamente o hasta que el titular del derecho personal aclare su situación.

Por el hecho de no tratarse de curules adicionales, el artículo 25 *ejusdem* previene que, “previa aceptación” de la curul de oposición se aplique **“la regla general prevista en el artículo 263⁷¹ de la Constitución para la distribución de las curules**

⁷¹ **“ARTÍCULO 263.** <Artículo modificado por el artículo 21 del Acto Legislativo 2 de 2015, anteriormente era el artículo 263-A. El nuevo texto es el siguiente:> Para garantizar la equitativa representación de los Partidos y Movimientos Políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las Corporaciones Públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los votos válidos para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo

restantes”. Ello se traduce en que la curul, así aceptada, tornará más exigentes tanto el umbral como la cifra repartidora, al ser menor el número de escaños por asignar en la asamblea o concejo en cuestión.

Conviene acotar que, en relación con el ejercicio de la libertad de configuración legislativa vertido sobre el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, la Corte Constitucional, en sede del control abstracto que precede a las leyes estatutarias manifestó:

“Por lo demás, el artículo 25 del PLEEO es un desarrollo directo de los incisos 4º y 6º del artículo 112 Superior, adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2015. En primer lugar, el legislador estatutario estableció que *“los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones”*, ello reproduce el inciso 4º del artículo 112 por lo que no genera problema de constitucionalidad alguno. A su vez, señala que en dichas corporaciones colegiadas harán parte de la organización política a la cual pertenecen, es decir, tal como sucede con el candidato a presidente y vicepresidente el legislador estatutario busca fortalecer el ejercicio de la oposición política canalizada a través de partidos y movimientos políticos y no recurriendo al ejercicio personalista de la política.

Los siguientes tres incisos del artículo 25 bajo revisión incorporan las **reglas procedimentales para la distribución de las curules**, habida cuenta de que a diferencia de lo que sucede en el inciso 2º del artículo 112 tratándose de las curules otorgadas al candidato que le siga en votos al presidente y vicepresidente de la República electos, el constituyente no previó una regla determinada para la distribución de dichas curules en los Consejos y Asambleas. En primer lugar, se establece que el candidato que siga en votación al gobernador de departamento o alcalde municipal o distrital electo, deberá manifestar su voluntad de acceder a la curul en la asamblea o el concejo municipal o distrital respectivamente. El inciso 6º del artículo 112 superior, señala la consecuencia derivada de la *“no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales [...]”*, de donde **razonablemente se infiere que entre la certificaciones de los resultados electorales por parte de la autoridad electoral y el otorgamiento de la curul en la asamblea o el concejo debe mediar una aceptación**, de donde se sigue que el requisito de *manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales*, incorporado en el PLEEO bajo análisis se encuentra dentro de las competencias del legislador estatutario.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 25 señala que una vez otorgadas las curules en la asamblea, concejo municipal o distrital, según corresponda, se procederá al cálculo de las demás curules en los términos del artículo 263 de la Constitución. Así, este inciso tampoco se opone a lo dispuesto en la Constitución Política, en la medida, en que a diferencia de lo que sucede con las curules en senado y cámara, el constituyente no previó un aumento en el

establezcan la Constitución y la ley. || La cifra repartidora resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más, el número de votos por cada lista ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos. || En las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cociente electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cociente. En las circunscripciones en las que se elige un miembro, la curul se adjudicará a la lista mayoritaria. || Cuando ninguna de las listas supere el umbral, las curules se distribuirán entre todas las inscritas, de acuerdo con la regla de asignación que corresponda”.

número de miembros de dichas corporaciones colegiadas, como tampoco previó la modificación expresa del sistema de reparto de curules en dichas corporaciones, por lo cual, **de una lectura sistemática de la Constitución debe entenderse que el reparto se hace de conformidad con el artículo 263 superior, tal y como lo hace en este caso el legislador estatutario.**

Finalmente, el último inciso del artículo 25 señala como consecuencia de la no aceptación de la curul la aplicación de *“la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución política para la distribución de todas las curules de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales por población”*, este inciso tampoco plantea problema constitucional alguno, en la medida en que reproduce el inciso sexto del artículo 6º del artículo 112, **otorgándole a la no aceptación de la curul por parte del candidato derrotado la misma consecuencia que ya había sido prevista por el constituyente**⁷² (Negrillas propias).

En el último nivel regulatorio se destaca la Resolución 2276⁷³ expedida el 11 de junio de 2019 por el Consejo Nacional Electoral. En su artículo segundo se prefija lo concerniente a la oportunidad para aceptar la curul en la corporación pública territorial así:

“ARTÍCULO SEGUNDO: OPORTUNIDAD PARA ACEPTAR LA CURUL EN LA CORPORACIÓN PÚBLICA.– Dentro de las 24 horas siguientes a la declaratoria de elección de los cargos de gobernador, alcalde distrital y/o municipal y previo a la de las asambleas departamentales y concejos distritales y/o municipales respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo (2º) puesto en votación, deberán manifestar por escrito, por una sola vez y sin posibilidad de retracto, su decisión de aceptar o no una curul en las asambleas departamentales y concejos distritales y/o municipales.

En el acta de escrutinio respectiva y E-26 que declare la elección de alcalde distrital y/o municipal y gobernador, deberá dejarse constancia de que [sic] candidato ocupó el segundo (2º) lugar en votación, darse lectura de la misma en la correspondiente audiencia.

PARÁGRAFO PRIMERO: Si vencido el plazo señalado, el candidato que siga en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de gobernador de departamento, alcalde distrital y/o alcalde municipal, no existe manifestación de aceptación o no de la curul en la corporación pública en el término establecido en el presente artículo, se entenderá que no se acepta la curul, y se dejará la constancia en la correspondiente acta de escrutinio.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso de que el voto en blanco o promotores de este, obtengan la segunda votación en las elecciones de cargos uninominales, la misma no será tenida en cuenta para los efectos del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y de lo estipulado en el presente acto administrativo.

PARÁGRAFO TERCERO: La Registraduría Nacional del Estado Civil incorporará lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y en el presente artículo, en el Formulario de Inscripción de la candidatura uninominal E-6, de forma clara y precisa para conocimiento de los candidatos” (Negrillas propias).

A diferencia de lo estatuido en las normas de mayor jerarquía, la resolución en cita fijó un plazo perentorio para la manifestación escrita de la “aceptación”,

⁷² C-018 de 2018, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

⁷³ Por medio de la cual se establecen medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.



comprendido en las 24 horas siguientes a la declaratoria de la elección del cargo uninominal en cuya carrera se ocupa la segunda plaza como candidato, y previo a la declaratoria de elección de las respectivas corporaciones públicas, so pena de que se presuma la “no aceptación”.

En retrospectiva, se tiene frente al momento de aceptar la llamada “curul de oposición”: (i) la Constitución Política –aunque sí define cuándo surge el derecho personal– guarda silencio sobre el momento de manifestar la aceptación. (ii) La ley contempla la entrega de credenciales, en el caso de las que se asigna en el Congreso de la República, una vez terminados los escrutinios electorales; y en el caso de las corporaciones públicas territoriales, la sujeción a la manifestación escrita con posterioridad a la declaratoria de elección de los cargos uninominales, pero previa a la declaratoria en tales corporaciones. Y (iii) los actos generales del CNE, precisan algo similar a la ley, pero circunscribiéndolo a las 24 horas siguientes a la declaratoria de elección de gobernadores y alcaldes.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevaron a aclarar el voto, que han pretendido enriquecer y, connaturalmente, dotar de mayores elementos la resolución del asunto puesto a consideración de la Sala de la que hago parte.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.
Magistrada

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”

NULIDAD ELECTORAL – El derecho personal para acceder a una curul se asigna a quien haya obtenido la segunda votación, no la tercera / NULIDAD ELECTORAL – Si el voto en blanco obtiene la segunda votación, la curul no puede asignarse a quien obtuvo el tercer lugar

En el presente caso, la providencia se estructura sobre la base de considerar que como el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, en su enunciado lingüístico, refiere a “los candidatos” que le sigan en votos, a quien la autoridad declare elegidos para el cargo de alcalde, se colige de esta expresión, que tiene derecho a ocupar una curul en el concejo municipal, aquel que ocupe la tercera votación, aun cuando el voto en blanco resulte mayoritario respecto de dicho candidato, en la medida que el “voto en blanco” constituye una forma de disenso o una expresión de inconformidad que no tiene la connotación de “candidato”. Al respecto estimo, que la locución “los candidatos que le sigan en votos”, contenida en el artículo 25 de la Ley 1909, responde a una estructura semántica y sintáctica de tipo sujeto – predicado, que respeta las reglas de combinación y orden lógico de las palabras, pues el legislador, al elaborar la oración, no podía referirse de otra manera a la persona de quien se predica la obtención de los votos depositados en las urnas en un certamen electoral. La idea básica es que el electorado vota, en principio, por candidatos inscritos, en tanto, a partir de los resultados electorales, es que se estructuran los cuerpos colegiados o la designación de la autoridad ejecutiva de que se trate. En segundo lugar, impera señalar que el hecho de que la disposición no se haya referido, expresamente, al supuesto fáctico que ahora ocupa a la Sala, esto es, determinar qué ocurre cuando el voto en blanco ocupa el segundo lugar



en la votación, después del candidato elegido a la alcaldía, no puede interpretarse como un silencio en favor de la total ineficacia de esta expresión democrática, bajo la idea de que el único efecto que le otorgó el artículo 258 de la Constitución Política al voto en blanco es el de la repetición de la elección, cuando el voto en blanco constituye la mayoría del total de votos válidos y el que su cómputo debe tenerse en cuenta para establecer el cociente electoral. Considero, entonces que la situación descrita en la norma objeto de examen, desborda el alcance del artículo 258 superior y los pronunciamientos que hasta la fecha ha efectuado la jurisprudencia, por no comprender el estudio del problema jurídico que hasta este momento se le plantea, a partir del artículo 112 superior y 25 de la Ley 1909 de 2018, esta última, de reciente expedición, que ofrece otros elementos, que no han sido explorados. (...). De la norma transcrita [artículo 25 de la ley 1909 de 2018] se concluye, entonces, que dos (2) son los presupuestos, para que el candidato que ha perdido las elecciones a la alcaldía, pueda acceder a una curul en el concejo municipal respectivo a) que haya participado en el certamen electoral como candidato a la alcaldía y b) que haya obtenido la “segunda votación”, después del candidato elegido, esto es, que el guarismo representativo de los votos escrutados, sea la segunda opción por la cual votaron los electores. (...). [E]s de suponer que la expresión “que sigan en votos” de la norma en comento, se refiere a las mayorías expresadas en las urnas, de tal suerte que si el candidato a la alcaldía obtiene la tercera votación en orden descendente, no puede predicarse el derecho personal de ocupar la curul en la corporación, dado que esta opción política resulta ser inferior a la hipótesis prevista en la norma. (...). De otro lado, desde el punto de vista del principio democrático, fuente de legitimidad y de toda regla para la conformación y elección de las autoridades, se impone señalar que si el voto en blanco, ocupó la segunda posición, no puede concluirse, de igual manera, que el candidato con la tercera votación para la alcaldía pueda reclamar la curul en la corporación respectiva. Ello por cuanto este entendimiento lesiona el derecho de quien obtuvo el último escaño para el concejo municipal, con un amplio y mayoritario respaldo popular, obtenido en las urnas, que lo legitima para integrar dicha corporación. (...). Por lo tanto, pretender otorgarle al “tercero en la votación” obtenida para la alcaldía, una curul en el concejo municipal, es contrariar la norma superior y afectar de forma directa la voluntad popular que validó el respaldo frente a las candidaturas inscritas para la corporación de elección popular. (...). Por lo tanto, el “apoyo significativo”, no puede ser otro que aquel que lo coloca en la “segunda posición” en el resultado electoral, que le da un grado de legitimación democrática que lo hace acreedor del derecho a reclamar la curul de que trata la norma. Ahora bien, con esta conclusión, no se pretende equiparar el voto en blanco a un “candidato”, como lo entendió reiteradamente la sala mayoritaria. (...). En suma, este derecho no opera de forma automática, por el solo hecho de haber sido el candidato aspirante a la alcaldía y obtener algunos votos, sino que es necesario representar la segunda votación. En este orden, la lectura del artículo 25 de la Ley 1909, debe partir de su teleología, cual es, que el candidato debe haber obtenido un amplio respaldo popular representado en el guarismo más alto, después del escrutado en favor del elegido a la gobernación; de lo contrario, estaríamos reduciendo, de forma automática, un (1) escaño, a todas las asambleas y concejos del país, a efectos forzar y dar cabida al “derecho personal” de que trata la norma, cuando este no fue el sentido con la cual se incorporó esta nueva regla al régimen electoral colombiano. (...). Finalmente, debo señalar, (...) que el parágrafo 2º del artículo 2º de la Resolución 2276 de 2019, proferida por el Consejo Nacional Electoral, al señalar que “En caso de que el voto en blanco o promotores de este, obtengan la segunda votación en las elecciones de cargos uninominales, la misma no será tomada en cuenta para los efectos del artículo 25 de la ley 1909 de 2018 (...)” no solo desatendió el contenido material de la regla aquí estudiada, sino que constituye una usurpación de funciones, al



regular asuntos que son materia de ley estatutaria, (Artículo 152 CP), pues, decidir sobre una hipótesis sobre la cual el legislador no se pronunció y otorgarle una consecuencia jurídica, toca con un aspecto que constituye el núcleo esencial del derecho fundamental a participar en la conformación de los poderes públicos, tarea exclusiva del legislador estatutario, en tanto, no es un aspecto meramente técnico u operativo de las elecciones. Por lo tanto, en el proveído del cual me aparto, se debió inaplicar ésta disposición por ser contraria a la Carta, en ejercicio de la facultad de que trata el artículo 148 de la ley 1437 de 2011.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 112 INCISO 5 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 152 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 258 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 263 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 25 INCISOS 2 Y 3 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 148

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO DE LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Radicación número: 05001-23-33-000-2019-03317-01

Actor: ANDREE JOVANY CASTRILLÓN ZAPATA

Demandado: JUAN FELIPE RESTREPO TAMAYO - CONCEJO MUNICIPAL DE BELLO (ANTIOQUIA), PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL. Derecho personal a ocupar una curul, artículo 25 Ley 1909 de 2018.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que se merecen los magistrados integrantes de la Sala mayoritaria, me permito expresar mi disenso con la decisión adoptada en el presente caso, por las siguientes razones:

En el *sub lite*, se confirmó la decisión adoptada por el *a quo* que negó las pretensiones de la demanda, tendientes a obtener la nulidad del acta parcial de escrutinio del 1º de noviembre de 2019, Formulario E-26 CON, emitida por la Comisión Escrutadora del Municipio de Bello – Antioquia, mediante la cual se declaró que el señor Juan Felipe Restrepo Tamayo tiene el derecho personal a ocupar una curul en el concejo municipal del citado ente territorial. Lo anterior, por cuanto considera la parte actora que la segunda votación correspondió al voto en blanco, y que la tercera la obtuvo el citado candidato, quien no siguió en votos al alcalde electo, lo que pone de manifiesto la errónea interpretación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

En primer lugar, la interpretación exegética o gramatical que se propone de la norma en comento, no resulta acorde con los valores y principios constitucionales

de representación y legitimidad política propios del sistema democrático, en tanto omite analizar otras situaciones relevantes para darle contenido de sentido al texto normativo. La técnica de interpretación literal de una disposición, no siempre resulta la más aconsejable, dado que, como lo señala Riccardo Guastini, es una interpretación que atribuye un “significado *“prima facie”*, es decir, el más inmediato o intuitivo, el que corresponde a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua”⁷⁴. En el presente caso, la providencia se estructura sobre la base de considerar que como el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, en su enunciado lingüístico, refiere a “*los candidatos*” que le sigan en votos, a quien la autoridad declare elegidos para el cargo de alcalde, se colige de esta expresión, que tiene derecho a ocupar una curul en el concejo municipal, aquel que ocupe la tercera votación, aun cuando el voto en blanco resulte mayoritario respecto de dicho candidato, en la medida que el “voto en blanco” constituye una forma de disenso o una expresión de inconformidad que no tiene la connotación de “candidato”.

Al respecto estimo, que la locución “*los candidatos que le sigan en votos*”, contenida en el artículo 25 de la Ley 1909, responde a una estructura semántica⁷⁵ y sintáctica⁷⁶ de tipo sujeto – predicado, que respeta las reglas de combinación y orden lógico de las palabras, pues el legislador, al elaborar la oración, no podía referirse de otra manera a la persona de quien se predica la obtención de los votos depositados en las urnas en un certamen electoral. La idea básica es que el electorado vota, en principio, por candidatos inscritos, en tanto, a partir de los resultados electorales, es que se estructuran los cuerpos colegiados o la designación de la autoridad ejecutiva de que se trate.

En segundo lugar, impera señalar que el hecho de que la disposición no se haya referido, expresamente, al supuesto fáctico que ahora ocupa a la Sala, esto es, determinar qué ocurre cuando el *voto en blanco* ocupa el segundo lugar en la votación, después del candidato elegido a la alcaldía, no puede interpretarse como un silencio en favor de la total ineficacia de esta expresión democrática, bajo la idea de que el único efecto que le otorgó el artículo 258 de la Constitución Política al voto en blanco es el de la repetición de la elección, cuando el voto en blanco constituye la mayoría del total de votos válidos y el que su cómputo debe tenerse en cuenta para establecer el cuociente electoral⁷⁷.

Considero, entonces que la situación descrita en la norma objeto de examen, desborda el alcance del artículo 258 superior y los pronunciamientos que hasta la fecha ha efectuado la jurisprudencia, por no comprender el estudio del problema jurídico que hasta este momento se le plantea, a partir del artículo 112 superior y 25 de la Ley 1909 de 2018, esta última, de reciente expedición, que ofrece otros elementos, que no han sido explorados. En efecto, en tratándose de corporaciones públicas territoriales, la aplicación de la disposición plantea una colisión de derechos entre quien aduce el “derecho personal” de que trata el artículo 25 de la ley *ibídem*, de ocupar una curul en el concejo municipal y quien reclama un escaño, mediante el sistema general de asignación de curules previsto en el artículo 263⁷⁸ de la Carta, por haber obtenido la votación suficiente que lo

⁷⁴ Guatini Ricardo, *Interpretación y razonamiento jurídico*, ARA EDITORES, Volumen II, 2010, Pág. 46.

⁷⁵ La semántica es la parte de la gramática que estudia el significado de las palabras.

⁷⁶ Disciplina lingüística que estudia el orden y la relación de las palabras o sintagmas de la oración, así como las funciones que cumplen.

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 1994

⁷⁸ ARTÍCULO 263. Para garantizar la equitativa representación de los Partidos y Movimientos Políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las Corporaciones Públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) de los votos válidos para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás Corporaciones, conforme lo establezcan la Constitución y la ley.

hace merecedor de la última curul en la corporación pública territorial, en la medida que con la nueva regla electoral, no se aumentan los escaños en las corporaciones públicas territoriales de elección popular, sino que se disminuye en uno, según el inciso 5º del artículo 112 de la Constitución Política.

Así entonces, esta perspectiva del asunto, impone un análisis distinto del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, cuyo texto, en gran medida, es una reproducción del artículo 112 de la Carta:

Art. 25.- CURULES EN LAS CORPORACIONES PÚBLICAS DE ELECCIÓN POPULAR DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones (subrayado fuera de texto).

De la norma transcrita se concluye, entonces, que dos (2) son los presupuestos, para que el candidato que ha perdido las elecciones a la alcaldía, pueda acceder a una curul en el concejo municipal respectivo a) que haya participado en el certamen electoral como candidato a la alcaldía y b) que haya obtenido la “segunda votación”, después del candidato elegido, esto es, que el guarismo representativo de los votos escrutados, sea la segunda opción por la cual votaron los electores. La anterior conclusión se deriva las siguientes razones:

En la exposición de motivos que hicieron los promotores de la modificación constitucional⁷⁹, se lee lo siguiente:

“El derecho a integrar las corporaciones públicas es intuitu personae, es decir, se concede por los atributos personales y por los votos que la ciudadanía deposita a favor del candidato. Por este motivo, no es susceptible de transferirse a ninguna persona como consecuencia de la función electoral que lo genera”.

Lo anterior quiere decir, que los “votos obtenidos”, en los comicios, resulta ser un elemento fundamental y definitorio para consolidar el derecho a reclamar una curul en la respectiva corporación administrativa de elección popular, pues, la finalidad de sus redactores de la norma, no fue otra que premiar el respaldo popular de quien obtuvo la segunda votación después del elegido, que por traducir una proximidad a la voluntad ciudadana que concretó la elección, merece que las ideas, programas y planes expuestos en la campaña electoral, tengan eco desde otra posición política.

Por su parte, la Corte Constitucional ha precisado que la elección como mecanismo para definir la integración de un órgano de representación popular, en un marco jurídico democrático, implica cuando menos reconocer: “(i) que el Pueblo es poder supremo o soberano y, en consecuencia, es el origen del poder público”⁸⁰. En esa medida es de suponer que la expresión “*que sigan en votos*” de la norma en comento, se refiere a las mayorías expresadas en las urnas, de tal suerte que si el candidato a la alcaldía obtiene la tercera votación en orden descendente, no puede predicarse el derecho personal de ocupar la curul en la

La cifra repartidora resulta de dividir sucesivamente por uno, dos, tres o más, el número de votos por cada lista ordenando los resultados en forma decreciente hasta que se obtenga un número total de resultados igual al número de curules a proveer. El resultado menor se llamará cifra repartidora. Cada lista obtendrá tantas curules como veces esté contenida la cifra repartidora en el total de sus votos (...)

⁷⁹ Gaceta 369 de 2014.

⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-018 de 2018.



corporación, dado que esta opción política resulta ser inferior a la hipótesis prevista en la norma, esto es, que el candidato tenga un amplio respaldo popular, que no es otro, que haya obtenido la segunda votación, colocándolo en una posición de privilegio. Esta interpretación, se acompasa con lo indicado por el propio legislador estatutario en el inciso 2º y 3º del artículo 25 de la Ley 1909, al señalar que:

Art. 25.- (...)

Posterior a la declaratoria de elección de los cargos de Gobernador, Alcalde Distrital y Municipal y previo a la de las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales respectivamente, **los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación**, deberán manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.

Otorgadas las credenciales a los gobernadores y alcaldes distritales y municipales, la autoridad electoral les expedirá, previa aceptación, las credenciales como diputados y concejales distritales y municipales a **los que ocuparon los segundos puestos en la votación para los mismos cargos** y aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la distribución de las curules restantes de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.

De otro lado, desde el punto de vista del principio democrático, fuente de legitimidad y de toda regla para la conformación y elección de las autoridades, se impone señalar que si el voto en blanco, ocupó la segunda posición, no puede concluirse, de igual manera, que el candidato con la tercera votación para la alcaldía pueda reclamar la curul en la corporación respectiva. Ello por cuanto este entendimiento lesiona el derecho de quien obtuvo el último escaño para el concejo municipal, con un amplio y mayoritario respaldo popular, obtenido en las urnas, que lo legitima para integrar dicha corporación. En este caso, el electorado depositó su voto para una corporación específica, mientras que el candidato de quien se predica el “derecho personal” validó su candidatura para el cargo de alcalde y no para el concejo. En este orden, debe prevalecer el querer popular de quienes escogieron libremente respaldar una candidatura con el fin de tener un representante en ese órgano de elección popular, para no alterar el régimen de representación popular que rige el sistema político colombiano. A este respecto, vale recordar la dogmática jurídica que esta Sala Electoral, ha construido en favor del principio democrático al señalar que “el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio *pro homine* opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores)”⁸¹.

Por lo tanto, pretender otorgarle al “tercero en la votación” obtenida para la alcaldía, una curul en el concejo municipal, es contrariar la norma superior y afectar de forma directa la voluntad popular que validó el respaldo frente a las candidaturas inscritas para la corporación de elección popular. Ese fue, justamente, el sentido que subyace del análisis que hizo la Corte Constitucional en la Sentencia C-018 de 2018, respecto del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, al referirse al caso de la candidatura a Presidente y Vicepresidente, que se aplica a Gobernador y Alcalde, dado que la norma fue redactada en los mismos términos:

Cuando este artículo incorpora a los candidatos a presidente y vicepresidente a su respectiva organización política, responde a la no personalización de la política,

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de Unificación del 7 de junio de 2016, Radicado 2015-00051-00. M.P. Alberto Yepes Barreiro.



pues más que el reconocimiento a una persona determinada, la curul que estos candidatos pueden ocupar, responde a un respeto por las ideas políticas que aunque derrotadas en la regla de la mayoría, recibieron un apoyo significativo de los ciudadanos en ejercicio de su derecho a la participación política, en ejercicio de su derecho al voto.

Por lo tanto, el “apoyo significativo”, no puede ser otro que aquel que lo coloca en la “segunda posición” en el resultado electoral, que le da un grado de legitimación democrática que lo hace acreedor del derecho a reclamar la curul de que trata la norma. Ahora bien, con esta conclusión, no se pretende equiparar el voto en blanco a un “candidato”, como lo entendió reiteradamente la sala mayoritaria, sino relieves el sentido de la institución del “derecho personal” de ocupar una curul en la asamblea, cuando se ha participado de la elección para alcalde, el cual no puede desconocer el principio democrático, la soberanía popular, ni el principio de representación, que constituyen las bases del sistema político colombiano.

En suma, este derecho no opera de forma automática, por el solo hecho de haber sido el candidato aspirante a la alcaldía y obtener algunos votos, sino que es necesario representar la segunda votación. En este orden, la lectura del artículo 25 de la Ley 1909, debe partir de su teleología, cual es, que el candidato debe haber obtenido un amplio respaldo popular representado en el guarismo más alto, después del escrutado en favor del elegido a la gobernación; de lo contrario, estaríamos reduciendo, de forma automática, un (1) escaño, a todas las asambleas y concejos del país, a efectos forzar y dar cabida al “derecho personal” de que trata la norma, cuando este no fue el sentido con la cual se incorporó esta nueva regla al régimen electoral colombiano. Se insiste, que por el principio democrático, solo si el candidato obtiene el respaldo popular señalado, es posible desatender, el sistema general de asignación de curules previsto en el artículo 263 de la Carta.

Ahora bien, esta interpretación de la disposición no niega los derechos de la oposición, dado que el derecho personal a ocupar una curul es un derecho de naturaleza subjetiva del candidato y no un derecho de la colectividad. Además, el derecho de las organizaciones políticas que participan del certamen electoral y optan por el mecanismo de la oposición, conforme al artículo 11 de la ley 1909, tiene variadas prerrogativas, como la financiación adicional para el ejercicio de la oposición, acceso a los medios de comunicación social del Estado, derecho de réplica, participación en mesas directivas de plenarias de las corporaciones públicas de elección popular, entre otros. Súmese a lo anterior, que la oposición es apenas una opción, pues el artículo 6º de la ley *ibídem*, prevé que las colectividades políticas pueden declararse en *oposición, independientes o declararse de gobierno*.

Finalmente, debo señalar, como corolario de lo anteriormente expuesto, que el párrafo 2º del artículo 2º de la Resolución 2276 de 2019, proferida por el Consejo Nacional Electoral, al señalar que “*En caso de que el voto en blanco o promotores de este, obtengan la segunda votación en las elecciones de cargos uninominales, la misma no será tomada en cuenta para los efectos del artículo 25 de la ley 1909 de 2018 (...)*” no solo desatendió el contenido material de la regla aquí estudiada, sino que constituye una usurpación de funciones, al regular asuntos que son materia de ley estatutaria, (Artículo 152 CP), pues, decidir sobre una hipótesis sobre la cual el legislador no se pronunció y otorgarle una consecuencia jurídica, toca con un aspecto que constituye el núcleo esencial del derecho fundamental a participar en la conformación de los poderes públicos, tarea exclusiva del legislador estatutario, en tanto, no es un aspecto meramente



técnico u operativo de las elecciones. Por lo tanto, en el proveído del cual me aparto, se debió inaplicar ésta disposición por ser contraria a la Carta, en ejercicio de la facultad de que trata el artículo 148 de la ley 1437 de 2011.

Dejo en estos términos consignado mi disentimiento.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado