

C-497-19

Sentencia C-497/19

Referencia: Expediente D-11996

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 183 del Decreto Ley 2241 de 1986, “Por el cual se adopta el Código Electoral”.

Actor: José Manuel Martínez González

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente SENTENCIA:

I. ANTECEDENTES

El ciudadano José Manuel Martínez González, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 40-6 de la Constitución, demandó el artículo 183 del Decreto Ley 2241 de 1986, “Por el cual se adopta el Código Electoral”.

Mediante Auto de diecisiete (17) de marzo de dos mil diecisiete (2017), el magistrado sustanciador admitió la demanda; ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Consejo Nacional Electoral y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República; dispuso su fijación en lista; ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación para lo de su competencia; y dispuso, igualmente, con fundamento en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, invitar a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Academia Colombiana de Abogacía, a la Comisión Colombiana de Juristas, al Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, a DEJUSTICIA, al profesor Antanas Mockus, a la Red de Veedurías Ciudadanas de Colombia, a los directores del Departamento de

Estadística de la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional y del Departamento de Matemáticas de la Facultad de Ciencias de la Universidad de los Andes, así como a los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades de Antioquia, del Rosario, de los Andes, del Norte, Externado de Colombia, Libre, Militar, Nacional de Colombia, Pontificia Javeriana, Industrial de Santander, Sergio Arboleda y Autónoma de Bucaramanga, para que, en caso de que lo estimaran conveniente, presentaran su concepto sobre la disposición demandada.

Por Auto 305 del 21 de junio de 2017[1], la Sala Plena decidió suspender los términos de los procesos ordinarios de constitucionalidad que se encontraban en trámite ante la Corte, entre ellos el presente proceso. Concluido el control automático, único y posterior de constitucionalidad de las normas de implementación del Acuerdo Final[2], motivo de la suspensión, procede la Sala a levantarla y, dado que encuentra cumplidos los trámites constitucionales y legales, entra a decidir acerca de la demanda presentada.

La disposición acusada, según su publicación en el Diario Oficial No. 37.571 del 1º de agosto de 1986, es del siguiente tenor:

DECRETO 2241 de 1986

“Por el cual se adopta el Código Electoral”

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 96 de 1985, previo dictamen del Consejo de Estado,

DECRETA:

TITULO VII

ESCRUTINIOS

CAPITULO V

Escrutinios Generales

(...)

ARTICULO 183. Si el número de votos a favor de dos (2) o más candidatos o listas fuere igual, la elección se decidirá a la suerte, para lo cual, colocadas en una urna las papeletas con los nombres de los candidatos o de quienes encabezan las listas que hubiesen obtenido igual número de votos, un ciudadano designado por la corporación escrutadora extraerá de la urna una de las papeletas. El nombre que ésta contuviere será el del candidato o lista a cuyo favor se declara la elección”.

III. LA DEMANDA

El actor considera que dicha disposición vulnera el Preámbulo y los artículos 1º, 2º, 4º, 13, 29, 40, 258, 260, 303 y 314 de la Constitución, porque la prevalencia del Estado Social de Derecho no se aviene a un precepto que contradice flagrantemente la democracia, toda vez que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la suerte es un “encadenamiento de los sucesos, considerado como fortuito o casual” y responde a una casualidad a la que “se fía la resolución de algo”.

Señala que la disposición cuestionada “contraviene el espíritu pluralista y participativo de las democracias modernas” y atropella la dignidad humana de los votantes y de los candidatos que, al término de unas elecciones populares, queden empatados, ya que sustituye el proceso de toma de decisiones correspondiente al electorado y el consiguiente derecho a participar en las votaciones, por la suerte que, finalmente, decidirá cuál de los candidatos resulta triunfador.

A su juicio la apelación a la suerte “desdibuja totalmente los principios democrático, pluralista, participativo e integracionista” y esto mediante “una norma preconstitucional que genera efectos jurídicos en un Estado con una nueva Constitución y un nuevo ordenamiento jurídico distinto al establecido en la Constitución de 1886”, lo cual da lugar a “una notable situación de anacronismo” contraria al Estado Social de Derecho previsto en la Carta actual, por cuanto “desconoce abierta y arbitrariamente la voluntad del pueblo y, en el caso concreto, del electorado que desea ver el resultado de la decisión de las mayorías, y no el resultado de una apuesta o un golpe de azar”.

Indica que la solución librada a la suerte desconoce el artículo 2º superior, así como diversos Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en cuanto encarga al Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

Puntualiza que el artículo 4º de la Constitución establece el rango superior de la Constitución en el ordenamiento jurídico, lo que debe hacerse valer, especialmente tratándose de una norma expedida bajo el amparo de la Constitución anterior que, como la demandada, ignora el derecho a elegir y ser elegido y “vulnera la igualdad de trato y de derechos entre los candidatos y los sufragantes”, ya que prefiere la suerte en lugar de procurar “una segunda vuelta”.

Añade que el artículo acusado “difumina el debido proceso” el cual solo sería acatado si, ante el empate, se optara por una segunda vuelta “para que sea el pueblo mediante el derecho al sufragio” quien “tome la decisión”, en concordancia con el derecho ciudadano a elegir y ser elegido y a tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática, derecho igualmente vulnerado, porque se impide a los ciudadanos “elegir a sus gobernantes aun cuando estos circunstancialmente hayan quedado con igual número de votos”, situación que, reitera, se superaría mediante una nueva elección que le permita al electorado volver a evaluar las propuestas y decidir sin recurrir al azar.

Según el demandante, el artículo demandado desconoce el voto como derecho y como deber, pues el ciudadano no puede expresarse en una oportunidad adicional como acontece, por ejemplo, cuando debe repetirse por una sola vez la elección cuando del total de votos válidos los votos en blanco constituyan la mayoría.

La acusación hace énfasis en que, de acuerdo con el artículo 260 de la Carta, los ciudadanos eligen directamente a los senadores y representantes, así como al presidente, al vicepresidente, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales, miembros de las juntas administradoras locales y, en su oportunidad, a los miembros de la Asamblea Constituyente y a las demás autoridades o funcionarios que la Carta señale, no obstante la disposición censurada deja a la suerte la elección de tales funcionarios.

Finalmente, hace referencia a los artículos 303 y 314 de la Constitución, los cuales establecen que en cada departamento habrá un gobernador y en cada municipio un alcalde elegidos por el pueblo para periodos de cuatro años, los cuales resultan vulnerados por la disposición acusada, la cual regula una situación en sentido contrario a la Constitución vigente desde 1991.

IV. LAS INTERVENCIONES

1. Solicitud de inhibición

El Ministerio del Interior solicitó a la Corte “declararse inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda” o, de manera subsidiaria, declarar exequible la disposición censurada.

2. Solicitudes de exequibilidad

(i) Que al empate se llega después de agotado un proceso democrático en el que los votantes ejercieron el derecho a elegir y los candidatos a ser elegidos, en igualdad de oportunidades, por lo que no se desconoce la elección directa.

(ii) Que la democracia no resulta afectada dado que el respaldo democrático obtenido por los candidatos o listas empatados es equivalente, el sorteo preserva su esencia y garantiza, a su vez, tanto la igualdad de ciudadanos y de aspirantes, como la adopción pacífica de las decisiones. Consideran, en este sentido, que la regulación atacada no distorsiona la participación ni su ejercicio democrático, dado que los ciudadanos concurren a votar en condiciones de igualdad.

(iii) Que a los candidatos o listas que empatan les asiste suficiente legitimación política, de tal modo que sobre cualquiera de los empatados puede recaer la decisión definitiva como consecuencia de un sorteo imparcial al que, adicionalmente, llegan con idéntica expectativa, debiéndose tener en cuenta, además, que la participación no es absoluta, por lo cual su ejercicio debe cumplirse según los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

(iv) Argumentan igualmente que la Constitución solo prevé que se repita una elección cuando los votos en blanco constituyan la mayoría del total de votos válidos y que la segunda vuelta está habilitada únicamente para la elección de presidente y vicepresidente

de la República, de manera que lo que solicita el accionante no se encuentra determinado por el ordenamiento jurídico.

(v) El legislador tiene un apreciable margen de configuración de la materia, en particular respecto de la etapa electoral en la cual cabe el azar, cuya regulación no rebasa los límites superiores, habida cuenta de que la democracia participativa establecida en la Carta se materializa de diversas maneras y en diferentes escenarios.

3. Solicitud de inexecutable

Por su parte, la Universidad Industrial de Santander pidió la declaración de inexecutable por considerar que la disposición es “retrógrada” e incompatible con la Constitución de 1991, pues dejar que la suerte defina una elección “se contrapone a los principios de democracia y participación plasmados en la Carta Política” e “impone un límite a la participación ciudadana”, porque “no se valora la decisión” de quienes votan y, finalmente, la elección directa no se materializa, sino que el resultado “se deja al azar y por cualquier persona”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte “declarar EXEQUIBLE el artículo 183 del Decreto 2241 de 1986, únicamente por los cargos examinados”.

Comienza por advertir que la promulgación de la disposición demandada antes de la Constitución de 1991 “no es un factor que en sí mismo haga presumir su inconstitucionalidad, sino que, para pregonar su disconformidad con los preceptos superiores vigentes, es necesario confrontarla materialmente con el contenido de la Carta Política”, como reiteradamente lo ha señalado la Corte Constitucional.

Hace referencia al modelo de democracia participativa incorporado en la Constitución de 1991 y en su carácter de “rasgo constitutivo del Estado” que implica el origen popular del sistema político, en la consagración de diversos mecanismos de participación y en su índole universal y expansiva. La participación, sin embargo, no puede entenderse de manera absoluta, porque para su desarrollo el legislador cuenta con la potestad de configuración, “cuyos límites han de estar enmarcados por los derechos fundamentales”.

Indica que, en concordancia con las exigencias del debido proceso administrativo electoral, el ejercicio del sufragio se encuentra sometido a reglas “que buscan preservar el orden en los procesos electorales y conservar el control de los comicios por parte del Estado, reglas de cuyo respeto depende que la democracia permita la tramitación pacífica de los conflictos y la resolución de las diferencias”.

Advierte, por otra parte, que la Constitución no exige una segunda vuelta para todo tipo de elecciones populares, “pues únicamente se refiere a ello en el artículo 190, relativo a la elección del presidente y del vicepresidente de la República”, correspondiéndole al legislador respecto de otras elecciones “establecer las reglas y criterios para garantizar los derechos políticos de los ciudadanos en el marco de un sistema político definido como democracia participativa”.

El desempate confiado al azar “no rebasa los límites de configuración legislativa en esta materia, porque la democracia y la participación como principios fundamentales del Estado y manifestación de la soberanía popular, no se ponen en tela de juicio por lo dispuesto en el artículo 183 del Decreto 2241 de 1986”, dado que los ciudadanos pueden manifestar su voluntad libremente sin desmedro del carácter universal y expansivo del sufragio y sin que se impida “que el voto sea igual, directo, secreto, libre y programático o se olvide la importancia de que los candidatos, los partidos y los movimientos políticos, tengan la posibilidad de ser elegidos”.

Agrega que recurrir al azar ante el empate excepcional “no contradice el valor de la democracia, dado que con ello no se desconoce la voluntad del electorado -en cuanto precisamente los aspirantes a ser elegidos fueron apoyados numéricamente de igual manera por los votantes-, ni se vacía de contenido la naturaleza del voto programático, pues el empate lo que demuestra es que cualquiera de los dos candidatos -con sus respectivos programas de gobierno- gozaría de la legitimidad democrática”. El azar, entonces, no es una injerencia indebida en el ejercicio de los derechos políticos ni acto de autoridad que prive a la ciudadanía de sus derechos, sino que es un “procedimiento objetivo e imparcial, que no transgrede el núcleo esencial del derecho al sufragio, por ser una medida que no impide la actividad subjetiva de ejercicio del derecho, conservando intacta la obligación de las autoridades y de los particulares de no impedirlo, y es a su vez una forma de otorgar efectividad y validez al ejercicio de votar, entendido en su dimensión de derecho,

así como en su manifestación de contribuir a la formación de la voluntad política”.

Puntualiza que, según la legislación electoral, las comisiones escrutadoras deben asegurar la representación proporcional de los partidos y grupos políticos, cuya composición y funciones aseguran la autonomía e independencia de dichas corporaciones.

Finaliza señalando que el acto administrativo mediante el cual se declara la elección de un candidato o lista es susceptible de cuestionamiento judicial mediante las vías procesales contempladas al efecto, de donde surge que “dejar a la suerte la decisión sobre cuál candidato o lista es elegido cuando exista un empate, no afecta la democracia como régimen político, la soberanía del pueblo, ni el debido proceso electoral”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

La Corte Constitucional, de conformidad con el numeral 5 del artículo 241 de la Constitución, es competente para conocer de la demanda de la referencia, pues se dirige contra una disposición que hace parte de un decreto con fuerza de ley[3] dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República mediante la Ley 96 de 1985.

Sobre el particular conviene precisar que la Corte, invariablemente, ha asumido competencia para decidir sobre demandas de inconstitucionalidad contra decretos con fuerza de ley pese a no haber sido dictados con fundamento en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución, sino en el artículo 76, numeral 12, de la Constitución de 1886 derogada en 1991. Como lo advirtió en la Sentencia C-049 de 2012, la Corte ha basado su competencia, en unos casos, en el numeral 5 del artículo 150 de la Constitución -en cuanto “decretos con fuerza de ley”-, y en otros en el numeral 4 de la misma disposición -interpretando la expresión “leyes” en sentido material-”[4].

2. Cuestiones Previas

2.1. Control de normas anteriores a la Constitución de 1991. Reserva de ley estatutaria

Dado que la demanda se dirige contra una disposición expedida antes de la Constitución de

1991 y que el actor funda algunos de sus reproches en este hecho, es preciso comenzar por recordar que el control de su constitucionalidad, por su contenido material, se adelanta a la luz de las normas constitucionales vigentes, como lo ha sostenido reiterada, sistemática y pacíficamente la jurisprudencia de esta Corporación[5].

Ha dicho igualmente la Corte que la legislación preexistente conserva su vigencia en la medida en que la nueva Constitución no contenga normas que resulten incompatibles con aquella. Sobre el particular precisó en la Sentencia C-014 de 1993[6]:

Con respecto a la legislación preexistente las exigencias del principio de seguridad jurídica y certidumbre se satisfacen de una manera diversa. La regla dominante en este nuevo universo normativo reconoce que el tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada. Por tanto, la legislación preexistente conserva toda su vigencia en la medida en que la nueva Constitución no establezca reglas diferentes. La diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Por tanto, no basta una simple diferencia. Todo lo anterior supone un análisis de profundidad realizado por el juez competente quien será, en últimas, el llamado a determinar la naturaleza y alcance de la contradicción.

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha expuesto que la legislación anterior a la nueva Constitución conserva su vigencia pese a la derogatoria o modificación de las normas constitucionales con fundamento en las cuales se expedieron, siempre que no sea incompatible con el nuevo orden constitucional:

(...) la legislación preconstitucional, (...) conserva su vigencia pese a la derogatoria de las normas constitucionales a cuyo abrigo se expedieron, debiendo en todo caso conformarse en su interpretación y aplicación al nuevo orden constitucional[7].

De otra parte, a la luz del artículo 152 de la Constitución vigente, la materia regulada en la disposición demandada[8] se encuentra sometida a reserva de ley estatutaria[9]. No obstante, por tratarse de una regulación anterior a la Constitución de 1991 “no le resulta exigible, a posteriori, el haber sido tramitado como ley estatutaria”[10].

2.2. La aptitud sustantiva de la demanda

El Ministerio del Interior solicita a esta Corporación inhibirse de decidir de fondo la demanda por razón de su ineptitud sustantiva. Señala que incumple los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, que se deben observar al formular los cargos de inconstitucionalidad, pues el demandante se limita a presentar una particular interpretación de la disposición censurada y de las superiores invocadas, según surge de las expresiones “a mi juicio” o “desde mi punto de vista”, utilizadas en la demanda para intentar la demostración de la contradicción alegada.

Este Tribunal ha indicado de manera reiterada que la activación del control de constitucionalidad requiere de cargos claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes[11]. La claridad de una acusación depende de que su exposición sea comprensible, de tal manera que se pueda captar el sentido en que el texto controvertido supuestamente infringe la Constitución, mientras que la certeza consiste en una fundamentación basada en significados susceptibles de ser atribuidos al precepto jurídico demandado y no en apreciaciones subjetivas ajenas por completo a su contenido normativo.

La especificidad supone la presentación de argumentos concretos que permitan identificar la oposición entre la disposición demandada y la Carta Política, lo cual excluye planteamientos genéricos, abstractos o excesivamente vagos, en tanto que la pertinencia alude a la formulación de un problema de constitucionalidad y no de naturaleza legal, doctrinal, de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas. Por su parte, la suficiencia se predica de una acusación cuando el actor aporta al menos un mínimo de argumentos que, además de servir como fundamento de sus pretensiones y de encauzar la realización del juicio, susciten al menos una duda mínima acerca del supuesto desconocimiento de la Constitución por la disposición cuestionada.

Los mencionados requisitos se derivan del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, en cuanto exige que el señalamiento de “las normas acusadas como inconstitucionales” y de “las normas constitucionales que se consideren infringidas” debe estar acompañado de la exposición de “las razones por las cuales dichos textos se estiman violados”.

No obstante la exigencia de tales requisitos, la jurisprudencia ha precisado que la

demanda debe ser evaluada bajo el principio pro actione, que favorece la efectividad del derecho a participar en el control del poder político en los términos del artículo 40-6 de la Constitución, de forma tal que, para no sacrificar el derecho ciudadano por cuenta de un “riguroso escrutinio”, las dudas han de resolverse “a favor del actor”[12] y que, en determinadas condiciones, “se debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria”.

Así las cosas, el solo empleo por el demandante de las expresiones “a mi juicio” o “desde mi punto de vista” no puede ser tomado como evidencia incontrastable de la ineptitud basada en la exposición de razones subjetivas o de simple conveniencia, pues ha de darse prevalencia al sentido material y sustancial del alegato sin llegar al extremo de un formalismo excesivo al evaluar los argumentos y las expresiones utilizadas en la demanda.

En efecto, dado que la acción de inconstitucionalidad es pública y se encuentra al alcance de cualquier ciudadano, las demandas no deben ser evaluadas con un exagerado rigorismo técnico. Por el contrario, han de ser interpretadas a fin de identificar el planteamiento de fondo del actor y determinar si sus argumentos resultan suficientes para emprender el juicio abstracto de constitucionalidad, de tal modo que a la conclusión sobre la ineptitud de un cargo sólo pueda llegarse cuando cualquier esfuerzo interpretativo de la demanda tropiece con la imposibilidad de captar el sentido y la estructura de la argumentación básica contenida en ella, la cual, como ya se dijo, debe ser clara, cierta, concreta, pertinente y suficiente.

Valiéndose de la invocación de los contenidos constitucionales referidos, el demandante puntualiza que el sorteo previsto como mecanismo de elección en caso de empate entre dos o más candidatos o listas, desvirtúa la democracia en la forma establecida por el Constituyente de 1991, ya que el mantenimiento de un precepto anacrónico y anterior a la Carta misma, que somete al azar la elección de representantes del pueblo, desconoce la democracia que constituye parte del núcleo esencial del Estatuto Superior.

En desarrollo de la idea principal, el demandante hace énfasis en el pluralismo y, ante todo, en el carácter participativo de la democracia, en los términos del artículo 2º de la Constitución que proclama como fin esencial del Estado el de “facilitar la participación de

todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, así como en su artículo 40, de acuerdo con cuyas voces “[t]odo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”.

Según el actor, lo concordante con la preceptiva constitucional citada es que “sea la ciudadanía la que decida cuál de todas es la mejor opción”, para no dejar librada al azar una decisión final que corresponde al pueblo, conforme se desprende, por ejemplo, de los artículos 303 y 314 de la Carta que, respectivamente, determinan que los gobernadores y los alcaldes serán elegidos “popularmente para periodos institucionales de cuatro (4) años y no podrán ser reelegidos para el período siguiente”.

En el planteamiento plasmado en la demanda, la democracia y la participación popular se ligan estrechamente al voto y a las elecciones, lo que fácilmente se advierte en la invocación del derecho a “elegir y ser elegido” establecido en el artículo 40-1 de la Constitución; del voto que, según el artículo 258 constitucional “es un derecho y un deber ciudadano”; o del artículo 260 Superior, de acuerdo con el cual “[l]os ciudadanos eligen en forma directa Presidente y Vicepresidente de la República, senadores, representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales” y miembros de las juntas administradoras locales.

Anota el accionante que la disposición demandada desconoce “la aptitud que tienen los ciudadanos de elegir a sus gobernantes” y burla el derecho a elegirlos que corresponde a todos los colombianos, pues el vocablo elección hace referencia a la emisión de votos para la designación de cargos públicos o de otra índole, y no cobija al sorteo que deja a la suerte la selección de un funcionario o representante que debe ser escogido popularmente y mediante el voto directo de los ciudadanos.

El demandante extrae como conclusión que el sorteo no es conciliable con la elección popular directa prevista en la Carta y, en este sentido, advierte que “al presentarse una situación en la que dos (2) o más candidatos queden empatados” se debe “convocar a unas nuevas elecciones para que los ciudadanos escojan nuevamente a quien va a gobernar en los próximos años”, en lugar de “utilizar un método tan arcaico e irresponsable como lo es elegir a la suerte”.

Para ejemplificar la apelación a las elecciones, que juzga indispensables, el demandante cita el artículo 258 de la Constitución que prevé la repetición, “por una sola vez”, de “la votación para elegir miembros de una corporación pública, gobernador, alcalde o la primera vuelta en las elecciones presidenciales, cuando del total de votos válidos, los votos en blanco constituyan la mayoría” y plantea que, ante el empate, lo constitucionalmente adecuado es “optar por realizar una segunda vuelta”, como en las elecciones presidenciales, para que el pueblo, mediante el derecho al sufragio, “tome la última palabra”.

Por consiguiente, la Sala concluye que la demanda presenta verdaderos cargos de inconstitucionalidad y procede, en consecuencia, a su estudio de fondo.

3. Problemas jurídicos y esquema de resolución

3.1. Corresponde a la Corte, conforme a los cargos formulados y las diversas intervenciones dentro del proceso, examinar (i) si el sorteo[13], previsto en el artículo 183 del Código Electoral, desconoce el derecho de los ciudadanos a elegir a los servidores que el artículo 260 de la Constitución señala como de elección directa y, (ii) si la votación popular es el único mecanismo compatible con la Constitución para dirimir los casos en que dos o más candidatos obtienen igual número de votos en una elección popular.

3.2 A las cuestiones enunciadas se refirieron algunos intervinientes[14] para solicitar la declaración de exequibilidad de la disposición demandada, en lo cual coinciden con el Procurador General de la Nación.

Sostuvieron, en esencia, que los electores ejercen su derecho al voto antes de que se configure el empate, razón por la que los candidatos o listas con igual número de votos representan al mismo número de ciudadanos y, por lo mismo, similar respaldo democrático, lo cual significa que al empate se llega después de haberse agotado el proceso democrático en el que los ciudadanos ejercieron su derecho a elegir o a ser elegidos en igualdad de oportunidades. Siendo equivalente el respaldo obtenido por dos o más candidatos o listas, la democracia no resulta afectada. El sorteo, por el contrario, preserva su esencia y garantiza, a su vez, tanto la igualdad de los votantes y de los aspirantes, como la adopción pacífica de las decisiones.

Respecto de la participación, señalaron que la regulación atacada no distorsiona su ejercicio democrático, dado que los ciudadanos concurren a votar en condiciones de igualdad y que a los candidatos o listas que empatan en el número de sufragios les asiste suficiente legitimación política, de tal modo que sobre cualquiera de los empatados puede recaer la decisión definitiva como consecuencia de un sorteo imparcial al que, adicionalmente, llegan en situación de igualdad y con idéntica expectativa, debiéndose tener en cuenta, además, que la participación no es absoluta, por lo que su ejercicio debe realizarse según los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Anotaron, finalmente, que la Constitución solo prevé que se repita una elección cuando los votos emitidos en blanco constituyan la mayoría del total de votos válidos, y que la segunda vuelta está prevista únicamente para la elección de presidente y vicepresidente de la República, lo que abre un apreciable margen a la potestad de configuración del legislador para resolver las situaciones no previstas, espacio dentro del cual cabe el azar, cuya previsión en el precepto demandado no rebasa los límites superiores, habida cuenta de que la democracia participativa establecida en la Carta se materializa de diversas maneras y en diferentes escenarios.

Por su parte, la Universidad Industrial de Santander pidió la declaración de inexecutable por considerar que la disposición acusada es “retrógrada” e incompatible con la Constitución de 1991, pues dejar que la suerte defina una elección “se contrapone a los principios de democracia y participación plasmados en la Carta Política”, e “impone un límite a la participación ciudadana” porque “no se valora la decisión” de quienes votan en las elecciones y, finalmente, que la elección directa no se materializa sino que su resultado “se deja al azar y por cualquier persona”.

3.3. Así las cosas, la Corporación desarrollará el siguiente esquema de resolución de los problemas jurídicos planteados: efectuará, en primer lugar, una referencia general a la democracia en la Constitución de 1991; en segundo lugar, a la función electoral como atribución del pueblo soberano, en los términos de la Constitución y de la ley; en tercer lugar, al sistema electoral, en cuanto conjunto de reglas aplicables a los procesos electorales mediante los cuales los ciudadanos eligen a sus gobernantes; en cuarto lugar, a los procesos electorales a través de los cuales los ciudadanos hacen efectiva, en ejercicio de la función electoral, su participación en la conformación del poder político; en sexto

lugar, al escrutinio, en cuanto etapa del proceso electoral en la cual se hace la valoración, contabilización y cómputo de los votos depositados en las urnas y se declara la elección, acudiendo para ello, en caso de empate, al sorteo.

Antes, sin embargo, se hará una breve referencia al sorteo y a su utilización histórica para la toma de decisiones electorales y, a partir de esta primera aproximación, se averiguará si de manera general existe algún vínculo entre el sorteo y la democracia, haciendo especial énfasis en la democracia participativa. Además, se indagará si es posible o no establecer un vínculo entre el sorteo y las elecciones.

Por último, con fundamento en las conclusiones a las que conduzca el anterior análisis, la Sala se ocupará de resolver sobre la constitucionalidad de la disposición demandada.

4. Breve referencia a la utilización histórica del sorteo como mecanismo electoral

El empate, a que se refiere el precepto demandado, hace parte de los asuntos que, de conformidad con la ley electoral, es objeto de solución mediante la utilización del sorteo, solución que el demandante califica de inconstitucional por considerar que consagra la suerte como mecanismo para elegir candidatos a cargos que la Constitución establece como de elección popular.

El demandante plantea que el artículo 183 del Código Electoral es contrario a la democracia, a la participación y a las elecciones que, a su juicio, constituye el único mecanismo para decidir el candidato o lista ganador en un certamen electoral, aún en caso de empate en los votos depositados a su favor.

Las críticas atinentes a las escasas o nulas oportunidades de los candidatos para exponer sus proyectos políticos y a la afectación o desconocimiento de la libertad de elegir cuando la selección se confía a la suerte, advierten suficientemente acerca de la dificultad de hacerlo compatible con la democracia. Se trata de un mecanismo considerado poco apto para la deliberación y el intercambio de ideas que deben preceder a la toma de decisiones,teniéndosele más bien como instrumento adecuado para resolver situaciones en que la razón cede su puesto a lo aleatorio.

El sorteo, sin embargo, ha sido considerado en algunos momentos de la historia como

método democrático y esto con base en la utilización que de él se hizo en la Grecia clásica, conforme lo han reconocido varios pensadores, con independencia del juicio que les haya merecido la democracia como forma de gobierno. Así, Platón señalaba que los cargos “por lo regular suelen cubrirse en este sistema mediante sorteo”[15], y Aristóteles precisó que entre “los procedimientos democráticos se encuentran la elección de “todas las magistraturas entre todos; que todos manden sobre cada uno, y cada uno, por turno, sobre todos; que las magistraturas se designen por sorteo”[16] y también que “la democracia es el gobierno en que las magistraturas se atribuyen por sorteo”[17], mientras que el Pseudo Jenofonte, refiriéndose a la democracia ateniense, indicó que “parece ser justo que todos tengan acceso a las magistraturas, tanto en los sorteos de ahora como en las elecciones”[18].

Siglos después Montesquieu, al analizar “las leyes que derivan directamente de la naturaleza del gobierno”, observó que “la elección por sorteo es propia de la democracia” y que “el sorteo es una forma de elección que no ofende a nadie y deja a cada ciudadano una esperanza razonable de servir a su patria”[19]. Más tarde, Rousseau se mostró de acuerdo con Montesquieu en que el sorteo es propio de la democracia, pero adujo razones diferentes para justificarlo e indicó que “si se advierte que la elección de los jefes es una función del gobierno y no de la soberanía, se comprenderá por qué el procedimiento del sorteo es más propio de la democracia, en la que cuanto mejor es la administración, menos se repiten los actos”. A lo anterior añadió que en una verdadera democracia “la magistratura no es una ventaja sino una carga onerosa que no se puede imponer con justicia a un particular y no a otro”, de manera que “solo la ley puede imponer esta carga a aquel sobre quien recaiga la suerte”, porque entonces, “al ser la condición igual para todos, y no dependiendo la elección de ninguna voluntad humana, no hay ninguna aplicación particular que altere la universalidad de la ley”[20], de todo lo cual se ha inferido que “cuando los magistrados son elegidos por sorteo, el pueblo solo tiene que tomar una decisión: ha de limitarse a establecer que los magistrados deben ser elegidos por sorteo”, adoptando así “una regla general o ley, que, por tanto, puede aprobar en su calidad de Soberano”[21].

Aunque los autores citados pertenecen a distintas épocas, podría pensarse que el vínculo del sorteo con la democracia que ellos pusieron de manifiesto pierde toda relevancia en el tiempo actual, cuando el funcionamiento de las democracias obedece a ideales y principios diferentes de los que sustentaron los planteamientos de Platón, Aristóteles, Montesquieu o

Rousseau, quienes tuvieron en cuenta comunidades políticas pequeñas como la polis griega o aún, en el caso de los dos últimos autores, las repúblicas italianas de la edad media y el renacimiento, mas no organizaciones políticas de la extensión y complejidad de los Estados contemporáneos que cuentan con mecanismos que se inspiran en otros principios para la adopción de decisiones o la atribución de responsabilidades.

No obstante, ni del debate teórico relativo a la democracia actual ni de las experiencias prácticas que han tenido lugar en el seno de los gobiernos democráticos de hoy, ha estado ausente el sorteo. Sin pretensiones de exhaustividad, cabe mencionar que en la actualidad existen algunas teorías en las cuales se propone acudir a la suerte en circunstancias propias del debate vigente sobre las instituciones democráticas[22] .

En este sentido cabe concluir que el sorteo no fue instrumento ajeno a la democracia en sus orígenes y tampoco constituye una exótica novedad en las democracias de hoy, en las cuales se conserva el nexo que ya desde la antigüedad se había establecido entre la selección mediante la suerte y su naturaleza democrática. La intervención directa del ciudadano fue uno de los más importantes rasgos característicos de la organización política de Atenas que se orientaba a facilitar la participación popular en instituciones como el consejo y los tribunales, consistiendo lo directo “en el modo en el que son reclutados sus miembros, por sorteo, más que en ser idénticos o en estar identificados con el pueblo” manteniendo, al mismo tiempo, su carácter participativo[23].

De otra parte, es de resaltar que la consideración de las elecciones como propias de regímenes oligárquicos o aristocráticos no cesó cuando empezó a instaurarse la idea de que la elección era el mecanismo apropiado para garantizar representación porque, en aquellas etapas iniciales, la ciudadanía y el derecho al sufragio no se concedieron a todos, ya que, por ejemplo, a la mujer se la excluyó del derecho al voto y de la posibilidad de ser candidata a cargos de elección. Lo mismo sucedió en distintas latitudes en que el acceso al voto solo lo tuvieron quienes demostraban cierto patrimonio o grado de instrucción.

Las elecciones y el sufragio restringido se impusieron y desplazaron al sorteo que había imperado en la democracia antigua bajo la convicción, más o menos difundida, de que el riesgo de incompetencia quedaba neutralizado si se tenía en cuenta que la virtud política correspondía a todos los hombres, de tal modo que en la discusión sobre los asuntos

generales de la ciudad cualquiera podía participar y expresar su parecer, por estar suficientemente cualificado, al menos para que su opinión mereciera ser escuchada[24].

En el mundo moderno el predominio de las elecciones comportó, entonces, la práctica desaparición del sorteo, de lo cual fueron conscientes los pensadores de la época que, en ambos lados del Atlántico, se decantaron por el método que permitía participar y encargar de las cuestiones públicas “a los mejores”, como, sin duda, se aprecia en las palabras de Edmundo Burke al precisar que, tratándose de los cargos, “todo debe estar abierto a todos, pero no indiferentemente. Ni un sistema de rotación, ni un nombramiento por sorteo, ni una modalidad de elección basada en esta idea pueden en general ser buenos en un Gobierno que tenga que habérselas con grandes asuntos”[25], en lo que coincidía con los líderes de las revoluciones norteamericana y francesa que tenían en mente dar forma a una república “más aristocrática que democrática”, para lo cual “el sistema de las elecciones les resultaba muy conveniente”[26].

La base de la predilección por las elecciones fue “el principio de que toda autoridad legítima procede del consentimiento general de aquellos sobre los que va ejercerse”, por lo cual “los individuos sólo están obligados por lo que han consentido”, luego “si el objetivo es constituir el poder y la obligación política sobre el consentimiento, entonces obviamente las elecciones son un método mucho más seguro que el sorteo”, porque interprétese como se interprete este último mecanismo, “o sean cuales sean sus propiedades, no es posible percibirlo como una expresión del consentimiento”, salvo que se establezca un sistema “en el que el pueblo consiente en que sus dirigentes sean designados por sorteo”[27].

Así las cosas, pese a los criterios de Montesquieu y de Rousseau, “parece ser que, ni en Inglaterra, ni en América ni en Francia, nadie llegó a considerar seriamente la posibilidad de asignar alguna función pública por sorteo”[28], de forma que en el ámbito público este método quedó circunscrito a la selección de jurados populares y a algunas menciones esporádicas sin consecuencias prácticas, dado que “en ninguno de los gobiernos representativos de los dos últimos siglos se utilizó el sorteo para asignar ni el mínimo poder, fuese soberano o ejecutivo, central o local”[29] y “a partir de 1850 las luchas por más democracia dejaron de ser una oposición a las elecciones para convertirse en luchas para obtener más derecho al voto” e “incluso el movimiento obrero que asomó entonces por toda Europa, convirtió este aspecto en una de su reclamaciones fundamentales”, lo cual

implicó la desaparición “por completo” de la opción del sorteo[30].

Las elecciones pudieron compaginar más con la herencia que con el sorteo, como en las monarquías constitucionales. Sin embargo, en los últimos tiempos, a propósito de la denominada crisis de la democracia representativa, el sorteo parece renacer en el ámbito de las decisiones públicas y de las de contenido político en particular, pero de ese renacimiento no ha estado ausente la oposición radical entre la suerte y las elecciones, en la medida en que hay quienes insisten en la elección como método exclusivo para la toma de decisiones y la provisión de representantes y quienes, por el contrario, estiman que la crisis de la democracia representativa es también la de las elecciones que, a su juicio, favorecen la instauración de una aristocracia seleccionada mediante la emisión del voto, motivo por el cual, según sostienen, lo aconsejable sería instituir el sorteo como mecanismo único de selección[31].

No se trata ahora de explorar los diversos modos en que se ha procurado la coexistencia de elecciones y sorteo, sino de reconducir el panorama que se ha trazado para la solución del problema planteado en la demanda, que radica en determinar si se aviene a la democracia establecida en la Constitución de 1991 el sorteo contemplado en el artículo 183 del Código Electoral para decidir la elección cuando dos o más candidatos o listas obtienen igual número de votos.

5. La democracia en la Constitución de 1991

A la negación del carácter democrático del sorteo el actor suma otra descalificación fundada en su pretendida contrariedad con la índole participativa y pluralista de la democracia consagrada en la Constitución de 1991.

Como ya se había dicho, la Constitución le asigna un valor fundamental a la democracia, tanto en sus aspectos sustanciales -que se expresan en los derechos fundamentales y en los fines y obligaciones del Estado Social de Derecho-, como en sus aspectos procedimentales -de los cuales forman parte las variables o reglas técnicas del sistema electoral-.

La definición del Estado colombiano como democrático, participativo y pluralista, entraña distintas características de nuestro sistema político: de un lado, que los titulares del poder

público ejercen esa calidad en virtud de la voluntad popular de los ciudadanos, la cual se expresa mediante el voto depositado en el marco de procesos electorales los cuales se rigen, a su vez, por la regla democrática de las mayorías; de otro, que los ciudadanos no están limitados en su relación con el poder político a la elección de sus representantes, sino que también pueden controlarlos en el ejercicio de sus funciones e intervenir directamente en la toma de decisiones públicas; y, finalmente, y de acuerdo con la reformulación del concepto de democracia, que la voluntad de las mayorías tiene límites, de manera que la adopción de las decisiones mayoritarias debe respetar los derechos de las minorías y, en ningún caso, pueden llegar al extremo de desconocer los derechos fundamentales cuya vigencia constituye condición de posibilidad de la democracia constitucional adoptada en 1991.

El modelo de democracia que la Constitución prohíja se manifiesta, entonces, “en instituciones propias de la democracia representativa y en mecanismos de democracia directa”, con la pretensión de procurar “la complementariedad de los dos modelos, aprovechando las virtudes del sistema representativo” e incorporando algunos mecanismos “que hacen posible la intervención activa de los ciudadanos en la toma de decisiones”[32].

En este sentido, cabe recordar que el artículo 40 de la Constitución consagra el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, con fundamento en el cual pueden tomar parte en elecciones y en otras formas de participación democrática; elegir y ser elegidos; y revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

El artículo 103, por su parte, establece que son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía, el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato; el 258 consagra el derecho al voto y le impone al Estado la obligación de velar porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos; y el artículo 260 señala 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 133 indica, entre otras cuestiones propias de la representación, que los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y que es su deber actuar consultando la justicia y el bien común, así como que son responsables políticamente frente a la sociedad y a sus electores. El 259, finalmente, dispone que quienes elijen gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que propuso al inscribirse como candidato[33].

Este modelo de democracia participativa y pluralista se configura a partir del artículo 3º de la Carta que, tras radicar la soberanía en el pueblo, precisa que éste la ejerce “en forma directa o por medio de sus representantes”, siendo del caso destacar que dicho ejercicio ha de realizarse “en los términos que la Constitución establece”. En concordancia con dicha disposición, el artículo 152 de la Carta establece que corresponde al legislador estatutario regular las funciones electorales y, entre otros, los derechos de participación necesarios para su ejercicio y realización.

Ahora bien, los derechos de participación, como los demás derechos fundamentales, no tienen carácter absoluto[34], razón por la que el legislador, en desarrollo de la Constitución, puede establecer requisitos, condiciones y limitaciones para su ejercicio, cuyo cumplimiento constituye condición de validez de las votaciones y, en general, de la participación ciudadana.

6. La función electoral como manifestación de la soberanía del pueblo. Condiciones y limitaciones para su ejercicio

Tal como fue definida en la Asamblea Nacional Constituyente, la función electoral es función pública de naturaleza política en cuanto expresión de soberanía y fuente del poder público. No tiene naturaleza estatal porque no corresponde a una competencia del Estado. Su titular es el pueblo excepto en cuanto a la función electoral o nominadora que la Constitución atribuye a determinadas autoridades estatales. Sobre el particular se dijo, en relación con el proyecto de artículo 120 de la Constitución, en la ponencia para debate en la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente[35]:

(...), la función electoral es distinta de las demás funciones del Estado, por su naturaleza,

por sus objetivos y por la forma como se ejecuta. El acto electoral no es la aplicación de la ley, ni su creación; es sí el acto por medio del cual se integran los órganos de decisión en la dirección del Estado; por eso es distinto, de naturaleza y fines diferentes.

Con el ejercicio de la función electoral, se confiere legitimidad en sus orígenes a los órganos del Estado y se da certeza y seguridad en las decisiones que éstos adopten; así que pudiéramos decir que quien la ejerce, desempeña la máxima autoridad del Estado; y su ejercicio es el cumplimiento de una atribución constitucional, generadora de una situación de derecho, pues confiere nada menos que el poder público. Por eso es una función pública. En ella se asienta la legitimidad del poder, la estabilidad de las autoridades y la convivencia pacífica en la sociedad.

La Corte Constitucional igualmente ha subrayado la naturaleza pública, pero no estatal, de las funciones electorales, en los siguientes términos:

Las funciones electorales articulan así al pueblo -como fuente soberana de todo poder- con las instituciones que de él emanan. Por ello, -como lo destaca Paolo Biscaretti- estas funciones electorales son públicas -ya que por medio de ellas se constituyen los órganos del Estado- pero no estatales, ya que los ciudadanos las efectúan con fundamento en derechos propios y no en nombre del propio Estado. De admitirse el carácter puramente estatal de la función electoral, los ciudadanos se convertirían en agentes pasivos del poder estatal y no en fuente soberana del mismo, tesis incompatible con el principio de soberanía popular consagrado en la Constitución (CP art 3). El pueblo dejaría de ser la fuente de poder para transformarse en un órgano del Estado[36].

La función electoral es, entonces, la función pública en cuyo ejercicio el pueblo participa en la conformación, ejercicio y control del poder político. Su titular originario es el pueblo y la ejerce mediante el voto depositado en procesos electorales cuya finalidad es asegurar la elección de las autoridades y corporaciones públicas que la Constitución señala, la revocatoria del mandato de los elegidos y la adopción directa de determinadas decisiones públicas.

Cabría concluir, en consecuencia, que el artículo 3 de la Constitución reconoce la función electoral como expresión de soberanía popular y la somete a regulación jurídica al disponer que el pueblo la ejerce “en los términos que la Constitución establece”, como ya se había

precisado. En concordancia con ello, diversas disposiciones establecen requisitos, condiciones y limitaciones para su ejercicio, de cuyo cumplimiento depende la validez de las elecciones y de las votaciones, tales como:

Nacionalidad. De conformidad con el artículo 100 de la Constitución los derechos políticos están reservados a los nacionales, sin perjuicio del derecho al voto que la ley puede conceder a los extranjeros residentes en Colombia en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.

Ciudadanía. La calidad de ciudadano, en los términos del parágrafo del artículo 98 de la Constitución[37], se adquiere a partir de los dieciocho años y, según el 99, es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio.

Residencia. La Constitución exige en algunos casos la residencia como requisito para el ejercicio de la función electoral, a saber: i) en el inciso tercero del artículo 100[38] como requisito para el ejercicio del derecho al voto de los extranjeros; y ii) en el inciso cuarto del artículo 176[39], como requisito para ejercer el derecho al voto en la circunscripción internacional; y en el artículo 316, como requisito para participar en las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter.

El legislador estatutario, adicionalmente, al regular las funciones electorales, ha establecido, en desarrollo de la Constitución, otras condiciones, limitaciones y prohibiciones, como las que ha adoptado en relación con el voto por razones de logística del funcionamiento electoral, como, entre otras, las siguientes:

- Sólo pueden votar los ciudadanos en ejercicio que se encuentren inscritos en el censo electoral[40].
- Los ciudadanos sólo pueden votar en la mesa previamente asignada[41].
- Los ciudadanos sólo pueden votar utilizando los instrumentos de votación que autoricen la Constitución y la ley[42].
- Los electores se deben identificar con la cédula de ciudadanía, mediante medios tecnológicos o sistemas de identificación biométrica[43].

- Las votaciones sólo pueden realizarse en las fechas y en el horario señalado por el ordenamiento jurídico[44].

En relación con el voto como instrumento de ejercicio de la función electoral ha dicho la Corte Constitucional que, en el Estado de Derecho[45], su ejercicio se encuentra sujeto a las condiciones normativas que establecen las condiciones de validez tanto del voto individual como del proceso electoral en sí considerado. La democracia precisa de tales condiciones, a fin de garantizar que la decisión contenida en el voto sea una genuina expresión de la voluntad individual y no producto del ejercicio de poderes sobre la persona. Se busca rodearlo de garantías, pues el ejercicio libre del voto apunta a alcanzar condiciones de transparencia máxima en el proceso electoral. La Corte ha destacado cómo la Constitución de 1991 supuso una apuesta a favor de una mayor apertura democrática y un refuerzo a la garantía de transparencia del voto[46].

En este sentido, el voto, en cuanto ejercicio de función electoral y, por lo mismo, de soberanía, si bien puede ser sometido por el legislador a condiciones de validez individual y colectiva, resulta ser una pieza insustituible del modelo democrático participativo y pluralista consagrado en la Constitución.

7. El sistema electoral: reglas de juego aplicables al ejercicio de la función electoral

La Corte Constitucional[47] ha definido los sistemas electorales como “los diferentes métodos, modalidades, o fórmulas que se utilizan en los regímenes democráticos representativos para repartir los cargos de elección popular, según el número de votos o sufragios emitidos por los electores”. Se trata, en esencia, de un concepto que, desde el punto de vista técnico, hace referencia al conjunto de variables o reglas mediante las cuales los votos se transforman en representación, como las circunscripciones electorales; la forma de las candidaturas; la forma de emisión de los votos; los umbrales; y las fórmulas o reglas de decisión.

Tal concepto ampliamente aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia exige, sin embargo, a la luz de nuestra Constitución, las siguientes precisiones:

1. La primera es que el sistema electoral es un conjunto de variables o reglas que sólo resultan aplicables a los procesos electorales mediante los cuales los ciudadanos deciden,

en ejercicio de la función electoral, asuntos que, de conformidad con la Constitución, deben ser tramitados mediante una votación popular. No se trata, entonces, de cualquier decisión o votación en la que participen los ciudadanos sino sólo de aquellas que correspondan al ejercicio de la función electoral conforme a la Constitución.

2. La segunda es que, en una democracia participativa como la nuestra, el sistema electoral, además de permitir transformar votos en curules y cargos de gobierno, permite igualmente la transformación de votos en decisiones propias de los mecanismos de participación directa del pueblo en la vida democrática de la Nación.

Hechas estas precisiones, debe entenderse por sistema electoral el conjunto de variables o reglas técnicas cuyo objeto es determinar el modo en que los votos -emitidos en ejercicio de la función electoral-, se transforman en representación popular o en decisiones propias de los mecanismos de participación ciudadana.

Tales variables o reglas técnicas, como acaba de verse, no hacen referencia al sorteo. Como sostiene el demandante, este mecanismo resulta totalmente ajeno al sistema electoral que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto para la elección de los servidores que la Constitución señala como de elección popular y, en particular, de las fórmulas o reglas de decisión, como enseguida se precisará.

Las fórmulas electorales o reglas de decisión.

Las fórmulas electorales o reglas de decisión, en materia de elección popular de servidores públicos, son aquellos procedimientos mediante los cuales se asignan o distribuyen cargos y curules. Se clasifican en mayoritarias y proporcionales.

La regla de la mayoría conduce a que se declare vencedor al candidato que obtenga la mayoría de los votos, y se clasifica en relativa y absoluta. Se denomina relativa cuando no se encuentra condicionada a una determinada cantidad de votos. Por el contrario, la mayoría absoluta es la mitad más uno o la mayoría de la totalidad de los votos depositados en una votación y, en los casos que señala la Constitución, conduce a una segunda vuelta electoral si ningún candidato alcanza tal mayoría en la primera votación.

Las fórmulas o reglas proporcionales conducen a la asignación de curules según el número

de votos obtenidos por las listas, dependiendo del procedimiento adoptado. Los procedimientos más comunes son los denominados procedimientos de divisor y los procedimientos de cociente.

Para la elección del presidente de la República, la Constitución de 1991 adoptó el sistema de mayoría absoluta, por lo que cuando ninguno de los candidatos obtiene en primera vuelta tal mayoría[48] los dos candidatos que obtengan las más altas votaciones irán a una segunda vuelta, en la que se aplicará el sistema de mayoría simple. Para los demás cargos uninominales se mantuvo el sistema de mayoría simple o relativa, excepto, a partir de 2023, de conformidad con el Acto Legislativo 03 de 2019, para el cargo de Alcalde Mayor de Bogotá, quien será elegido por el 40 por ciento de los votos siempre que sobrepase al segundo candidato más votado por 10 puntos porcentuales. Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación en la que solo participarán los dos candidatos con las más altas votaciones. Será declarado Alcalde Mayor quien obtenga, en la segunda vuelta, el mayor número de votos.

Para la elección de corporaciones públicas la Constitución del 91 mantuvo el sistema del cociente electoral (método de Hare) -y la asignación de las restantes curules a los mayores residuos-, cuando se tratara de la elección de dos o más individuos. La reforma constitucional de 2003 sustituyó dicho sistema por el de cifra repartidora, excepto en la circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas y en las circunscripciones en las que se eligen dos miembros -en las que se seguirá aplicando el cociente electoral-, y en las que se elige uno -en las que se aplicará el sistema de mayoría simple o relativa-.

Tales fórmulas o reglas de decisión, sea que correspondan a sistemas mayoritarios o proporcionales, han sido diseñadas para su aplicación al resultado de las votaciones depositadas en las elecciones populares, en general, y por cada uno de los candidatos, en particular.

8. Procesos y procedimientos mediante los cuales los ciudadanos hacen efectiva su participación en la conformación del poder político

Los procesos electorales, mediante los cuales los ciudadanos ejercen la función electoral, comprenden al menos las siguientes tres etapas: (i) la etapa preparatoria o preelectoral, (ii)

la etapa electoral, y (iii) la etapa poselectoral.

Cada una de estas etapas está constituida por una serie de procedimientos especiales regulados en la legislación electoral, cuyo objetivo final es garantizar el ejercicio de la función electoral dentro de las condiciones y limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.

La etapa preparatoria o pre-electoral comprende las actividades previas a la jornada de votación y consiste básicamente en el desarrollo, entre otras, de las siguientes actuaciones: formación y actualización del censo electoral; formación de las listas de sufragantes; inscripción de candidatos; determinación de las zonas y puestos de votación; designación de jurados de votación; designación de comisiones escrutadoras; selección e inscripción de candidatos; acreditación de testigos electorales; y campaña electoral.

Se trata de actividades sin las cuales resultaría prácticamente imposible realizar la jornada de votación. Como su denominación lo indica, esta etapa tiene por objeto, por una parte, preparar las condiciones y la logística necesarias para que la elección o votación de que se trate pueda llevarse a cabo en las condiciones señaladas en la Constitución y la ley y, por la otra, en promover y difundir las candidaturas y sus propuestas, proyectos o programas de gobierno.

La etapa electoral corresponde a la jornada de votación. En esta etapa tiene lugar la actividad decisiva del proceso electoral, esto es, la manifestación de la voluntad de los ciudadanos mediante el voto depositado en las urnas.

Tiene lugar en la fecha en que debe realizarse la elección o votación de que se trate y durante dicha etapa se desarrollan, entre otras, actividades tales como instalación de las mesas de votación; identificación de los electores; proceso de las votaciones, y cierre de las mesas de votación.

La etapa poselectoral corresponde al escrutinio y a la declaración de sus resultados. A pesar de su importancia, la votación es una actividad cuyo resultado no podría conocerse si no se realiza el escrutinio, que es el conjunto de operaciones que otorgan dimensiones precisas, valor y autenticidad a la votación.

Se trata de la valoración, contabilización y cómputo, de la voluntad de los ciudadanos expresada en las urnas, para traducirla en resultados electorales concretos contenidos en una declaración formal, y se inicia una vez finalizada la jornada de votación con el escrutinio de mesa el mismo día de la votación hasta su culminación en los días subsiguientes con el correspondiente escrutinio general. Comprende el escrutinio que realizan los jurados; la entrega de documentos electorales; los escrutinios zonal, municipal, departamental y nacional; y la declaración de resultados.

Es en esta etapa en la que el legislador ha previsto la aplicación de diversas soluciones basadas en el azar como, por ejemplo, para excluir del cómputo las tarjetas de votación depositadas en exceso en las urnas, o como mecanismo para dirimir los casos de empate entre dos o más candidatos. Igualmente ha previsto otras soluciones que, en principio, afectan sensiblemente los derechos de los electores, como la exclusión de los votos depositados en las mesas cuyas actas de escrutinio no sean entregadas oportunamente a los funcionarios de la Registraduría, o de las actas que no sean firmadas por el mínimo de jurados que señala la ley, etc.

9. Escrutinio y declaración de resultados. El sorteo

Todo proceso electoral, por su propia naturaleza, implica una votación, y toda votación, para que el proceso electoral cumpla su objeto, necesariamente debe ser escrutada. Por ello el escrutinio corresponde a la última etapa del proceso electoral y se inicia una vez concluida la jornada de votación.

Consiste precisamente en un procedimiento que tiene por finalidad establecer el resultado de la votación para la cual fue convocado el correspondiente proceso, se encuentra a cargo de órganos autónomos e independientes que forman parte de la organización electoral y, como cualquier otra actuación realizada en ejercicio de función administrativa, se encuentra sometido a control de legalidad.

Si bien la legislación electoral no define escrutinio, si se ocupa de regular el procedimiento que ha de seguirse en las diferentes fases en que se desarrolla este procedimiento, asignándole al escrutinio de mesa -a cargo de los jurados de votación-, la función de calificación y cómputo de los votos depositados en la mesa[49]. Así ha sido desde la Ley 85 de 1916 mediante la cual se estableció el escrutinio a cargo de los jurados de votación.

Las subsiguientes fases del procedimiento bajo la denominación genérica de escrutinios[50]- consisten, por regla general, en el cómputo de los votos con base en las actas de escrutinio de las fases anteriores.

Además de la calificación jurídica de los votos, a partir de la cual se realizan las operaciones matemáticas que permiten su contabilización y cómputo, el escrutinio conduce a una declaración de resultados, declaración que se realiza mediante acto administrativo susceptible de control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los términos del artículo 237-7 de la Constitución.

Finalmente, es importante recordar que mientras el voto se regula por el principio del secreto, los escrutinios se regulan por el principio de la publicidad. El voto corresponde, como derecho individual, al fuero interno de cada ciudadano. El escrutinio, por su parte, es la auscultación de la voluntad colectiva de los ciudadanos y, por tanto, el trámite que conduce a la declaración de los resultados de la votación es asunto de interés público.

Es en esta etapa en la que, en el evento de que dos o más candidatos o listas resultaren con igual número de votos -luego de su calificación, contabilización y cómputo-, procede la aplicación de la disposición demandada, la cual, en todo caso, presenta especificidades, según se trate de cargos uninominales o de corporaciones públicas, por razón de las actuales fórmulas electorales o reglas de decisión previstas para cada una de tales elecciones.

En la elección de cargos uninominales -incluidos los cargos de presidente de la República y de Alcalde Mayor de Bogotá cuando sean elegidos en segunda vuelta, en la que se aplica el sistema de mayoría relativa o simple-, se declarará electo al candidato que obtenga la mayor cantidad de votos. En este tipo de elecciones, el empate se presentará cuando dos o más candidatos obtengan igual número de votos.

En la elección de corporaciones públicas, por el contrario, las curules se distribuirán, mediante la aplicación de fórmulas o reglas proporcionales (cifra repartidora o cociente)[51], entre todas las listas que superen un mínimo de votos (umbral), excepto: (i) cuando ninguna supere el umbral, caso en el cual se distribuirán entre todas las inscritas de acuerdo con la regla de asignación que corresponda, y (ii) en las circunscripciones en las que se elige un miembro, en cuyo caso la curul se adjudicará a la lista que obtenga la

mayor cantidad de votos.

El artículo 263 de la Constitución establece sobre el particular:

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. (Subrayados fuera de texto)

Conforme a tales fórmulas electorales o reglas de decisión, aplicables durante el escrutinio de los votos depositados para la elección de corporaciones públicas, el empate entre las listas que compiten por las curules podría presentarse en dos escenarios diferentes, según se asignen acudiendo a fórmulas proporcionales o a la regla de mayoría, a saber: (i) cuando se trate de fórmulas proporcionales (cifra repartidora o cociente electoral), dado que las curules se distribuyen entre todas las listas que superen el umbral o entre todas las inscritas cuando ninguna lo supere, el empate se presentará cuando dos o más listas tengan derecho a la última curul luego de realizada la operación que permita establecer cuántas veces está contenida la cifra repartidora o el cociente en el total de votos de cada

lista[52], y (ii) cuando se trate de la regla de mayoría, aplicable en todos los casos en que se elige una curul[53], el empate se presentará cuando dos o más listas hubieren obtenido igual número de votos. El artículo 183 del Código Electoral, en consecuencia, permite resolver los empates tanto en la elección de candidatos a cargos uninominales como en la distribución de curules en las corporaciones públicas.

En el primer escenario, sin embargo, el empate en el derecho a la última curul no necesariamente corresponde a un empate en el número de votos obtenidos por las listas, razón por la que la curul se adjudicará a la lista que tenga una mayor fracción decimal en el resultado de la mencionada operación. Así las cosas, al sorteo sólo se acudirá en caso de que persista el empate.

Así lo entendió el Consejo Nacional Electoral cuando, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el párrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2003, expidió el Reglamento 01 de dicho año, en cuyo Artículo 18 reguló la asignación de curules en casos denominados impropriamente de “empate”, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 18. ASIGNACIÓN DE CURULES EN CASO DE EMPATE. Si aplicada la cifra repartidora resultare que varias listas obtuvieren derecho a la última curul a proveer, ésta se asignará a la que tenga la mayor fracción decimal. Si persiste el empate, se asignará por sorteo en los términos señalados por el artículo 183 del Código Electoral.

En realidad, como puede apreciarse de su simple lectura, regula la forma de resolver el problema que se presenta cuando varias listas obtienen derecho a la última curul, situación que no necesariamente corresponde a un empate entre ellas en cuanto al número de votos obtenidos. El empate, en estricto sentido, siempre deberá resolverse de conformidad con el procedimiento dispuesto en el artículo 183 del Código Electoral, como se dispuso en la última parte de la precitada disposición.

El mencionado artículo 18 del Reglamento 01 de 2003, sin embargo, no se encuentra vigente por cuanto dicho reglamento fue expedido, de acuerdo con la facultad que le otorgó el párrafo transitorio del artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2003, exclusivamente para las elecciones de las autoridades de las entidades territoriales que se realizaron en el año 2003.

En relación con dicha regla adoptada por el Consejo Nacional Electoral concluyó la Corte Constitucional, al examinar su constitucionalidad, en la Sentencia C-1081 de 2005:

“El artículo 18 establece la fórmula para resolver el empate que pueda presentarse en la adjudicación de la última curul por proveer. La norma asegura que la curul será de la lista cuya votación, luego de aplicar la cifra repartidora, tenga la mayor cifra decimal. Esta solución, similar a la prevista para asignar curules que han quedado sin proveer, refleja la intención de que las listas con mayor representatividad popular –reflejada en la mayor cifra decimal, luego de aplicar la cifra repartidora- sean las favorecidas con la asignación. En este sentido, la norma refleja la intención general de la reforma constitucional, consistente en que, para fortalecer los partidos y elevar los niveles de representatividad del pueblo en los cargos de elección popular, sean las listas con mayor apoyo las que accedan a dichos cargos, evitando así que listas minoritarias, pobremente soportadas en la voluntad popular, accedan a los escaños por vía de los residuos.

Ahora bien, frente a la hipótesis de que el empate subsista, luego de aplicar la cifra repartidora, la norma ordena la remisión al artículo 183 del Código Nacional Electoral que, literalmente, dispone:

CÓDIGO ELECTORAL. – ARTICULO 183. Si el número de votos a favor de dos (2) o más candidatos o listas fuere igual, la elección se decidirá a la suerte, para lo cual, colocadas en una urna las papeletas con los nombres de los candidatos o de quienes encabezan las listas que hubiesen obtenido igual número de votos, un ciudadano designado por la corporación escrutadora extraerá de la urna una de las papeletas. El nombre que ésta contuviere será el del candidato o lista a cuyo favor se declara la elección.

La Corte Constitucional no encuentra que dicha remisión se contraponga a ninguna disposición superior. Por el contrario, estima que ante la inviabilidad de convocar nuevamente a los electores para que diriman el empate, el mecanismo de la suerte –siempre y cuando se respeten todas las garantías para evitar la intromisión de la voluntad humana-, constituye una alternativa sensata en la solución de dicha paridad.

Esta Corporación considera que la norma no es inconstitucional y por eso declarará exequible el artículo 18 del Reglamento 01 de 2003 del Consejo Nacional Electoral” (subrayado fuera de texto)”.

Se trata, sin duda, de un precedente aplicable al examen de la disposición demandada, la cual establece una regla para resolver casos de empate cuando varias listas obtienen derecho a la última curul, situación que no necesariamente corresponde a un empate entre listas en cuanto al total de votos obtenidos por ellas. En estricto sentido, el empate siempre deberá resolverse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del Código Electoral, ahora demandado, como se dispuso por remisión en la última parte de la precitada disposición.

El Consejo de Estado, por su parte, ha acudido a la regla de mayoría para resolver este tipo de situaciones en la aplicación de la cifra repartidora, como lo hizo en la sentencia de abril veinticuatro (24) de dos mil ocho (2008), mediante la cual decidió la demanda de nulidad de la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral para el período 2006 – 2010[54], acudiendo también a argumentos relacionados con la filosofía de la reforma constitucional de 2003 en el sentido de que sus disposiciones estaban orientadas a fortalecer el sistema de partidos. Dijo así en aquella oportunidad esa alta Corporación judicial:

“El resultado de esta división puede arrojar números enteros, pero también decimales. Cada lista obtiene el número de curules o cargos representado en el número entero del cuociente obtenido. En caso de que varios partidos tuviesen derecho al último escaño a repartir, éste se adjudicará a la lista con mayor fracción decimal.

Lo anterior, por cuanto en el sistema adoptado por la Reforma Política en el Acto Legislativo 01 de 2003, siempre debe observarse qué votación está en mejor posición frente a la cifra repartidora y por ende posee mejor derecho, teniendo como parámetro el cálculo de cuántas veces está contenida la cifra repartidora en el total de la votación de cada partido.

El número de votos obtenidos por la lista guarda relación directa con la cifra decimal que arroja la división entre dichos votos y la cifra repartidora, lo cual coincide con el sentido de la reforma política en el entendido de que se ven favorecidos los partidos que mayor votación obtuvieron y que se agruparon para lograr la votación más alta, (...). Es importante resaltar que en el presente caso no se presentó un empate, pues la cifra decimal más alta la obtuvo la plancha número 5, en relación con la 3, por lo que no puede acudirse al artículo 183 del Código Nacional Electoral para dilucidar la controversia.”

En consecuencia, el problema que se presenta cuando más de una lista obtiene derecho a la última curul se resuelve adjudicándola, como ha dicho el Consejo de Estado, “a la lista con mayor fracción decimal”, a menos que se presente empate en dicho residuo, caso en el cual se aplicará el sorteo previsto en el artículo 183 demandado.

Cabe recordar, por otra parte, que el sorteo como regla para resolver los empates en elecciones populares de cargos y corporaciones públicas no es exclusiva del derecho electoral colombiano, pues otras democracias igualmente lo han adoptado, como en Chile, España, Argentina, Paraguay, Uruguay y Perú, entre otros.

Finalmente es preciso tener en cuenta que la declaratoria de elección de un candidato, incluso mediante la regla del sorteo, lo es para el ejercicio de un cargo, lo cual excluye la idea de arbitrariedad en su ejercicio, en cuanto se trata de un destino público al cual corresponden las competencias y responsabilidades que le han atribuido la Constitución y la ley, lo cual conecta al elegido con la voluntad pública que materializan tales normas, así como con el interés general.

VII. ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA DEMANDADA

1. El demandante plantea una incompatibilidad entre el derecho de los ciudadanos a elegir directamente a los servidores que la Constitución señala y el sorteo como regla para resolver los casos de empate cuando dos o más candidatos obtienen igual número de votos.

Para el accionante, los casos de empate deben resolverse mediante una nueva votación popular, que deberá repetirse hasta tanto alguno de los candidatos empatados obtenga la mayoría de los votos depositados, porque el pueblo es el llamado a adoptar la decisión final y porque, según el artículo 190 de la Constitución, así se procede en las elecciones presidenciales cuando ninguno de los candidatos alcanza la mitad más uno de los votos, caso en el cual se realiza una segunda vuelta que, a juicio del demandante, es el medio adecuado para solucionar el empate, o la repetición que prevé el artículo 258 superior para los casos en que “los votos en blanco constituyan la mayoría”.

De las disposiciones citadas y de las que prevén la participación democrática, los derechos a elegir y ser elegido, y a tomar parte en elecciones mediante el voto, que también es

derecho, el demandante concluye que la votación popular es el único mecanismo compatible con la Constitución para la elección de los cargos y corporaciones de elección popular, conclusión a partir de la cual sostiene que el sorteo previsto en el artículo 183 del Código Electoral como mecanismo para resolver los casos de empate, carece de soporte constitucional y desconoce, en todo caso, la expresión de la voluntad popular manifestada en las urnas.

2. Conforme consta en el expediente y en los antecedentes de esta providencia, la mayoría de los intervinientes y el Procurador General coinciden en que el sorteo como fórmula para resolver los casos de empate resulta compatible con la Constitución Política y no desconoce valores, principios ni derechos que caracterizan el modelo democrático adoptado en la Constitución de 1991. Argumentan, igualmente, que la segunda vuelta o la repetición de las votaciones corresponden a los supuestos específicos previstos en los artículos 190 y 258 de la Carta y que no cabe deducir de ellos ni de algún otro precepto superior, como consecuencia inexorable, un desconocimiento de las elecciones, ya que el sorteo se realiza en una etapa posterior a estas, en los casos en que dos o más candidatos han obtenido igual número de votos.

3. Del alcance normativo de la disposición demandada se desprende (i) una premisa fáctica relativa a situaciones electorales en que el número de votos a favor de dos o más candidatos o listas sea igual; (ii) una consecuencia jurídica según la cual en estos casos, la elección se decidirá a la suerte; (iii) unas reglas operativas del sorteo según las cuales, en dichas ocasiones, las papeletas con los nombres de los candidatos que hubiesen obtenido igual número de votos serán colocadas en una urna, y un ciudadano designado por la corporación escrutadora extraerá una de las papeletas; y (iv) una conclusión jurídica, de conformidad con la cual el nombre que contenga la papeleta extraída al azar será el del candidato en cuyo favor se declara la elección.

Esta norma es aplicable a cargos uninominales y corporaciones públicas de elección popular, aunque el ciudadano en su demanda solo hace referencia a los candidatos, esto es, a los cargos uninominales.

4. En armonía con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia la Sala concluye que la disposición acusada no es inconstitucional, por las siguientes razones:

4.1. Porque el hecho de tratarse de una norma anterior a la Constitución de 1991 no la hace, por ese solo hecho, inconstitucional. Como reiteradamente ha precisado este Tribunal a partir de la Sentencia C-014 de 1993, “el tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada”. Su inconstitucionalidad sólo resulta “de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente”. “(...) lo anterior supone un análisis de profundidad realizado por el juez competente quien será, en últimas, el llamado a determinar la naturaleza y alcance de la contradicción”.

4.2. Porque si bien el demandante tiene razón al sostener que el sorteo, como regla para elegir a los servidores que la Constitución señala como de elección popular, es incompatible con el modelo democrático participativo adoptado en la Constitución de 1991, su regulación en la disposición demandada como mecanismo aplicable en la etapa del escrutinio de las elecciones populares, por el contrario, no contraría la Constitución en cuanto se trata de una regla para decidir a quién se declara elegido en un cargo o corporación pública en los casos en que el número de votos a favor dos o más candidatos fuere igual.

Cabe concluir, en consecuencia, que el sorteo, como se encuentra regulado en el artículo demandado, no afecta el derecho de los ciudadanos a elegir directamente a los servidores públicos que la Constitución señala como de elección popular y, en ese sentido, no altera el modelo de democracia adoptado en la Constitución. Los candidatos que, como consecuencia de la votación popular, obtienen igual respaldo ciudadano, se encuentran en igualdad de condiciones, ostentan igual legitimidad democrática para el ejercicio del cargo y, por lo mismo, la declaratoria de elección de quien resulte ganador en el sorteo reposa sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que se retrotrae al pueblo.

4.3. Porque la función electoral, en cuyo ejercicio el pueblo soberano elige a sus gobernantes y representantes, es una competencia jurídicamente organizada en los términos del artículo 3 de la Constitución, sometida a las condiciones y limitaciones establecidas en la Constitución y la ley, cuyo cumplimiento resulta indispensable para la validez de las elecciones y de las votaciones individual y colectivamente consideradas.

Pese a tal competencia, es lo cierto que el sorteo regulado en la disposición demandada no constituye regulación de la función electoral ni, por lo mismo, mecanismo de elección. En este sentido, su aplicación no desconoce la soberanía ni sustituye la voluntad popular.

4.4. Porque el sorteo no afecta ninguna de las variables del sistema electoral adoptado en la Constitución (circunscripciones, forma de las candidaturas, forma de la votación, umbrales, ni fórmulas electorales), puesto que se trata de una regla administrativa prevista por el legislador para resolver durante el escrutinio los casos de empate entre candidatos a cargos o corporaciones de elección popular.

En este sentido se trata de una regulación totalmente ajena al sistema electoral que el ordenamiento jurídico ha previsto para la elección de los servidores que la Constitución señala como de elección popular y, en particular, de las fórmulas o reglas de decisión. Por el contrario, el empate a que se refiere la disposición acusada es precisamente resultado de la aplicación de las variables del sistema electoral, entre ellas, de las fórmulas o reglas de decisión mayoritarias y proporcionales previstas en el ordenamiento jurídico.

4.5. Porque corresponde al legislador, en ejercicio del amplio margen de configuración del proceso electoral y de cada una de sus etapas, establecer las reglas de validez de los votos y de las votaciones, de su contabilización y cómputo, de las consecuencias de su incumplimiento, de la declaración de resultados, de los mecanismos de control administrativo y judicial, etc. Dentro de dicho margen, el legislador ha previsto diversas soluciones aplicables durante el escrutinio para superar situaciones problemáticas, como el azar para excluir del cómputo las tarjetas de votación depositadas en exceso en las urnas, la exclusión de los votos depositados en las mesas cuyas actas de escrutinio no sean entregadas oportunamente a los funcionarios de la Registraduría, etc., y el sorteo como mecanismo para dirimir los casos de empate entre dos o más candidatos y garantizar, de esa manera, las finalidades del proceso electoral;

El desempate por sorteo que prevé el artículo 183 del Código Electoral constituye, en consecuencia, un mecanismo procesal administrativo al que pueden recurrir las autoridades electorales durante la etapa del escrutinio[55], es decir, luego de realizada y concluida la votación propia del correspondiente proceso electoral, en el que los candidatos tuvieron igual oportunidad de exponer sus proyectos o programas, de controvertir el de sus

adversarios y de buscar el voto de los ciudadanos, y en el que estos, a su vez, tuvieron oportunidad de depositar libremente sus votos entre las distintas alternativas propuestas a la ciudadanía.

Debe recordarse que este mecanismo ha sido diseñado por el legislador democrático precisamente con la finalidad de garantizar que el proceso electoral cumpla su objeto, al prever una regla para que concluya con la declaratoria de la elección en los casos en que, en una votación popular, dos o más candidatos obtengan igual número de votos. Dicha declaratoria, a su vez, se encuentra sometida a control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237-7 de la Constitución.

Cabe concluir, en consecuencia, que el sorteo constituye una regla procedimental administrativa que el legislador, dentro del margen de configuración del procedimiento administrativo electoral, ha adoptado entre múltiples posibilidades de regulación[56], en una materia que no fue prevista por el constituyente. Bien hubiera podido el legislador disponer la repetición de las elecciones hasta que se impusiera un ganador, pero decidió instituir el sorteo para lograr el desempate y eso cabe dentro de su facultad configurativa[57], en la medida en que no desconoce el resultado de las elecciones, sino que, por el contrario, pretende garantizar que el proceso electoral cumpla sus finalidades en el supuesto específico de un empate en el número de votos obtenido por los candidatos en una elección.

Entre los diferentes métodos de desempate, se reitera, el legislador optó por el sorteo y no por la repetición de la elección o de la votación, siendo ellas opciones plausibles entre muchas otras posibilidades.

Ahora bien, frente a la pretensión del demandante en el sentido de que las únicas opciones constitucionalmente admisibles son la segunda vuelta electoral o la repetición de la elección, ha de precisarse que la primera opción solo se encuentra prevista en la Constitución para las elecciones presidenciales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 190 de la Carta Política y, a partir de 2023, para la elección de Alcalde Mayor de Bogotá, de conformidad con el reciente Acto Legislativo 03 de 2019. El artículo 158 constitucional, por su parte, establece que se debe repetir la votación por una sola vez cuando del total de

votos válidos los emitidos en blanco constituyan la mayoría, posibilidad que se aleja claramente del supuesto de empate alrededor del cual gira la presente demanda de inconstitucionalidad.

No le corresponde a la Corte extender dichas soluciones al caso de empate, ni siquiera en los casos en que en la segunda vuelta de una elección presidencial o de Alcalde Mayor de Bogotá, los dos candidatos con derecho a participar en ella resulten empatados, pues así no lo ha previsto el constituyente ni el legislador. En tales casos procede, conforme a la legislación electoral vigente, la aplicación del artículo 183 del Código Electoral.

4.6. Porque los candidatos empatados tienen iguales posibilidades de obtener la elección, como ocurriría en una nueva votación, con la diferencia de que la nueva votación no necesariamente garantiza el desempate, sin importar cuantas veces se repita la votación. Constituye, en consecuencia, una regla razonable que permite garantizar la finalidad de las elecciones mediante un mecanismo que preserva la igualdad entre los contendientes y favorece la neutralidad ante quienes tienen igual posibilidad de resultar elegidos y, por lo mismo, evita injerencias extrañas de interesados en inclinar la balanza a favor de alguna de las opciones empatadas, lo que revela el valioso carácter igualitario del sorteo.

4.7. Por todo lo expuesto, la Corte concuerda con la mayoría de los intervinientes y el Procurador General de la Nación, en cuanto exponen que la disposición acusada no contradice el modelo de democracia incorporado en la Constitución de 1991, ni su carácter participativo, ni sustituye la voluntad popular como fuente del poder político ni, mucho menos, el derecho de los ciudadanos a elegir directamente a los servidores que la Constitución señala como de elección popular.

5. El empate a que se refiere la disposición demandada presenta especificidades, según se trate de cargos uninominales o de corporaciones públicas, por razón de los umbrales y las fórmulas electorales o reglas de decisión contemplados en el actual sistema electoral.

En la elección de cargos uninominales -incluidos los cargos de presidente de la República y de Alcalde Mayor de Bogotá cuando sean elegidos en segunda vuelta, en la que se aplica el sistema de mayoría relativa o simple-, se declarará electo al candidato que obtenga la mayor cantidad de votos. En este tipo de elecciones, el empate se presentará cuando dos o más candidatos obtengan igual número de votos.

En la elección de corporaciones públicas, por el contrario, las curules se distribuirán, mediante la aplicación de fórmulas o reglas proporcionales (cifra repartidora o cociente)[58], entre todas las listas que superen un mínimo de votos (umbral), excepto: (i) cuando ninguna supere el umbral, caso en el cual se distribuirán entre todas las inscritas de acuerdo con la regla de asignación que corresponda, y (ii) en las circunscripciones en las que se elige un miembro, en cuyo caso la curul se adjudicará a la lista que obtenga la mayor cantidad de votos.

Conforme a las fórmulas electorales o reglas de decisión aplicables durante el escrutinio de los votos depositados para la elección de corporaciones públicas, el empate entre las listas que compiten por las curules podría presentarse en dos escenarios diferentes, según se asignen acudiendo a fórmulas proporcionales o a la regla de mayoría, a saber: (i) cuando se trate de fórmulas proporcionales (cifra repartidora o cociente electoral), dado que las curules se distribuyen entre todas las listas que superen el umbral o entre todas las inscritas cuando ninguna lo supere, el empate se presentará cuando dos o más listas tengan derecho a la última curul luego de realizada la operación que permita establecer cuántas veces está contenida la cifra repartidora o el cociente en el total de votos de cada lista, y (ii) cuando se trate de la regla de mayoría, aplicable en todos los casos en que se elige una curul[59], el empate se presentará cuando dos o más listas hubieren obtenido igual número de votos. El artículo 183 del Código Electoral, en consecuencia, permite resolver los empates tanto en la elección de candidatos a cargos uninominales como en la distribución de curules en las corporaciones públicas.

En el primer escenario, sin embargo, el empate en el derecho a la última curul no necesariamente corresponde a un empate en el número de votos obtenidos por las listas, razón por la que la curul se adjudicará a la lista que presente una mayor fracción decimal en el resultado de la mencionada operación. Así las cosas, al sorteo sólo se acudirá en caso de que persista el empate.

La Sentencia C-1081 de 2005 constituye, sin duda, un precedente aplicable al examen de la disposición demandada, el cual hace referencia a casos de empate cuando varias listas obtienen derecho a la última curul, situación que, como ya se dijo, no necesariamente corresponde a un empate entre listas en cuanto al total de votos obtenidos por ellas.

El Consejo de Estado, por su parte, ha acudido a la regla de mayoría para resolver este tipo de situaciones en la aplicación de la cifra repartidora, como lo hizo en la sentencia de abril veinticuatro (24) de dos mil ocho (2008), mediante la cual decidió la demanda de nulidad de la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral para el período 2006 - 2010[60].

Cabe concluir, en consecuencia, que el problema que se presenta cuando más de una lista obtiene derecho a la última curul, se resuelve adjudicándola, como ha dicho el Consejo de Estado, “a la lista con mayor fracción decimal”, a menos que se presente empate en dicho residuo, caso en el cual se aplicará el sorteo previsto en el artículo 183 del Código Electoral.

10. Síntesis de la decisión

Al decidir la presente demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 183 del Código Electoral, el cual consagra el sorteo como mecanismo de desempate en las elecciones populares en las que dos o más candidatos o listas obtengan igual número de votos, la Corte resuelve declarar, por los cargos analizados, la exequibilidad de la mencionada disposición, con fundamento en las siguientes consideraciones:

(i) El sorteo, como se encuentra regulado en el artículo demandado, no afecta el derecho de los ciudadanos a elegir directamente a los servidores públicos que la Constitución señala como de elección popular y, en ese sentido, no altera el modelo de democracia adoptado en la Constitución.

Los candidatos que, como consecuencia de la votación popular, obtienen igual respaldo ciudadano, se encuentran en igualdad de condiciones, ostentan igual legitimidad democrática para el ejercicio del cargo y, por lo mismo, su declaratoria de elección, en el evento de que el sorteo los favorezca, reposa sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que se retrotrae al pueblo.

(ii) El sorteo no forma parte de la regulación de la función electoral ni constituye mecanismo de elección. En este sentido, su aplicación no desconoce la soberanía ni sustituye la voluntad popular.

(iii) Se trata, por el contrario, de una regulación totalmente ajena al sistema electoral que el ordenamiento jurídico ha previsto para la elección de los servidores que la Constitución señala como de elección popular y, en particular, de las fórmulas o reglas de decisión. El empate al que se refiere la disposición acusada es precisamente resultado de la aplicación de las variables del sistema electoral, entre ellas, de las fórmulas o reglas de decisión mayoritarias y proporcionales previstas en el ordenamiento jurídico.

(iv) El sorteo constituye una regla procedimental administrativa que el legislador, dentro del margen de configuración del procedimiento administrativo electoral, ha adoptado entre múltiples posibilidades de regulación, en una materia que no fue prevista por el constituyente.

Ahora bien, frente a la pretensión del demandante en el sentido de que las únicas opciones constitucionalmente admisibles son la segunda vuelta electoral o la repetición de la elección, ha de precisarse que la primera opción solo se encuentra prevista en la Constitución para las elecciones presidenciales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 190 de la Carta Política y, a partir de 2023, para la elección de Alcalde Mayor de Bogotá, de conformidad con el reciente Acto Legislativo 03 de 2019. El artículo 158 constitucional, por su parte, establece que se debe repetir la votación por una sola vez cuando del total de votos válidos los emitidos en blanco constituyan la mayoría, posibilidad que se aleja claramente del supuesto de empate alrededor del cual gira la presente demanda de inconstitucionalidad.

No le corresponde a la Corte extender dichas soluciones al caso de empate, ni siquiera en los casos en que en la segunda vuelta de una elección presidencial o de Alcalde Mayor de Bogotá, los dos candidatos con derecho a participar en ella resulten empatados, pues así no lo ha previsto el constituyente ni el legislador. En tales casos procede, conforme a la legislación electoral vigente, la aplicación del artículo 183 del Código Electoral.

(v) El empate a que se refiere la disposición demandada presenta especificidades, según se trate de cargos uninominales o de corporaciones públicas, por razón de los umbrales y las fórmulas electorales o reglas de decisión contemplados en el actual sistema electoral.

En la elección de cargos uninominales -incluidos los cargos de presidente de la República y de Alcalde Mayor de Bogotá cuando sean elegidos en segunda vuelta, en la que se aplica el

sistema de mayoría relativa o simple-, se declarará electo al candidato que obtenga la mayor cantidad de votos. En este tipo de elecciones, el empate se presentará cuando dos o más candidatos obtengan igual número de votos.

En la elección de corporaciones públicas, por el contrario, las curules se distribuirán, mediante la aplicación de fórmulas o reglas proporcionales (cifra repartidora o cociente)[61], entre todas las listas que superen un mínimo de votos (umbral), excepto: (i) cuando ninguna supere el umbral, caso en el cual se distribuirán entre todas las inscritas de acuerdo con la regla de asignación que corresponda, y (ii) en las circunscripciones en las que se elige un miembro, en cuyo caso la curul se adjudicará a la lista que obtenga la mayor cantidad de votos.

Conforme a las fórmulas electorales o reglas de decisión previstas en el artículo 263 de la Constitución para la elección de corporaciones públicas, el empate entre las listas que compiten por las curules podría presentarse en dos escenarios diferentes, según se asignen acudiendo a fórmulas proporcionales o a la regla de mayoría, a saber: (i) cuando se trate de fórmulas proporcionales (cifra repartidora o cociente electoral), dado que las curules se distribuyen entre todas las listas que superen el umbral o entre todas las inscritas cuando ninguna lo supere, el empate sólo se presentará cuando dos o más listas tengan derecho a la última curul por compartir la misma cifra o cociente, incluidas las fracciones decimales, y (ii) cuando se trate de la regla de mayoría, aplicable en todos los casos en que se elige una curul[62], el empate se presentará cuando dos o más listas hubieren obtenido igual número de votos.

En consecuencia, concluye que el artículo 183 del Código Electoral es exequible de manera pura y simple por los cargos estudiados, y así procede a declararlo en la parte resolutive de esta providencia.

VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

PRIMERO. – LEVANTAR la suspensión de términos ordenada por la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante Auto 305 de 2017, en relación con el expediente radicado bajo el número D-11.996.

SEGUNDO. – Declarar EXEQUIBLE el artículo 183 del Decreto 2241 de 1986 “Por el cual se adopta el Código Electoral”, por los cargos analizados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Presidenta

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de Voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de Voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-497/19

Expediente: D-11996

Magistrado ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena, suscribo este salvamento de voto en relación con la providencia de la referencia. Considero que los pretendidos cargos de inconstitucionalidad presentados por el accionante no eran aptos, pues (i) la presunta violación del preámbulo y de los artículos 303 y 314 de la Constitución carece del concepto de la violación, (ii) la supuesta violación de los artículos 4 y 260 carece de certeza y, por último, (iii) la pretendida violación de los artículos 1, 2, 13, 29, 40, 258 y 260 de la Constitución carece de especificidad y pertinencia. Por estas razones, el fallo debió ser inhibitorio.

2. Los pretendidos cargos por violación del preámbulo y del artículo 303 y 314 de

la Constitución Política carecen del requisito de argumentación exigido por el artículo 2.3. del Decreto 2067 de 1991. El demandante señala que el artículo 183 del Código Electoral viola las normas constitucionales señaladas. Sin embargo, no aporta argumentos en relación con la presunta incompatibilidad de la norma legal con tales artículos de la Constitución. En el caso del preámbulo, el demandante guarda silencio, y, respecto a los artículos 303 y 314 de la Constitución, se limita a enunciar la aparente contradicción. Por esta razón, no cumple con la carga que le corresponde al demandante de exponer “las razones por las cuales dichos textos se estiman violados”.

3. Los pretendidos cargos por violación de los artículos 4 y 260 de la Constitución Política carecen de certeza. Según el demandante, la norma sub judice desconoce los artículos 4 y 260 de la Constitución, por cuanto, en su opinión, con la norma sub judice (i) “se tendrá que decidir a la ‘suerte’ el destino de un departamento o un municipio aun cuando sea otra la voluntad de la mayoría” y (ii) se “desdibuja todo cometido estatal involucrando hacia un Estado Autoritario que, en el caso concreto [...] escoja al funcionario que en síntesis debió escogerse popularmente para que gobierne aun en contra de la voluntad de la mayoría”. Estos argumentos se basan en suposiciones y conjeturas sobre la disposición demandada, razón por la cual no constituyen un cargo cierto en contra del artículo 183 del Código Electoral.

4. Los pretendidos cargos en contra de los artículos 1, 2, 13, 29, 40, 258 y 260 de la Constitución Política carecen de especificidad y pertinencia. El actor sustenta los supuestos cargos por violación de los artículos 1, 2, 13, 29, 40, 258 y 260 en afirmaciones vagas y generales que carecen de naturaleza constitucional. Así, el demandante presenta argumentos fundamentados en: (i) lo que “a su juicio” o a “[su] manera de ver, como seguramente lo perciben otras personas [...] desea el electorado”; (ii) su opinión respecto de la forma en la cual debió regularse el empate, “incluso desde la misma Constitución”, mediante “una segunda vuelta (al igual que en las elecciones presidenciales)”; (iii) un argumento histórico, esto es, que la Asamblea Nacional Constituyente se haya elegido mediante “elecciones” celebradas el 9 de diciembre de 1990; (iv) una aparente oposición de la norma sub judice con “la norma de más jerarquía nacional [y con] los diversos Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia”, sin precisar cuáles son, ni de qué forma se presenta dicha oposición; (v) la consideración de que el sorteo es “un método tan arcaico e irresponsable” y (iv) el supuesto desconocimiento de “la voluntad del pueblo”.

Por lo anterior, se advierte que estos argumentos son vagos y no son de naturaleza constitucional, por lo que no dan cuenta de una oposición objetiva y verificable entre el contenido normativo del artículo 183 del Código Electoral y tales artículos de la Constitución Política.

5. Por las anteriores razones, considero que la Sala Plena ha debido proferir un fallo inhibitorio en el asunto sub judice.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA C-497/19

Comparto la decisión de declarar la exequibilidad del artículo 183 del Decreto 2241 de 1986 “Por el cual se adopta el Código Electoral”. Sin embargo, he considerado necesario presentar algunas observaciones particulares que, a mi juicio, exigían una consideración especial por parte de la Sala Plena.

1. La sentencia C-1081 de 2005 adelantó el control automático, integral y definitivo del Reglamento 01 de 2003 adoptado por el Consejo Nacional Electoral con fundamento en el artículo 12 del Acto Legislativo No. 01 del 3 de julio de 2003. El artículo 18 de ese cuerpo normativo estableció que “[s]i aplicada la cifra repartidora resultare que varias listas obtuvieren derecho a la última curul a proveer, ésta se asignará a la que tenga la mayor fracción decimal”. Luego de ello dispuso que en caso de persistir un empate “se asignará por sorteo en los términos señalados por el artículo 183 del Código Electoral”.

2. Al juzgar tal disposición, este tribunal motivó su decisión de declararla exequible indicando lo siguiente:

“El artículo 18 establece la fórmula para resolver el empate que pueda presentarse en la

adjudicación de la última curul por proveer. La norma asegura que la curul será de la lista cuya votación, luego de aplicar la cifra repartidora, tenga la mayor cifra decimal. Esta solución, similar a la prevista para asignar curules que han quedado sin proveer, refleja la intención de que las listas con mayor representatividad popular –reflejada en la mayor cifra decimal, luego de aplicar la cifra repartidora- sean las favorecidas con la asignación. En este sentido, la norma refleja la intención general de la reforma constitucional, consistente en que, para fortalecer los partidos y elevar los niveles de representatividad del pueblo en los cargos de elección popular, sean las listas con mayor apoyo las que accedan a dichos cargos, evitando así que listas minoritarias, pobremente soportadas en la voluntad popular, accedan a los escaños por vía de los residuos.

Ahora bien, frente a la hipótesis de que el empate subsista, luego de aplicar la cifra repartidora, la norma ordena la remisión al artículo 183 del Código Nacional Electoral que, literalmente, dispone:

CÓDIGO ELECTORAL. ARTICULO 183. Si el número de votos a favor de dos (2) o más candidatos o listas fuere igual, la elección se decidirá a la suerte, para lo cual, colocadas en una urna las papeletas con los nombres de los candidatos o de quienes encabezan las listas que hubiesen obtenido igual número de votos, un ciudadano designado por la corporación escrutadora extraerá de la urna una de las papeletas. El nombre que ésta contuviere será el del candidato o lista a cuyo favor se declara la elección.

La Corte Constitucional no encuentra que dicha remisión se contraponga a ninguna disposición superior. Por el contrario, estima que ante la inviabilidad de -convocar nuevamente a los electores para que diriman el empate, el mecanismo de la suerte –siempre y cuando se respeten todas las garantías para evitar la intromisión de la voluntad humana-, constituye una alternativa sensata en la solución de dicha paridad.

Esta Corporación considera que la norma no es inconstitucional y por eso declarará exequible el artículo 18 del Reglamento 01 de 2003 del Consejo Nacional Electoral” (Negrillas no hacen parte del texto original).

2. La sentencia C-497 de 2019 indicó que del pronunciamiento transcrito se desprendía un precedente relevante. A mi juicio, el examen más detallado de la situación exigía concluir que la categoría correcta para describir el fenómeno al que se enfrentaba la Corte era la

cosa juzgada constitucional. De eso se trataba dado que en desarrollo del control automático, integral y definitivo que tuvo lugar en la sentencia C-1081 de 2005[63], se había concluido que la “regla del sorteo” en los casos de empate, resultaba compatible con toda la Constitución. A pesar de que en esa ocasión la valoración de este tribunal obedeció a la remisión que al artículo 183 del Decreto 2241 de 1986 hacia el artículo 18 de la Resolución del Consejo Nacional Electoral antes referida, no podía la Corte desconocer que materialmente la misma regulación había sido objeto de un pronunciamiento previo.

3. Si bien en estricto sentido no constituía un caso de cosa juzgada formal debido a que el artículo 183 del Decreto 2241 de 1986 no fue objeto de un pronunciamiento específico en la parte resolutive de la sentencia C-1081 de 2005, la Corte ha debido considerar con detalle si se trataba de un evento de cosa juzgada material. A mi juicio, era ello lo que ocurría debido a la identidad en el objeto de control y a que la decisión previa había sido el resultado de un control automático, definitivo e integral.

5. No desconozco que la tesis propuesta en la sentencia C-497 de 2019 según la cual la C-1081 de 2005 constituía un precedente relevante, refleja el compromiso de seguir la regla de la decisión allí establecida, tal y como ello finalmente ocurrió. Sin embargo, aunque el resultado en casos como este sea equivalente, la potencia de dicho compromiso no es idéntica a la que existe cuando se afirma la configuración de una cosa juzgada y, en consecuencia, la Corte ha debido ocuparse en detalle de ese problema. Le correspondía explicar (i) si dicho fenómeno se presentaba y, en ese contexto, (ii) establecer si el pronunciamiento del año 2005 había comprendido solo algunos de los supuestos en los que la regla del sorteo era aplicable -cosa juzgada relativa-. Sin embargo, sobre ello guardó silencio.

6. Es cierto que las decisiones de un tribunal como la Corte Constitucional no constituyen una barrera que le impida posteriormente introducir matices, realizar variaciones, diferenciar supuestos, presentar razones nuevas o separarse de argumentos anteriores. Sus competencias para interpretar la Constitución, así como la naturaleza de la Carta, excluyen la idea de permanencia indefinida o de inamovilidad. Sin embargo, la estabilidad y la certidumbre son objetivos que tienen un valor considerable en la práctica constitucional de un órgano de cierre de la jurisdicción. La adecuada armonización de los principios que juegan a favor de la permanencia con aquellos que apoyan el cambio es una tarea

especialmente compleja que supone una enorme responsabilidad. Un primer paso, quizás el más importante, es que seamos sensibles a las categorías que ha identificado este tribunal para asegurar la vigencia en el tiempo de sus decisiones y, al mismo tiempo, hacer posibles los cambios cuando buenas y poderosas razones puedan justificarlas. Creo que ello no fue lo que ocurrió en esta oportunidad.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] Con fundamento en el artículo transitorio 5 del Decreto 2067 de 1991, incorporado mediante el Decreto 889 de 2017.

[2] De que trata el literal k) del artículo 1 y el inciso 3 del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2016

[3] Artículo 183 del Decreto Ley 2241 de 1996

[4] Ver Sentencias C-189, C-250 y C-557 de 1994, C-217 de 1996, C-032, C-232, C-456 y C-472 de 1997, C-602, C-740 y C-927 de 2000, C-621 de 2004, C-061 de 2005, C-790 y C-990 de 2006, C-094 y C-909 de 2007, C-230A de 2008, C-062, C-384 y C-522 de 2009.

[5] Ver Sentencia C-926 de 2006 entre muchas otras.

[6] Doctrina reiterada, entre otras, en las Sentencias C-281 de 1994 y C-955 de 2001. En esta última providencia dijo la Corte: “(...) el proceso de tránsito constitucional no implica una abolición total del régimen jurídico preexistente, sino una exigencia de subordinación del mismo a los cánones del nuevo esquema superior”.

[7] Sentencia C-486 de 1993

[8] Por tratarse de una regla que forma parte del escrutinio de los votos depositados por los ciudadanos en ejercicio de la función electoral.

[9] Sentencia C-145 de 1994: “(...) a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales, en el caso de las funciones electorales, la ley estatutaria debe regular no sólo los elementos esenciales de las mismas sino todos aquellos aspectos permanentes

para el ejercicio adecuado de tales funciones por los ciudadanos, lo cual incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, (...). Por su propia naturaleza, la ley estatutaria de funciones electorales es entonces de contenido detallado. Esto no impide que de manera excepcional ciertas materias electorales puedan ser reguladas mediante leyes ordinarias. Así, hay disposiciones que corresponden a aspectos puramente operativos para facilitar la realización de una elección concreta y guardan conexidad con el tema electoral sin ser en sí mismas funciones electorales, como la autorización de una apropiación presupuestal para financiar unas elecciones determinadas. Tales materias pueden ser reguladas mediante leyes ordinarias y no requieren del trámite de una ley estatutaria”

[10] Sentencias C-818 de 2011 y C-283 de 2017.

[11] Sentencia C-1052 de 2001.

[12] Sentencia C-283 de 2014.

[13] Como mecanismo para decidir a quién se declara elegido en una elección popular en la que el número de votos depositados por dos o más candidatos fuere igual.

[15] PLATON, La República, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, III, Libro VIII – 557 a, pág. 73.

[16] ARISTOTELES, La política, Barcelona, Bruguera, 1981, Libro VI. II, pág. 244.

[17] ARISTOTELES, Retórica, Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, Libro I – 8, pág. 44.

[18] JENOFONTE y PSEUDO – JENOFONTE, La república de los lacedemonios y La República de los atenienses, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 85.

[19] MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes I, Madrid, SARPE, Libro II, capítulo II, pág. 42.

[20] JEAN – JACQUES ROUSSEAU, El contrato social o Principios del Derecho Político, Madrid, Tecnos, 2009, Libro Cuarto, capítulo III, pág. 126.

[21] BERNARD MANIN, Los principios... pág. 99.

[22] Acerca de estas teorías y su evaluación crítica puede consultarse a SEBASTIAN LINARES, Democracia participativa epistémica, Madrid, Marcial Pons, 2017, págs. 172 y ss.

[23] BERNARD MANIN, Los principios... pág. 39.

[24] BERNARD MANIN, Los principios... pág. 49.

[25] EDMUND BURKE, Reflexiones sobre la revolución en Francia, Madrid, Alianza Editorial, 2013, págs. 91 y 92.

[26] DAVID VAN REYBROUCK, Contra las elecciones... pág. 97.

[27] BERNARD MANIN, Los principios... págs. 108 y ss.

[28] Ibídem, págs. 104 y 105.

[29] Ibídem, pág. 19.

[30] DAVID VAN REYBROUCK, Contra las elecciones... págs. 115 y 116.

[31] Véase SEBASTIAN LINARES, Democracia participativa epistémica... pág. 183.

[32] Sentencia C-180 de 1994.

[33] Sentencia C-150 de 2015.

[34] Sentencia C-475-97: “La Corte Constitucional, en numerosas oportunidades ha señalado que los derechos constitucionales no tienen carácter absoluto, sino que éstos contienen “estándares de actuación”[34], de suerte que el legislador pueda armonizar los distintos derechos y valores constitucionales”.

[35] ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional No. 59, página 13.

[36] Sentencia C-145-94

[37] Artículo 18 CP, Parágrafo: “Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años”.

[38] ARTÍCULO 100 CP, inciso tercero: Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital.

[39] “Para los colombianos residentes en el exterior existirá una circunscripción internacional mediante la cual se elegirá un Representante a la Cámara.

En ella solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior.

[40] Artículos 78 del Código Electoral, 13 del Decreto 011 de 2014, 48 y 49 de la Ley 1475 de 2011,

[41] Artículo 10 Ley 6 de 1990; Ley 1227 de 2008; Artículo 14 del Decreto 011 de 2014; artículo 85 del Código Electoral (en la forma como fue modificado por el Artículo 9 de la Ley 6 de 1990).

[42] Artículo 258 de la Constitución y leyes 892 de 2001 y 1475 de 2011.

[44] Artículos 190, 262 y 323 de la Constitución, 111 y 207 del Código Electoral y 51 de la Ley 1475 de 2011.

[45] Sentencias T-049-93, C-179-94, SU-747-98, entre otras.

[46] Sentencia C-142-01.

[47] Sentencias C-551 de 2003 y C-1081 de 2005.

[48] Artículo 190 de la Constitución

[49] El Consejo de Estado ha dicho que “La etapa poselectoral, que inicia una vez se cierra la jornada electoral, comprende el escrutinio de los votos depositados en determinada elección, es decir, su calificación (validez) y cuantificación (cantidad)” Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 1 de noviembre de 2012. Radicación número:

11001-03-28-000-2010-00086-00.

[50] Decreto Ley 2241 de 1986, Título VII, Artículos 134 y s.s.

[51] La cifra repartidora se aplicará, por regla general, en la asignación de curules en todas las corporaciones, excepto en la circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas y en las circunscripciones en las que se eligen dos miembros –en las que se seguirá aplicando el cociente electoral-, y en las que se elige uno, como en la circunscripción internacional por los colombianos residentes en el exterior –en las que se aplicará el sistema de mayoría simple o relativa-.

[52] De conformidad con lo dispuesto en los artículos 263 de la Constitución y 7 del Código Electoral.

[53] Como ocurre en la circunscripción internacional de la Cámara para la elección del representante de los colombianos residentes en el exterior.

[54] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Bogotá D. C., abril veinticuatro (24) de dos mil ocho (2008). Procesos números:1100103280002006-00175 01 a 181 y 186. Radicados Internos. 2006- 4127 a 4132, 4124 y 4140.

[55] Ubicada en el Título VII, correspondiente a los “Escrutinios”, y en el Capítulo V sobre “Escrutinios Generales”.

[56] Sentencia C-150 de 2015.

[57] Sobre el particular ha dicho la Corte (C-150 de 2015) que “el margen de acción del legislador es amplio o estrecho dependiendo del grado de precisión utilizado en la Carta”. Ciertamente, al adoptar la regulación, el legislador no puede desconocer el modelo de democracia participativa y pluralista, ni los derechos de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, ni las variables del sistema electoral, ni los mecanismos democráticos de participación ciudadana, previstos en la Constitución, sin perjuicio de que, en ejercicio de su competencia, pueda optar entre “diferentes estrategias de optimización del principio democrático y de los derechos subjetivos que al mismo se adscriben”. El legislador, dentro del margen de configuración del derecho que la

Constitución le atribuye, se encuentra habilitado para incorporar alternativas para “enfrentar las tensiones que se puedan suscitar” como consecuencia del resultado en las elecciones de los cargos de elección popular, particularmente cuando dos o más candidatos obtienen igual número de votos, margen legislativo que en ningún caso la permite afectar el modelo democrático y de participación decidido por el constituyente.

[58] La cifra repartidora se aplicará, por regla general, en la asignación de curules en todas las corporaciones, excepto en la circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas y en las circunscripciones en las que se eligen dos miembros –en las que se seguirá aplicando el cociente electoral-, y en las que se elige uno, como en la circunscripción internacional por los colombianos residentes en el exterior –en las que se aplicará el sistema de mayoría simple o relativa-.

[59] Como ocurre en la circunscripción internacional de la Cámara para la elección del representante de los colombianos residentes en el exterior.

[60] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Bogotá D. C., abril veinticuatro (24) de dos mil ocho (2008). Procesos números:1100103280002006-00175 01 a 181 y 186. Radicados Internos. 2006- 4127 a 4132, 4124 y 4140.

[61] La cifra repartidora se aplicará, por regla general, en la asignación de curules en todas las corporaciones, excepto en la circunscripción especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas y en las circunscripciones en las que se eligen dos miembros –en las que se seguirá aplicando el cociente electoral-, y en las que se elige uno, como en la circunscripción internacional por los colombianos residentes en el exterior –en las que se aplicará el sistema de mayoría simple o relativa-.

[62] Como ocurre en la circunscripción internacional de la Cámara para la elección del representante de los colombianos residentes en el exterior.

[63] En la sentencia C-1081 de 2005 explicó la Corte: “Mediante Sentencia C-155 de 2005, la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 19 del Reglamento N° 01 de 2003 del Consejo Nacional Electoral. Si bien la Corte se inhibió de emitir pronunciamiento de fondo respecto de la disposición acusada, en la

providencia estableció que el Reglamento 01 de 2003, expedido por el Consejo Nacional Electoral, tiene contenido material de ley estatutaria y, por tanto, su revisión es competencia de la Corte Constitucional. (...)”

[64] Sobre el particular pueden consultarse, por ejemplo, las sentencias C-007 de 2016 o C-200 de 2019.