

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

**CONSEJERA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ
BERMÚDEZ**

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Expediente: 11001032800020140005300
Demandante: Procuraduría General de la Nación
Demandado: José Rodolfo Pérez Suárez
Asunto: Fallo

Procede la Sala a decidir la demanda de nulidad electoral que presentó la señora María Eugenia Carreño Gómez, quien interviene como funcionaria especial en representación del Ministerio Público, con el fin de que se declare la nulidad parcial del acto de elección de los Representantes a la Cámara por la circunscripción territorial del Departamento de Casanare, periodo constitucional 2014-2018, únicamente en lo que tiene que ver con la elección del señor **José Rodolfo Pérez Suárez**.

I. ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA

1.1- Las pretensiones

La parte actora solicitó que:

“PRIMERA: Se declare la nulidad parcial del acto de declaratoria de elección de Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral territorial del departamento de Casanare, para el periodo constitucional 2014-2018, proferido por la Comisión Escrutadora General del Departamento de Casanare el día 19 de marzo de 2014 y notificado en audiencia pública llevada a cabo en la misma fecha, contenido en el Acta General de Escrutinio (ANEXO 4) y Formulario E-26 CA (ANEXO 5) donde consta que la audiencia concluyó con la declaratoria de elección de los Representantes a la Cámara para el periodo constitucional 2014-2018 por la circunscripción electoral territorial del Departamento de Casanare y la consecuente entrega de credenciales al parlamentario electo, además que la notificación se hizo en estrados en la referida audiencia pública y que igualmente contiene el resultado del escrutinio para la elección de Cámara de representantes para el periodo constitucional 2014-2018, por la circunscripción electoral territorial del departamento de Casanare.

Dicha declaratoria se solicita únicamente en lo que tiene que ver con la elección del ciudadano JOSE RODOLFO PEREZ SUAREZ (...) quien se inscribió y resultó elegido por el MOVIMIENTO POLITICO CIEN POR CIENTO COLOMBIA.

SEGUNDA: Como consecuencia de la prosperidad de la pretensión de nulidad y de conformidad con lo establecido en el artículo 288 de la Ley 1437 de 2011, ordénese la cancelación de la credencial expedida al ciudadano JOSE RODOLFO PEREZ SUAREZ (...)

TERCERA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y de resultar procedente dicha anulación, se excluya igualmente para ser llamados a los demás integrantes de la lista inscrita por el MOVIMIENTO POLITICO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA para la

circunscripción ordinaria del Departamento de Casanare”.

1.2.- Soporte fáctico

Los hechos relevantes para decidir el asunto son los siguientes:

1.2.1. El Consejo Nacional Electoral, por medio de la Resolución No. 1854 de 2010 reconoció personería jurídica a AFROVIDES – LA ESPERANZA DE UN PUEBLO como movimiento político, al haber obtenido una curul¹ en la circunscripción especial de las comunidades étnicas en las elecciones al Congreso de la República para el periodo 2010-2014. (Fls. 84-90)

1.2.2. Por medio de Resolución No. 3203 del 14 de Noviembre de 2013, el Consejo Nacional Electoral registró el cambio de nombre de AFROVIDES LA ESPERANZA DE UN PUEBLO a CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA. (Fls. 74-81)

1.2.3. El 9 de diciembre de 2013 tanto AFROVIDES como CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA, inscribieron lista de candidatos a la Cámara de Representantes para las elecciones del periodo 2014-2018, el primero, por la circunscripción especial de negritudes y el segundo, por la circunscripción territorial del Departamento de Casanare. (Fls.60-62,112 y 170)

1.2.4. El ciudadano **José Rodolfo Pérez Suárez**, fue elegido como Representante a la Cámara para el periodo constitucional 2014-2018 por la circunscripción territorial del Departamento de Casanare por el Movimiento Político Cien por Ciento Colombia.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

La demandante fundamentó la solicitud de nulidad en la violación de los artículos 7°, 40, 108, 171 y 176 de la Constitución Política; 275-5 de la Ley 1437 de 2011 y; 28-3 de la Ley 1475 de 2011.

Manifestó que constitucional y legalmente los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos del régimen electoral ordinario no pueden inscribir listas y candidatos para la elección de congresistas por las circunscripciones **especiales**, así como tampoco, los que obtienen su personería con fundamento en el régimen de excepción pueden inscribir listas y candidatos para la elección de congresistas por las circunscripciones del régimen electoral **ordinario**.

Indicó que una interpretación contraria a lo señalado, equivaldría a permitir que estos últimos eludan "...*las reglas de elección que se aplican en este régimen [refiriéndose al ordinario] (umbral o cantidad*

¹ En esa oportunidad resultó elegido Yahir Fernando Acuña Cardales como

mínima de votos para obtener o perder la personería jurídica, escrutinio mediante cifra repartidora etc.”.

Hizo consistir la violación de las normas señaladas en que el señor **José Rodolfo Pérez Suárez** fue inscrito por el MOVIMIENTO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA para ser elegido Representante a la Cámara para el periodo constitucional 2014-2018 por la circunscripción electoral territorial ordinaria del Departamento de Casanare, a pesar de que su personería jurídica tiene origen en el régimen especial de protección de las minorías étnicas Afrodescendientes, lo que le impedía de conformidad con las normas citadas, inscribir listas y candidatos para participar en la circunscripción territorial **ordinaria**.

Asimismo, advirtió que en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011(inciso declarado inexecutable) se estableció que las minorías étnicas solo podrían ser representadas por los partidos y movimientos políticos que hubieran obtenido su personería jurídica con base en el régimen de excepción, con lo que quedó clara la intención del legislador de diferenciar el régimen de participación electoral ordinario del especial. (Fls. 1-28)

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Para dar respuesta a la demanda, el apoderado judicial de la parte accionada expuso que el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución N° 1854 de 2010 le reconoció personería jurídica al MOVIMIENTO POLITICO AFROVIDES – LA ESPERANZA DE UN

representante por la circunscripción especial de las comunidades negras.

PUEBLO, por Resolución N° 0316 de 2011 registró el cambio de nombre de dicha agrupación al de MOVIMIENTO POLITICO AFROVIDES y, mediante la Resolución N° 3203 de 2013 registró de nuevo su cambio de nombre al de MOVIMIENTO POLITICO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA.

Señaló que de acuerdo con el artículo 108 constitucional las organizaciones políticas **con personería jurídica reconocida** pueden inscribir candidatos a elecciones y tienen dos vías para obtener dicho reconocimiento; para el régimen ordinario: alcanzar una votación no inferior al 3% del total de los votos emitidos válidamente y; para el régimen de excepción: obtener representación en el Congreso para la circunscripción de las minorías étnicas y políticas. Asimismo advirtió que la única limitación que contemplaba el ordenamiento jurídico para inscribir candidatos era la contenida en el artículo 28 de la ley 1475 de 2011 en la que se señaló que las minorías étnicas solo podían ser representadas por los partidos y movimientos políticos que la hubieran obtenido con base en el régimen de excepción y no la querida por la parte demandante. Citó como sustento de su afirmación el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 18 de abril de 2013. M.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

Indicó que ante la ausencia de prohibición como explicó y dado que el MOVIMIENTO POLÍTICO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA contaba con personería jurídica, participó en las elecciones del 9 de marzo de 2014 e inscribió listas de candidatos para las circunscripciones territoriales ordinarias en los

departamentos de Casanare, Santander, Sucre y el Distrito Capital, inscribiendo específicamente la candidatura del señor **José Rodolfo Pérez** como Representante a la Cámara por el Departamento de Casanare la que fue debidamente avalada por la representante legal del movimiento como lo exige la Constitución. Por lo anterior, solicitó que se negaran las pretensiones de nulidad electoral. (Fls. 221-257)

3. INTERVENCIÓN TERCERO COADYUVANTE

El señor Antonio Álvarez Lleras intervino con el fin de coadyuvar las pretensiones de la parte actora². Al efecto insistió en que dado que el MOVIMIENTO POLÍTICO CIEN POR CIENTO COLOMBIA adquirió su personería jurídica por haber obtenido representación en el Congreso por la circunscripción especial de minorías étnicas, solo podía inscribir listas de candidatos en las elecciones de 2014 para la mencionada circunscripción y no para la ordinaria pues, *“la representación del Congreso de la República debe guardar correspondencia directa con la génesis de personería jurídica ordinaria o excepcional del movimiento o partido político...”*.

Señaló que con este comportamiento el referido movimiento renunció al reconocimiento legal que le hizo el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución N° 1854 de 2010 y a *“representar los intereses de las minorías de los afrodescendientes en Colombia, despreciando y burlándose de la voluntad de los ciudadanos que votaron por esa agrupación en el mes de marzo de 2010 y que*

² La solicitud de coadyuvancia se aceptó en la Audiencia Inicial celebrada el 15 de agosto de 2014. (Fls. 339-355).

fueron los artífices de la personería jurídica de AFROVIDES³” además de que sin justificación alguna abandonó su compromiso con la comunidad de negritudes y logró “adentrarse por la vía ordinaria sin tener que cumplir el requisito o licencia del 3% del umbral o las miles de firmas que exige a los movimientos o grupos significativos de ciudadanos⁴”.

Advirtió que así como se le prohíbe a los partidos y movimientos políticos cuya personería fue adquirida por la vía ordinaria inscribir listas para la circunscripción especial, no debe permitirse que aquellos que la adquirieron por la vía excepcional participen en la circunscripción ordinaria de Cámara y Senado.

Indicó que en el hipotético caso en que se acepte la tesis de la parte demandada relacionada con que es el propio artículo 108 Constitucional el que habilita al MOVIMIENTO POLITICO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA para inscribir la candidatura del demandado al tener personería jurídica, debe también entenderse que al mismo tiempo dicho movimiento también debió inscribir listas para la circunscripción especial *“y como no lo hizo porque no quiso, desperdició la oportunidad de participar en la elección de cámaras regionales”.*

Sostuvo que el MOVIMIENTO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA inscribió en este caso al señor **José Rodolfo Pérez** como Representante a la Cámara por el Departamento de Casanare *“sin que se hubiese verificado el cumplimiento del requisito de consulta*

³ Fl. 316.

previa respecto de las normas que afectan directamente a comunidades afrodescendientes...” cuando “ningún movimiento político de minorías étnicas con personería jurídica excepcional, podrá avalar a ningún candidato a corporaciones públicas como el Congreso de la República, en ninguna de sus circunscripciones especiales u ordinarias, hasta tanto se pronuncien en consulta previa sobre las condiciones que deben cumplir los aspirantes para ser avalados⁵”.

Asimismo indicó que el citado movimiento de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 108 Constitucional perdió de manera automática su personería jurídica por cuanto solo realizó la Convención Nacional de AFROVIDES el 10 de noviembre de 2013, según el Acta N° 005 de 2013, razón por la cual solicitó ante el Consejo Nacional Electoral revocar su personería jurídica, lo que se negó.

En consecuencia, solicitó que se declarara la nulidad de la elección demandada en cuanto el MOVIMIENTO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA al momento de la inscripción de candidatos no contaba con la personería jurídica vigente así como tampoco se encontraba habilitado para inscribir candidatos en la circunscripción ordinaria. (Fls. 315-329).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. De la parte demandante:

⁴ Fl. 317.

⁵ Fl. 322.

La parte demandante insistió en los argumentos expuestos en el escrito de demanda y reiteró que dado que el MOVIMIENTO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA tuvo su origen en la organización Afrodescendiente AFROVIDES, la cual adquirió su personería jurídica como consecuencia de haber obtenido representación en la contienda electoral celebrada el 2010-2014, tiene vedada la posibilidad de inscribir listas por la circunscripción territorial ordinaria, pues solo puede hacerlo en pro de la representación de las minorías étnicas. Fls. (491-495)

4.2. De la parte demandada

La parte demandada señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 108 Constitucional para la inscripción de candidatos a elecciones, los partidos o movimiento políticos solo deben cumplir con dos requisitos a saber; (i) tener personería jurídica y (ii) que la inscripción sea avalada por el representante legal del partido o movimiento, por lo que, en principio, todas las agrupaciones políticas independiente de la razón jurídica que haya dado lugar a su reconocimiento pueden inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, por la circunscripción ordinaria o la especial. Siendo la única restricción la fijada para los partidos y movimientos políticos que obtuvieron su personería por haber alcanzado el 3% de los votos válidos, los cuales no pueden inscribir candidatos ni listas para la circunscripción especial.

En consecuencia, los partidos y movimientos políticos que hubieran obtenido su personería jurídica por la circunscripción especial de minorías étnicas se encontraban habilitados para avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido con una antelación no inferior a un año respecto de la fecha de inscripción, como le ocurrió al MOVIMIENTO POLÍTICO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA.

Como sustento de su afirmación citó el concepto dictado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del 18 de abril de 2013 en el que se indicó que, nada impide a los partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería jurídica por el régimen de excepción *“aspirar a una mayor representatividad, acudiendo simultáneamente a la circunscripción ordinaria y a la circunscripción a la cual pertenecen”*⁶, además de que no existe norma que lo prohíba. De igual manera citó la sentencia del 20 de junio de 2013. Expediente: 00630-01 (AC) y los conceptos dictados por el Consejo Nacional Electoral el 26 de junio de 2014, expedientes, N° 3475/14 y 3476/14.

De igual manera indicó que el Consejo Nacional Electoral por disposición constitucional es la autoridad competente para *“reconocer y revocar la personería jurídica de los partidos y Movimiento políticos”*⁷, sin que a la fecha haya revocado la reconocida al MOVIMIENTO POLITICO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA, además, tampoco es viable discutir esa situación por vía de esta acción pues de conformidad con lo establecido en el

⁶ Fl. 515.

⁷ Artículo 265 de la Constitución Política.

artículo 7° de la Ley 130 de 1994 los interesados pueden recurrir a dicha autoridad dentro de los 20 días siguientes a la adopción de la respectiva decisión para impugnarla.

Sostuvo que era competencia del Consejo Nacional Electoral definir si el MOVIMIENTO POLÍTICO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA incumplió con el requisito previsto en el inciso 2° del artículo 108 de conformidad con lo establecido en el artículo 265-9 Constitucional y no al juez contencioso como lo pretendía el actor.

Por lo anterior concluyó diciendo que la personería jurídica del mencionado movimiento estaba vigente, máxime cuando *“esta misma corporación acreditó la legalidad del Movimiento (...) cuando (...) avaló mediante la Resolución N° 3203 de 2013 las reformas y decisiones aprobadas por la Convención Nacional del Movimiento Político, así como avaló la organización electoral la inscripción de sus candidatos a la cámara de Representantes⁸”* y que mientras el MOVIMIENTO CIEN POR CIENTO POR COLOMBIA goce de personería jurídica, se encuentra habilitado para inscribir listas de candidatos por la circunscripción ordinaria. (Fls. 496-520)

4.3. Del coadyuvante

El coadyuvante de la parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto de elección del demandado en la medida en que la aceptación de la tesis por él expuesta conllevaría a la violación

⁸ Fl. 504.

del derecho a la igualdad en la contienda electoral máxime cuando nada impide *“que miembros de estas comunidades puedan participar como representantes al Congreso por jurisdicción ordinaria, siempre y cuando se inscriban y hagan parte de listas de partidos o movimientos políticos con personería jurídica ordinaria, obtenida entre otros requisitos por haber alcanzado el umbral del 2% o 3% hoy⁹”*. (Fls. 523-525)

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 149 del CPACA¹⁰, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia toda vez que la demanda ataca la legalidad del formulario E-26 CA, por medio del cual se declaró la elección de **José Rodolfo Pérez Suárez** como Representante a la Cámara por el Departamento del Casanare.

2. La circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes¹¹

⁹ Fl. 524.

¹⁰ “ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA.: El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.” (Subrayas fuera de texto)

¹¹ En la sentencia C-253 de 2013, la corte Constitucional señaló sobre la denominación comunidades negras: *“(...) La palabra no se utiliza pues en un contexto de exclusión, ni de invisibilización, ni de desconocimiento de la dignidad humana de los*

La Carta Política reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7) y otorga espacios de participación concretos a las comunidades indígenas y afrodescendientes – además de los establecidos para los colombianos en general- como la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (art. 171), la circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes (art. 176), la obligación de que la conformación y delimitación de entidades territoriales indígenas se debe hacer con la participación de sus representantes (art. 329), la obligación de propiciar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten frente a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (art. 330), y la consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que los afecten directamente (art. 6 Convenio 169 de la OIT “Sobre los pueblos indígenas y Tribales”).

afrocolombianos, sino por el contrario, en un marco normativo que reconoce sus derechos sociales, políticos y económicos. En otras palabras, la utilización de la expresión “comunidades negras” en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, expande el principio de dignidad humana en el marco de la igualdad material otorgando mayores garantías a estos grupos por encima del resto de la población. Eliminar de las disposiciones acusadas la expresión “comunidades negras” sería, como lo anotan algunas de las intervenciones, silenciar la lucha de una parte importante de la población afrocolombiana que se identifica como negra, y que desea ser denominada de esta manera. En otras palabras, no es precisamente eliminando la expresión acusada en disposiciones legislativas que se favorece a determinado grupo étnico, que se erradica el racismo y se proscriben la discriminación. De lo anterior se desprende lo siguiente: (i) siempre será necesario contextualizar en cada caso el sentido y significado de las palabras en el plano jurídico, histórico y social; (ii) los términos contenidos en disposiciones de menor jerarquía, que transcriben expresiones consagradas en la Constitución, no son inconstitucionales; (iii) las palabras o términos que sean empleados para denominar un determinado grupo étnico no son contrarios a la Constitución cuando el mismo grupo se autodenomina de esa manera y lo hace en aras de su propia reivindicación histórica; (iv) las expresiones empleadas por el Legislador para designar a un grupo titular de ciertos derechos o para promover acciones afirmativas a su favor, son concordantes con la Constitución”

Específicamente sobre las comunidades afrodescendientes, en la Asamblea Nacional Constituyente se advierte¹² la intención de los constituyentes de proteger los derechos de participación democrática de ese grupo étnico y darles prevalencia. Es así que en el debate sobre el artículo 176, inicialmente se planteó otorgarles una curul en el Congreso de la República, para lo cual se propuso establecer una circunscripción especial en la que se “*elige un representante por las comunidades negras rurales del litoral pacífico*”¹³, idea que generó una extensa discusión sobre si los afrodescendientes que no habitan en el litoral pacífico también podían hacer parte de esto, frente a lo cual el constituyente Orlando Fals Borda argumentó:

“Cuando se estudió pues en la Comisión Segunda el problema de las comunidades negras, no se pensó en ninguna forma sobre la población en general, es decir, por ejemplo los barrios negros de Barranquilla o de Quibdó o de ninguna otra zona del país en especial, sino que se tuvieron en cuenta las necesidades de ciertas comunidades negras que están aisladas, que necesitan apoyo, necesitan estímulo para el desarrollo económico y social y que están circunstancias (Sic) a algunas regiones del país, no a todas. Cuando los compañeros de estas comunidades se hicieron presentes en las discusiones de la comisión trajeron mapas que demostraron que estas comunidades se encuentran concentradas en el litoral pacífico, y específicamente en ciertas cuencas hidrográficas especialmente en el río Atrato y el río San Juan; son comunidades ribereñas que cuyos poblamientos siguen el curso de los ríos. Estas son comunidades selváticas, aisladas, comunitarias, que han sido olvidadas por el país, muchas veces despreciadas por quienes explotan estos bosques y las minas cercanas; por lo tanto en la comisión pensamos que merecen, así como los indígenas, la

¹² Revisados los antecedentes (las transcripciones de los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente) de los artículos 108, 176 de la Constitución política.

¹³ Ver folio 6 Asamblea Nacional Constituyente, antecedentes artículo 176 al 178 – Sesión Plenaria Junio 11.

atención nacional y el apoyo de esta asamblea. En ese sentido la circunscripción que se pide es exclusivamente para aquellas comunidades ribereñas del Litoral Pacífico que son de la raza negra y que pueden establecerse donde están. Más aún, si se aprueba eventualmente la creación de la comisión de ordenamiento territorial, como es nuestra esperanza, en la comisión segunda, esta comisión estará en capacidad de fijar los límites exactos de estas comunidades”¹⁴

Pero, no todos los constituyentes estaban de acuerdo con esta propuesta, y a su vez plantearon que fuera una ley especial la que regulara todos los aspectos que definieran la circunscripción de las comunidades negras¹⁵.

Finalmente después de un intenso debate se determinó que: *“la ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la cámara de representantes de los grupos étnicos, de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el extranjero, mediante esa circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes”*.¹⁶

Es así como el texto del artículo 176 incluido en la Constitución Política de 1991 fue el siguiente:

ARTÍCULO 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales. Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil.

¹⁴ Ver folio 14 – 15 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 176 – Sesión Plenaria Junio 11

¹⁵ Ver folio 18 asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 176 – Sesión Plenaria junio 30

¹⁶ Ver folio 20 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 176 – Sesión Plenaria Junio 30

Para la elección de representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco representantes.

En todo caso, en el artículo 55 transitorio¹⁷ de la Constitución Política se incluyó la obligación para el legislador dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Constitución, expediera una ley que les reconociera a las comunidades negras que ocupaban tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, el derecho a la propiedad colectiva, y estableciera los mecanismos para la protección de la identidad

¹⁷ **ARTICULO TRANSITORIO 55.** Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

PARAGRAFO 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

PARAGRAFO 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que él se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.

ARTICULO TRANSITORIO 56. Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

ARTICULO TRANSITORIO 57. El Gobierno formará una comisión integrada por representantes del Gobierno, los sindicatos, los gremios económicos, los movimientos políticos y sociales, los campesinos y los trabajadores informales, para que en un plazo de ciento ochenta días a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, elabore una propuesta que desarrolle las normas sobre seguridad social.

Esta propuesta servirá de base al Gobierno para la preparación de los proyectos de ley que sobre la materia deberá presentar a consideración del Congreso.

cultural y derechos de estas comunidades, para el fomento de su desarrollo económico y social.

En virtud del artículo 55, se expidió la Ley 70 de 1993 **“Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”** y además del reconocimiento de la **propiedad colectiva de las Comunidades Negras, la protección de sus recursos naturales y el medio ambiente, de sus recursos mineros, el fomento de su desarrollo económico social, los** mecanismos para la protección y desarrollo de sus derechos y de su identidad cultural, se creó en el Ministerio de Gobierno, la dirección de asuntos para las comunidades negras con asiento en el Consejo de Política económica y social¹⁸.

Posteriormente el Congreso de la República –después de varios intentos de reglamentar el artículo 176 de la Constitución Nacional¹⁹- reguló el tema y expidió la Ley 649 del 2001 *“Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”*, en cuyos antecedentes se declara que el objeto de esta reforma, plasmado en la Constitución de 1991, tiene como fin otorgarle participación efectiva a las minorías étnicas y raciales, así:

¹⁸ Artículo 67. Ministerio de Gobierno de la época, ahora Ministerio del Interior.

¹⁹ Mediante el artículo 66 de la ley 70 de 1993 se intentó llevar a cabo este mandato constitucional: *“De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Nacional establece la circunscripción especial para elegir dos miembros de las comunidades negras del país asegurando así su participación en la Cámara de Representantes. El consejo Nacional Electoral reglamentará todo lo relacionado con esta elección.”*, pero esta norma fue declarada inexecutable mediante Sentencia No. C.484 del 26 de septiembre de 1996. En la legislatura 1996-1997 con el proyecto 177 se buscaba implementar el artículo 66 de la Ley 70 de 1993, sin embargo, este proyecto solo logro ponencia favorable en el primer debate. En la legislatura de 1997-1998 nuevamente se intentó reglamentar el artículo 176, pero este no fue respaldado en su trámite final.

“La incapacidad de las instituciones democráticas colombianas de representar efectivamente los intereses ciudadanos, condujo a la necesidad de convocar la Asamblea Nacional Constituyente. Fue por ello que la Constitución Política de 1991 introdujo reformas con el fin de propiciar cambios en la composición del Congreso de la República en su capacidad de representación, siendo la voluntad de la Asamblea el introducir circunscripciones especiales, con el fin de otorgarles mayor participación efectiva a las minorías políticas, religiosas, étnicas y raciales.”²⁰.

También, se plantea como fundamento de la normativa, los argumentos esbozados en la aclaración de voto de la Sentencia C-484 de 1996²¹ del Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en cual señala que la expedición de este tipo de normas que establecen distinciones, tienen como propósito contrarrestar las desigualdades que se presentan en la sociedad, son medidas de diferenciación positiva que colocan a grupos determinados en condiciones más ventajosas que rigen a la generalidad, para facilitarle su supervivencia o superar condiciones desfavorables, y textualmente se indicó:

“En el presente caso, constituía una razón objetiva para la expedición de normas que establecieran una desigualdad jurídica el propósito de lograr con ellas contrarrestar las desigualdades que se presentan en la sociedad. La búsqueda del alivio de las desigualdades fácticas justifica la existencia

²⁰ Gaceta del Congreso. Año VIII- No. 536. Antecedentes Ley 649 del 2001 sesión viernes 10 de diciembre de 1999. Folio 1.

²¹ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 de la Ley 70 de 1993. “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”.

I. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

Artículo 66: De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Nacional, establécese la circunscripción especial para elegir dos (2) miembros de las comunidades negras del país asegurando así su participación en la Cámara de Representantes.

El Consejo Nacional Electoral reglamentará todo lo relacionado con esta elección.

de medidas de diferenciación positiva, es decir de normas que coloquen a grupos determinados en condiciones más ventajosas que aquéllas que rigen para la generalidad de las personas, como forma de facilitarle a esos grupos bien sea su supervivencia como colectividad o bien superar las desfavorables condiciones (materiales o sociales) en las que se encuentran.

Entre esas medidas cabe mencionar las relacionadas con los asuntos electorales, como forma de garantizarle a conglomerados específicos condiciones para el acceso a las corporaciones de representación política, con lo cual se asegura a los grupos en cuestión la posibilidad de expresar y defender de mejor manera sus intereses. Si bien la instauración de los sistemas electorales proporcionales buscaba precisamente concederles a las minorías la posibilidad de obtener una adecuada representación política, los métodos proporcionales han resultado insuficientes para garantizar a diversas minorías esa representación, razón por la cual en algunos países se han generado otros procedimientos para posibilitar una representación política mínima”²²

Así mismo, en el trámite de la Ley 649 de 2001 al interior del Congreso, surgió el debate sobre *“(…)si una circunscripción especial podía ser entendida como una circunscripción nacional, o si debía utilizarse otro criterio, como la posibilidad de que los ciudadanos votaran por la circunscripción normal o la de las minorías, siempre y cuando no se votara por las dos simultáneamente”²³* para finalmente concluir que se debía *“adoptar la fórmula de igualar la circunscripción de minorías con la circunscripción nacional, para que*

²² Aclaración de voto. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-484 de 1996. En antecedentes Ley 649 de 2001. Gaceta del Congreso año VIII- No. 536. Santa Fe de Bogotá, D.C. viernes 10 de diciembre de 1999.

²³ . Gaceta del Congreso año VIII- No. 536. Santa Fe de Bogotá, D.C. viernes 10 de diciembre de 1999. Ver folio 3. Antecedentes ley 649 de 2001.

*los resultados de la votación permitan identificar las minorías políticas*²⁴.

En el texto aprobado de la Ley 649 de 2001, se estableció en el artículo 1º, que la circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, estaría conformada por cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una, (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

Luego de las reformas constitucionales de 2005²⁵, el Acto Legislativo 01 de 2013, modificó nuevamente el artículo 176 de la Carta política, y en lo referente, específicamente, a la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras, únicamente cambió el término por “afrodescendientes”, así:

ARTICULO 176. <Artículo modificado por el artículo [1](#) del Acto Legislativo 1 de 2013. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales.

Habrán dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365.000.

Para la elección de Representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

²⁴ Ídem. folio 3 Antecedentes Ley 649 del 2001 sesión viernes 10 de diciembre de 1999.

²⁵ En los Actos legislativos 2 y 3 de 2005, el artículo 176 sobre la Circunscripción especial de grupos étnicos y minorías políticas, se dispuso: “*La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cuatro Representantes*”

Las circunscripciones especiales asegurarán la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y los colombianos residentes en el exterior. Mediante estas circunscripciones se elegirán cinco (5) representantes, distribuidos así: **dos (2) por la circunscripción de las comunidades afrodescendientes**, uno (1) por la circunscripción de las comunidades indígenas, y dos (2) por la circunscripción internacional. En esta última, solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior. (...)

De igual manera, el artículo 3° de la misma normativa²⁶, señaló como requisitos para quienes aspiren a ser candidatos y ser elegidos a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial de Comunidades Negras, ser miembros de la comunidad y estar avalados por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

3. Análisis del cargo formulado

Considera la demandante que se configura la causal genérica de anulación por el único cargo de violación de norma superior, específicamente del artículo 108 de la Constitución Política de 1991 y el artículo 28 de la ley 1475 de 2011, en concordancia con los artículos 7, 40 y 171 y 176 de la Carta, consistente en que:

“Los partidos cuya personería jurídica con origen en el régimen especial de protección de minorías

²⁶ ARTÍCULO 3°. *Candidatos de las comunidades negras*. Quienes aspiren a ser candidatos de las comunidades negras para ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción especial, deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

étnicas, pueden participar en la elección de Congreso, inscribiendo listas de manera exclusiva para dicha circunscripciones a fin de garantizar bajo unos requisitos menos exigentes y más beneficiosos la participación en el legislativo, situación que aplica en las elecciones para Congreso de la República; más no para los demás cargos de elección popular, de tal manera que **la atribución de inscribir listas por la circunscripción especial para Congreso, limitaba al Movimiento Cien por Ciento por Colombia para escribir (sic) y participar en la circunscripción territorial ordinaria a Congreso de la república”** (resaltados fuera de texto)

3.1. El caso concreto

De conformidad con los documentos obrantes, está probado en las diligencias que:

- Al **Movimiento Político Afrovides- la Esperanza de un Pueblo**, se le reconoció personería jurídica mediante Resolución No. 1854 de 23 de agosto de 2010 del Consejo Nacional Electoral (Fls. 84-90 y 111), en razón a que como organización y/o movimiento social inscrito ante la Dirección de Asuntos de las Comunidades Negras del Ministerio del Interior logró elegir su candidato y en tal circunstancia puede organizarse como movimiento o partido político con derecho a que se le otorgue y reconozca personería jurídica con el cumplimiento de los demás requisitos constitucionales y legales –Solicitud, copia de sus estatutos, documento que contenga plataforma política, código de ética-. (Fl. 86)

- Mediante Resolución 0316 de 3 de mayo de 2011 del Consejo Nacional Electoral, se registró el cambio de nombre del Movimiento Político Afrovides- la Esperanza de un Pueblo a **Movimiento Político Afrovides**. (Fls. 91-95 y 111)
- Mediante Resolución 3203 de 14 de noviembre de 2013 del Consejo Nacional Electoral, se registró el cambio de nombre del Movimiento Político Afrovides a **Movimiento Cien por Ciento por Colombia**. (Fls. 96-103 y 111)
- El señor **José Rodolfo Pérez Suárez** fue inscrito el 9 de diciembre de 2013, para la Cámara Territorial del Departamento de Casanare frente a las elecciones de 9 de marzo de 2014, por el movimiento político Cien por Ciento por Colombia. (Fls. 60-61)

De lo anterior se tiene, que el movimiento Cien por Ciento por Colombia es un movimiento político, cuyo origen corresponde al régimen excepcional estatuido para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales basta haber conseguido representación en el Congreso para obtener la personería jurídica como movimiento político, tal cual lo señala el artículo 108 de nuestra Carta Política.

En lo que tiene que ver con la posible vulneración a la norma superior, manifiesta la demandante que por tener origen dicha personería jurídica en el régimen excepcional de minorías étnicas, tales movimientos solo pueden inscribir listas en dichas circunscripciones, en tal virtud el Movimiento Cien por Ciento por

Colombia le estaba vedado participar en las elecciones para cargos correspondientes a la circunscripción ordinaria. Fundamenta su argumento en la violación, principalmente, del artículo 108 de la Constitución Política y 28 de la Ley 1475 de 2011 que establecen lo siguiente:

ARTICULO 108. [Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 01 de 2009.](#) **El nuevo texto es el siguiente:** El Consejo Nacional Electoral reconocerá Personería Jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. **Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.**

También será causal de pérdida de la Personería Jurídica de los partidos y movimientos políticos si estos no celebran por lo menos durante cada dos (2) años convenciones que posibiliten a sus miembros influir en la toma de las decisiones más importantes de la organización política.

Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

Toda inscripción de candidato incurso en causal de inhabilidad, será revocada por el Consejo Nacional Electoral con respeto al debido proceso.

Los Estatutos de los Partidos y Movimientos Políticos regularán lo atinente a su Régimen Disciplinario Interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas.

Los Estatutos Internos de los Partidos y Movimientos Políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del Congresista, Diputado, Concejal o Edil por el resto del período para el cual fue elegido.

Los Partidos y Movimientos Políticos que habiendo obtenido su Personería Jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción.

Parágrafo Transitorio. Para las elecciones al Congreso de la República a celebrarse en 2010, el porcentaje a que se refiere el inciso primero del presente artículo será del dos por ciento (2%), y no se requerirá del requisito de inscripción con un año de antelación del que habla el inciso 8°.

ARTÍCULO 28. INSCRIPCIÓN DE CANDIDATOS.

<Aparte subrayado de este inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos. Las listas donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta -exceptuando su resultado- deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros.

Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica podrán inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.

<Inciso 3. **INEXEQUIBLE**>

<Inciso **CONDICIONALMENTE** exequible> Los candidatos de los grupos significativos de ciudadanos serán inscritos por un comité integrado por tres (3) ciudadanos, el cual deberá registrarse ante la correspondiente autoridad electoral cuando menos un (1) mes antes de la fecha de cierre de la respectiva inscripción y, en todo caso, antes del inicio de la recolección

de firmas de apoyo a la candidatura o lista. Los nombres de los integrantes del Comité, así como la de los candidatos que postulen, deberán figurar en el formulario de recolección de las firmas de apoyo.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que decidan promover el voto en blanco y los comités independientes que se organicen para el efecto, deberán inscribirse ante la autoridad electoral competente para recibir la inscripción de candidatos, de listas o de la correspondiente iniciativa en los mecanismos de participación ciudadana. A dichos promotores se les reconocerán, en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado el Consejo Nacional Electoral.

De las normas transcritas, señaladas por la demandante como violadas, no es posible establecer la vulneración alegada, puesto que en las mismas no se señala prohibición, exclusión o mandato, que permita inferir que las organizaciones cuya personería fue obtenida de acuerdo con la excepción del artículo 108 Constitucional, como resultado de la representación obtenida en el Congreso como minoría étnica o política en la circunscripción especial, no les esté permitido participar y/o inscribir listas de candidatos, una vez obtengan la personería jurídica como movimiento político, en la jurisdicción ordinaria.

Del régimen normativo expuesto, referente a las minorías étnicas – exclusivamente- se tiene que: (i) existe una disposición especial para el reconocimiento de personería jurídica como movimiento o partido político de las minorías étnicas, diferente a la norma general (en estos casos se obtiene únicamente con la representación en el Congreso), (ii) por la circunscripción especial de afrodescendientes se eligen dos representantes.

En ningún aparte se establece prohibición alguna relativa a que aquellos que obtuvieron reconocimiento jurídico por la representación lograda al Congreso de la República luego de participar en las elecciones para designar representantes a la Circunscripción Especial de Afrodescendientes, no puedan inscribir candidatos a la circunscripción ordinaria.

En lo que tiene que ver con los partidos y movimientos políticos en general, se establece que no podrán inscribir candidatos en la circunscripción especial de minorías étnicas. Es decir que dicha limitación recae para intervenir en tal circunscripción especial, puesto que se privilegia en esta participación a las comunidades que las representan y de ninguna manera es posible aplicar la prohibición a la inversa, como lo pretende la demandante.

Además, retomando lo expuesto sobre la Circunscripción Especial de las minorías étnicas, que la asignación de curules especiales, son una garantía para lograr la **igualdad material**, teniendo en cuenta que son un grupo que merece especial protección por sus condiciones desfavorables, tal como fue expuesto en las discusiones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente y en las exposiciones de motivos de la ley 649 de 2001 y los Actos Legislativos que modificaron el artículo 176 de la Carta, y el derecho fundamental a **elegir y ser elegido**, **NO** es posible dar aplicación a la norma general del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, que prohíbe a los partidos políticos –no a los que tienen su origen en minorías étnicas - inscribir candidatos en la

circunscripción especial de minorías étnicas, como lo pretende la actora, desconociendo tales derechos fundamentales.

Como se ha señalado, el argumento principal de la demanda tiene que ver con – refiriéndose al artículo 28 de la Ley 1475 de 2011-:

“el inciso tercero de dicho artículo legal estatutario (declarado inexecutable no por razones de fondo sino por haberse omitido la consulta previa con las comunidades étnicas, para la definición de su propio régimen de participación electoral), había establecido que en las circunscripciones especiales de minorías étnicas la inscripción de listas podía ser realizada por partidos y movimientos que hubieran obtenido su personería jurídica, con fundamento en el régimen excepcional previsto en la ley para tales minorías, o por organizaciones sociales integradas por miembros de dichas comunidades reconocidas por el Ministerio del Interior y de Justicia, (...)”

Al respecto, para una mejor ilustración, es menester recordar los conceptos básicos relacionados con (i) la declaratoria de inexecutable de las normas por la Corte Constitucional y (ii) la consulta previa a las comunidades étnicas.

- (i) El Estado Constitucional Colombiano establecido en la Constitución Política de 1991, responde a un grupo de características definitorias que hacen parte del contenido dogmático de la Constitución que permiten diferenciarlo de otras modalidades de organización política y conforman parámetros para la definición de la compatibilidad entre las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico y los postulados de la Carta.

En la estructura del Estado Constitucional plasmada en la Carta, la Corte Constitucional se erige como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, para el caso concreto, en lo relacionado con las leyes estatutarias el artículo 153 dispone que para la aprobación de dichas leyes, se requiere la revisión previa por la Corte Constitucional, que se pronunciará sobre la exequibilidad del proyecto, y el artículo 241.8 señala como una de las funciones de la misma Corporación decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las leyes estatutarias.

Tal decisión y/o pronunciamiento proferido por la Corte Constitucional, luego de la constatación entre la norma legal y la Constitución, en virtud de sus competencias, que concluya en la declaratoria de inexecutable de la norma inferior, implica la expulsión del ordenamiento jurídico de la disposición legal, consecuencia irrevocable, que no ha sido objeto de discusión ni antes ni después de la promulgación de la Carta de 1991- como sí, las consecuencias de la declaratoria de inexecutable de normas derogatorias, y los efectos *ex tunc* y *ex nunc* en ciertos casos concretos- y señalada por la misma Corte Constitucional, así:

“la inexecutable surge de un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, que es resuelto jurídicamente por el órgano a quien compete preservar la supremacía de la Carta. El juez constitucional no decide entonces conforme a su voluntad política sino que se limita a constatar esa incompatibilidad, **y a expulsar del ordenamiento la disposición legal**, por ser ésta de menor jerarquía. Por ello la declaración de inexecutable no es sólo hacia el futuro sino que puede tener ciertos efectos hacia el pasado, ya que

la validez de la norma estaba en entredicho por su oposición a la Constitución(...)" (resaltado fuera de texto)²⁷.

(i) La consulta previa a las comunidades étnicas

El convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991,- y por tal razón hace parte del bloque de constitucionalidad-, establece la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas y tribales²⁸ las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente, el artículo 6° de dicha normativa señala:

ARTICULO 6°

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a). Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

²⁷ Anales del Consejo de Estado, Tomo LXII, pág. 905. Concepto reiterado por la misma Sala del Consejo de Estado el 2 de septiembre de 1961. En sentencia C-402 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁸ **ARTICULO 1°**

1. El presente Convenio se aplica:

a). A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b). A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

- b). Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c). Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La consulta previa obligatoria, hace parte de los espacios de participación, otorgados a los indígenas y afrodescendientes²⁹, además de los establecidos para todos los colombianos y consiste en que aquellas decisiones legislativas o administrativas que afecten directamente a sus comunidades, deben ser consultadas con ellas por el Gobierno, bajo condiciones de buena fe y respeto por su identidad.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-915 de 2011. “Entre otros, se pueden identificar como espacio de participación concretos (i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial –artículo 329-, (iv) el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios –artículo 330- y (v) la consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que los afectan directamente, espacio de participación que es el que resulta relevante para el asunto de la referencia. El mandato de consulta previa encuentra su fundamento constitucional en el artículo 6, ordinal a, del Convenio 169 “Sobre Pueblos indígenas y Tribales” de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tratado internacional que, según jurisprudencia constitucional reiterada, forma parte de bloque de constitucionalidad –artículo 93 de la Constitución-”.

Así mismo la Corte Constitucional ha indicado que: *(i) la afectación directa que obliga a la consulta refiera a la regulación de asuntos que conciernen a la comunidad diferenciada o que, siendo de carácter general, tienen incidencia verificable en la conformación de su identidad; y (ii) la omisión de la consulta previa, cuando se trata de medidas legislativa, genera prima facie la inexecutableidad de la norma correspondiente, puesto que se trata de un vicio que, aunque tiene naturaleza sustantiva, afecta el trámite legislativo. Esto explica que, por razones metodológicas, el análisis sobre el cumplimiento del deber de consulta previa haga parte del estudio formal de la iniciativa, aunque en estricto sentido no haga parte del procedimiento de formación de la ley*³⁰.

En el mismo sentido la Corte Constitucional ha señalado en reiterados pronunciamientos³¹, el carácter de derecho fundamental de la consulta previa, pues responde al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, por tal razón procede la acción de tutela para que las comunidades étnicas exijan su realización, y *“su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política*”³²

Por último, la omisión de la consulta previa en el trámite legislativo, se convierte en un vicio procedimental que se proyecta sustancialmente, dicha falencia es un vicio de carácter

³⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-175 de 2009 y C-490 de 2011.

³¹ Corte Constitucional. Sentencias C-175 de 2009, C-702 y C-915 de 2010 y C-490 de 2011, entre otras.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-390 de 2011.

constitucional que afecta el trámite de la norma que no fue objeto de consulta previa, y por ende debe ser declarada su inexecutableidad.

Situación acaecida en el trámite de la ley 1475 de 2011, específicamente en el párrafo tercero del artículo 28, pues mediante sentencia C-490 fue declarada su inexecutableidad por omitir el trámite de la consulta previa, en tal oportunidad se señaló:

“Para el presente asunto, la Corte encuentra que la previsión contenida en el inciso tercero del artículo 28 del Proyecto afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que debió someterse al procedimiento de consulta previa. En efecto, de acuerdo con esa previsión se fija la regla según la cual en las circunscripciones especiales por minorías étnicas la inscripción de las listas solo podrá ser realizada por partidos y movimientos que hubiesen obtenido su personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional previsto en la ley para tales minorías o por organizaciones sociales integradas por miembros de dichas comunidades, reconocidas por el Ministerio del Interior y de Justicia.

Se observa que esta disposición fija reglas sobre la representación democrática de las comunidades diferenciadas y, por ende, afectan directamente sus intereses en tanto grupos étnicos reconocidos por la Constitución. Cabe anotar, del mismo modo, que esa conclusión no es aplicable al inciso segundo del mismo artículo, en cuanto determina que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos y listas, *“excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas”*. Esto en razón de que el destinatario de esas reglas no son las comunidades tradicionales, sino los partidos y movimientos no minoritarios, de modo que no se cumple con la condición que el precepto legal afecte directamente a aquellas.

La Sala debe resaltar que la obligatoriedad de la consulta previa frente al inciso tercero del artículo analizado es

soportada por la jurisprudencia reciente de la Corte. En efecto, en la sentencia C-702/10, fue declarado inexecutable el inciso final del artículo 2° del Acto Legislativo 1° de 2009, el cual adicionaba el artículo 108 C.P. al indicar que *"Los partidos y movimientos políticos que habiendo obtenido personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción"*. La razón de la declaratoria de inexecutable fue, precisamente, la omisión del requisito de consulta previa a la promulgación del Acto Legislativo por parte del Congreso. Sobre el particular, la sentencia en comento señaló:

"Así pues, es clara la relación existente entre el derecho a la identidad cultural de las comunidades étnicas, su representación política y la existencia de una circunscripción especial para las minorías étnicas".

Así las cosas, no es de recibo para esta Sala el argumento propuesto en la demanda, que *"si bien fue declarado contrario al orden superior por vicios de procedimiento, sigue siendo un criterio válido para efectos de reafirmar la intención del constituyente y del propio legislador estatutario (...)"* pues una norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias Constitucionales, no se encuentra dentro del ordenamiento jurídico, cuestión que no ha sido ni puede ser objeto de discusión ni de debate, y por tales razones en ningún caso puede ser aplicada, ni usada como razonamiento válido para establecer la voluntad del legislador, pues la norma fue expulsada del ordenamiento jurídico al ser declarada inexecutable.

Máxime, cuando la declaratoria de inexecutable de la norma, se debió a la carencia de uno de los requisitos para su formación, como en este caso, lo es la consulta previa, que se erige en derecho fundamental de los pueblos indígenas y

afrodescendientes, y aunque vicio de trámite responde a la garantía y protección especial de los derechos fundamentales y la identidad cultural de las comunidades étnicas en el contexto de la participación política.

Los demás argumentos planteados por el coadyuvante, relacionados con la inexistencia de personería jurídica del movimiento Cien por Ciento por Colombia al momento de la inscripción del demandado, la obligatoriedad de consulta previa para inscribir la candidatura y el haber abandonado sin justificación alguna la representación de las negritudes, no son objeto de estudio, puesto que no hacen parte de la fijación del litigio.

En esta forma, se negarán las pretensiones de la demanda advirtiéndole a los sujetos procesales que contra la misma no procede recurso alguno.

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

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por María Eugenia Carreño Gómez quien interviene como funcionaria especial en representación del Ministerio Público.

SEGUNDO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA