

ACTO DE INSCRIPCION - No es demandable en forma directa / ACCION ELECTORAL - Improcedencia para demandar acto de inscripción

El acto de inscripción es preparatorio dentro de una actuación que culmina con el acto que declara la elección, acto definitivo, que puede ser objeto de control de legalidad a través de la acción de nulidad electoral ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; por ello el acto de inscripción no es atacable en forma directa, ya que cualquier examen o revisión sobre su juridicidad solo es posible cuando se demanda conjuntamente con el acto final, en tanto su cuestionamiento sea parte de los cargos contra este.

SENADOR - Reemplazo por falta temporal / ACTO DE CONTENIDO ELECTORAL - Control de legalidad mediante la acción electoral. Llamamiento de reemplazo de congresista por falta temporal / FALTA TEMPORAL DE CONGRESISTA - Naturaleza del acto de llamamiento. Control de legalidad

De los artículos 1° y 2° del Acto Legislativo 03 de 1993, se desprende que la ocupación de la curul de los miembros de las corporaciones públicas, que se ausenten por razón de una falta temporal, corresponde a quien le sigue en la lista por la que fue elegido, en orden sucesivo y descendente. Ahora bien, el llamamiento, independiente de la forma externa como se realice, es una decisión con poder vinculante, que es lo que caracteriza el acto administrativo en general y por supuesto el electoral, por lo que se concluye que puede ser objeto de demanda en acción de nulidad de carácter electoral.

CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL INDIGENA - Representación en el senado / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Inaplicación del inciso final del artículo 92 del Código Electoral por ser contrario al 261 constitucional / REPRESENTACION INDIGENA EN EL SENADO - Derogatoria de norma que establece número de integrantes de la lista / FALTA TEMPORAL - Llamamiento al tercero de la lista. Circunscripción nacional indígena

Considera el demandante que el número máximo de personas que deben integrar la lista a inscribir por la circunscripción nacional indígena no puede ser superior a dos, por lo que Jamiy Muchavisoy no tenía vocación para ser llamado a ocupar temporalmente la curul, ya que ocupaba el tercer renglón de la lista y por ello su candidatura se torna inexistente. A pesar de haberse modificado la norma categóricamente que suprimió los suplentes, la regulación permanece sustancialmente idéntico. En efecto, una vez reconocida la representación popular a un elegido sus faltas temporales y absolutas solo pueden ser suplidas por los miembros de su lista en el orden previsto en la norma, habida cuenta de que no existen suplentes. Tampoco podrá ser reemplazo por un candidato integrante de otra lista porque ello no corresponde a los supuestos fácticos de la norma. En el caso concreto de la circunscripción especial indígena, cuyo número de miembros a elegir para la Corporación Senado de la República es de dos, habría lugar a hipótesis en las cuales sería inaplicable el precepto constitucional del artículo 261 citado, subrogado por el artículo 2 del Acto Legislativo 3 de 1993. Efectivamente si la lista inscrita solo puede ser integrada por dos personas y las mismas resultan elegidas y, a su turno, deben retirarse en las circunstancias

descritas en el Código por configurarse una ausencia temporal o definitiva, desaparecería la representación de los indígenas en el Senado, lo cual es contrario a claros preceptos constitucionales, incluyendo el del artículo 261. La Constitución nacional en su artículo 4° dispone: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley y otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Así, la Constitución debe prevalecer siempre, en caso de contradicción con cualquiera otra norma jurídica, tal como lo ha resuelto la jurisprudencia de la Corporación en forma reiterada y permanente. En consecuencia, la Sala constata que la disposición del inciso final del artículo 92 del Código Electoral, resulta derogada por ser contraria al artículo 261 de la Constitución Nacional, por lo que no prospera el cargo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICA

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Radicación número: 2182

Actor: GABRIEL MUYUY JACANAMEJOY

Demandado: MARCELIANO JAMIOY MUCHAVISOSY

Cumplido el trámite de ley, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El ciudadano Gabriel Muyuy Jacanamejoy, en ejercicio de la acción de nulidad electoral y mediante apoderado debidamente constituido, solicitó las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. - Que se declare la nulidad del acto jurídico complejo integrado por la inscripción, la resolución número 049 de Octubre 20 de 1998 con la cual la Comisión de la Mesa Directiva del Honorable Senado de la república dispuso dar posesión al señor MARCELIANO JAMIOY MUCHAVISOSY como Senador de la República, quien figura en el tercer renglón de la lista, por la circunscripción especial por las Comunidades Indígenas, y el acto de posesión del citado

ciudadano como Senador de la República efectuada en sesión plenaria de la corporación de la misma fecha.

Subsidiariamente, y en el evento en que la Honorable Corporación considere que no es viable emitir pronunciamiento de fondo sobre alguno o algunos de los actos así impugnados, respetuosamente solicito se entienda como demandado el acto administrativo o los actos administrativos por medio del cual o de los cuales el señor MARCELIANO JAMIOY MUCHAVISIOY fue vinculado jurídicamente al Senado de la República mediante el llamado para ocupar la plaza vacante de senador por la circunscripción nacional especial para comunidades indígenas, en remplazo del señor MARTIN EFRAIN TENGANA NARVAEZ, cabeza de lista, cuya elección se encuentra demandada y suspendida provisionalmente en proceso separado. El acto administrativo que hizo el llamado y dispuso la posesión, lo fue la resolución número 049 de octubre 20 de 1998 mencionada en este acápite.

SEGUNDA. Que se disponga la cancelación de la respectiva credencial.

TERCERA. Que como consecuencia de todo lo anterior, se declare elegido a GABRIEL MUYUY JACANAMEJOY, ciudadano colombiano, de condiciones civiles conocidas en el proceso, como SENADOR DE LA REPUBLICA para el período constitucional 1998 - 2002, por la circunscripción nacional especial para comunidades indígenas, por el Movimiento Indígena Colombiano, y se ordene la expedición de la credencial correspondiente."

De los hechos de la demanda, se sintetizan los siguientes:

1. Afirma el accionante que para proveer los 2 cargos en el Senado de la República por la denominada Circunscripción Nacional Especial por Comunidades Indígenas, se postularon 4 listas, que por movimiento y cabeza de lista se identificaron, en orden de votación obtenida y de acuerdo como aparece en la resolución No. 218 de 15 de abril de 1998, expedida por el Consejo Nacional Electoral, así:

CABEZA DE LISTA

FRANCISCO ROJAS BIRRY
MARTIN EFRAIN TENGANA NARVAEZ
GABRIEL MUYUY JACANAMEJOY
BENJAMIN JACANAMEJOY TISOY

MOVIMIENTO

MOVIMIENTO ALIANZA SOCIAL INDIGENA
AUTORIDADES INDIGENAS DE COLOMBIA
MOVIMIENTO INDIGENA COLOMBIANO MIC
MOVIMIENTO NUEVA FUERZA DEMOCRATICA

2. Que teniendo en cuenta lo anterior, la resolución 218 de 1998 declaró elegidos a los ciudadanos Francisco Rojas Birry y Martín Tengana Nárvaez.

3. Que la lista de las Autoridades Indígenas de Colombia tenía 3 aspirantes, a saber:

1. - MARTIN EFRAIN TENGANA NARVAEZ.
2. - JOSE CRISTOFER OROZCO FRANCO
3. - MARCELIANO JAMIOY MUCHAVISoy

4. - Que la Sección Quinta de esta Corporación, en auto de 21 de mayo de 1998, admitió la demanda contra la nulidad parcial del acto por medio del cual se declaró la elección de Tenganá Nárvaez como Senador de la República, decretando la suspensión provisional del mismo, decisión que fue confirmada en auto del 25 de junio de 1998, el cual se encuentra ejecutoriado; que, por su parte, el segundo renglón de la lista es José Cristofer Orozco Franco, quien renunció ante el Presidente del Senado.

5. Que éste último, mediante acto administrativo que hasta la fecha no ha sido entregado y previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, llamó al demandado a suplir la vacancia temporal ocasionada por la suspensión provisional decretada, quien se posesionó en sesión plenaria, el 20 de octubre de 1998.

6. Que el señor Jamioy Muchavisoy no aceptó su inscripción como candidato al Senado y no reúne el requisito exigido por el artículo 171 de la Constitución Nacional, en cuanto al hecho de que no ha ejercido ningún cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad, ni ha sido líder de una organización indígena.

7. Que como el demandado es el tercero y último renglón en su lista y en caso de confirmarse la suspensión provisional y de prosperar la nulidad aquí planteada, se presentaría la vacancia definitiva en una de las plazas para senador por la circunscripción nacional vigente especial por las comunidades indígenas, "se ha formulado la petición relativa a la declaración de la elección en cabeza del ciudadano GABRIEL MUYUY JACANAMEJOY".

Como normas violadas invocó los artículos 171 - 2 y 5 de la Constitución Nacional; 89 y 92 del decreto 2241 de 1986.

Divide el concepto de violación en tres grandes cargos.

Primer cargo: Violación de los artículos 171 - 2 de la Constitución Nacional y 92 - 2 del Código Electoral.

Afirma la parte demandante que la norma constitucional invocada establece que el Senado de la República estará integrado por 100 miembros elegidos por la circunscripción nacional y 2 adicionales por la especial por comunidades indígenas; que, por su parte, el Código Electoral señala que las listas que se inscriban no podrán contener más candidatos que número de personas por elegir para la respectiva corporación; que como el número de integrantes por los indígenas es de dos, el demandado no tenía vocación para ser llamado a ocupar la curul temporalmente vacante, por cuanto ocupaba el tercer renglón de la lista, siendo inexistente su candidatura.

Segundo Cargo: Violación del artículo 171 - 5 de la Constitución Nacional.

Señala que de la norma invocada se infiere que es requisito para quien aspire a ocupar un cargo por la circunscripción nacional especial por comunidades indígenas el "haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena", calidad que debe acreditarse mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro del Interior; que en el presente caso, la Directora General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, mediante comunicación fechada el 8 de mayo de 1998, manifestó que no ha llegado a esa entidad certificación de organización indígena alguna respecto al demandado, prueba fehaciente de que éste no pudo acreditar la calidad exigida en la oportunidad debida; que además, el propio Gobernador de su comunidad certificó que Jamioy Muchavisoy no había desempeñado, en ninguna época, cargo de autoridad tradicional, por lo que no reunía la calidad constitucional para ser elegido senador por la circunscripción especial indígena, quedando tipificada la causal de nulidad prevista en el artículo

223 - 5 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 228 ibídem.

Tercer cargo: Violación de los artículos 89 y 92 del decreto 2241.

Afirma que la primera norma señala que si el funcionario electoral no ha recibido la aceptación escrita de una candidatura, se entenderá que el candidato no acepta; que la segunda disposición señala que las constancias escritas de aceptación deberán acompañarse con la solicitud de inscripción o presentarse antes del vencimiento del término de dicha inscripción; que el Director Nacional Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en certificaciones fechadas 29 de junio, 21 de agosto y 15 de septiembre de 1998, dirigidas al Presidente del Senado manifestó que Jamioy Muchavisoy no hizo expresa aceptación de su candidatura, hecho que motivó la consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, quien manifestó que la inscripción de candidatos no es acusable mediante el ejercicio de la acción pública electoral, porque su manejo corresponde al régimen previsto en los artículos 192 y 193 del Código Electoral; que previo análisis del concepto anterior, concluye que la falta de aceptación de la candidatura del demandante si es susceptible de invocarse como causal de nulidad, independiente si se surtió o no la causal de reclamación, porque constituye un vicio que le permite a cualquier ciudadano y no únicamente a los candidatos involucrados en el certamen electoral, interponer las acciones públicas que en defensa de la Constitución y la ley consagra y faculta el artículo 40 constitucional; que como el demandado nunca cumplió con el requisito mencionado, no podía ser elegido Senador de la República y carece de vocación para ser llamado a ocupar una suplencia temporal o definitiva.

En cuanto a la procedencia de demandar los actos de inscripción, remite a la providencia de 4 de febrero de 1993, con ponencia de la Dra. Miren de la Lombana de Magyaroff, para concluir que estos son demandables, "por vicios propios de ellos, a condición de demandar también el acto de elección y siempre y cuando se cumplan los presupuestos de la acción de nulidad electoral y trasciendan al acto que declara la elección, como en el presente caso."

Mediante escrito presentado en tiempo, el demandante procedió a corregir la demanda donde manifestó que la Comisión de la Mesa Directiva del Senado de la República, mediante resolución No. 049 del 20 de octubre de 1998, resolvió dar posesión al señor Marceliano Jamioy Muchavisoy, quien figura en tercer renglón de la lista encabezada por el señor Martín Efraín Tenganá Nárvaez, además de adicionar el acápite de pruebas.

Contestación de la demanda:

El demandado Marceliano Jamioy Muchavisoy contestó la demanda, mediante apoderado debidamente constituido, y manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda, por considerar que en el subjuice no se da ninguno de los supuestos que consagra la acción pública electoral, asimilándose más a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a juzgar por las pretensiones solicitadas, en especial la tercera petición.

Afirma que las pretensiones son legalmente improcedentes ya que la inscripción de la lista de candidatos al Senado de la República por el Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia, encabezada por Martín Efraín Tenganá no es un acto administrativo, por no contener una manifestación de voluntad de la Administración susceptible de acción judicial en su contra; que la resolución No. 049 de 1998 expedida por la Comisión de la Mesa Directiva del Senado no tiene recurso en su contra, por ser un acto de ejecución de una providencia judicial ejecutoriada de 1998 de la Sección Quinta de esta Corporación, fechada el 21 de agosto; que la posesión no es demandable por no ser un acto administrativo, mucho menos de carácter electoral, como lo ha señalado la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de agosto de 1977, exp. No. 286, por lo que son improcedentes tanto la petición principal como la subsidiaria, y como consecuencia las dos siguientes que formula el actor; que los actos demandados están ceñidos a la legalidad y no son violatorios de las normas citadas por el demandante.

Propuso las siguientes excepciones:

1. Caducidad de la acción pues aunque el demandante no acompañó copia del acto de inscripción, a pesar de ser el acto acusado, ni indica la fecha del mismo, debe suponerse que esa actuación se efectuó en la oportunidad correspondiente, es decir, antes del 8 de marzo de 1998, día de las elecciones, y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 19 de noviembre de 1998, han transcurrido más de los 20 días previstos en el artículo 136 - 12 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998.

2. Ineptitud de la demanda, pues no reúne los requisitos ordenados por el artículo 137 - 1 del Código Contencioso Administrativo, por las siguientes razones:

- No contiene la designación de las partes y de sus representantes.
- El poder conferido por el actor no indica las partes en el proceso a incoar, ni la acción para el cual se confiere.
- Además, en el mismo no faculta al apoderado expresamente para demandar la nulidad del acto de inscripción y del acto de posesión como senador sino solamente la nulidad de la resolución No. 049 de 1998 contra lo establecido en el artículo 139 - 5 ibídem y la parte final del inciso primero del artículo 65 del C. de P.C..
- Tampoco se acompañó con el libelo copia del "acto jurídico complejo" impugnado, pues no se presentó las copias de los actos de inscripción y de posesión, como lo dispone el artículo 139 - 1 del Código Contencioso Administrativo.

3. Ilegitimidad de Personería ya que la representación del demandante, por parte de su apoderado, para acusar los actos de inscripción y posesión es indebida, por cuanto el poder no incluye estas facultades, presentándose una ilegitimidad de personería sustantiva.

4. Carencia de acción e improcedencia de las pretensiones. Afirma que como los actos de inscripción y de posesión no son susceptibles de la acción contencioso administrativa, las pretensiones son improcedentes; que existe una ausencia absoluta de causa de nulidad de los actos acusados ya que la posesión del

demandado para suplir la falta temporal lo fijó la Constitución Nacional, en sus artículos 134 y 261, por lo que la Mesa Directiva del Senado se limitó a dar cumplimiento a las normas señaladas para ejecutar el proveído de 21 de mayo de 1998 que decretó la suspensión provisional de Tenganá Nárvaez; que la resolución No. 218 de 1998, por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral hizo el escrutinio y la declaratoria de elección de los Senadores de la República por la circunscripción especial por las comunidades indígenas presupone la legalidad de todo el proceso electoral, incluyendo la inscripción de listas, los escrutinios, etc.; que al adjudicar un puesto a la lista del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia, de conformidad con lo establecido en el artículo 263 constitucional, se creó una situación jurídica individual a favor de cada uno de los candidatos de esa lista, para suplir en el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, las faltas absolutas o temporales de la cabeza de lista, como lo disponen los artículos 134 y 261 de la Constitución Nacional; que mientras esta última resolución no sea suspendida o anulada, ese acto mantiene su fuerza ejecutoria, con todas las consecuencias legales que ello implica.

Señala que en sentencia del 12 de mayo de 1995, la Sección Quinta del Consejo de Estado sostuvo que "la inscripción de candidatos a elección política no es acusable mediante ejercicio de la acción pública electoral, porque su manejo corresponde al régimen señalado en el Decreto 2241 de 1986, artículos 192 y 193"; que mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro del Interior se hace constar que el demandado ejerció el cargo de Alguacil Primero del Cabildo Indígena Camentsá, cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad, dando cumplimiento a la exigencia establecida en el artículo 171 - 5 del Constitución Nacional; que acompaña además la constancia del 2 de junio de 1998, suscrita por el Alcalde Mayor del Cabildo Indígena de Camentsá de Sibundoy y la certificación del Juez Promiscuo Municipal de esa localidad, fechada el 1º de junio de 1998, donde acreditan que Jamioy Muchavisoy, al haber desempeñado cargos honoríficos y de funcionario en la Organización o Comunidad Indígena Camentsá, demuestra haber sido líder de la misma.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

La Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado solicitó a la Sección Quinta que se declare inhibida para conocer del asunto de la referencia.

Atendiendo las pretensiones formuladas por la parte demandante, se tiene que la primera de las mismas está referida al acto de inscripción, a la resolución No. 049 de 1998 de la Mesa Directiva Senado de la República y al acta de posesión, actos que no son susceptibles de demandarse en acción de nulidad por cuanto ninguno de ellos contiene elección o designación alguna.

Respecto de la segunda de las pretensiones y teniendo en cuenta que el actor asume que el acto por medio del cual se hizo el llamado para ocupar la curul y dispuso la posesión del demandado es la resolución No. 049 de octubre 20 de 1998, afirma la Delegada que analizado íntegramente ese acto administrativo, no se encuentra que éste sea el de llamado a ocupar la curul vacante; el acto de llamamiento pudo haber consistido en un llamamiento expreso o en un acto tácito, que no fue objeto de la demanda, lo cual no permite decidir el fondo del asunto.

En el asunto sub examine, no hay lugar a proferir decisión de fondo, por cuanto no se allegó el acto administrativo que se ha de demandar en asuntos como el presente, en el cual la condición de Senador del señor Jamioy Muchavisoy, se adquiere no por razón de una declaratoria de elección sino por presentarse una vacancia de la dignidad senatorial originada en una decisión judicial; en la demanda, no se hace alusión a la existencia de actos tácitos ni se demandaron éstos.

Sostiene que de conformidad con el artículo 278 de la ley 5ª de 1992, en los casos de vacancia, corresponde al Presidente de la Cámara respectiva llamar a quien de Acuerdo con la Constitución y la ley deba suplir la vacancia; que al plenario no se allegó dicho acto y que el aportado por el actor es contentivo de una orden de dar posesión al demandado; tampoco encuentra que en el presente caso se haya hecho referencia a demandar el acto tácito, en el evento de que se considere que no existió el acto de llamamiento, en forma material.

CONSIDERACIONES

Para la Sala, resulta indispensable establecer si en el caso en estudio existe un acto de contenido electoral y determinar si es susceptible de ser demandado.

Frente a la primera de las pretensiones, el actor solicita la nulidad del acto jurídico complejo integrado por el acta de inscripción, la resolución No. 049 de octubre de 1998 y el acto de posesión del señor Marceliano Jamioy Muchavisoy en el cargo de Senador de la República.

Al respecto es preciso anotar: el acto de inscripción es preparatorio dentro de una actuación que culmina con el acto que declara la elección, acto definitivo, que puede ser objeto de control de legalidad a través de la acción de nulidad electoral ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; por ello el acto de inscripción no es atacable en forma directa, ya que cualquier examen o revisión sobre su juridicidad sólo es posible cuando se demanda conjuntamente con el acto final, en tanto su cuestionamiento sea parte de los cargos contra este.

En cuanto hace relación a la resolución No. 049 de 1998, de su texto se constata que la Mesa Directiva del Senado de la República posesionó al señor Marceliano Jamioy Muchavisoy, acogiendo la conceptuado por el Consejo de Estado en la respuesta a la consulta elevada por el Presidente del Senado, por intermedio del Ministro de interior, según radicado No. 1153. En el mismo se incluye, así sea en forma implícita, el llamamiento a suplir la vacancia temporal registrada.

Los artículos 1º y 2º del Acto Legislativo No. 03 de 1993, por los cuales se adicionan los artículos 134 y 261 de la Constitución Política de Colombia, disponen:

"Artículo 1º: El artículo 134 de la Constitución Nacional, quedará así:

Las faltas absolutas y temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral".

"Artículo 2º. El artículo 261 de la Constitución Nacional, quedará así:

Las faltas absolutas o temporales serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a una misma lista electoral.

Son faltas absolutas:...

Son faltas temporales las causadas por: La suspensión del ejercicio de la investidura popular, en virtud de decisión judicial en firme; la licencia sin remuneración; la licencia por incapacidad certificada por médico oficial; la calamidad doméstica debidamente probada y la fuerza mayor.

...".

De las disposiciones constitucionales transcritas, se desprende que la ocupación de la curul de los miembros de las corporaciones públicas, que se ausenten por razón de una falta temporal, corresponde a quien le sigue en la lista por la que fue elegido, en orden sucesivo y descendente.

Ahora bien, el llamamiento, independiente de la forma externa como se realice, es una decisión con poder vinculante, que es lo que caracteriza el acto administrativo en general y por supuesto el electoral, por lo que se concluye que puede ser objeto de demanda en acción de nulidad de carácter electoral.

Cuestión Previa

La parte demandada por intermedio de apoderado, propuso las excepciones de "caducidad de la acción", "ineptitud de la demanda", "ilegitimidad de personería" e "improcedencia de las pretensiones y carencia de la acción".

Como es sabido, en los procesos contenciosos administrativos sólo se admiten las excepciones de fondo, de conformidad con el artículo 164 del código de la materia y, en consecuencia, los reparos del demandado en torno a los presupuestos procesales habrán de decidirse en la sentencia.

Afirma la parte demandada que, al momento de presentarse la demanda, el acto de inscripción se encontraba caducado y señala a su turno, las fechas de emisión y de caducidad legal de la acción. Sin embargo, tal como se manifestó en el

punto anterior, este acto individualmente considerado no puede ser demandado en forma directa mediante la acción pública electoral y por tal motivo no puede predicarse la operancia del fenómeno de la caducidad de la acción respecto del mismo.

La parte demandada propuso además la excepción de inepta demanda, por considerar que la misma no reúne los requisitos establecidos en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto son precisas las siguientes consideraciones: frente a la afirmación de que el libelo no contiene la designación de las partes y de sus representantes, se observa que carece de veracidad toda vez que al inicio de la demanda la parte actora dio cumplimiento a este requisito.

Frente al hecho de no haberse aportado la copia del acto de inscripción con la demanda, la Sala observa que por no constituir el acto definitivo demandado, su aportación con la demanda no constituye presupuesto procesal y además, la misma fue aportada en el curso del proceso, por lo que no tiene vocación de prosperidad la pretendida excepción. En cuanto al “acto de posesión”, su ausencia no torna inepta la demanda, ya que éste no es un acto administrativo sino un hecho, de cuya ocurrencia se da cuenta normalmente en el acta respectiva y, por tanto, no es demandable mediante la acción pública de nulidad electoral.

Lo anterior es suficiente para estimar la demanda como propuesta en forma, si se tiene en cuenta que la acción electoral es pública y como tal puede ser ejercitada por cualquier persona, circunstancia que ha permitido a la jurisprudencia precisar la exigencia de un mínimo de requisitos legales para su admisión y trámite.

Sostiene la demandada que en el poder no se dijo que se podía acusar el acto de inscripción y de posesión, por lo cual existe “ilegitimidad de personería”. Al respecto se anota: de acuerdo con el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil “En los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de

modo que no puedan confundirse con otros”. En el subjuice, no son de recibo los argumentos del demandado ya que el actor confirió poder amplio y suficiente para iniciar y llevar a cabo “hasta su culminación un proceso de NULIDAD ELECTORAL a que se refieren los artículos 223 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, con el fin de obtener la nulidad de la resolución número 049 del 20 de octubre de 1998...”. en este caso, el poder otorgado tiene como fin lograr la nulidad del acto que dispuso la posesión de Jamioy Muchavisoy y lograr la designación del demandante como senador, entendiéndose que las actuaciones necesarias para lograrlo están contenidas o subsumidas en el poder otorgado.

En cuanto a la excepción de “Carencia de acción e improcedencia de las pretensiones”, el primer aspecto ya fue estudiado y el segundo es necesario precisar que las manifestaciones en que se sustenta no tienen, en rigor, carácter de excepción y constituyen precisamente la materia objeto de decisión en la sentencia y como tal habrá de tratarse.

EL FONDO DEL ASUNTO

Los cargos serán estudiados en el orden en que fueron planteados:

1. Violación del artículo 171 - 2 de la Constitución Nacional y del artículo 92 - 2 del decreto 2241 de 1986

Considera el demandante que con base en las normas citadas, el número máximo de personas que deben integrar la lista a inscribir por la circunscripción nacional indígena no puede ser superior a dos, por lo que Jamioy Muchavisoy no tenía vocación para ser llamado a ocupar temporalmente la curul, ya que ocupaba el tercer renglón de la lista y por ello su candidatura se torna inexistente.

Las normas invocadas son del siguiente tenor:

Constitución Nacional

“Art. 171. El senado de la república estará integrado por cien miembros elegidos por la circunscripción nacional.
Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas”.

Ley 2241 de 1986

“Artículo 92, inciso final.

Las listas que se inscriban no podrán contener más candidatos que el de personas por elegir para la respectiva corporación”.

Para dilucidar la acusación es necesario tener en cuenta que el Código Electoral fue expedido el 15 de julio de 1986, que por tanto, el inciso final del artículo 92 del mismo, estaba destinado a reglamentar el fenómeno de la elección de los Senadores de la República establecida en el Título VIII artículos 93 y s.s de la Constitución de 1886 y que, consistía básicamente, en que la elección, que empezó a ser popular y directa a partir de 1945, se hacía por circunscripción territorial, a razón de dos senadores por cada circunscripción y uno más por fracciones de población que indicaba la norma respectiva y las faltas absolutas o temporales, eran llenadas por los respectivos suplentes. El número de suplentes era igual al de senadores principales. De tal manera que, en rigor, la elección comprendía el doble de ciudadanos con vocación a acceder a la respectiva representación, en caso necesario.

A partir de la vigencia de la Constitución de 1991, se dispuso en el artículo 134, “Las vacancias por faltas absolutas de los congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente”. Y en el artículo 261 ibidem: “Ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesivo y descendente”.

Posteriormente, mediante los artículos 1 y 2 del acto legislativo No. 3 de 1993 se subrogaron los preceptos anteriores, cuyos textos quedaron redactados en los siguientes términos: “Artículo 134. Las faltas absolutas o temporales de los miembros de las corporaciones públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan

a la misma lista electoral”. En el artículo 261 ibidem se estableció una norma del mismo tenor literal.

Significa lo anterior que, a pesar de haberse modificado la norma categóricamente que suprimió los suplentes, la regulación permanece sustancialmente idéntica. En efecto, una vez reconocida la representación popular a un elegido sus faltas temporales y absolutas solo pueden ser suplidas por los miembros de su lista en el orden previsto en la norma, habida cuenta de que no existen suplentes. Tampoco podrá ser reemplazo por un candidato integrante de otra lista porque ello no corresponde a los supuestos fácticos de la norma.

En el caso concreto de la circunscripción especial indígena, cuyo número de miembros a elegir para la Corporación Senado de la República es de dos, habría lugar a hipótesis en las cuales sería inaplicable el precepto constitucional del artículo 261 citado, subrogado por el artículo 2 del Acto Legislativo No 3 de 1993. Efectivamente si la lista inscrita solo puede ser integrada por dos personas y las mismas resultan elegidas y, a su turno, deben retirarse en las circunstancias descritas en el Código por configurarse una ausencia temporal o definitiva, desaparecería la representación de los indígenas en el Senado, lo cual es contrario a claros preceptos constitucionales, incluyendo el del artículo 261.

La Constitución nacional en su artículo 4° dispone: “ La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley y otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Así, la Constitución debe prevalecer siempre, en caso de contradicción con cualquiera otra norma jurídica, tal como lo ha resuelto la jurisprudencia de la Corporación en forma reiterada y permanente.

En consecuencia , la Sala constata que la disposición del inciso final del artículo 92 del Código Electoral, resulta derogada por ser contraria al artículo 261 de la Constitución Nacional, por lo que no prospera el cargo.

2. Violación del artículo 171 - 5 de la Constitución Nacional

Afirma el actor que el demandado no cumple con el requisito exigido en la norma constitucional y no reúne las calidades para ser elegido Senador de la República.

La norma establece lo siguiente:

“Art. 171, inciso 5.

Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el senado de la república, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el ministro de gobierno”.

De las pruebas que obran en el informativo, aparece demostrado:

Fl. 55: Certificación fechada el 10 de noviembre de 1988 expedida por el Cabildo Indígena de Camentsá, municipio de Sibundoy, donde se hace constar que el señor Marceliano Jamioy ha ocupado el cargo de Alguacil Primero y que en ese momento se le considera como autoridad tradicional puesto que son representantes legales frente a la comunidad Camentsá, electos por voto popular.

Fl. 56: El Ministro del Interior, en virtud del artículo 171 de la Constitución Nacional, refrendó la anterior certificación, a los 12 días del mes de noviembre de 1998.

Estos documentos, por ser de fecha posterior a los acompañados con la demanda, versar sobre el mismo tema y haber sido expedidos por las mismas autoridades, quienes tienen competencia legal para el efecto, se entiende que sustituyen e infirman el contenido de aquellos.

Lo anterior permite afirmar que el demandado sí cumple con el requisito exigido en la norma constitucional, no siendo necesario análisis adicional para afirmar que no prospera el cargo propuesto.

3. Violación de los artículos 89 y 92 del decreto 2241 de 1986.

Sostiene el actor que el demandado no aceptó por escrito la candidatura, porque no aparece la constancia en tal sentido que debía acompañar a la solicitud de inscripción o presentar antes del vencimiento del término de la misma, por lo que se configura la causal 5° del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo.

En reiteradas oportunidades la Sala ha precisado que las causales de reclamación contenidas en el artículo 42 de la ley 96 de 1985, lo fueron también de nulidad por disposición del artículo 65 de la mencionada ley; pero, mediante el artículo 17 de la ley 62 de 1988, se subrogó la disposición que así lo establecía, la que a su vez había subrogado el artículo 223 del C.C.A. que contiene causales de nulidad electoral, excluyendo de su texto las causales de reclamación que fueron incorporadas en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986.

En la causal 9° del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986, se dispone:

“Artículo 192...

9°. Cuando las listas de candidatos no se hayan inscrito o modificado en la oportunidad legal o cuando los candidatos no hubieren expresado su aceptación y prestado el juramento correspondiente dentro de los términos señalados por la Ley para la inscripción o para la modificación, según el caso.”

Los hechos alegados por el actor corresponden a los fundamentos fácticos de la causal 9 de reclamación transcrita, acusación que no es susceptible de estudio en esta instancia.

Las inhabilidades que acarrear la nulidad de los actos electorales son taxativas y no admiten aplicación extensiva o por analogía, por lo que no es posible admitir como tales, hechos como los alegados por el actor, lo cual es motivo suficiente para despachar desfavorablemente el cargo.

Lo anterior permite concluir que no prospera ninguno de los cargos propuestos y como consecuencia de ello, se denegarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

En firme esta sentencia, archívese.

NOTIFIQUESE

ROBERTO MEDINA LOPEZ
Presidente

MARIO RAFAEL ALARIO MENDEZ

REINALDO CHAVARRO BURITICA

DARIO QUIÑONES PINILLA