

TERCERO INTERVINIENTE - Sólo puede realizar actos procesales de apoyo a la parte que coadyuva / TERCERO INTERVINIENTE - No puede presentar pretensiones propias / TERCERO INTERVINIENTE - Su condición es secundaria, accesoria y subordinada a la parte que coadyuva

Esta Sala en sentencia del 23 de septiembre de 2010, entre otras, ha precisado que el coadyuvante, por disposición legal, sólo puede realizar actos procesales de apoyo a la parte que coadyuva y, por tanto, le está vedado efectuar actos procesales que estén en oposición a ella. Así el artículo 235 del C.C.A. prevé esta figura para el proceso contencioso electoral y el inciso segundo del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil consagra que el coadyuvante puede efectuar los actos procesales que le son permitidos a la parte que ayuda con dos condiciones: que no estén en oposición con las de éste y que no conlleven disposición del derecho en litigio. La razón en la limitación del actuar del tercero interviniente, como coadyuvante o como opositor, responde a que no reclama un derecho propio “actúa para sostener las razones de un derecho ajeno”, su interés radica en su conveniencia personal de que la pretensión encuentre prosperidad, si es coadyuvante, o no la encuentre, si es opositor porque de ello depende su beneficio (indirecto). Su condición es secundaria, accesoria y subordinada a quien coadyuva y dentro de sus restricciones está la imposibilidad de modificar o ampliar el objeto del litigio o la litis contestatio, en razón a que no ingresa al proceso una pretensión o litis propia.

CUOCIENTE ELECTORAL - Sistema de adjudicación de curules

El sistema del cuociente electoral corresponde a un sistema de elección proporcional y se emplea para asegurar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos en las corporaciones públicas de elección popular. Es posible que uno o varios de los partidos o movimientos políticos obtengan una votación igual o superior al cuociente electoral, evento en el cual la asignación de escaños se hace a través del número de veces que el cuociente quepa en el total de votos válidos de las agrupaciones. Puede ocurrir que ninguna de las listas alcance el número de votos del cuociente, y, en este evento, los votos válidos obtenidos por cada partido o movimiento político constituye un residuo, y la adjudicación de las curules a proveer se hace entre los mayores residuos es decir entre las listas más votadas.

CURULES - Pertenecen a los partidos y movimientos políticos / CURULES - No pertenecen a los candidatos elegidos

Con la reforma constitucional adoptada en el Acto Legislativo 01 de 2003, la preponderancia política radica en los partidos y movimientos políticos sobre los individuos o candidatos. Es así que el inciso 6 del artículo 108 de la Constitución, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2003 creó el régimen de bancadas (...) Para el control de dicho régimen, los estatutos de las agrupaciones políticas podrán prever sanciones para los miembros de las bancadas por la inobservancia de sus directrices, salvo los asuntos de conciencia. También se estableció que los partidos y movimientos “presentarán listas y candidatos únicos.” Adicionalmente, se previó la existencia de un umbral que debe ser superado por la votación de las listas presentadas por los partidos y movimientos para que puedan competir por las curules que se asignarán por el sistema proporcional respectivo, bien sea la cifra repartidora o el cuociente electoral. Finalmente, tanto la cifra repartidora como el cuociente electoral se aplican a la votación obtenida por las diferentes listas y no a los candidatos como se explica más adelante. De todas las normas referidas se establece que el sistema electoral

vigente aplica directamente a los partidos o movimientos políticos -umbral, cuociente electoral, cifra repartidora y bancadas- disposiciones establecidas a favor del fortalecimiento de los partidos políticos en desmedro de las “microempresas electorales” como consta en los antecedentes de la reforma política de 2003. En consecuencia, no se puede predicar que esas normas sean aplicables en forma directa a los candidatos. En suma, las curules obtenidas por los partidos y movimientos políticos pertenecen a éstos y no a los candidatos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 208 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 263 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 263 A / ACTO LEGISLATIVO 01 de 2003 - ARTICULO 2

CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL INDIGENA - Naturaleza / CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL INDIGENA - Es una discriminación electoral positiva / CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL INDIGENA - Las curules se distribuyen por el sistema de cuociente electoral sin consideración a umbral alguno

El establecimiento de esa circunscripción es un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación que busca asegurar una democracia representativa y participativa que incluya de manera constante a los distintos grupos sociales minoritarios o en proceso de consolidación. Para ello se estableció un sistema de discriminación electoral positiva, mediante la adopción de reglas propias distintas a la generalidad. Es así como la circunscripción especial fue diseñada de tal manera que se “regirá por el sistema de cuociente electoral.”, además de que los candidatos “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.” Sumado a lo anterior, el constituyente expresamente califica a la Circunscripción Indígena como “especial” lo que se entiende en contraposición a la nacional ordinaria en donde se eligen 100 senadores mediante la utilización del sistema de cifra repartidora. La especialidad de esta circunscripción implica que la solución del artículo 171 se prefiere a la del artículo 263, lo que de suyo implica que se aplica el cuociente electoral sin consideración a umbral alguno.(...) La aplicación del artículo 171 de la C.P. sobre el artículo 263 ibídem, además encuentra respaldo en el hecho de que el umbral del 30% del cuociente electoral fue establecido para la elección de Cámara de Representantes en las circunscripciones territoriales con poca población y que por tal razón sólo eligen dos curules, como aparece en los antecedentes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, reforma constitucional que introdujo en nuestro ordenamiento los conceptos de cifra repartidora y umbral.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 171 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 263

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá D. C., once (11) de julio de dos mil once (2011)

Radicación numero: 11001-03-28-000-2010-00105-00

Actor: MARCELINO CHINDOY CHICUNQUE Y LIBARDO ESPITIA RODRIGUEZ

Demandado: SENADORES POR LA CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL INDIGENA

Procede la Sala a decidir los procesos acumulados de la referencia en los que se pretende la nulidad parcial de la Resolución 1787 del 18 de julio de 2010 por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de Senadores de la República por la Circunscripción Especial Indígena para el período 2010 - 2014.

ANTECEDENTES

EXPEDIENTE 2010-0054. DEMANDANTE: MARCELINO CHINDOY CHICUNQUE.

1. DEMANDA: HECHOS.

El demandante enuncia como hechos los que se sintetizan a continuación:

El 14 de marzo de 2010 se realizaron las elecciones de Congreso de la República.

De acuerdo al artículo 263 de la Constitución Política y el Decreto 301 de 2010, a la Circunscripción Especial Indígena se le aplica el sistema de cuociente electoral entre las listas que superen el 30 % de dicho cuociente.

La votación por la Circunscripción Especial Indígena para Senado de la República arrojó un total de 184.040 votos válidos que al dividirse por dos -porque 2 es el número de senadores - da como resultado 92.020 que es el cuociente electoral, cuyo 30% es 27.606 votos.

A pesar de que ninguna de las listas superó la cifra de 27.606 votos, el Consejo Nacional Electoral asignó las curules a las listas que obtuvieron los mayores residuos, es decir al Partido Alianza Social Indígena ASI con 27.453 votos y al Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia AICO con 24.045 votos y se declararon elegidos los señores Marcos Anibal Avirama y Germán Bernardo Carlosama López respectivamente.

1.1. CARGOS Y CONCEPTO DE VIOLACION.

Considera violados los artículos 108 y 263 de la C.P modificados por el Acto Legislativo 01 de 2009 y el artículo 1 del Decreto 301 de 2010.

Aduce que de conformidad al numeral 4 del artículo 223 del C.C.A., las actas de toda corporación electoral son nulas *“Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema de cuociente electoral adoptado por la Constitución Política y las leyes de la República.”*

Explica de manera breve que *“En el caso que nos ocupa, es claro y evidente que el acto acusado es producto de la violación del sistema de cuociente electoral por que (sic) no se aplicó dicho cuociente, sino que se opto (sic) por disponer del sistema de RESIDUO, lo cual no es el apropiado no coincide el uno con el otro, sino mas (sic) bien que es contrario al ordenamiento jurídico constitucional y legal”*. Anota que esto constituye una vía de hecho administrativa por error procedimental.

1.2. PRETENSIONES.

Con base en lo anterior, el actor formula las pretensiones en los siguientes términos:

“1. Declárese que es nula parcialmente la resolución N° 1787 del 18 de julio de 2010 por medio de la cual que (sic) declara la elección para Senado de la República, proferida por el Consejo Nacional Electoral, en lo referente a la declaración de elección de Senadores por la Circunscripción Especial Indígena, señores MARCOS ANIBAL AVIRAMA DEL PARTIDO ALIANZA SOCIAL INDIGENA - ASI Y GERMAN BERNARDO CARLOSAMA LOPEZ DEL PARTIDO AICO, por estar incurso en la causal 4 de nulidad del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo y por infringir directamente la Constitución y la ley.

2. Como consecuencia de lo anterior ordénese al Consejo Nacional Electoral, para que compute la totalidad de los votos obtenidos para Senado, de los partidos aquellos participantes e inscriptores de candidatos a la Circunscripción Especial de Senado Indígena; esto es, (computar o sumar los votos de Senado Nacional y Senado especial indígena), como formula (sic) para establecer el cuociente electoral por la Circunscripción Especial Indígena, teniendo en cuenta que la sola

votación de Senado especial no superó dicho cuociente, en aplicación a la norma general por remisión expresa de la analogía. En efecto deberá declararse la elección de los candidatos de aquellos partidos que superen dicho cuociente, producto de la formula (sic) planteada.”(Fls. 39 al 48)

2. CONTESTACION DE DEMANDA.

Los señores Marco Anibal Avirama Avirama y Germán Bernardo Carlosama López mediante apoderada judicial contestaron la demanda y solicitaron que se declare inepta la demanda porque no se agotó el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2009 por cuanto *“siendo este requisito indispensable para acudir al proceso y no se ha demostrado dicho agotamiento por parte del actor.”*

Sostienen que el concepto de violación *“es abiertamente descontextualizado porque no se sustenta en el numeral 4 del artículo 223 del CCA que establece taxativamente las causales para decretar la nulidad de las elecciones.”*

Consideran errónea la interpretación del actor sobre el cuociente electoral, porque la circunscripción indígena es de carácter especial *“por lo que no se le puede aplicar la sumatoria del total de votos a nivel nacional sino el de los votos de dicha circunscripción por el número de curules a proveer, siendo esta (sic) la que nos dará el umbral para la elección, en la Resolución 0880 de 2006 el (sic) Consejo Nacional Electoral se resolvió este problema señalando que tratándose de la Circunscripción Nacional Indígena, el sistema de asignación de curules es el de cuociente electoral, sin sujeción a umbral alguno.”(Fls. 97 al 100)*

EXPEDIENTE 2010 - 0105. DEMANDANTE: LIBARDO ESPITIA RODRIGUEZ.

1. DEMANDA: HECHOS.

Se resaltan como pertinentes los siguientes:

El Consejo Nacional Electoral mediante Resolución 1787 del 18 de julio de 2010 declaró la elección de los senadores de la República.

En dicho acto administrativo el Consejo Nacional Electoral determinó que el cociente electoral para la Circunscripción Especial Indígena fue 92.020 y el 30 % de dicho cociente 27.606.

No obstante la anterior precisión, el órgano electoral consideró que cuando se trata de la Circunscripción Especial Indígena el sistema de asignación de curules es el del cociente electoral *“sin sujeción a umbral alguno”*, como lo hizo en el año 2006 en la Resolución 880 de dicho año, criterio aplicable al presente caso, en virtud de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

1.1. CARGOS Y CONCEPTO DE VIOLACION.

Acusa como violados los artículos 13, 171 y 263 A de la Constitución Política y el Decreto 301 de 2010.

Anota que el Consejo Nacional Electoral en la Resolución número 1787 del 18 de julio de 2010 afirmó que ninguna de las listas superó el umbral electoral y que por lo tanto esa Corporación debió abstenerse de declarar la elección de senadores por la Circunscripción Nacional Especial Indígena.

Censura que la autoridad electoral se haya basado en un concepto de la Procuraduría General de la Nación para declarar la elección, desconociendo las normas y los cálculos matemáticos que el mismo Consejo Electoral efectuó para determinar el cociente y el umbral electoral.

Afirma -sin brindar mayor explicación- que la decisión del Consejo Electoral no garantiza la seguridad jurídica, la confianza legítima y el derecho de igualdad.

Precisa -en subsidio- que si no se iba a tener en cuenta el umbral para la aplicación electoral, *“se debió aplicar el cociente electoral al candidato sin computarse los votos que haya tenido el partido.”*

Para el efecto explica:

“Como los votos del partido solo se pueden computar para determinar el cociente electoral y el umbral, la relación de los candidatos más votados sin tener en cuenta la votación para el PIN por ser lista cerrada

y tomando como referente el formulario E-26 que utilizó el Consejo Nacional Electoral, es el siguiente:

AIDA 17.590 MSI	MARINA	QUILCUE	VIVAS
GERMAN 15.115 AICO	BERNARDO	CARLOSAMA	LOPEZ
MARCO 6.366 ASI	ANIBAL	AVIRAMA	AVIRAMA
MARIA 5.545 ASI	CLEMENCIA	HERRERA	NEMERAYEMA
HERNANDO 5.003 ASI		CHINDOY	CHINDOY
FLORO 4.408 AICO		ALBERTO	TUNUBALA
MARCELINO 1.603 POLO		CHINDOY	CHICUNQUE
ERNESTO 1.585 MSI		HERNANDEZ	JUSAYU
GERARDO 1.271 POLO	ANTONIO	JUMI	TAPIAS
ADELMO 974 POLO”		TINTINAGO	MAJIN

Concluye que las curules corresponden a los candidatos más votados, es decir a Aida Marina Quilcue Vivas y Germán Bernardo Carlosama López.

1.2. PRETENSIONES.

Formula las siguientes:

“1°. Se declare **Nula parcialmente** la Resolución N° 1787 del 18 de julio de 2010, por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral declaró electos como Senadores de la República para el período 2010 - 2014, a MARCO ANIBAL AVIRAMA AVIRAMA Y GERMAN BERNARDO CARLOSAMA LOPEZ como consta la Resolución N° 1787/10 cuya copia auténtica adjunto y se convoque a nuevas

elecciones por no haber cumplido ninguno de los partidos el porcentaje del 30% requerido para la asignación de las curules indígenas.

2°. Que si como consecuencia de lo anterior y si se define decretar la declaración de los senadores por la circunscripción nacional especial indígena, se determine asignarla de acuerdo al cociente electoral aplicado a los candidatos de mayor votación entre los inscritos, según renglón de la lista respectiva.” (Fls. 61 a 70 del cuaderno 2)

2. CONTESTACION DE DEMANDA.

El apoderado del señor Marco Anibal Avirama solicita que se *“despachen negativamente las pretensiones.”*

Formula como excepción la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad establecido en el Acto Legislativo 01 de 2009.

Sostiene que el concepto de violación *“es abiertamente descontextualizado porque no se sustenta en el numeral 4 del artículo 223 del CCA que establece taxativamente las causales para decretar la nulidad de las elecciones.”*

Explica que el demandante de manera deliberada confunde la manera como está conformado el Senado de la República y enfatiza que la circunscripción especial indígena busca garantizar a las *“minorías aborígenes ancestrales”* una representación.

Afirma que la circunscripción especial es *“diferente a las Circunscripciones Territoriales donde se eligen dos representantes. Para estas Circunscripciones Territoriales el legislador previó (sic) un umbral del treinta por ciento (30%) por ciento (sic), mas el cociente electoral como metodología para definir las curules, en función de su densidad poblacional, es, para estos departamentos de población pequeña que el legislador sabiamente previó una herramienta garantista y simple con el objeto de hacer mas (sic) comprensible su participación en función de asegurar su representación en la Cámara de Representantes (...) En el expediente de la ley no se encuentra referencia alguna a la Circunscripción Senatorial, no da cuenta el expediente que el constituyente delegado haya pretendido reformar la metodología para elegir los senadores que conforman la Corporación Senatorial de carácter nacional...”(Fls. 154 al 158 del cuaderno 2)*

3. INTERVENCIONES.

3.1. El Consejo Nacional Electoral, por medio de apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda.

Anota que la Circunscripción Especial Indígena de Senado de la República está gobernada por el sistema de cuociente electoral y que como lo ha sostenido desde el año 2006 con la Resolución 880 de ese año, a dicha circunscripción no se le aplica el umbral del 30% del cuociente electoral previsto en el artículo 263 de la Constitución Política.

Explica que según el artículo 7 del Código Electoral, cuando no se pueden asignar las curules por el cuociente electoral lo procedente es asignarlas a los mayores residuos en orden descendente como se hizo para declarar elegidos a los señores Marco Anibal Avirama y Germán Bernardo Carlosama.

Concluye que no le asiste razón al actor cuando solicita que se repitan las elecciones o que se adjudiquen las curules a los dos candidatos más votados individualmente considerados. (Fls. 147 al 152 del cuaderno 2)

3.2. El señor Francisco Eladio Villa -tercero interviniente- manifiesta que es cierta la narración de los hechos planteada por el demandante y la actuación ilegal de la Organización Electoral, pero se opone y califica de imaginaria la *“tesis o formula (sic) planteada de convocar a nuevas elecciones, o que en efecto deba declararse la elección según el orden de votación obtenida por candidatos y no por partidos”*.

Advierte que el Consejo Nacional Electoral se desvió de su recta función hasta el punto de cometer prevaricato por acción.

Anota que ninguna de las agrupaciones políticas superó el 30% del cuociente electoral ni el 2% de la votación, lo que en principio crea una laguna jurídica que se resuelve adjudicando las curules al partido o movimiento que haya obtenido representación en el Congreso por la Circunscripción Especial de Minorías Etnicas.

Concluye que las curules debieron asignarse al Polo Democrático Alternativo, único partido *“que obtuvo personería jurídica por la circunscripción especial indígena”*, razón por la cual solicita que se modifique el acto acusado y que “se

ordene la declaratoria de elección de los candidatos del Partido Polo Democrático Alternativo, según su orden de votación, especialmente el de mayor votación”(Fls. 129 al 133 del cuaderno 2)

4. ALEGATOS.

Después de declararse cumplida la etapa probatoria, se presentaron alegatos de conclusión así:

4.1. Del demandante Marcelino Chindoy Chicunque.

Reitera los planteamientos de la demanda y anota que se debe declarar la nulidad solicitada porque se violó flagrantemente el sistema de cuociente electoral adoptado por la ley y la Constitución, lo que constituye una vía de hecho administrativa. (Fls. 212 - 216 del cuaderno principal)

4.2. Del demandante Libardo Espitia Rodríguez.

Sostiene que la Resolución 1787 del 18 de julio de 2010, en cuanto contiene la asignación de las curules para Senado por la Circunscripción Indígena, contraría las normas legales y constitucionales en las cuales debía fundarse.

Precisa que el Consejo Electoral se equivocó al declarar la elección en el antecedente contenido en la Resolución 0880 de 2006, porque en dicha ocasión no podía tenerse en cuenta el Acto Legislativo 01 de 2009 que en su artículo 11 establece que *“en las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema del cuociente electoral entre las listas que superen el 30% de dicho cuociente.”* (Fls. 223 al 231 del cuaderno principal)

4.3. Del Consejo Nacional Electoral.

El asesor jurídico y apoderado del Consejo Nacional Electoral en un escrito de similar contenido al de su intervención inicial considera que se debe denegar la nulidad porque se desconocería la evolución de la normativa aplicable a la Circunscripción Especial Indígena. (Fls. 217 al 222 del cuaderno principal)

4.4. De los demandados Germán Bernardo Carlosama y Marco Avírama.

Explica la apoderada de los demandados, que la Circunscripción Especial Indígena no ha sufrido modificación alguna desde que se expidió la Constitución de 1991 y que para las elecciones del 2010 hubo suficiente claridad sobre el mecanismo de asignación de curules; es así como el Decreto 301 de 2010 estableció que para el efecto se aplicaría el sistema de cuociente electoral.

En lo que al cuociente electoral respecta, agregó que si ninguna de las listas lo alcanza, se ordena el resultado en forma decreciente de mayor a menor, de tal suerte que las curules se reparten en este orden, como acertadamente lo hizo el Consejo Nacional Electoral. (Fls. 232 al 239 del cuaderno principal)

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado emitió su concepto en los términos que se resumen a continuación:

Frente a la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, considera que no está llamada a prosperar porque según lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución, las irregularidades a que se refiere se deben presentar en el "*proceso de votación*" y en el "*escrutinio*", por lo que no son todas las irregularidades las que deben ser puestas a examen de la autoridad electoral para proceder a demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Entiende la Procuraduría que la acción se fundamenta en una interpretación que el Consejo Electoral efectuó para declarar una elección, pero no en irregularidades en el proceso de votación ni en los escrutinios.

Respecto al fondo del asunto planteó que el sistema que debe emplearse en la elección de los dos senadores por la Circunscripción Nacional Indígena se encuentra específicamente previsto en la Constitución Política en el artículo 171 en donde se señala que es el cuociente electoral sin consideración del umbral, el cual no puede exigirse en este evento, pues la misma tiene regulación expresa y especial.

Para llegar a tal conclusión se apoya en el criterio de interpretación del numeral 1° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887, según el cual la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

En tal virtud estima que no obstante que el artículo 263 de la Carta señala que en las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cociente electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cociente, la norma no puede ser aplicada para el caso de la elección de los senadores para la Circunscripción Especial Indígena, toda vez que la norma especial que regula el tema, esto es, el artículo 171 ibídem, prevé que para resolver sobre dicha elección, solamente se aplicará cociente electoral.

Para el Ministerio Público no cabe duda de que en la asignación de curules para senadores por la Circunscripción Nacional Indígena le corresponde uno para el Movimiento Alianza Social Indígena, y otro para el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia AICO, pues ellos obtuvieron respectivamente 27.453 y 24.045 votos.

Así las cosas, solicita que se denieguen las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad parcial de la Resolución No. 1787 del 18 de julio de 2010, por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de Senadores de la República por la Circunscripción Nacional Especial Indígena para el periodo 2010-2014. (Fls. 244 al 261 del cuaderno principal)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA.

Según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo -modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998-, así como por el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003-, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del proceso electoral de la referencia, por cuanto se trata de una acción de nulidad contra la elección de los senadores de la República por la Circunscripción Especial Indígena.

2. PRUEBA DEL ACTO ACUSADO.

En los folios 55 al 83 del cuaderno principal reposa copia auténtica de la Resolución número 1787 del 18 de julio de 2010 *“Por medio de la cual se declara la elección de Senado de la República para el período 2010 - 2014 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales”*

3. LIMITE DE LA ACTUACION DEL TERCERO QUE INTERVIENE PARA COADYUVAR LA DEMANDA.

El señor Francisco Eladio Villa, aceptado como coadyuvante del demandante, señor Libardo Espitia, manifiesta que es cierta la narración de los hechos planteada por el demandante y la actuación ilegal de la Organización Electoral, pero se opone y califica de imaginaria la *“tesis (del demandante) o fórmula planteada de convocar a nuevas elecciones, o que en efecto deba declararse la elección según el orden de votación obtenida por candidatos y no por partidos”*.

Advierte que el Consejo Nacional Electoral desvió su recta función hasta el punto de cometer prevaricato por acción y que las curules debieron asignarse al Polo Democrático Alternativo, único partido *“que obtuvo personería jurídica por la circunscripción especial indígena”*, razón por la cual solicita que se modifique el acto acusado y que *“se ordene la declaratoria de elección de los candidatos del Partido Polo Democrático Alternativo, según su orden de votación, especialmente el de mayor votación”*¹

Por otra parte se observa que el actor, señor Espitia Rodríguez considera que si no se iba a tener en cuenta el umbral para la aplicación electoral, *“se debió aplicar el cociente electoral al candidato sin computarse los votos que haya tenido el partido.”* y en tal virtud las curules corresponden a los candidatos más votados, es decir a Aida Marina Quilcue Vivas y Germán Bernardo Carlosama López.

Surge entonces la conclusión de que a través de la figura del tercero interviniente, el señor Francisco Eladio Villa no coadyuva al demandante sino que está planteando una pretensión propia.

Esta Sala en sentencia del 23 de septiembre de 2010², entre otras, ha precisado que el coadyuvante, por disposición legal, sólo puede realizar actos procesales de apoyo a la parte que coadyuva y, por tanto, le está vedado efectuar actos procesales que estén en oposición a ella. Así el artículo 235 del C.C.A. prevé esta figura para el proceso contencioso electoral y el inciso segundo del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil consagra que el coadyuvante puede efectuar los actos procesales que le son permitidos a la parte que ayuda con dos condiciones: que no estén en oposición con las de éste y que no conlleven disposición del derecho en litigio.

La razón en la limitación del actuar del tercero interviniente, como coadyuvante o como opositor, responde a que no reclama un derecho propio *“actúa para sostener las razones de un derecho ajeno”*³, su interés radica en su conveniencia personal

¹ Folios 129 al 139.

² Radicación interna: 2009-0034.

³ Devis Echandía, Hernando, en Compendio de Derecho Procesal – Teoría General del Proceso, pág. 352, en cita de Carnelutti: Instituciones, t. II, num. 105 y Sistemas, t. I, num. 143; Chiovenda: Principios, t. II, num.

de que la pretensión encuentre prosperidad, si es coadyuvante, o no la encuentre, si es opositor porque de ello depende su beneficio (indirecto). Su condición es secundaria, accesoria y subordinada a quien coadyuva y dentro de sus restricciones está la imposibilidad de modificar o ampliar el objeto del litigio o la *litis contestatio*, en razón a que no ingresa al proceso una pretensión o *litis* propia⁴.

Así las cosas, no se estudiarán los planteamientos del señor Francisco Eladio Villa.

4. SOBRE LAS EXCEPCIONES.

Los demandados proponen como excepción la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad establecido en el parágrafo del numeral 7 del artículo 237 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009 que a la letra dispone:

“Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.”

Sobre este novedoso requisito, la Sala ha explicado:

“Significa que las demandas electorales contra elecciones por voto ciudadano que se funden en causales objetivas, para que se admitan deben acreditar que los motivos de nulidad que se alegan en el respectivo concepto de violación hayan sido puestos de presente a la autoridad administrativa electoral correspondiente antes de la declaratoria de elección y que lo decidido al respecto de estas irregularidades (constitutivas de causales de nulidad artículo 223 del C.C.A.), así como sobre las reclamaciones (previstas en el Código Electoral), se incluyan en la demanda como actos que también se pide sean anulados, conjuntamente con el que declara la elección.”⁵

Como bien lo anota el Ministerio Público, la irregularidad que los demandantes acusan no se refiere ni al proceso de la votación ni al escrutinio.

36; Guasp: Derecho Procesal Civil, p. 215—218; Hugo Alsina: Unificación de la Legislación acerca de la intervención de terceros en la relación procesal, en “Estudios procesales; en memoria de Eduardo J. Couture”, pag-409-411; Couture: Estudios, ed. Cit., t. III, p. 219-231.

⁴ Sobre el tema, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 5 de octubre de 2006 consideró: “Si el propósito del tercero interviniente va más allá de la mera coadyuvancia, porque busca la nulidad del acto acusado con base en cargos no presentados en la demanda a la que adhiere, no puede hacerlo a través de su intervención adhesiva porque no puede modificar la causa de dicha demanda [...]”. Exp. 3557. Actor: Unaldo José Rocha Ojeda y otros. En sentencia de 11 de abril de 1996 “[...] como resulta del artículo 137 numerales 3 y 4, del Código quienes en calidad de coadyuvantes comparecen a los procesos electorales encuentran delimitada su intervención por los términos de la demanda, pues, se repite, los hechos y las omisiones de la demanda, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de la violación constituyen la materia del proceso, de manera que quien acude al proceso para coadyuvar la demanda sólo puede apoyar la causa del demandante, delimitada a la demanda [...]”. Exp. 1522. Actor: Jaime Rafael Arango Viana.

⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 10 de marzo de 2011. Expediente 2010-00020.

Debe tenerse en cuenta que el escrutinio es un procedimiento complejo que implica la cuantificación (número de votos) y cualificación (válidos o inválidos) de los sufragios.

Es claro además que con las demandas no se cuestiona ni los guarismos ni la validez de los votos, así como tampoco la manera como se votó el 14 de marzo de 2010, sino la forma como se aplicó el sistema de asignación de curules para la Circunscripción Indígena en el Senado de la República, que a todas luces es una operación posterior a la votación, a la contabilización y a la cualificación del votos.

Por otra parte, la norma constitucional exige que los motivos de inconformidad hayan sido sometidos “antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.”, lo que en el sub lite era imposible de hacer toda vez que la aplicación del sistema de asignación de curules se efectuó en el mismo acto de declaratoria de elección, es decir la Resolución 1787 de 2010 cuya nulidad parcial se solicita.⁶

En suma, no era necesario agotar el requisito de procedibilidad como lo afirman los demandados, y por lo tanto la excepción no prospera.

5. LO QUE SE ENCUENTRA PROBADO EN EL PROCESO.

En el proceso obran como pruebas los siguientes documentos:

- Copia auténtica de la Resolución 1787 de 2010 proferida por el Consejo Nacional Electoral, que declaró la elección del Senado de la República. (Fls. 55 al 83 del cuaderno principal).
- Copia auténtica del formulario E 26 Senado correspondiente a las elecciones del 14 de marzo de 2010. (Fls. 126 al 154 del cuaderno principal).
- Constancia sobre listas y candidatos inscritos para la Circunscripción Especial Indígena para Senado de la República, expedida por el Director de Gestión Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil.(Fls. 156 y 157 del cuaderno principal).
- Copia auténtica del Acta General de Escrutinios del Congreso de la República y Parlamento Andino. (Fls. 165 al 205 del cuaderno principal).

6. LA CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL INDIGENA PARA EL SENADO DE LA REPUBLICA.

Para el estudio de las pretensiones es necesario que la Sala primero aborde la naturaleza de la Circunscripción Especial Indígena para Senado de la República.

⁶ Ver folios 24 al 26 del cuaderno principal.

El artículo 7 de la Constitución Política establece que *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*, lo que constituye un principio que proyecta los valores democráticos en que se sustenta nuestra organización política.⁷

La jurisprudencia constitucional ha establecido que una de las manifestaciones de la diversidad étnica y cultural de la nación es precisamente la diferenciación en materia de representación política que les asegura un mínimo a nivel nacional,⁸ ligada a un esfuerzo progresivo de construcción abierto al reconocimiento de nuevos actores sociales, que asegure una verdadera democracia, representativa y participativa, *“donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les concierna”*⁹, de tal manera que se incluya dentro del debate público a los distintos grupos sociales minoritarios o en proceso de consolidación.¹⁰

Ahora bien, según aparece en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, uno de los mecanismos mediante los cuales se busca hacer efectivo el principio del reconocimiento a la diversidad étnica es el establecimiento de las circunscripciones especiales de las minorías étnicas; para ello, en su oportunidad se consideró:

“Si la morfología del Congreso no requiere cambios significativos, la composición de las cámaras los exige a fin de garantizar la representación en ellas de grupos sociales actualmente ausentes del órgano, así como de racionalizar las relaciones entre el volumen de integrantes de las corporaciones y el total de la población del país.

(...)

La otra deficiencia del sistema de composición del órgano legislativo que debe ser solucionada es la relativa a la representación de los componentes minoritarios de la nacionalidad, es decir, a las comunidades indígenas.

(...)

⁷ Ver: Corte Constitucional, sentencia T 188 de 1993.

⁸ Ver: Corte Constitucional, sentencia T 778 de 2005.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

De allí que el rango social de las diversidades étnicas sea diferente y superior al de las minorías partidistas, y que, en cuanto componentes de la Nación, no sea dable reducir su consideración al alcance que les confiera el accidente de la lucha electoral: su participación en el escenario de la representación nacional no puede ser un simple resultado de contingencias comiciales en las que se debate el “como” (sic) del Estado y no el “qué” esencial y permanente de la propia nacionalidad.

(...)

Resulta claro pues, que al conjunto de las distintas comunidades indígenas debe reservarse un número de curules, destacadas de las restantes mediante asignación de una circunscripción especial, con el fin de dar por su medio expresión política constante a un elemento de la Nación conformado por la pluralidad étnica...”.¹¹(Resalta la Sala)

En el primer debate en plenaria de la Asamblea se presentó como propuesta sobre la circunscripción electoral especial para grupos étnicos la siguiente: *“Habrá una circunscripción electoral especial para indígenas, los cuales elegirán sus representantes a las corporaciones de elección popular con cada número de votos igual a la mitad del último residuo con que se obtuvo curul en la respectiva Corporación...”*¹²

En el segundo debate se presentó una proposición sustitutiva en los siguientes términos *“La circunscripción electoral para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral..”*¹³

Finalmente se aprobó lo que hoy es el artículo 171 de la Constitución, que señala:

“El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.

Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.

¹¹ Gaceta Constitucional N° 54, páginas 13 y 14.

¹² Gacetas Constitucionales números 117 del 24 de julio y 120 del 21 de agosto de 1991.

¹³ Gaceta Constitucional número 142 del 21 de diciembre de 1991.

Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República.

La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral.

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.

Sobre este artículo, la Corte Constitucional considera que, dentro de los objetivos perseguidos por el constituyente de 1991, fueron claros el de mejorar la representatividad del Congreso de la República¹⁴ y el de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y para ello la circunscripción especial de las comunidades étnicas fue el medio idóneo por excelencia.¹⁵

El tribunal constitucional también ha señalado que *“la efectiva participación de distintas cosmovisiones en un ámbito representativo nacional contribuye a materializar el multiculturalismo de la nación mediante la expresión de distintas voces y visiones en las decisiones nacionales. El congreso es el órgano representativo de la nación colombiana y teniendo en cuenta que la nación comprende diferentes culturas es apenas lógico desde una perspectiva multicultural que este órgano las contenga y permita su representación específica”*.¹⁶

En conclusión, la adopción por parte de la Constitución Colombiana de la Circunscripción Especial Indígena para el Senado de la República obedece a lo que en el estudio de los sistemas electorales se denomina *“discriminación electoral positiva”*¹⁷ precedida de *“arreglos consociacionales”*.¹⁸

A nivel latinoamericano el consociacionalismo aplicado a las comunidades indígenas *“Se concreta en espacios de representación directa de los pueblos indígenas combinada con la representación política derivada de la voluntad*

¹⁴ Cfr. Sentencia C-759 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C 710 de 2010.

¹⁶ Sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁷ Diccionario Electoral. Instituto Interamericano de de Derechos Humanos. Tomo I, página 426.

¹⁸ Término propuesto por Lijphart que explica ciertos tipos de democracias con agudas divisiones étnicas, lingüísticas o religiosas, en donde se hacen concesiones por los diversos actores políticos.

*popular expresada en las elecciones. En virtud de este sistema, se establece una suerte de representación compartida en la que se asigna a los indígenas un cupo mínimo de representación directa, cuya integración se efectuará aplicando normas y procedimientos propios.*¹⁹ (Subraya la Sala)

Bien lo dice la Corte Constitucional en la sentencia C 484 de 1996:

“La creación de una circunscripción especial constituye un acto que afecta directamente los resultados de los procesos electorales, pues a través de ella se modifica - en mayor o menor medida - la forma en qué surge la representación política. En efecto, los estudiosos del tema electoral afirman que el establecimiento de las circunscripciones electorales - su tamaño, su delimitación - es uno de los aspectos más importantes para la determinación del sistema electoral de un país.”
(Subraya fuera del texto)

En suma, la Circunscripción Especial Indígena se rige por sus propias normas y procedimientos, dentro de los que se destacan el sistema de asignación de curules y los requisitos de los candidatos.

7. CASO CONCRETO.

7.1. Primer cargo. (Formulado por el señor Marcelino Chindoy)

El primer cargo se funda en la violación del sistema del cuociente electoral porque se declaró la elección de los senadores indígenas desatendiéndolo, y en su lugar se aplicó el “*sistema de residuo*” lo que constituye una vía de hecho administrativa por error procedimental.

Explica el actor que “*es claro y evidente que el acto acusado es producto de la violación del sistema de cuociente electoral por que (sic) no se aplicó dicho cuociente, sino que se opto (sic) por disponer del sistema de RESIDUO, lo cual no es el apropiado no coincide el uno con el otro, sino mas (sic) bien que es contrario al ordenamiento jurídico constitucional y legal*”.

Al respecto, es importante recordar que antes de la reforma constitucional de 2003, para todas las elecciones de corporaciones regía el sistema del cuociente electoral que se encontraba regulado por el artículo 7 del Decreto 2241 de 1986 - Código Electoral-, modificado por el artículo 263 de la Constitución Política que antes del Acto Legislativo 01 de 2003, establecía:

“Para asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública se empleará el sistema de cuociente electoral.

¹⁹ Espinoza Cuéllar, Magaly. Autonomía indígena en tierras bajas. IDEA Internacional 2009. Página 31.

El cuociente será el número que resulte de dividir el total de los votos válidos por el de puestos por proveer. La adjudicación de puestos a cada lista se hará en el número de veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos. Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los mayores residuos, en orden descendente.”

Como se aprecia, el sistema se diseñó para que la adjudicación de escaños se efectúe de acuerdo al número de veces que el cuociente quepa en la votación de cada lista, y en el evento de que no se puedan asignar de esta manera porque no se llenan todas las curules o ninguna, la provisión se hace a los mayores residuos en forma descendente.

En este punto, esta Sección del Consejo de Estado ha dicho que el sistema del cuociente electoral corresponde a un sistema de elección proporcional y se emplea para asegurar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos en las corporaciones públicas de elección popular.

En la sentencia del 29 de junio de 2007, expediente 2006-00023 se ha identificado como posible que uno o varios de los partidos o movimientos políticos obtengan una votación igual o superior al cuociente electoral, evento en el cual la asignación de escaños se hace a través del número de veces que el cuociente quepa en el total de votos válidos de las agrupaciones.

También - dice el Consejo de Estado- puede ocurrir que ninguna de las listas alcance el número de votos del cuociente, y, en este evento, los votos válidos obtenidos por cada partido o movimiento político constituye un residuo, y la adjudicación de las curules a proveer se hace entre los mayores residuos es decir entre las listas más votadas.²⁰

Para el caso de la resolución ahora impugnada, el Consejo Nacional Electoral aplicó el sistema de cuociente electoral de la siguiente manera:

Verificado el Escrutinio, los resultados fueron:

Alianza Social Indígena	27.453
Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia - AICO	24.045
Movimiento Social e Indígena MS	21.950
Partido de Integración Nacional - PIN	11.105
Polo Democrático Alternativo	11.076

²⁰ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 29 de junio de 2007. Expediente 2006-00023.

“Voto por lista” (sic)	95.629
Voto en Blanco	88.411
Votos Válidos	184.040

Luego se determinó el cuociente electoral, así:

Votos Válidos	184.040
Curules a Proveer	2
Cuociente Electoral	92.020

De conformidad con los resultados y obtenido el cuociente electoral, procedió a efectuar la correspondiente asignación de curules, así:

PARTIDO O MOVIMIENTO	VOTACION	C.E	RESULTAD O
Alianza Social Indígena	27.453	92.020	0,298
Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia AICO	24.045	92.020	0,261
Movimiento Social e Indígena MS	21.950	92.020	0,239
Partido de Integración Nacional - PIN	11.105	92.020	0,121
Polo Democrático Alternativo	11.076	92.020	0,120

Como ninguna de las listas alcanzó el cuociente electoral, distribuyó las dos curules a los mayores residuos, correspondiéndole al Movimiento Alianza Social Indígena una curul, y al Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia AICO la otra curul, así:

MOVIMIENTO ALIANZA SOCIAL INDÍGENA
MARCO ANIBAL AVIRAMA AVIRAMA
MOVIMIENTO DE AUTORIDADES INDÍGENAS DE COLOMBIA AICO
GERMAN BERNARDO CARLOSAMA LOPEZ

En consecuencia, declaró elegidos como senadores por la Circunscripción Especial Indígena a los señores Marco Anibal Avirama y Germán Bernardo Carlosama.

Encuentra la Sección, que el Consejo Nacional Electoral acertó en la manera como aplicó el sistema del cuociente electoral, pues como la jurisprudencia electoral lo ha explicado, si ninguna lista lo alcanza, es forzoso asignar los escaños a los mayores residuos, como efectivamente sucedió.

Se concluye entonces, que no le asiste razón al demandante al considerar que se violó el sistema de cuociente electoral, puesto que como se explicó, dicho sistema también implica el uso del residuo en caso de que no se puedan asignar todas o ninguna de las curules por cuociente, y queda así descartada lo que el actor aprecia como una vía de hecho administrativa por error procedimental.

Así las cosas, el cargo no prospera.

7.2. Segundo cargo. (Formulado por el señor Libardo Espitia)

Se acusan como violados los artículos 13, 171 y 263 A de la Constitución Política y el Decreto 301 de 2010.

Se aduce que como ninguna de las listas superó el umbral electoral, el Consejo Nacional Electoral debió abstenerse de declarar la elección de senadores por la Circunscripción Nacional Especial Indígena. Agrega -en subsidio- que si no se iba a tener en cuenta el umbral para la aplicación electoral *“se debió aplicar el cuociente electoral al candidato sin computarse los votos que haya tenido el partido”* ya que *“los votos del partido solo (sic) se pueden computar para determinar el cuociente electoral y el umbral”*, y en consecuencia la asignación de curules debió favorecer a los dos candidatos más votados que son Aida Marina Quilcue Vivas del Movimiento Social Indígena MSI con 17.590 votos, y Germán Bernardo Carlosama López del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia AICO con 15.115 votos.

Para el estudio del cargo se impone el análisis de tres temas: i) las curules pertenecen a los partidos y movimientos. ii) exigencia del umbral del 30 % del cuociente electoral para la asignación de curules en la Circunscripción Especial

Indígena para el Senado de la República y iii) si el cuociente electoral se aplica a las listas o a los candidatos.

7.2.1. Las curules pertenecen a los partidos y a los movimientos.

Con la reforma constitucional adoptada en el Acto Legislativo 01 de 2003, la preponderancia política radica en los partidos y movimientos políticos sobre los individuos o candidatos.

Es así que el inciso 6 del artículo 108 de la Constitución, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2003 creó el régimen de bancadas en los siguientes términos: *“Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por éstas”*.

Para el control de dicho régimen, los estatutos de las agrupaciones políticas podrán prever sanciones para los miembros de las bancadas por la inobservancia de sus directrices, salvo los asuntos de conciencia.

También se estableció que los partidos y movimientos *“presentarán listas y candidatos únicos.”* (C.P. art 263)

Adicionalmente, se previó la existencia de un umbral que debe ser superado por la votación de las listas presentadas por los partidos y movimientos para que puedan competir por las curules que se asignarán por el sistema proporcional respectivo, bien sea la cifra repartidora o el cuociente electoral. (C.P. art 263)

Finalmente, tanto la cifra repartidora como el cuociente electoral se aplican a la votación obtenida por las diferentes listas y no a los candidatos como se explica más adelante. (C.P. arts 263 y 263 A)

De todas las normas referidas se establece que el sistema electoral vigente aplica directamente a los partidos o movimientos políticos -umbral, cuociente electoral, cifra repartidora y bancadas- disposiciones establecidas a favor del fortalecimiento de los partidos políticos en desmedro de las *“microempresas electorales”* como consta en los antecedentes de la reforma política de 2003.

En consecuencia, no se puede predicar que esas normas sean aplicables en forma directa a los candidatos.

En suma, las curules obtenidas por los partidos y movimientos políticos pertenecen a éstos y no a los candidatos.

7.2.2. De la exigencia del umbral del 30% del cuociente electoral para la asignación de curules en la Circunscripción Especial Indígena para el Senado de la República.

El tema en discusión surge a juicio del autor de la interpretación de dos disposiciones constitucionales que en su criterio parecen contradictorias; el artículo 171 y el artículo 263. Se precisa que el actor señala como infringido el artículo 263 A, pero de la lectura atenta del cargo entiende la Sala que se refiere al artículo 263 que prevé el umbral electoral del 30 % del cuociente electoral en las circunscripciones donde se elijen dos curules.

El artículo 171 establece:

“El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.

Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.

Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República.

La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral.

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.”

Por su parte, el artículo 263 con la modificación del Acto Legislativo 01 de 2009 dispone:

“Para todos los procesos de elección popular, los Partidos y Movimientos Políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en la respectiva elección.

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 sufragados 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.

Cuando ninguna de las listas de aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora.

La ley reglamentará los demás efectos de esta materia.

Las listas para Corporaciones en las circunscripciones en la que se eligen hasta dos (2) miembros para la correspondiente Corporación, podrán estar integradas hasta por tres (3) candidatos. En las circunscripciones en las que se elige un miembro, la curul se adjudicará a la lista mayoritaria. 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.

PARAGRAFO TRANSITORIO. *Para las elecciones al Congreso de la República a celebrarse en 2010, el porcentaje a que se refiere el inciso 2o del presente artículo será del dos por ciento (2%).”*

Como se concluyó en el punto 6 de este fallo, al ocuparse de la naturaleza de la Circunscripción Especial Indígena, el establecimiento de esa circunscripción es un reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación que busca asegurar

una democracia representativa y participativa que incluya de manera constante a los distintos grupos sociales minoritarios o en proceso de consolidación.

Para ello se estableció un sistema de discriminación electoral positiva, mediante la adopción de reglas propias distintas a la generalidad.

Es así como la circunscripción especial fue diseñada de tal manera que se *“regirá por el sistema de cuociente electoral.”*, además de que los candidatos *“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.”*

Sumado a lo anterior, el constituyente expresamente califica a la Circunscripción Indígena como *“especial”* lo que se entiende en contraposición a la nacional ordinaria en donde se eligen 100 senadores mediante la utilización del sistema de cifra repartidora.

La especialidad de esta circunscripción implica que la solución del artículo 171 se prefiere a la del artículo 263, lo que de suyo implica que se aplica el cuociente electoral sin consideración a umbral alguno. A esta conclusión se arriba como lo anotó el Ministerio Público, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 numeral 1 de la Ley 57 de 1887 que preceptúa: *“La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.”*

La aplicación del artículo 171 de la C.P. sobre el artículo 263 ibídem, además encuentra respaldo en el hecho de que el umbral del 30% del cuociente electoral fue establecido para la elección de Cámara de Representantes en las circunscripciones territoriales con poca población y que por tal razón sólo eligen dos curules, como aparece en los antecedentes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003, reforma constitucional que introdujo en nuestro ordenamiento los conceptos de cifra repartidora y umbral.

Es así que en el Acta No. 058 de 17 de junio de 2003 se consigna la posición del Representante a la Cámara Joaquín José Vives Pérez:

“... el problema es que la mitad de las circunscripciones electorales que eligen dos curules en la mitad de esa si aplicáramos umbral y cifra repartidora la dos curules se las lleva una misma lista y eso es nada menos que volver a los llamados feudos podridos, recuerden ustedes que hasta antes de 1968, hasta antes de la reforma constitucional el sistema del cuociente electoral y los sistemas de representación

proporcional que existieron como el del voto incompleto se aplicaban a las elecciones donde se disputaban más de dos curules, en las dos no se aplicaba, el que ganaba se llevaba las dos curules y eso se denominó los feudos podridos, de alguna manera este sistema va a impedir que muchos de esos territorios tengan representación proporcional de sus fuerzas minoritarias, nosotros habríamos propuesto en ese momento la doctora Gina Parody si está aquí no me deja mentir en la ponencia del Referendo al interior que cuando se elijan dos no se aplicará cifra repartidora, se mantuviera el sistema cociente electoral, la guerra de residuos para garantizar la representación plural de esas circunscripciones, lamentablemente aquí eso fue negado, si hubiese el consenso necesario para hacer esa salvaguarda en esas circunscripciones me parece que nosotros le haríamos un gran favor a la democracia de los territorios nacionales, pero si no pues es lo que se pueda lograr en esta Plenaria” (Subraya la Sala)

El Representante Pedro Arenas García anotó:

“Gracias señor Presidente en ese mismo punto y en la misma dirección que presenta el doctor Navas, tengo radicada en Secretaría una proposición para suprimir todo lo relativo con cifra repartidora de este artículo dejando únicamente el primer inciso, si es posible someterla a consideración Presidente yo le agradezco, en segundo lugar el umbral del 50% para el caso de los nuevos departamentos es supremamente alto, nosotros hicimos con el doctor Luís Fernando Almario el ejercicio y en 8 de esos diez departamentos la lista más votada se quedaba con la totalidad de curules asignadas, en unos casos con dos y en otros casos con tres, situación que ahí es completamente evidente borra del mapa a la segundas y terceras fuerzas y aun más a aquellas otras expresiones más pequeñas, si es posible rebajar ese umbral para el caso de Cámara de Representantes en concreto en estas circunscripciones, y si los ponentes así lo acogieran sería lo más saludable en el ánimo de que allí donde apenas está empezando a florecer la democracia no se le cortaran las alas de entrada, si se deja como está el mismo doctor Jaime Castro había hecho un ejercicio en el que el 26% de los votos de un departamento se quedaba con la totalidad de las curules dejando al otro 74% sin representación en el Congreso. Por estas y otras razones que están demostradas numéricamente y que tenemos posibilidad de comprobarlas ante los Ponentes, insistiríamos en una propuesta que redactamos por aquí con el doctor Eulises, el doctor Almario y el doctor Serrano en el sentido de que bajemos ese umbral para estas circunscripciones donde al máximo elegimos hasta tres curules. Gracias Presidente.” (Subraya fuera del texto)

Finalmente, en la Gaceta 378 de 2003 aparece la propuesta aditiva presentada por el congresista Edgar Ulises Torres, a la sazón Representante a la Cámara por el Chocó: *“En las circunscripciones electorales donde se elijan dos curules, se aplicará el Sistema del Cuociente Electoral, con sujeción a un umbral del 30%”*

En consecuencia, es válido anotar que el umbral del 30 % del cuociente electoral no fue concebido ni diseñado para la Circunscripción Especial Indígena para Senado de la República.

En síntesis, no se equivocó el Consejo Nacional Electoral ni contrarió la Constitución Política ni la ley al asignar las curules utilizando únicamente el sistema de cuociente electoral sin consideración a umbral alguno y en tal virtud no debía abstenerse de declarar la elección como lo estima el actor.

7.2.3. ¿El cuociente electoral se aplica a las listas o a los candidatos?

El actor, señor Libardo Espitia Rodríguez, subsidiariamente considera que si no se iba a tener en cuenta el umbral para la aplicación electoral, *“se debió aplicar el cuociente electoral al candidato sin computarse los votos que haya tenido el partido.”* y por lo tanto debió declararse elegidos a los candidatos más votados.

Según la literatura internacional especializada, los sistemas proporcionales de asignación de curules, dentro de los cuales se encuentra el del cuociente electoral, se aplican a las votaciones obtenidas por las listas presentadas por los partidos políticos y no a los candidatos individualmente considerados.

En efecto, la politóloga Pippa Norris explica que la fórmula de representación proporcional tiene como principio básico el que las sillas parlamentarias son entregadas en proporción a los votos obtenidos por cada partido y varía entre países de acuerdo con el uso de listas de partidos abiertas o cerradas, el umbral electoral, el tamaño de los distritos, etc.²¹

La jurisprudencia electoral de esta Corporación ha llegado a la misma conclusión, al decir:

²¹ Norris Pippa. Comparing Electoral Systems en: Voting Rules and Political Behavior. Cambridge University Press. 2004

“Es preciso señalarle al libelista que bajo el sistema del cuociente electoral, lo mismo que bajo el sistema de la cifra repartidora, la asignación de escaños en las corporaciones públicas debe hacerse a través de las listas inscritas por los partidos o movimientos políticos (...)

Así, bajo el sistema del cuociente electoral la adjudicación de escaños igualmente se surte entre las listas inscritas por los partidos o movimientos políticos, (...)

Otra prueba de que el individualismo propuesto con la demanda no tiene cabida está dada por el hecho de que los protagonistas ahora, como antes, son los partidos o movimientos políticos, más no los candidatos, lo cual se corrobora con los términos en que fueron redactados los artículos 263 y 263-A de la Constitución (...)

Así las cosas, tanto en los antecedentes de las actas del Congreso de la República como en el texto final que fuera aprobado por esa Corporación legislativa, quedó claro que la preeminencia en la actividad política corresponde a los partidos o movimientos políticos, como igual sucede con el sistema de cuociente electoral, y que sólo las listas inscritas por ellos serían las que entrarían en el reparto o asignación de las curules, sin que sea sostenible que frente a las circunscripciones territoriales que elijen dos curules la aplicación del sistema del cuociente electoral, con sujeción a un umbral del 30% del mismo, lleve a considerar que los mayores residuos, cuando no se alcanza el cuociente electoral, se aplicarán tomando en cuenta los candidatos individualmente considerados.”²²(Subraya fuera del texto)

Queda así definido, tanto por la doctrina como la jurisprudencia, que la tesis del demandante en el sentido de que el cuociente electoral se aplica a los candidatos y no a las listas o agrupaciones políticas es una apreciación errada.

Las anteriores consideraciones conllevan a que este cargo tampoco prospere, y por tal razón se denegarán las pretensiones.

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

²² Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 29 de junio de 2007. Expediente 2006-00023.

FALLA:

PRIMERO: DECLARASE que no prospera la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

SEGUNDO: DENIEGANSE las pretensiones de las demandas de nulidad electoral acumuladas, formuladas por los ciudadanos Marcelino Chindoy Chicunque y Libardo Espitia Rodríguez contra la Resolución 1787 del 18 de julio de 2010 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

TERCERO: En firme esta providencia archívese el expediente.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

ALBERTO YEPES BARREIRO

