



FALLO

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

Magistrado Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 81001-23-33-000-2020-00004-01
Demandante: LUIS FERNANDO PANQUEVA TORRES
Demandado: **HERNANDO POSSO PARALES** como diputado de la Asamblea Departamental de Arauca para el periodo 2020-2023

Tema: Trámite de aceptación de la curul especial consagrada en el artículo 112 de la Constitución Política.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020 por el Tribunal Administrativo de Arauca, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El señor LUIS FERNANDO PANQUEVA TORRES, a través de apoderado, presentó demanda de nulidad electoral (art. 139 CPACA) contra el acto de elección del ciudadano **HERNANDO POSSO PARALES** como diputado de la Asamblea Departamental de Arauca para el periodo 2020-2023, en la cual solicitó:

“PRIMERO: Que se declare La nulidad del acto de elección contenido en el Formulario E-26 ASA proferido por la Comisión Escrutadora Departamental de Arauca el 08 de noviembre de 2019, por medio del cual se declaró la elección del ciudadano HERNANDO POSSO PARALES, identificado con la cedula de ciudadanía número 17.584.601 expedida en Arauca como Diputado del Departamento de Arauca para el periodo constitucional 2020-2023.



SEGUNDO: Que se ordene la cancelación de la credencial de HERNANDO POSSO PARALES, identificado con la cedula de ciudadanía número 17.584.601 expedida en Arauca como Diputado para el período 2020-2023, por estar incurso en una causal de inelegibilidad al momento de aceptar su curul a la asamblea del departamento de Arauca .

TERCERO. ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil, Consejo Nacional Electoral, Comisión Escrutadora Departamental de Arauca se deje sin efectos jurídicos la credencial de Diputado otorgada al señor HERNANDO POSSO PARALES el día 08 de noviembre de 2019.

CUARTO: Que como consecuencia de lo anterior, la curul de Diputado para el período 2020-2023, adjudicada al SEÑOR HERNANDO POSSO PARALES DEL PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO sea asignada AL PARTIDO COALICIÓN ALTERNATIVA ARAUCANA a quien corresponda en la votación obtenida en dicha lista, y se proceda conforme a la ley.

La demanda se acompañó de una solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

1.2. SOPORTE FÁCTICO

El libelista lo narró, en síntesis, así:

El 27 de octubre de 2019 se llevaron a cabo las elecciones territoriales. El actor aspiró a la asamblea departamental; y el demandado, a la gobernación.

El señor **POSSO** obtuvo el segundo lugar en la carrera para mandatario departamental, y el 29 de octubre de 2019 manifestó a la respectiva comisión escrutadora que aceptaba la curul en la asamblea de que trata el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018¹.

El 8 de noviembre de 2019, se declaró oficialmente el resultado de las elecciones y se asignó la última curul de la duma departamental al demandado, sin hacer referencia a que aquella hubiera sido aceptada dentro del término legal.

El lugar ocupado “irregularmente” por el señor **POSSO** debió ocuparlo el señor PANQUEVA, por obtener los votos necesarios para acceder a ese último escaño.

1.3. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El censor sostiene que el acto se encuentra viciado de nulidad en los términos del artículo 275.5 del CPACA por cuanto el accionado no reúne las condiciones de elegibilidad, por presuntamente no haber agotado en debida forma el procedimiento dispuesto para la aceptación de la curul especial establecida en los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018, ya que el escrito presentado por este ante la comisión escrutadora para tal fin se radicó 10 días antes de que se

¹ Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes.



declarara la elección del respectivo gobernador, y no dentro de las 24 horas siguientes, como lo instruye la Resolución 2276 de 2019² del Consejo Nacional Electoral.

1.4. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Arauca, en auto de 21 de enero de 2020, admitió la demanda, ordenó las notificaciones de rigor (art. 277 del CPACA) y negó la medida cautelar deprecada.

1.5. CONTESTACIONES

1.5.1. Parte demandada

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Aclaró que el señor **POSSO** no fue elegido diputado, sino que le fue reconocido el derecho personal en razón del resultado que obtuvo en su aspiración al cargo de gobernador. Así mismo, señaló que lo esgrimido por el libelista no se encuadra en la causal de nulidad contemplada en el artículo 275.5 del CPACA.

A partir de estas mismas razones propuso diferentes excepciones de mérito, que agrupó bajo la idea de “*inexistencia de causal...*” de inelegibilidad por ser taxativas; origen normativo del “*derecho personal a ocupar la curul*”; “*primacía del derecho sustancial sobre el formal*” por cuanto la aceptación sí fue manifestada; y reparos frente al “poder conferido” para instaurar la demanda, en tanto inviste de facultades para demandar la nulidad de una elección que no se dio, pues, se repite, la curul se obtuvo en virtud de un derecho personal.

1.5.2. Registraduría Nacional del Estado Civil

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.6. AUDIENCIA INICIAL

El 25 de febrero de 2020 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la que se cumplieron las etapas previstas en los artículos 293 y 180 del CPACA. En particular, se declaró probada la excepción propuesta por la Registraduría, se decretaron algunas pruebas y se fijó el litigio en torno a resolver el siguiente interrogante: “*¿es ilegal la declaratoria de Hernando Posso Parales, como diputado del Departamento de Arauca para el período constitucional 2020-2023, de conformidad con los planteamientos que se efectúan en la demanda?*”.

1.7. ALEGACIONES EN PRIMERA INSTANCIA

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



El demandado reiteró las razones de defensa esgrimidas en el escrito de contestación de la demanda, a las cuales acompañó, bajo enfoque similar, la existencia de pruebas que respaldan la debida aceptación del cargo con antelación a la declaratoria de elección de los diputados, la presunta incongruencia del actor al pedir la nulidad de una elección que no se produjo, pues la designación fue fruto de un derecho personal, y la validez general de acto acusado.

El demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

1.8. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Arauca, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2020, negó las pretensiones de la demanda. Acotó que la irregularidad endilgada al trámite de aceptación en cuestión no es subsumible en la causal de nulidad contemplada en el artículo 275.5 del CPACA.

No obstante, indicó que el reparo podía ser estudiado bajo la causal genérica de “infracción de norma superior” contemplada en el artículo 137 ibidem, en cuyo caso se advierte que la comisión escrutadora sí aludió a la aceptación de la curul por parte del señor POSSO PARALES y que el hecho de que esta fuera anticipada no viciaba la legalidad del acto electoral, pues sus efectos estaban condicionados a la efectiva obtención del segundo lugar en la elección de gobernador, sin que estuviese contemplada penalidad alguna para ello.

Señaló que esta circunstancia, antes que afectar el proceso electoral, promovió la celeridad en el mismo, pues los interesados no tuvieron que esperar las 24 horas para conocer la distribución de los escaños en la asamblea departamental.

1.9. APELACIÓN

La parte actora solicitó revocar la decisión de primera instancia, a fin de que se acceda a las pretensiones de la demanda. En tal sentido puntualizó las razones por las que considera que se no se cumplió el “requisito legal de elegibilidad” (art. 275.5 CPACA), al haberse manifestado la aceptación a la curul especial establecida en los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018 para la asamblea departamental de manera anticipada, y no dentro de las 24 horas siguientes a la declaratoria de elección del respectivo gobernador departamental.

Mediante auto del 13 de octubre de 2020, la magistrada ponente admitió la apelación y ordenó los traslados de rigor (art. 293 CPACA).

1.10. ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA

1.10.1. Parte demandante



Reiteró los argumentos esgrimidos en el trámite de primera instancia y en la apelación. Igualmente, allegó como “pruebas”, copias de “la declaratoria de elección de diputado”³ del demandado, la “Resolución 2279 de 2019” y la “Ley 1909 de 2018”, y puso a consideración de este *ad quem*, llamar a rendir testimonio de “*Patricia Isabel Granados De La Hoz, Álvaro Enrique Figueroa Jiménez, Héctor Ariel López Daza y Jeffrey Gilberto Castro Luna*”, a quienes presuntamente les constarían los hechos narrados. También pidió que “*de oficio*” se requiriera a la organización electoral “*copia auténtica del E-26 ASA*” en cuestión.

Del mismo modo, puso de presente la existencia de la sentencia de tutela dictada dentro del radicado 81001-23-39-000-2019-00120-01, declarada improcedente por la Sección Quinta del Consejo de Estado por falta de subsidiariedad, en la que se perseguían objetivos similares a los del *sub judice*. A partir de ello, recabó en la necesidad de que se sienta jurisprudencia sobre el tema sometido a discusión.

Finalmente, agregó un acápite atinente a “*la violación del numeral 12 del artículo 265 de la Constitución*”, en tanto los delegados del Consejo Nacional Electoral no se abstuvieron de declarar la elección del candidato “*inhábil*”; tema frente al cual también es menester que se sienta jurisprudencia. Y concluyó que están acreditados “*todos los elementos constitutivos de la inhabilidad que se discute*”.

1.10.2. Parte demandada

Señaló que la parte actora no fundamentó debidamente su alzada, sino que se limitó a replicar la indicación de normas violadas y el concepto de violación presentado en la demanda, razón por la cual debería ser declarada improcedente. Por lo demás se remitió a los “*argumentos fácticos, jurídicos y acervo probatorio expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión*”, insistiendo en las connotaciones del “derecho fundamental autónomo” a la curul especial establecida en los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018 a la luz de pronunciamientos del Consejo de Estado⁴.

1.10.3. Registraduría Nacional del Estado Civil

Recordó que el Tribunal de primera instancia declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad; decisión que se encuentra ejecutoriada.

1.11 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

Solicitó confirmar el fallo apelado. Para ello, empezó por un recuento del contexto normativo y jurisprudencial de derecho personal a la curul establecida en los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018. Recalcó que

³ Que ya obraba en el expediente.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A, mediante Sentencia de Tutela proferida el día diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020) dentro del radicado número 11001-03-15-000-2019-03079-01.



la prontitud en la aceptación por parte de su destinatario obedece a que de ello depende la aplicación plena de la regla del artículo 263 de la Carta Política o si se debe restar una curul a esa ecuación.

Afirmó que, por la naturaleza del derecho en cuestión, el juzgador debe hacer prevalecer lo sustancial sobre lo formal, evitando que el reconocimiento quede supeditado a la irrestricta aceptación posterior. Así también, que es cierto que los artículos 112 de la Constitución y 25 de la Ley 1909 de 2018 y la Resolución 2276 de 2019 del CNE refieren que la aceptación solo es “efectiva” después de la declaratoria de la elección, ello no se apone a que se manifieste con anterioridad.

Por último, advirtió que la aceptación por escrito de la curul establecida en los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018 “*se convierte en un requisito para la adjudicación*”, razón por la cual “*su incumplimiento da origen a la configuración de una causal subjetiva para la declaración de la nulidad del correspondiente acto electoral*” por el artículo 275.5 del CPACA.

II. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con los artículos 150 y 152.8 del CPACA⁵, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 4 de septiembre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca que negó la solicitud de nulidad del acto de elección acusado.

2.2. ACTO DEMANDADO

Corresponde al Formulario E-26 ASA proferido por la Comisión Escrutadora Departamental de Arauca el 08 de noviembre de 2019, por medio del cual se declaró la elección del ciudadano HERNANDO POSSO PARALES como diputado del departamento de Arauca para el periodo 2020-2023.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo de primera instancia. En tal sentido, se debe establecer, a partir de los argumentos plasmados en la alzada, si el demandado incurrió en la causal de inelegibilidad, en los términos del artículo 275.5 del CPACA, por haber manifestado la aceptación de la curul establecida en los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018 en la asamblea departamental de Arauca 10 días antes de que se declarara la elección del respectivo gobernador, y no dentro de las 24 horas

⁵ Por controvertirse la designación de un diputado de asamblea departamental.



siguientes, como lo instruye la Resolución 2276 de 2019⁶ del Consejo Nacional Electoral.

Para desentrañar el anterior planteamiento, se desarrollarán los siguientes aspectos: (i) circunstancias de inelegibilidad: falta de requisitos, violación de prohibiciones y configuración de causales de inhabilidad (reiteración de jurisprudencia); (ii) el derecho personal a la curul establecida en el artículo 112 de la Constitución Política en concordancia con los artículos 24 y 25 de la Ley 1909 de 2018; (iii) el trámite de aceptación de la curul en cuestión; (iv) la inviabilidad de la extemporaneidad por anticipación en la aceptación del derecho personal en cuestión; y (v) el caso concreto.

2.4. CIRCUNSTANCIAS DE INELEGIBILIDAD: FALTA DE REQUISITOS, VIOLACIÓN DE PROHIBICIONES Y CONFIGURACIÓN DE CAUSALES DE INHABILIDAD. REITERACIÓN⁷

Las circunstancias de inelegibilidad son límites al derecho de acceso a cargos públicos y al derecho a elegir y ser elegido, inspiradas en razones de interés general y bien común. Son, a su vez, expresiones de un género, dentro del cual existen varias especies, que en querer del Constituyente o del legislador definen, en buena parte, las condiciones de quien ha de acceder a la función pública. Ello, por medio de la exigencia, bien sea positiva o negativa, de pautas comportamentales y cualificaciones de los electores o de los servidores designados, según el supuesto normativo de que se trate.

Dicho en términos más estrictos, estas configuran el patrón de conducta y/o el perfil esperado del eventual funcionario antes de ocupar un cargo, así como las particularidades que deben rodear su designación, a través de previsiones que se resumen, por ejemplo, en “hacer”, “no hacer”, “haber hecho” o “no haber hecho”, así como en “ser”, “no ser”, “haber sido” o “no haber sido”.

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga deba necesariamente orientarse por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna para el derecho del elector; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.

Desde luego, esa máxima no escapa al proceso de nulidad electoral que nace de lo normado en el artículo 139 del CPACA, el cual tiene como principal objetivo salvaguardar la legalidad de los actos de elección frente a los taxativos eventos que

⁶ Por medio de la cual se establecen medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

⁷ Reproducción de la siguiente sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, veintitrés (23) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00025-00(IJ), Demandado: GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA.



señala la ley⁸, que pueden tener relación con el proceso de elección mismo o con las condiciones subjetivas que deben rodear al servidor designado.

Ello significa que, por su naturaleza, el estudio inherente a este tipo de procesos debe reducirse a la confrontación objetiva del supuesto de hecho que se censura y la previsión normativa que lo proscribe, sin que haya lugar a subjetivarlos, ya que, se insiste, lo que se juzga es la legalidad de la elección –incluidos sus actos preparatorios o de trámite- y no el derecho del funcionario designado o sus condiciones internas para ocupar el cargo; sin perjuicio de la comprensión de los principios superiores y derechos fundamentales como parte de la estructura normativa que soporta el acto electoral, los cuales no solo incumben a la persona involucrada en el trámite eleccionario, sino también a toda la sociedad en general como garantía de un sistema democrático, equitativo, transparente y justo, por mencionar algunos de sus atributos.

En ese orden de ideas, queda claro que el análisis efectuado desde la órbita de la acción de nulidad electoral, por sus especiales características, se abstrae de los componentes subjetivos de la circunstancia de inelegibilidad con bases en los cuales se promovió y, en cambio, se contrae a la verificación objetiva⁹ de sus elementos de configuración, pues el control de legalidad del acto no contempla la voluntad del funcionario designado¹⁰, aunque el resultado del examen pueda impactar sus intereses.

Tales consideraciones resultan comunes a las diferentes formas en las que se pueden manifestar todas las circunstancias de inelegibilidad, dentro de las cuales se destacan: (i) el incumplimiento de las calidades y requisitos establecidos para ocupar un cargo, (ii) ser designado con infracción de una prohibición normativa expresa y (iii) estar incurso en causal de inhabilidad.

Aunque en muchos de sus aspectos sea posible asimilar cada una de estas hipótesis –dado que tienen la misma consecuencia en el proceso de nulidad electoral–, de todos modos sí presentan algunos matices que resultan cardinales para definir su alcance y, de contera, destrabar la litis en el *sub examine*.

Para empezar, incumbe a la Sala destacar que el artículo 40.7 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a “acceder al desempeño de funciones y cargos públicos”. Y en esa misma línea, el artículo 23.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que todos los ciudadanos deben gozar del

8 Entendida en su más amplia acepción, esto es, como norma jurídica.

9 Tal como lo ha reiterado esta Sección en múltiples pronunciamientos, entre los cuales destacan las siguientes sentencias: (i) 6 de mayo de 2013, C. P. Alberto Yepes Barreiro, exp No. 17001-23-31-000-2011-00637-01, actora: Pilar Rosario Ruiz Castaño y otro, demandado: Gobernador del Departamento de Caldas; (ii) 26 de junio de 2013, C. P. Alberto Yepes Barreiro, exp. No. 27001-23-31-000-2012-00024-02, actora: Andrea Carolina Durán Movilla y otros, demandado: Gobernador del Chocó; y (iii) 3 de agosto de 2015, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. No. 11001-03-28-000-2014-00051-00, actor: Iván Medina Ninco, demandado: Representante a la Cámara por Huila.

10 Sin perjuicio de las garantías procesales que le asisten en el respectivo trámite judicial.



derecho y la oportunidad “de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”, salvo circunstancias excepcionales que la misma norma prevé –edad, instrucción, sanción, etcétera–. Así también lo definen los artículos 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dicho esto, es oportuno precisar que en desarrollo de esta máxima, la Corte Constitucional, desde sus albores, ha defendido que la imposición de requisitos o calidades para un cargo no es incompatible con tales garantías. Así, por ejemplo, en la sentencia C-487 de 1993¹¹ refirió:

“... el buen éxito de la gestión estatal y, por ende, el bien común, dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas a las que se confía la delicada responsabilidad de alcanzar las metas señaladas por la Constitución. Ello se expresa no solamente en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, lo cual asegura la legitimidad de la investidura (elección o nombramiento), sino [en] la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir aquel en quien recaiga la designación, las cuales pueden ser señaladas directamente por la Constitución o, en sustitución de ella, por la ley...”.

Bajo la misma línea argumentativa, en dicha providencia, el Alto Tribunal también destacó que “... *todo requisito, por su misma naturaleza y finalidad, busca precisamente establecer diferencias tendientes a garantizar el adecuado desempeño de un cargo...*”.

En ese orden de ideas, no resulta extraño que la falta de las calidades y requisitos exigidos para acceder a determinado empleo público constituya una circunstancia de inelegibilidad, pues su omisión afectaría notablemente las previsiones con las que el Constituyente y/o el legislador propugnaron, por la materialización de los fines del Estado, inspirados en una adecuada designación de su recurso humano. Dichas máximas, según se haya consignado en la respectiva norma, pueden expresarse, por ejemplo, en términos de edad, de experiencia y/o de formación académica, entre otros.

Así, el elemento definitorio de esta condición es que a partir de ellas se fija “quiénes pueden” ocupar determinado cargo, a diferencia de otro tipo de circunstancias de inelegibilidad –como prohibiciones e inhabilidades– que, más bien, distinguen “qué conducta electoral se proscribe” y “quiénes no pueden” ser elegidos.

Por su parte, las prohibiciones, como motivo de inelegibilidad –recuérdese que existen prohibiciones para los servidores y los ex servidores–, son proposiciones jurídicas que impiden la realización de una determinada conducta y que encuentran su justificación en “... *el cargo de que se trate, la condición reconocida al servidor público, las atribuciones y competencias que le hayan sido asignadas y sus respectivas responsabilidades...*”¹². En términos prácticos, aquellas son igualmente

¹¹ M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-311 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis.



límites del acceso a la función pública, pero que, particularmente, llevan implícito un mandato de “no hacer”.

En su comprensión gramatical, prohibir significa “*vedar o impedir el uso o la ejecución de algo*”¹³. Luego, dentro del marco de las circunstancias de inelegibilidad, debe colegirse que lo que está vedado es, precisamente, elegir o designar –pues otro tipo de prohibiciones más bien encuadran en la tipología de “infracción de norma superior, bajo el auspicio de las causales del artículo 137 del CPACA–.

Esta conclusión, por obvia que parezca, de una vez, permite identificar el destinatario de la restricción, pues sabiendo lo que es prohibido, es dable inferir para quién lo es; y en este caso, es evidente que aquella recae sobre los sujetos encargados de ejecutar la conducta proscrita.

En ese orden, cabría decir que, en principio, las prohibiciones tienen como destinatario al nominador –que bien puede ser una autoridad pública, una corporación, la propia ciudadanía en ejercicio del voto popular o cualquiera que señale la Constitución o la ley– y obviamente, a la persona que resulte beneficiada con la designación.

De otra suerte, también hay que decir que las prohibiciones buscan impedir que se presenten determinados acontecimientos que el Constituyente o el legislador han considerado nocivos para el ordenamiento jurídico.

Son ejemplos de la Constitución: el artículo 126, que proscribe la práctica de favorecimiento electoral conocida como “yo te elijo, tú me eliges”; el 233, que consagra que los magistrados de las altas cortes “no podrán ser reelegidos”; o el 303, que prohíbe la reelección inmediata de los gobernadores departamentales.

Finalmente, entre las razones de inelegibilidad, se destacan las causales de inhabilidad, que han sido definidas por esta Sala como “... *circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan a una persona acceder a un cargo público*”¹⁴. En términos prácticos, son todas aquellas condiciones que, de forma expresa, definen “quiénes no pueden” ocupar un cargo.

Existe la posibilidad de que las inhabilidades acaezcan antes de la respectiva designación, pero también durante el ejercicio del cargo. Empero, comoquiera que el proceso de nulidad electoral, según se explicó, se contrae al juicio de legalidad –en sentido amplio– del acto que declaró la elección, no son de su incumbencia las que ocurran con posterioridad.

Así mismo, antes de adentrarse en las cuestiones propias de las inhabilidades, es menester precisar que la cualificación de estas debe ser comprendida de manera

¹³ Diccionario de la Lengua de España, edición 23.

¹⁴ M. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 50001-23-31-000-2012-00087-02, demandado: Contralor del Departamento de Vichada.



armónica con las nociones esbozadas en precedencia, especialmente en torno a la falta de requisitos y a la violación de prohibiciones como circunstancias de inelegibilidad.

Tal prevención resulta cardinal en la medida en que lo hasta ahora explicado en torno a las 3 figuras obedece a una interpretación estrictamente gramatical e inductiva de las formas en las que se manifiestan y por medio de las cuales podría distinguirse una de otra.

Y aunque tal disertación ofrece algunas claridades desde el punto de vista fenomenológico, resulta insuficiente para describir con total amplitud la complejidad que entraña la validez del acto electoral a partir del factor subjetivo, esto es, no desde los parámetros que deben observarse en torno al procedimiento electoral en sí mismo –v gr. legitimidad, votación, escrutinio, mayorías, etcétera–, sino desde la verificación de aquellas condiciones que resultan predicables de la persona nombrada, elegida o llamada a ocupar un cargo público.

En ese orden de cosas, cabe decir que una lectura, desde una óptica distinta, de la noción de calidades y requisitos como circunstancia de inelegibilidad lleva a pensar que si bien estos definen expresamente quiénes pueden ocupar una determinada dignidad, al mismo tiempo y en un plano abstracto delimitan el universo conformado por todos aquellos que no pueden hacerlo.

Por abstracto que parezca, la implicación teórica del anterior enunciado es muy sencilla: si (i) las calidades y requisitos definen quiénes “pueden” acceder a un cargo, entonces (ii) los que no reúnen las calidades y requisitos “no pueden” acceder a un cargo. Y si (iii) las inhabilidades también expresan quiénes “no pueden” acceder a un cargo, entonces, (iv) la falta de calidades y requisitos, en términos prácticos o empíricos, puede ser informada también como una condición inhabilitante para el ejercicio de un cargo, y viceversa.

Lo mismo ocurre con las prohibiciones, que, desde otro enfoque, involucran, además de la circunstancia que expresamente proscribe el Constituyente o el legislador, una consecuencia que prefigura una situación inhabilitante para el implicado.

Tal comprensión no ha sido ajena al desarrollo jurisprudencial de esta Corporación que la ha aplicado a otro tipo de figuras. Así, por ejemplo, en fallo de 7 de junio de 2016¹⁵, en armonía con lo desarrollado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-515 de 2013 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio) y SU-625 de 2015 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), explicó que una incompatibilidad de alcalde se convertía en una inhabilidad para ejercer otros cargos de elección popular después de la culminación del mismo.

¹⁵ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, demandada: GOBERNADORA DE LA GUAJIRA.



En similares términos puede relacionarse la inhabilidad con las otras dos variables, para concluir, de un lado, que (i) la ausencia de aquella sugiere una condición de elegibilidad; o del otro, que (ii) su existencia envuelve una prohibición electoral, pues de antemano, el ordenamiento ha descartado la elegibilidad de quienes se hallen incurso en causal de inhabilidad.

Toda esta correlación ideológica impacta a su vez la forma en la que se pueden analizar los supuestos de hecho que, a partir de las distintas circunstancias de inelegibilidad estructuran las causales de nulidad electoral plasmadas en el CPACA, que en su artículo 275, en lo pertinente, dice:

“Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...)

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad”.

Nótese que el citado numeral establece dos hipótesis: la primera, que “[s]e elijan candidatos que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales”; y la segunda, que “[s]e elijan candidatos o se nombren personas (...) que se hallen incurso en causales de inhabilidad”.

En ellas no encuadrarían las prohibiciones como circunstancias de inelegibilidad, aunque, claramente sí las otras dos –(i) calidades y requisitos e (ii) inhabilidades–. Ello, si se les mira desde el “enfoque plano” explicado, que no mira las consecuencias que subyacen a tales formas. Por ende, el cargo de nulidad basado en una prohibición, así visto, tendría, necesariamente, que ser analizado como una infracción de norma superior, según el cristal de las causales contenidas en el artículo 137 *eiusdem*, al cual remite el inciso primero del artículo 275 de esa codificación.

En cambio, un examen que parta de la interpretación correlacionada, enunciada en líneas previas, admitiría que el juez de lo contencioso aborde la prohibición electoral en línea con lo normado en el artículo 275.5 del CPACA, a partir de la condición inhabilitante que de ella se desprende y viceversa, sin perjuicio de lo que ocurre con la doble militancia, que responde a una causal autónoma prefijada en el artículo 275.8.

En ese orden, es claro que las circunstancias de inelegibilidad, cualesquiera que sean, pueden ser miradas tanto a la luz del artículo 137 como del 275.5 del CPACA. Todo dependerá de la forma en la que sea trabada la discusión, pero particularmente del concepto de violación que se endilque al respectivo acto de elección.



Sobre este punto, resta decir que aunque ese tipo de disquisiciones, a simple vista, puedan acusarse de no ser indispensables para destrabar una determinada controversia, la experiencia ha demostrado que en el discurrir de la jurisprudencia sí resultan convenientes para preservar el vigor y la salud del orden jurídico establecido.

2.5. EL DERECHO PERSONAL A LA CURUL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 112 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN CONCORDANCIA CON LOS ARTÍCULOS 24 Y 25 DE LA LEY 1909 DE 2018¹⁶

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 02 de 2015 (Equilibrio de Poderes), 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 corporaciones¹⁷.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 en 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 periodos 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 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 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**



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 263¹⁸.

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”¹⁹.

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,

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 especial 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.

¹⁸ 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 cociente 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 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”.

¹⁹ Sentencia C-018 de 2018.



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 combata la abstención, así como también se estimulan los liderazgos en la actividad política colombiana”²⁰.

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”*²¹. 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 ejercer un control sobre la otra con el objetivo de que el 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**

²⁰ Gaceta del Congreso de la República No. 654 de 2014.

²¹ Gaceta del Congreso de la República No. 736 de 2015.



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 éxito²² (Negrillas 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.

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”*²³.

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”*²⁴.

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”*²⁵.

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*

²² Gaceta del Congreso de la República No. 289 de 2015.

²³ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

²⁴ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

²⁵ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.



Senador Eduardo Enríquez con la curul para los segundos en votación en elección presidencial, de gobernador y alcaldes”²⁶.

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”²⁷.

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”²⁸.

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.

Sobre este particular, cabe decir que la Sala ha entendido que, además de ser una prerrogativa para la oposición, el derecho personal se constituye en una forma de dotar de eficacia el voto de quienes optaron por una opción política o programa que, pese a su representatividad, no logró salir vencedor en las urnas. En tal sentido, en fallo del 12 de noviembre de 2020²⁹, esta Sección refirió:

“40. La finalidad de la norma superior, fue establecida en la exposición de motivos que de ella hicieran los promotores de la modificación constitucional³⁰, 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**

²⁶ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

²⁷ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

²⁸ Gaceta del Congreso de la República No. 239 de 2015.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M. P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE, 12 de noviembre de 2020, Radicación: 63001-23-33-000-2019-00253-02, Demandante: Jesús Antonio Obando Roa, Demandado: ACTO QUE DECLARÓ EL DERECHO PERSONAL DEL SEÑOR ÁLVARO ARIAS VELÁSQUEZ a ocupar una curul en la Asamblea Departamental del Quindío, período 2020-2023.

³⁰ Gaceta 369 de 2014.



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 actúa³¹.” (Negritas propias).

41. 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 duma correspondiente acatando el respaldo popular obtenido en las urnas.

42. 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 regirá 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.

43. 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 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 planeación³².

44. Este apoyo ciudadano, también se puede erigir como una voz de oposición, si es del caso³³, 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.

45. Es así como, este derecho personal propende por mayores niveles de democracia bajo la égida de 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 estatales³⁴.

³¹ <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/view/gestion/gacetaPublica.xhtml>

³² Ley 152 de 1994, Por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo.

³³ 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.

³⁴ <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Portal%20Territorial/RedePlan/Plan%20Desarrollo/Orientaciones%20Asambleas%20y%20Concejos%20en%20Proceso%20Adopci%C3%B3n%20PDT.pdf>



A partir de la literalidad de dicha disposición y de la jurisprudencia esbozada previamente, 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 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 las siguientes cosas: 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 parágrafo transitorio en la norma, que impidió hacer efectiva esta figura de las curules derivadas del connotado derecho personal 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, 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)”*, más precisamente durante el octavo debate, surgió la proposición de incluir el parágrafo 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”³⁵.

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 (Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes) desarrollan la norma constitucional respecto de los congresistas y miembros de corporaciones públicas territoriales, tal como sigue:

“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**³⁶ 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 60 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**

³⁵ Gaceta del Congreso de la República No. 736 de 2015.

³⁶ Como se explicó en notas anteriores. Esta curul especial dictada bajo la égida de las garantías 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 por el derecho personal 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.



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 política³⁷.

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 Municipales³⁸.

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.”

En relación con estas previsiones normativas, en especial el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, la Sala, en pronunciamiento del 12 de noviembre de 2020³⁹, explicó:

“47. 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 Constitucional⁴⁰ 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.

³⁷ 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 congresual bajo la investidura que se confiere a la fórmula presidencial que ocupó el segundo lugar en tales comicios.

³⁸ 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 cuociente electoral aplicado entre todos los candidatos que, en su momento, recibieron los votos emitidos para la respectiva corporación popular.**

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M. P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE, 12 de noviembre de 2020, Radicación: 63001-23-33-000-2019-00253-02, Demandante: Jesús Antonio Obando Roa, Demandado: ACTO QUE DECLARÓ EL DERECHO PERSONAL DEL SEÑOR ÁLVARO ARIAS VELÁSQUEZ a ocupar una curul en la Asamblea Departamental del Quindío, período 2020-2023.

⁴⁰ 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.



48. 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”.

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, en principio –pues el ejercicio del derecho personal depende de la postura asumida por la respectiva bancada a la que se adhiere quien acepta tal curul–, realizan oposición o control político –que no son sinónimos–, según sea el caso, 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 PLEEO⁴¹ 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’.”⁴².

Pues bien, la Ley 1909 de 2018 ratifica los postulados constitucionales definidos para la curul que deriva del estudiado derecho personal concedido al individuo que lograr acaparar la segunda votación más alta al respectivo cargo uninominal, 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, independientemente del tipo de colectividad o agrupación de la que provenga el candidato favorecido con ella.

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

⁴¹ Proyecto de Ley Estatutaria.

⁴² Sentencia C-018 de 2018.



corporaciones públicas territoriales esta curul especial no incrementa el número de asientos en la correspondiente duma 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 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 asamblea o concejo 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 esta última.

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 sobre el que pueda disponer –por lo menos en cuanto a su aceptación se refiere– el 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 que trata el artículo 112 Superior en el Congreso de la República no conlleva la posibilidad de que esta sea ocupada por otro, 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 la 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 mandatos 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 con personería jurídica 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 del “derecho personal” a la curul otorgada al candidato que ocupó el segundo lugar en las justas por el cargo unipersonal de que se trate, –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, pero que bien vale mencionar por razones de pedagogía jurídica y desarrollo jurisprudencial— 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.



Para el caso de la curul consagrada en el artículo 112 de la Carta, tal renuncia al derecho, o como lo dispone la norma, la “no aceptación”, apareja una suerte de extinción de la curul 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 referida curul 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). 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 Estado⁴³–, propios del **sistema** de elección por voto popular.

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 directa de los sufragantes frente a la elección de una determinada dignidad –que votaron por un candidato a un cargo uninominal, no por un aspirante a corporación pública–, sino de hacer valer, de forma indirecta, ese respaldo a la fuerza política en cuestión identificada en términos cuantitativos (por el número de votos) de constituirse en un instrumento de la representación en otro espacio democrático y deliberativo. Básicamente, no se puede obligar al candidato vencido en la elección de presidente, vicepresidente, gobernador o alcalde a aceptar el 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.

⁴³ 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 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)*”.



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 consagrada en el artículo 112 de la Carta en concordancia con los artículos 24 y 25 del Estatuto de la Oposición, el pueblo vota por una fórmula presidencial o por un mandatario territorial, no por un aspirante a alguna 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, que con sus particularidades, valga decir, nace del sufragio.

Cuando la Corte Constitucional defiende en la sentencia C-018 de 2019 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 la respectiva corporación; en el contexto del mencionado derecho personal (voto indirecto), es propio de quien ocupó el segundo lugar en las elecciones correspondientes para primer mandatario nacional o local, el cual, de aceptarlo se somete a los deberes y obligaciones democráticas y partidistas que le son inherentes.

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”.



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 previsto en el artículo 263⁴⁴ 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 candidaturas alcanzaron la segunda votación más alta 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. Y a ellos se suman las sendas curules de aceptación potestativa creadas por el artículo 112 Superior a las que se ha hecho alusión en este capítulo.

Así mismo, 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.

⁴⁴ “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”.



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”* –cuya finalidad difiere de la del derecho personal consagrado en el artículo 112 de la Carta, dado el necesario respaldo popular que lo precede–, 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 períodos 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 que nace del derecho personal 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.

2.6. EL TRÁMITE DE ACEPTACIÓN DE LA CURUL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 112 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN CONCORDANCIA CON LOS ARTÍCULOS 24 Y 25 DE LA LEY 1909 DE 2018

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, que por su pertinencia la Sala transcribe nuevamente:

“... 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 especial, 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 2018⁴⁵, 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 60 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 70 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.

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”.

⁴⁵ Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes.



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 derivada del aludido derecho personal se aplique **“la regla general prevista en el artículo 263⁴⁶ de la Constitución para la**

⁴⁶ **“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



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.

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 del 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 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**

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".



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**⁴⁷ (Negrillas propias).

Así mismo, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en providencia del 12 de noviembre de 2020⁴⁸ puntualizó:

“49. 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 de la corporación correspondiente, 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.

50. 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”.

En el último nivel regulatorio se destaca la Resolución 2276⁴⁹ expedida el 11 de junio de 2019 por el Consejo Nacional Electoral. En su artículo segundo se prefiere 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

⁴⁷ C-018 de 2018, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M. P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE, 12 de noviembre de 2020, Radicación: 63001-23-33-000-2019-00253-02, Demandante: Jesús Antonio Obando Roa, Demandado: ACTO QUE DECLARÓ EL DERECHO PERSONAL DEL SEÑOR ÁLVARO ARIAS VELÁSQUEZ a ocupar una curul en la Asamblea Departamental del Quindío, período 2020-2023.

⁴⁹ Por medio de la cual se establecen medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.



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”, 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 curul que pende del anotado derecho personal: (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.

2.7. INVIABILIDAD DE LA EXTEMPORANEIDAD POR LA ACEPTACIÓN ANTICIPADA DEL DERECHO PERSONAL EN CUESTIÓN

El artículo 29 de la Constitución Política consagra del debido proceso como un derecho fundamental, cuya aplicación incumbe a *“toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

En cuanto concierne a este último escenario, *“su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin*



desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política”⁵⁰.

Con ese norte, es válido acotar que la primacía de lo sustancial sobre lo formal, es un referente axiológico ineludible en el marco de las actuaciones que se despliegan en el campo administrativo.

Parte del debido proceso se concreta en el acatamiento estricto de los plazos estipulados por el ordenamiento jurídico para la adopción de una determinada decisión o para el ejercicio de las prerrogativas que confiere.

Sin embargo, esto último no puede convertirse en una patente de corso para eludir los compromisos que tiene el Estado para el cumplimiento de sus fines esenciales, entre los que refulge “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución*”; catálogo en el que, a su vez, destaca el derecho personal contemplada en el artículo 112 Superior, al que ya se ha hecho referencia.

Una conducta que privilegie de forma irrazonable el culto a las formas, podría desembocar en lo que la jurisprudencia ha calificado como “exceso ritual manifiesto”, que es, en sí mismo, una modalidad de violación al debido proceso. La guardiana de la Carta Política ha caracterizado este yerro así:

“El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto puede entenderse, en términos generales, como el apego estricto a las reglas procesales que obstaculizan la materialización de los derechos sustanciales, la búsqueda de la verdad y la adopción de decisiones judiciales justas. En otras palabras, por la ciega obediencia al derecho procesal, el funcionario judicial abandona su rol como garante de la normatividad sustancial, para adoptar decisiones desproporcionadas y manifiestamente incompatibles con el ordenamiento jurídico. Bajo este supuesto, la validez de la decisión adoptada judicialmente no solo se determina por el cumplimiento estricto de las reglas procesales, sino que además depende de la protección de los derechos sustanciales. Por ello, ha sostenido la Corte, el sistema procesal moderno no puede utilizarse como una razón válida para negar la satisfacción de tales prerrogativas, en la medida que la existencia de las reglas procesales se justifica a partir del contenido material que propenden”⁵¹

Aunque la Corte en el pronunciamiento transcrito explicó el defecto en el ámbito de un proceso judicial, tales reflexiones resultan aplicables, *mutatis mutandi*, a las actuaciones administrativas, en las que también impera la guarda del debido proceso.

Con ese preludeo, la Sala estima conveniente recabar en que no sería posible considerar que el ejercicio anticipado de una determinada postulación, como sería la **aceptación de una curul como consecuencia del derecho personal explicado líneas atrás** configure un hecho reprochable, que merezca ser abordado

⁵⁰ Corte Constitucional, C-034 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁵¹ Corte Constitucional, SU-061 de 2018, Luis Guillermo Guerrero Pérez.



bajo la cuerda de la extemporaneidad, cuando ello no conlleva dilaciones y tampoco vulnera o compromete el derecho de defensa de terceros.

Así históricamente lo ha defendido la Sección Quinta del Consejo de Estado –bajo reflexiones innominadas, pero en todo caso sustanciales–, como por ejemplo lo muestra la sentencia de nulidad electoral dictada el 5 de octubre de 2001⁵², en la que uno de los sujetos procesales reprochó que se considerara la contestación de una demanda radicada antes del término de fijación en lista. En tal sentido, la Sala disertó:

“La consagración de los términos procesales por el legislador y la perentoria exigencia de su cumplimiento, tienen íntima relación con el núcleo esencial de los derechos al acceso a la justicia, al debido proceso y al de defensa, pues su indeterminación o incumplimiento pueden configurar denegación de justicia, o una dilación indebida e injustificada del proceso, o una violación del derecho de defensa.

El término señalado en el artículo 223-4 del C.C.A. busca además garantizar la celeridad del proceso electoral y a su vez la eficacia de la prueba, su publicidad y contradicción.

Teniendo en cuenta lo anterior la Sala acogió el escrito de contestación de la demanda y decretó las pruebas allí solicitadas, porque la circunstancia de que se hubiera presentado antes del término de fijación en lista, **constituye una anticipación inocua, no implica infracción de disposición legal alguna, porque se mantiene incólume el proceso como también ilesos los principios o derechos de las partes.** La exagerada consideración del actor, que la contestación de la demanda y las pruebas consecuentes, son nulas, en cambio constituiría desconocer la naturaleza del derecho de defensa” (Énfasis propio)

Confrontando estas notas con el trámite de aceptación de la curul de que tratan los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018, para esta Sala resulta inobjetable que la manifestación anticipada –antes de la declaratoria de elección del cargo uninominal– de la voluntad del interesado debe producir efectos jurídicos, en tanto no puede ser castigada con el rigor de la “extemporaneidad”, dado que ello no pervierte la diligencia con la que debe adelantarse la actuación por parte de la respectiva comisión escrutadora, y tampoco repercute en el derecho de defensa de algún aspirante a corporación pública territorial, comoquiera que ni la presentación anticipada ni la que pudiera darse dentro de las 24 horas siguientes a la declaratoria de elección de cargos uninominales que ordena la Resolución 2276 de 2019 emanada del CNE está sujeta a contradicción directa –o por lo menos no se evidencia norma que así lo instruya–, comoquiera que lo objetable, en el mejor de los casos, sería la condigna decisión de la organización electoral, mas no la manifestación del candidato en sí misma respecto del derecho personal que le asiste en la duma departamental, distrital o municipal, según se trate.

Aceptar lo contrario implicaría forzar dentro de la actuación eleccionaria la configuración de un exceso ritual manifiesto, ajeno a la garantía del debido proceso

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Roberto Medina López, cinco (5) de octubre de dos mil uno (2001), Radicación número: 11001-03-28-000-2001-0003-01(2463), Demandado: GOBERNADOR DE ARAUCA.



que impera tanto en sede judicial como en sede administrativa; máxime cuando, como lo expresó esta Sección en fallo del 12 de noviembre de 2020⁵³, “cuando una disposición electoral admita varias interpretaciones se preferirá aquella que de validez al voto que represente la expresión libre de la voluntad del elector⁵⁴”, lo cual se debe acompañar con el hecho de que “se debe acudir al principio del efecto útil de las normas, principio bajo el cual un juez debe, entre varias interpretaciones de una disposición normativa, preferir aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, **o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias**⁵⁵. En esa perspectiva, el principio del efecto útil de las normas tiene como finalidad no sólo garantizar la interpretación conforme a la Constitución⁵⁶, sino, de igual forma, evitar confusión e incertidumbre frente los alcances de la misma”⁵⁷.

Esto tiene importantes implicaciones en la manera en que se miran los extremos temporales del término dentro del cual debe manifestarse la aceptación del derecho personal en corporaciones públicas, que devine de alcanzar la segunda votación más alta para un candidato al correspondiente cargo unipersonal. Así, en el caso de las elecciones territoriales, en desarrollo de las premisas constitucionales y legales que soportan tal prerrogativa, aunada a la teleología de la misma, bajo una concepción de instrumentalidad de las formas, que enarbola el respeto por la voluntad popular, en la sentencia de 12 de noviembre de 2020⁵⁸, la Sala precisó:

“... existen dos extremos frente a los cuales se puede ejercer el derecho personal, el primero o inicial, cuando se declara la elección del cargo –gobernador- y el segundo, antes que se declare la elección de la corporación pública a la que accedería quien obtenga la segunda mayor votación –asamblea departamental-.

67. El factor temporal inicial es tomado con posterioridad a la declaratoria de la elección del gobernador o alcalde, toda vez que a través del correspondiente E-26 se cristaliza la voluntad popular y, la autoridad electoral correspondiente, al culminar el escrutinio materializa el querer ciudadano. Es por esto, que se requiere la existencia del acto que declara la elección para materializar el derecho personal oficializado en el correspondiente formulario, que resulta inimpugnable en el marco del proceso administrativo electoral y por ello otorga certeza a la comisión escrutadora acerca de

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M. P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE, 12 de noviembre de 2020, Radicación: 63001-23-33-000-2019-00253-02, Demandante: Jesús Antonio Obando Roa, Demandado: ACTO QUE DECLARÓ EL DERECHO PERSONAL DEL SEÑOR ÁLVARO ARIAS VELÁSQUEZ a ocupar una curul en la Asamblea Departamental del Quindío, período 2020-2023.

⁵⁴ Artículo 1 numeral 3 del Código Electoral.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-569 del 8 de junio de 2004, M.P: Rodrigo Uprimny Yepes.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C, M.P: Enrique Gil Botero, auto de 14 de mayo de 2014, Radicado No. 05001-23-31-000-2011-00462-01(44544).

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M. P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE, 12 de noviembre de 2020, Radicación: 63001-23-33-000-2019-00253-02, Demandante: Jesús Antonio Obando Roa, Demandado: ACTO QUE DECLARÓ EL DERECHO PERSONAL DEL SEÑOR ÁLVARO ARIAS VELÁSQUEZ a ocupar una curul en la Asamblea Departamental del Quindío, período 2020-2023.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M. P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE, 12 de noviembre de 2020, Radicación: 63001-23-33-000-2019-00253-02, Demandante: Jesús Antonio Obando Roa, Demandado: ACTO QUE DECLARÓ EL DERECHO PERSONAL DEL SEÑOR ÁLVARO ARIAS VELÁSQUEZ a ocupar una curul en la Asamblea Departamental del Quindío, período 2020-2023.



quien requiere la curul al tenor del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, es el ciudadano que realmente tiene el derecho.

68. El límite temporal final, es el correspondiente a la manifestación que se haga previo a la declaratoria de la elección del órgano colegiado. Lo anterior, debido a que si se hace uso del derecho *intuitu personae* se aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la distribución de las curules restantes en cada corporación, o sea, en los casos de las dumas departamentales y municipales, se les restará un escaño para ser cedido a quien ejerza este derecho; de lo contrario, la regla constitucional de repartición de curules se hará sobre todos los escaños previamente establecidos por población.

69. Bajo este entendido, **quien hace uso de su derecho personal a ocupar una curul en una corporación de elección popular, debe hacerlo cuando se reconozca de forma oficial dicha situación, lo cual no es óbice, para que en los casos en que el pronunciamiento se haga de forma anticipada, se entienda que carece de valor o efecto, toda vez que le incumbe a la autoridad electoral competente verificar con el documento electoral definitivo si quien aduce tener la prerrogativa de ocupar una curul, sea el destinatario del apoyo ciudadano y en razón de ello, proceder a reconocerlo en el acto que declara la elección de la correspondiente duma.**

70. Así las cosas, **si un candidato decide hacer su manifestación previo a la expedición del E-26 de gobernador o alcalde, según sea el caso, también es cierto que la comisión escrutadora encargada de la declaratoria de la elección de la asamblea o concejo, debe verificar si quien exterioriza dicha intención sea el que corresponde conforme lo establezca el formulario electoral definitivo, que es el que soporta la voluntad popular.**

71. No ocurre lo mismo, cuando se extiende la declaración personal de forma posterior a la declaratoria de la elección de la célula departamental o municipal, toda vez que allí, la comisión escrutadora no solo aplicó la regla constitucional de repartición de curules sobre todos los escaños, sino que se concretó en cabeza de otro candidato el derecho a acceder a la mencionada corporación, a través de un acto, que como ya se señaló, tiene la condición de ser inmodificable por las autoridades electorales, luego de expedido y oficializado en la respectiva audiencia pública; por lo que deviene en extemporánea la pretensión de acceder al órgano territorial y con ello, la imposibilidad de revocar el acto que determinó su distribución.

72. En otras palabras, **el fin de establecer un límite temporal inicial, es el de tener la certeza, bajo un acto electoral inmodificable por cualquier autoridad administrativa, que quien va a ocupar un escaño sea el que realmente fue escogido por los ciudadanos, por lo que, si hay una manifestación anticipada, esta debe ser corroborada con el correspondiente acto declaratorio.** Distinto es lo que atañe al límite final, que es el que determina de forma definitiva la composición de la asamblea o concejo, por lo que el desconocimiento del lapso, deviene en la imposibilidad de revocar el acto que asignó el último escaño en la duma para acceder a un derecho que se extinguió por no ser requerido en tiempo. Esta interpretación, es la que en este caso concreto, le da un efecto útil al precepto estatutario y se aviene de mejor manera a la preservación de los derechos fundamentales de elegir y ser elegido”

Esto significa que la aceptación anticipada del derecho personal en cuestión, no defrauda la finalidad de la existencia de un extremo temporal inicial para el cumplimiento de dicha formalidad, en la medida en que la producción de efectos jurídicos de la misma se encuentra supeditada, naturalmente, a la verificación de la voluntad popular de parte de la comisión escrutadora, encargada de certificar que



quién pretende hacer uso de la prerrogativa sea quien, en efecto, alcanzó la segunda votación más alta como candidato a la correspondiente gobernación o alcaldía.

Por si lo anterior no fuera suficiente, estima la Sala que la exteriorización de la voluntad del candidato respecto del derecho en disputa no se consuma o agota con la presentación del consabido escrito de aceptación, sino que permanece en el tiempo desde la realización de dicha manifestación. De esta manera, aunque la presentación sea anterior, por su vocación de inmutabilidad –mientras no sobrevenga un hecho externo que la sustituya–, se imbrica con el período delimitado por la autoridad electoral (24 horas siguientes a la declaratoria de elección de correspondiente gobernador o alcalde), por lo que, bajo esa óptica también habría que considerarla oportuna.

Así las cosas, esta Sala es del criterio de que la presentación anticipada del escrito por medio del cual se acepta la curul concedida en la corporación pública respectiva para el candidato que obtenga la segunda mayor votación en la carrera por la gobernación departamental, alcaldía distrital o alcaldía municipal, no constituye un vicio que tenga la entidad para viciar la legalidad del acto de designación que emerge del ejercicio del derecho personal subyacente, del cual se habló en capítulos anteriores del presente proveído.

2.8. CASO CONCRETO

El censor concentra la inconformidad vertida en su alzada en el hecho de que, a su juicio, no se cumplió el “**requisito legal de elegibilidad**”⁵⁹ (art. 275.5 CPACA) por parte del demandado, al haber manifestado la aceptación a la curul en la asamblea departamental de Arauca antes de la declaratoria oficial de elección del gobernador de ese ente territorial, y no dentro de las 24 horas siguientes.

Sobre el particular, un primer aspecto a desentrañar tiene que ver con el hecho de si es posible examinar tal censura bajo la causal específica de nulidad electoral invocada por el libelista, frente a lo cual la respuesta resulta negativa, habida cuenta que, como se explicó en el acápite “2.3.” de esta sentencia, las calidades y requisitos atañen a condiciones personales y subjetivas que debe reunir el servidor llamado a desempeñar un determinado cargo con el fin de “*garantizar el adecuado*

⁵⁹ Previo a abordar los planteamientos de la apelación, conviene acotar que, en los alegatos de conclusión de segunda instancia, el demandante calificó este mismo hecho como una **inhabilidad**. Sin embargo, por tratarse de un hecho nuevo, que desborda el marco de la apelación, bajo la regla de congruencia que impone el artículo 281 del CGP, como garantía del derecho de defensa y contradicción de los demás sujetos procesales, la Sala no se pronunciará sobre tal reproche. Las mismas consideraciones resultan predicables de la presunta “*violación del numeral 12 del artículo 265 de la Constitución*” y la existencia del trámite de tutela 81001-23-39-000-2019-00120-01 formuladas por el actor en las alegaciones de segunda instancia. En similar sentido, se descarta el examen de las solicitudes probatorias presentadas en esa misma fase procesal, por estar por fuera de las oportunidades estipuladas en el artículo 212 del CPACA.



*desempeño*⁶⁰ del mismo, como serían, por ejemplo, la edad, experiencia o formación académica, entre otros.

Así, aunque la manifestación por escrito de la aceptación del derecho personal consagrado en los artículos 112 Superior y 25 de la Ley 1909 de 2018 traduce una condición para su ejercicio, no puede ser enmarcada bajo los contornos de las “calidades y requisitos”, ya que, objetivamente, responde a una formalidad con la que se acredita la expresión de la voluntad de su titular frente al cargo, como insumo del procedimiento de designación, y no una cualidad requerida para desempeñarlo.

Se recuerda que las calidades y requisitos responden al interrogante que descansa en “quiénes pueden” ostentar determinada dignidad; y es evidente que la consabida aceptación lo que en definitiva absuelve es “si se quiere” acceder al empleo en cuestión; de ahí que, como se dijo, no pueda ser tratado en estricto sentido bajo el supuesto del artículo 275.5 del CPACA.

Con todo, de manera similar a como lo entendió el Tribunal de primera instancia, y bajo la comprensión amplia desarrollada en el capítulo “2.3.” del presente fallo, la Sala interpreta que el reproche del actor, aun cuando no lo invoca expresamente, encuadra en la causal general del artículo 137 del CPACA, pero por el vicio de expedición irregular –y no de infracción de norma superior, pues en esto se aparta este colegiado de la intelección del *a quo*–; enfoque que se aplica en atención del deber judicial de promover la tutela judicial efectiva, que reverbera de manera especial en el contexto de una acción pública como la nulidad electoral.

En esos términos, sí resulta posible mirar si la presunta desatención del plazo fijado en el párrafo primero del artículo 2 de la Resolución 2276⁶¹ expedida el 11 de junio de 2019 por el Consejo Nacional Electoral, conlleva una eventual nulidad del acto electoral enjuiciado.

Dicho esto, estima la Sala que ni aun bajo esos cauces se configura un yerro que vicie la legalidad de la designación del ciudadano HERNANDO POSSO PARALES como Diputado del Departamento de Arauca para el periodo constitucional 2020-2023, consolidada en virtud del derecho personal que obtuvo por sus resultados en las mismas elecciones para gobernador del ente territorial.

En efecto, tal y como lo vislumbró el *a quo*, está acreditado que el accionado fue candidato a la gobernación de Arauca en las elecciones celebradas el 27 de octubre de 2019 y que el 8 de noviembre de 2019 se declaró la elección del gobernador de Arauca, mediante el formulario E-26 de esa misma fecha, en el que se hizo constar que su candidatura obtuvo el segundo lugar en votación para ese cargo unipersonal⁶². Así mismo, que radicó su escrito de aceptación de la curul en la

⁶⁰ Corte Constitucional, C-487 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶¹ Por medio de la cual se establecen medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

⁶² Cfr. archivo rotulado en SAMAI: *d8100123330002020000040110expedientedigital202092593251*.



asamblea departamental en cuestión el 29 de octubre de 2019⁶³, es decir, 2 días después de las elecciones y 10 días antes de la declaratoria oficial de elección del aludido cargo uninominal.

Acorde con la postura desarrollada en lo corrido de esta sentencia, la Sala colige que lo anterior no puede ser encuadrado dentro de los linderos de la “extemporaneidad”, al punto de entender por no cumplida o no manifestada la aceptación del cargo en la duma departamental, ya que, según se explicó, ese hecho no conduce a una dilación en el trámite eleccionario o a una violación del derecho de defensa de terceros, pues, de hacerlo, prohiaría un exceso ritual manifiesto en desmedro del debido proceso administrativo del accionado.

Tal y como lo ha expresado esta Sala en casos similares⁶⁴, es claro que *“el derecho personal recayó en quien obtuvo el respaldo popular que exige el artículo 112 Superior y el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, el cual fue reconocido por la autoridad electoral competente de forma posterior a la declaratoria de la elección del primer cargo del departamento, con lo que se cumplió el cometido constitucional de dotar de eficacia el respaldo ciudadano en cabeza del segundo candidato más votado para la gobernación”*.

Ante ese estado de cosas, refulge notorio que el demandado no incurrió en la causal de inelegibilidad, en los términos del artículo 275.5 del CPACA planteados por la parte actora, por haber manifestado la aceptación de la curul establecida en los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018 en la asamblea departamental de Arauca 10 días antes de que se declarara la elección del respectivo gobernador, y no dentro de las 24 horas siguientes, como lo instruye la Resolución 2276 de 2019⁶⁵ de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Esto por cuanto, en retrospectiva, de un lado, lo aducido por el libelista no encuadra dentro del supuesto normativo de nulidad invocado (art. 275.5 del CPACA) y, del otro, ni aún bajo los cauces argumentales de la expedición irregular (art. 137 del CPACA) –reparo al que se llega por vía de interpretación judicial– surge la existencia de un vicio de ilegalidad que conduzca a estimar las pretensiones de la demanda, dado que la aceptación anticipada de la curul no conlleva la defraudación adjetiva de los parámetros jurídicos que la rigen, según se explicó en el presente acápite y en los que le preceden.

De conformidad con tales argumentos, es claro que el recurso de apelación interpuesto no está llamado a prosperar, razón por la cual se confirmará la sentencia

⁶³ Folio 12.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, M. P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE, 12 de noviembre de 2020, Radicación: 63001-23-33-000-2019-00253-02, Demandante: Jesús Antonio Obando Roa, Demandado: ACTO QUE DECLARÓ EL DERECHO PERSONAL DEL SEÑOR ÁLVARO ARIAS VELÁSQUEZ a ocupar una curul en la Asamblea Departamental del Quindío, período 2020-2023.

⁶⁵ Por medio de la cual se establecen medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.



proferida el 4 de septiembre de 2020 por el Tribunal Administrativo de Arauca, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020 por el Tribunal Administrativo de Arauca, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral, incoada contra el señor **HERNANDO POSSO PARALES** como diputado de la Asamblea Departamental de Arauca para el periodo 2020-2023.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado
Aclaración de voto

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