

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., julio catorce (14) de dos mil dieciséis (2016)

Expediente Acumulado N° 11001-03-28-000-2014-00099-00 Actor:
Heriberto Arrechea Banguera y otros
Demandado: Moisés Orozco Vicuña - representante a la Cámara por la
circunscripción especial de afrodescendientes
ACCIÓN ELECTORAL - SENTENCIA

Corresponde a esta Sala, agotadas las demás etapas propias del proceso electoral, decidir las demandas acumuladas contra la resolución 2528 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes, para el período 2014 – 2018, que presentaron los ciudadanos:

- (i) Diego Alexander Ángulo Marínez (expediente No. 2014 – 0096),
- (ii) Fabián Leonardo Reyes Porras (expediente No. 2014 – 0127),
- (iii) Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO) (expediente No. 2014 - 0099) y,
- (iv) La Procuraduría General de la Nación (expediente No. 2014 – 0123).

I. ANTECEDENTES

1. Las demandas

Se acumularon cuatro demandadas que atacan la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes.

Dicha elección se cuestiona de manera concreta por dos aspectos: el primero porque el elegido no cumple con los requisitos de elegibilidad del cargo, en razón a que no es miembro de la comunidad por la que resultó elegido y; el segundo, por la incursión en causales de inhabilidad, que le impedían postularse a este cargo.

Las demandas presentadas comparten los siguientes hechos que fueron aceptados por las partes:

El 9 de marzo de 2014 se realizaron las elecciones populares de los miembros a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de afrodescendiente para el período 2014 - 2018.

El señor Moisés Orozco Vicuña fue inscrito como candidato para esa circunscripción especial de afrodescendientes, con el aval otorgado por la Fundación Ébano de Colombia - FUNECO.

El Consejo Nacional Electoral mediante la resolución N° 2528 de 2014, lo declaró electo congresista por esa circunscripción.

2. Concepto de la violación

Las razones que constituyeron el concepto de violación bajo los cuales se fundaron los planteamientos de las demandas son los siguientes:

2.1 Expediente N° 2014 – 0096, demandante: Diego Alexander Angulo Martinez.

Dijo que en cumplimiento y desarrollo del artículo 55 transitorio de la Constitución, se profirió la ley 70 de 1993 y, con posterioridad, la ley 649 de 2001.

Sostuvo que en la ley 70 de 1993 se identificaron las personas que integran dicha comunidad y con la ley 649 de 2001 se establecieron los requisitos que deben cumplir los miembros de las organizaciones afrodescendientes que se conformen, así como aquellos para que puedan participar en representación de su comunidad en las curules que están previstas en el Congreso de la República.

Con fundamento en estos supuestos adujo que el acto de elección acusado contraría la siguiente normativa:

- Artículo 2° numeral 5° de la Ley 70 de 1993: señaló que de acuerdo con esta norma son varios los criterios identificadores que deben observarse para determinar la pertenencia a las comunidades negras, tales como: i) vínculo comunitario establecido desde el nacimiento, ii) apropiación de rasgos y prácticas culturales, económicas, religiosas y sociales, iii) estrechos vínculos familiares y iv) aceptación por la comunidad afrodescendiente.

Indicó que el elegido no cumplió ninguno de estos criterios y por tal motivo no puede considerársele miembro de la comunidad afrodescendiente.

- Artículo 3° de la Ley 649 de 2001: consideró que en la expedición del aval se incurrió en una “*vía de hecho*” que le permitió al demandado participar en la contienda electoral.

Acotó que el requisito de estar inscrito en una organización reconocida por el Ministerio del Interior supone necesariamente que sean parte de la comunidad negra. Además sostuvo que el demandado no cumple

con estos requisitos, según las directrices dadas por la ley 70 de 1993, y en los autos 045 y 099 de 2012 y sentencias C-169 de 2001 y C-253 de 2013 de la Corte Constitucional.

- Artículo 13 de la Constitución: indicó que se vulneró la participación de las comunidades negras, por cuanto el demandado se presentó a otros cargos de participación ordinaria.

A su vez señaló que la forma en que hizo parte de FUNECO constituyó un *“fraude a la ley”*, puesto que no basta cumplir con el aval sino que necesariamente deben ser miembros de esta comunidad.

- Artículo 40 de la Constitución: explicó que pese a que no existió un cierre a la posibilidad de participación de los miembros de la comunidad negra, la inscripción del demandado constituyó *“usurpación y oportunismo”*, ya que debido a su trayectoria política logró una de las curules asignadas a la comunidad negra, a la que no pertenece.

Manifestó que *“ser negro”* no solo es cuestión de piel, sino que lo relevante es la *“identidad y la defensa de su proyección cultural”*.

- Artículo 2° de la Ley 1475 de 2011 (doble militancia): afirmó que el demandado incurrió en esta prohibición, por cuanto no se predica únicamente respecto de partidos o movimientos con personería jurídica.

Precisó que el elegido incurrió en doble militancia ya que participó en la actividad política como miembro de AFROVIDES, movimiento que le otorgó aval y le permitió participar como candidato a la alcaldía de Yumbo, período 2012 - 2015.

- Numeral 3° del artículo 179 de la Constitución Política: indicó que el demandado incurrió en esta inhabilidad por cuanto participó en una fundación que celebró contratos para recibir recursos públicos.

Señaló que FUNECO tiene vigente el contrato de interés público IP-STS-001-13 para impulsar el proyecto denominado *“Por la erradicación de la pobreza extrema Santiago de Tolú sin hambre”* celebrado con la alcaldía municipal de Tolú por valor de \$10.429'951.260.

Finalmente alegó una supuesta falsedad en la fecha de vinculación a FUNECO. Al respecto adujo que el elegido incurrió en una *“aparente falsedad”* en su vinculación en consideración a que el acta del 29 de noviembre de 2011¹ tiene las siguientes inconsistencias: i) las páginas 1 y 2 tienen diferente encabezado y letra a la de página 3, ii) las páginas 1 y 2 aparecen claramente redactadas en computador, mientras que la página 3 en máquina eléctrica, iii) la firma de la representante legal de FUNECO en la página 2 es diferente a la que aparece en la página 3 y iv) los pies de páginas y teléfonos que se registran en los folios 1 y 2 son diferentes a los de la página 3.

Consideró que estas inconsistencias determinan que el elegido no pudo haber sido miembro de la Fundación en la fecha en que declara haberse auto reconocido como afrodescendiente, lo cual indujo en error

¹ En esta acta se predica la integración del elegido a la Fundación – FUNECO.

al Ministerio del Interior, al Consejo Nacional Electoral y a la ciudadanía.

2.2 Expediente N° 2014 – 0099, demandantes: Heriberto Arrechea Banguera y Movimiento de Inclusión y Oportunidades (MIO).

Se presentaron los siguientes cargos:

- Violación de los artículos 40, 176 y 263 de la Constitución, 2 de la ley 70 de 1993, 3 de la ley 649 de 2001 y el Convenio 169 de la OIT: señalaron que se desconoció el derecho de las comunidades afrodescendientes a elegir dos miembros de su grupo para representarlos en la Cámara.

Dijeron que el candidato sólo cumplió el requisito de estar avalado por una organización inscrita ante la dirección de asuntos de comunidades negras del Ministerio del Interior, pero no atendió a los demás que han sido señalados para tener por válida la elección relativos a: i) pertenecer a una familia - ser miembro - de ascendencia afrocolombiana; ii) estar identificado con la cultura de las comunidades negras, tales como habitar, cultivar, proteger, honrar con adoración y demás costumbres; iii) compartir la historia, tradiciones y costumbres de las comunidades negras, iv) tener el vínculo campo - poblado perteneciente a las comunidades negras y; v) conservar conciencia de identidad con las comunidades negras, de tal forma que permita al candidato ser distinguido de los demás grupos étnicos.

Insistieron en que la exclusión del elegido no es por razón de su color de piel, sino porque se deben analizar los parámetros jurisprudenciales que fijó la Corte Constitucional en las sentencias C -169 de 2001 y C-253 de 2013.

Destacaron que la representación debe suponer una trayectoria comprobada en la defensa de la comunidad negra e identidad colectiva con el grupo étnico, lo cual fue desconocido por el demandado pues aspiró a la elección de cargos públicos por circunscripciones ordinarias e incurrió en la violación de los estatutos de FUNECO, en la medida en que perteneció a una fundación que cumplía actividades similares.

Manifestaron que debe tenerse en cuenta que el acta del 29 de noviembre de 2011 solo fue allegada al Ministerio del Interior el 29 de noviembre de 2013 y la firma de la representante legal de FUNECO es diferente en estos documentos a otros que también suscribió.

- Violación del numeral 3° del artículo 179 de la Constitución: dijeron que el demandado intervino en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros.

Explicó que el consorcio Tolú Sin Hambre 2013, conformado por FUNECO y FUNDEROCAL, suscribió un contrato con el municipio de Tolú, el 5 de abril de 2013 por la suma de 10.429'951.260, cuyo objeto era el de erradicar la pobreza extrema de los habitantes del municipio.

2.3 Expediente radicado bajo el N° 2014 – 00123, demandante: Procuraduría General de la Nación

En esta demanda se plantearon los siguientes cargos:

- Violación de los artículos 1, 7 y 176 de la Constitución y de los artículos 2, 3 y 6 del Acuerdo 169 de la OIT: mencionó que estas normas fueron desconocidas en razón a que los candidatos que aspiren a representar a grupos de afrodescendientes o comunidades negras no pueden surgir de la proposición unilateral y por voluntad de unos pocos.

Precisó que la condición de candidatos a cargos de elección que han de ser elegidos en representación de tales grupos debe tener origen en una consulta previa, en la cual participen los integrantes o miembros de la comunidad.

- Violación de los artículos 176 inciso 3° de la Constitución Política y del artículo 3° de la Ley 649 de 2001 y el Acuerdo 169 de la OIT. Estimó que no basta con la acreditación que haga el movimiento o partido de la pertenencia del inscrito a la comunidad, puesto que eso es apenas una formalidad, sino que la pertenencia debe ser real y material y no motivada en razones ajenas a la misma comunidad.

2.4 Expediente N° 2014 – 0127, demandante: Fabián Leonardo Reyes Porras

- Violación del artículo 3° de la ley 649 de 2001. Dijo que quienes aspiren a la Cámara de Representantes por las comunidades afrodescendientes deben acreditar que son miembros y estar avalados por una organización inscrita ante la dirección de asuntos de comunidades negras del Ministerio del Interior.

- Violación del artículo 2° numeral 5 de la ley 70 de 1993. Refirió que el vínculo comunitario del señor Orozco Vicuña ha sido inexistente en razón a que en la ciudad de Yumbo, de la que procede, la presencia de comunidad negra es mínima. A su vez sostuvo que tampoco está probado que haya adoptado alguna práctica cultural en beneficio de los afrodescendientes.

3. Contestación de las demandas

El demandado acudió por intermedio de apoderado judicial a dar respuesta a cada una de las demandas presentadas en su contra². Para cada demanda presentó escritos sustentados en argumentos similares, los cuales se pueden resumir en los siguientes términos:

Indicó, con fundamento en la sentencia C-253 de 2013, que el concepto de comunidades afrodescendientes no puede considerarse como sinónimo o exclusivo de la raza negra.

Manifestó que es ciudadano del municipio de Yumbo (Valle), con raíces en Puerto Tejada y Caloto, localidades caucanas, de donde es oriunda su familia, con presencia de comunidades afrodescendientes.

² En el expediente N° 2014 - 0009 cuaderno 1A en los folios 400 a 424. Expediente N° 2014 - 0096 la respuesta a la demanda obra a los folios 1112 a 1145. En el expediente N° 2014 -0127 a los folios 130 a 1454. Al proceso N° 2014 – 0123 la contestación se aprecia a los folios 120 a 153.

Afirmó que fue mediante resolución número 0158 de 15 de marzo de 2009 que el director de asuntos para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del Ministerio del Interior resolvió inscribir a la organización, fundación Ébano de Colombia – FUNECO, por encontrar cumplidos los requisitos exigidos sin que hubiese algún tipo de oposición al respecto.

Precisó que el 29 de noviembre de 2011, fue reconocido como miembro de la comunidad negra y afrocolombiana en los términos del decreto 3770 de 2008.

Refirió que esta Sección mediante sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil doce (2012) concluyó que *“para que una persona pueda ser aspirante a ser elegido a la Cámara de Representantes de la circunscripción especial de comunidades negras es necesario que se encuentre inscrito y avalado por una organización registrada en la dirección de asuntos de comunidades negras del Ministerio del Interior”*.

En relación con la doble militancia, luego de transcribir apartes de la sentencia C-490 de 2011, anotó que los destinatarios de la drástica consecuencia del artículo 2° de la ley 1475 de 2011, son aquellos que han logrado representación popular en razón a que tal hecho les obliga a someterse a la normas partidistas.

Añadió que si bien el señor Orozco Vicuña pertenece a la organización de base desde noviembre de 2011 y aspiró a la alcaldía de Yumbo por AFROVIDES, no resultó elegido.

De otra parte, frente a la necesidad de adelantar una consulta previa para la escogencia de los candidatos a inscribirse por las comunidades negras, resaltó que tal restricción no se encuentra prevista por la ley y, en esa medida es imposible someter tales postulaciones a una consulta, sumado a que en la votación de esta circunscripción, participan todos los ciudadanos habilitados para sufragar.

Como fundamento de las contestaciones presentadas transcribió, entre otras, las sentencias: C-490 de 2011, C-169 de 2001 de la Corte Constitucional; el fallo del 8 de noviembre de 2012 proferido en el expediente número 1100103280002010000097-00 del Consejo de Estado; y el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil número 110010306000201300051-00.

Por lo expuesto solicitó que se negaran las pretensiones de las demandas.

4. Intervención del coadyuvante del demandante

En este proceso acudió el señor Saúl Villar Jiménez³ en condición de coadyuvante.

³ Debe precisarse que aunque también concurrió en tal calidad el señor José Manuel Abuchaibe Escolar con escrito visible a los folios 1362 a 1372 del cuaderno 1B del expediente N° 2014 - 0096, a quien se le reconoció como coadyuvante según providencia del 1° de junio de 2015 (fl.881), lo relevante para este proceso es que desistió de su colaboración a las pretensiones de la demanda, actuación que fue aceptada por auto del 2 de julio de 2015, el

Presentó escrito⁴ el 7 de octubre de 2014, y se sumó a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Diego Alexander Angulo Marínez.

Dijo que el demandado se encuentra incurso en la prohibición de la doble militancia y que es necesario adelantar una consulta previa para la postulación del candidato y la obtención de un aval por la comunidad negra.

Mencionó la acción de tutela que se adelantó en segunda instancia ante el Consejo Superior de la Judicatura, por la cual se protegió el derecho a la igualdad, a la participación en la conformación del poder político de la comunidad afrodescendiente, raizal y palenquera, y se suspendieron los efectos del acto de elección acusado.

Por auto de 9 de octubre de 2014 se aceptó la solicitud de coadyuvancia⁵.

5. Trámite procesal

5.1 Expediente N° 2014 - 0096

De manera previa a resolver sobre la admisión de la demanda, por auto del 23 de julio de 2014⁶ la consejera a quien le correspondió por reparto, ordenó corregir la demanda de nulidad electoral y concedió para el efecto el término de tres (3) días.

Corregida la solicitud, por auto de 8 de agosto de dos mil 2014 el despacho conductor ordenó que a una copia del escrito de la demanda inicialmente radicada se le asignara un nuevo radicado y se entendiera dirigida únicamente en contra del señor Moisés Orozco Vicuña como demandado.

En cumplimiento de lo anterior, el consejero sustanciador a quien le correspondió por reparto este nuevo radicado, dispuso por auto de 20 de agosto de 2014, la corrección de las pretensiones de la demanda⁷ y luego de subsanado el escrito, se ordenó mediante providencia⁸ del 1° de septiembre de ese mismo año, correr traslado de la solicitud de medida cautelar.

Mediante auto de 8 de octubre de 2014, se admitió la demanda en contra de la resolución 2528 de 9 de julio de 2014, en cuanto declaró la elección del señor Orozco Vicuña y denegó la solicitud de suspensión provisional⁹.

Por decisión de 9 de octubre de 2014¹⁰, se aceptó la coadyuvancia presentada por el señor Saúl Villar Jiménez.

cual quedó en firme por no haberse interpuesto recurso alguno.(folio 512 Cuaderno de copias para resolver esta solicitud y otras)

⁴ Visible a los folios 942 a 958 del expediente

⁵ Ídem nota al pie N° 5.

⁶ Folios 81 - 91 del C. 1A Expediente 2014 - 0096.

⁷ Folios 444 - 445 del C. 1A Expediente 2014 - 0096.

⁸ Folios 531-532 del C. 1A Expediente 2014 - 0096.

⁹ Folios 531-532 del C. 1B Expediente 2014 - 0096

¹⁰ Folio 1036 del C. 1B Expediente 2014 - 0096

Cumplido el término para contestar la demanda acudieron en oportunidad el elegido y el representante judicial de la Registraduría Nacional.

Se informó de la existencia de otros procesos con idéntica pretensión, y por ello se dispuso mantener el expediente en secretaría hasta tanto se llevara a cabo el adelantamiento de los demás trámites relativos con la admisión ordenada en las 3 demandas ejercidas contra el elegido.

5.2 Expediente N° 2014 - 0099

Este proceso surgió en cumplimiento al auto del 8 de agosto de 2014 adoptado en el expediente N° 2014-0089, esto es, de dividir el escrito en tres demandas.

Sometida a reparto, mediante providencia de 8 de octubre de 2014 admitió la demanda en contra de la resolución 2528 de 9 de julio de 2014, en cuanto declaró la elección del señor Orozco Vicuña y denegó la suspensión provisional¹¹.

Por auto de 21 de noviembre de 2014, se ordenó remitir el expediente a Secretaría a efectos de que todos los procesos cumplieran el trámite pendiente y poder pronunciarse sobre la acumulación de procesos.

5.3 Expediente N° 2014 – 0123

Presentada la demanda, se admitió por auto de treinta 30 de septiembre de 2014¹².

Por auto de 28 de noviembre de 2014 se ordenó remitir el expediente a Secretaría a efectos de que el competente resolviera sobre la acumulación de procesos.

5.4 Expediente N° 2014 - 0127

Presentada la demanda inicial¹³ se dispuso por auto de 27 de agosto de 2014 separar la demanda en 2 escritos, para tramitar un proceso diferente por cada uno de los elegidos y asignar un nuevo radicado.

Cumplida la orden, se repartió el proceso dirigido en contra del elegido, al que le correspondió el número 2014 - 0127 y mediante providencia de 8 de octubre de 2014¹⁴ se admitió la demanda, se ordenaron las notificaciones al elegido, al Consejo Nacional Electoral, al representante del ministerio público y se denegó la solicitud de suspensión provisional.

Por auto de 13 de enero de 2015, se ordenó remitir el expediente al proceso radicado N° 2014 - 0099 a efectos de que se decidiera sobre la acumulación de los procesos tramitados en contra del mismo elegido, según la información dada por la secretaría.

¹¹ Folios 321-331 del C. 1a Expediente 2014 - 0099.

¹² Folios 93 a 96 Expediente 2014 - 0123.

¹³ Corresponde a la dictada en el proceso N° 2014 - 0097.

¹⁴ Folios 106 a 114 del expediente 2014 - 0127.

6. De la acumulación de procesos

Según providencia de 5 de febrero de 2015¹⁵ se decretó la acumulación de los procesos de la referencia, con fundamento en que en todos se discuten causales de naturaleza subjetiva que recaen en la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes, período constitucional 2014 - 2018.

7. Audiencia inicial y fijación del litigio

Se llevó a cabo el 19 de junio de 2015¹⁶ en donde se declaró saneado el proceso y se denegó la excepción previa planteada por la Registraduría Nacional, decisión que fue revocada por los demás magistrados que integran la Sección, al resolver el recurso de súplica interpuesto¹⁷, y en consecuencia, se ordenó la desvinculación de dicha entidad.

Evacuado este trámite se citó para continuar la audiencia inicial, diligencia que se llevó a cabo el 5 de agosto de 2015, en la cual se fijó el litigio y se decretaron las pruebas aportadas y solicitadas por las partes, así como algunas pruebas de oficio.

La fijación del litigio se concretó en determinar si es nula parcialmente la resolución N° 2528 del 9 de julio de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral en cuanto declaró la elección del señor Orozco Vicuña como representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes para el período constitucional 2014 – 2018. De manera concreta debe resolverse:

- Si la elección es ilegal ya que además de haber sido inscrito por una fundación con reconocimiento ante el Ministerio del Interior, debía acreditar su pertenencia a la comunidad afrodescendiente, en observancia de los requisitos establecidos en las siguientes normas: el artículo 2° numeral 5° de la ley 70 de 1993, artículo 3° de la ley 649 de 2001 y el Acuerdo 169 de la OIT. Asimismo, determinar si la participación del demandado desconoce los artículos 13 y 40 de la Constitución frente a la garantía del derecho de participación de la comunidad afrodescendiente.
- Si la elección del señor Orozco Vicuña deviene nula por la existencia de una presunta falsedad en el acta del 29 de noviembre de 2011 elevada por la representante legal de FUNECO, por llevar de manera inducida al Ministerio del Interior a aceptar un acto irregular del cual se derivó la posibilidad del demandado de participar en la elección que se cuestiona.
- Si el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia, la que se predica de la presunta pertenencia simultánea a FUNECO y AFROVIDES, sin que exista respecto de este último movimiento, constancia sobre su retiro.

¹⁵ Folio 798 - 801 del expediente N° 2014-0099.

¹⁶ Folio 908 del expediente

¹⁷ Folios 1042 a 1045 del expediente 1B principal.

- Si la celebración de contratos por parte de FUNECO con los municipios de Tolú, Coveñas y Sincelejo conduce a que el demandado incurrió en la inhabilidad contemplada en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución, por el hecho de pertenecer o ser miembro de la Fundación que fungió como contratista ante dichos entes territoriales.

- Si se vulneraron los artículos 1°, 7 y 176 de la Constitución, y 2°, 3° y 6° del Acuerdo 169 de la OIT por cuanto para la elección de los representantes a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes es obligatorio adelantar una consulta previa que garantice la participación de dicha comunidad en la designación de sus representantes en condición de candidatos a la elección que se acusa.

De igual forma, en la audiencia inicial se hizo un pronunciamiento sobre las pruebas solicitadas y aportadas, sin que se manifestara oposición alguna a dicho decreto. El despacho decretó pruebas de oficio relativas a una inspección judicial con la intervención de peritos ingenieros de sistemas y grafología y el testimonio de la representante legal de FUNECO con toma de muestras mano escriturales.

8. Audiencia de práctica de pruebas

Enviados los oficios de las pruebas decretadas, llevada a cabo la diligencia de inspección judicial con intervención de peritos y practicada la prueba testimonial decretada, se fijó el 14 de marzo del año en curso para llevar a cabo la audiencia de pruebas.

En la fecha y hora señaladas se adelantó la audiencia prevista, se incorporó al expediente la prueba documental y los testimonios que fueron decretados. Se prescindió de la práctica de la declaración de la señora Liliana Mera Abadía, por cuanto la declarante no concurrió a la citación que se le hizo con tal fin.

Una vez cumplido el objeto de la diligencia y por considerar innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y de juzgamiento, se corrió traslado para alegar de conclusión por el término común de 10 días.¹⁸

9. Alegatos de conclusión

Demandante en el expediente N° 2014 – 0099¹⁹: en relación con el acta N° 03 del 29 de noviembre de 2011, con la cual el demandado pretende demostrar su antigua vinculación con FUNECO, manifestó que fue tachada de falsa por inconsistencias en su elaboración, relativas a la firma y al encabezado del documento.

Indicó que no se pudo verificar la integridad y veracidad del documento, debido a que en la inspección judicial a la Fundación, no se obtuvieron documentos originales. Además sostuvo que pese a que se le pidió al Ministerio del Interior su remisión, dicha entidad informó que tales documentos estaban bajo custodia de la Fiscalía.

¹⁸ Folios 1769-1774 del Expediente N° 2014 - 0099

¹⁹ Folios 1848 a 1879 del expediente

Afirmó que por lo anterior, el perito dictaminó que no era posible hacer el cotejo requerido por cuanto el acta N° 03 de 2011 solo se encontraba en copia.

Bajo esta consideración concluyó que: *i) queda probado que el señor MOISES OROZCO VICUÑA, no demostró que en verdad formaba parte de la Fundación Funeco desde el 29 de noviembre de 2011 y ii) por tanto, el aval que se le concedió fundándose en el Acta N° 3 de noviembre 29 de 2011, queda sin fundamento jurídico”.*

Frente a la validez de la referida acta, dijo que como nunca se registró ante la Cámara de Comercio, no nació a la vida jurídica.

Agregó que el acta en su última hoja difiere del resto del documento en relación con el pie de página, el membrete y el tipo de letra, puesto que quien firma unas veces plasma su nombre “Erica” con c y otras con k.

Precisó que las características que esta jurisdicción definió jurisprudencialmente para entender que se cumplen los requisitos del artículo 3° de la Ley 649 de 2001, son: i) prueba suficiente de que el candidato es miembro activo de la organización de base y ii) la constatación del otorgamiento del aval.

Precisó que los anteriores requisitos no se encuentran acreditados en razón a que la pertenencia previa no aparece probada, hecho que evidencia que su elección está viciada de nulidad.

Aclaró que el reconocimiento que el demandando invoca no tiene validez pues no basta con decirlo, sino que es preciso que se demuestren los requisitos. Mencionó que el acta N° 03 no puede tenerse por existente, como tampoco la certificación expedida por el Ministerio del Interior.

Señaló que no es posible predicar que el demandado posee identidad colectiva con el grupo étnico de comunidades negras, pues jamás ha compartido sus prácticas culturales y costumbres sociales.

Estimó que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia por haber pertenecido de manera simultánea a FUNECO y AFROVIDES, sin que exista constancia que certifique su retiro, máxime cuando participó como candidato de este último a la alcaldía de Yumbo (Valle) para las elecciones 2012-2015, con lo cual se descarta que perteneciera para el 2011 a la Fundación FUNECO.

Finalmente, en lo que respecta a la inhabilidad por la celebración de contratos con los municipios de Tolú, Coveñas y Sincelejo señaló que está probado que intervino como miembro de FUNECO. Precisó que a tal conclusión ha de llegarse por la Sala de encontrar válida el acta N° 03 de 2011.

Por todo lo expuesto, solicitó se accediera a las pretensiones de la demanda.

Demandante en el expediente N° 2014 – 0123: en el escrito que presentó la Procuraduría General, se destacaron los planteamientos que fueron objeto de fijación del litigio y aquellos argumentos que de

manera extensa se relacionan con el presunto desconocimiento de los artículos 176 inciso 3° de la Carta Política en armonía del artículo 3° de la ley 649 de 2001 y el acuerdo 169 de la OIT.

Dijo que la interpretación que se debe dar a estas disposiciones no puede quedar en el mero formalismo relativo a que la pertenencia a una fundación de afrodescendientes representa a dicha comunidad.

Afirmó que el deseo del constituyente al establecer esta circunscripción no fue solo reconocer el carácter pluriétnico y multicultural que se predica de la Nación y que le corresponde al Estado proteger, sino que también fue rescatar a esa minoría étnica para que esté representada por quienes a ella pertenecen.

Estimó que es requisito *sine qua non* que el candidato tenga con la etnia, según la definición que trae el artículo 2.5 de la Ley 70 de 1993 un mínimo de pertenencia, lo cual en su consideración en este caso no se presenta.

Adujo que en relación con la prueba de ingreso del demandado a la fundación, cumplida en el año 2011, consideró que al estar precedida de tal informalidad, es poco creíble.

Agregó que la certificación que se expidió informando como se produjo el ingreso del demandado a la fundación, no puede tenerse por válida, pues la condición de miembro no puede venir de un “*auto reconocimiento*”, sino que debe provenir de la etnia misma.

Consideró que otro reproche que debe evaluarse es el concerniente a que desde la fecha de su autoproclamación transcurrieron apenas dos años, y que este lapso no constituye un mínimo razonable que califique al demandado como integrante.

Dijo que en el acta del auto reconocimiento no existe una presentación formal del demandado, y ello, a su juicio, carece de valor; además, las consideraciones a las que alude la representante legal para informar que su ingreso se “*debió al importante aporte profesional*” no quedaron registradas.

Concluyó que no basta ser inscrito con el aval de una fundación de afrodescendientes para entender agotado el requisito constitucional y legal de pertenencia a la comunidad, habida cuenta que la Corte Constitucional en relación con el tema precisó: “*al aplicar los criterios existentes para determinar la pertenencia de una comunidad afrodescendiente, se encontró que los candidatos no satisfacen ni los criterios determinantes, ni los criterios útiles no determinantes*”.

Con fundamento en lo anterior y ante lo que estimó como evidente falta de requisitos para ser inscrito y elegido por la circunscripción especial, pidió que se anule el acto demandado para preservar la legalidad del ordenamiento jurídico quebrantado con su expedición.

El coadyuvante: insistió en los hechos en que fundó su intervención y adicionó el relativo a que está probado que la inscripción de la lista se hizo de manera fraudulenta por cuanto los documentos que la soportaron no contienen la verdad.

Alegó que la Fiscalía General de la Nación le imputó cargos a las señoras Erika Marina Hurtado y Liliana Mera Abadía, en calidad de representante legal de FUNECO y exdirectora de las comunidades negras del ministerio del Interior, respectivamente.

Resaltó que la solicitud de revocatoria de la inscripción del demandado fue porque no reunía los requisitos legales y constitucionales para participar en la contienda electoral, y no por encontrarse incurso en una inhabilidad.

Indicó que la Corte en la sentencia T-161 de 2015 se ocupó de resolver aspectos que son objeto de debate en esta demanda, decisión en la que se destaca la necesidad de que los requisitos que se exigen para ocupar este cargo se examinen de manera exhaustiva y rigurosa por las autoridades que confluyen en el trámite, sean administrativas, electorales o judiciales.

Reiteró que el acto de inscripción de la lista en la que figuró el demandado por provenir de una organización de base y no de un consejo u organización raizal, no cumple los requisitos previstos en el decreto 2163 de 2012.

Sostuvo que la certificación expedida por la dirección de asuntos para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del Ministerio del Interior se fundó en una norma derogada, la que indujo a error al CNE, en tanto las organizaciones de base no representan a dicha comunidad.

Basado en las anteriores conclusiones, estimó que hay lugar a acceder a la pretensión de ordenar *“la nulidad de la inscripción de la lista de FUNECO a la Cámara de Representantes por las comunidades negras, período 2014 - 2018”* porque no reúne los requisitos legales y constitucionales para participar en dicha contienda.

El demandado²⁰: solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Explicó que fue válidamente elegido en virtud de la voluntad popular expresada en las urnas y además que los actos de inscripción fueron cuestionados y se mantuvieron incólumes mediante las resoluciones 0396 de 30 de enero y 0955 de 4 de marzo de 2014.

Indicó que no obstante la “aparente vigencia” de la tutela impetrada contra el demandado, hoy funge como representante a la Cámara, posesión que se hizo efectiva el 27 de febrero de 2015 con fundamento en el principio fundamental de la igualdad.

Señaló que los reclamos de los accionantes no se ajustan a la realidad probatoria que se aprecia en el expediente, toda vez que el candidato elegido acudió con el aval de FUNECO, que es una organización de base de las comunidades afrodescendientes inscrita y reconocida legalmente por el Ministerio del Interior según resolución número 0158 de 25 de marzo de 2009 y actualizada por la resolución número 0142

²⁰ Folios 1812 a 1837 del expediente

de 3 de diciembre de 2011, razón por la cual debe concluirse que cumplió con los requisitos que prevé el artículo 3° de la ley 649 de 2001.

Precisó que el decreto 2248 de 1995 fue objeto de estudio de legalidad por la Sección Primera, pese a que el mismo ya había sido derogado y, aun así, se declaró la nulidad de varios artículos y se pronunció frente a la imposibilidad de que las organizaciones de base representen a las comunidades afrocolombianas en la comisión consultiva de alto nivel, pero nada dijo en relación con el derecho a *“avalar candidatos”*.

Indicó que el decreto 2163 de 19 de octubre de 2012, derogó el decreto 3770 de 2008 con el fin de evitar un vacío normativo sobre la reglamentación y representatividad de las comunidades negras ante la comisión consultiva. Consideró que como no se ocupó de las organizaciones de base, los registros ante el Ministerio del Interior siguen vigentes y se presumen legales.

Adujo que es inexplicable la conclusión a la que llegó la Corte Constitucional en la sentencia T-161-2015 puesto que no se explicaron las razones en las que se fundó para considerar que tales organizaciones no pueden otorgar un aval, desconociendo que el proceso democrático es de libre postulación.

Afirmó que tampoco se pronunció frente al registro que obtuvo FUNECO para el 25 de marzo de 2009, fecha desde la que está habilitada para ejercer como organización de base, en razón a que atendió el requisito de identidad afrocolombiana que fijó la mencionada ley 70 de 1993.

También indicó que el auto reconocimiento que hizo en el acta N° 03 de 2011, el cual fue avalado por la Registraduría Nacional y el Ministerio del Interior, son muestra de que son plenamente legales y se enmarca dentro de los parámetros y requisitos de la normativa vigente para la época.

Indicó que es válida la certificación que expidió el Ministerio del Interior el 15 de enero de 2014, frente al reconocimiento de su condición de afrodescendiente y su inscripción a la fundación, lo que le permitía avalar candidatos a la Cámara de Representantes, pues cumplía la exigencia del artículo 3° de la ley 649 de 2001.

Adujo que existen dos criterios para determinar la pertenencia a la comunidad negra, uno objetivo, que se predica de la existencia de rasgos sociales y culturales y otro subjetivo, relativo a la existencia de una identidad grupal que lleva a los individuos a asumirse como miembros de la comunidad afrodescendiente.

Afirmó que en virtud de esta norma de carácter fundamental el demandado podía participar como candidato en otra corporación pues ello está contemplado en el artículo 40-1 de la Constitución.

Señaló que el demandante se inscribió al cumplir con los requisitos exigidos para su candidatura y esta decisión se sometió a los demás miembros en igualdad de condiciones.

Estimó que establecer cuál autoridad administrativa o judicial es la competente para reconocer a los titulares de los derechos afrocolombianos implicaría una injerencia indebida del Estado en el derecho de la auto determinación de las minorías étnicas, que tornaría inoperante el régimen de los derechos diferenciados previstos en la Constitución.

En relación con la doble militancia, dijo que no se encuentra incurso en ninguna de las modalidades previstas, por cuanto si bien participó como candidato a la alcaldía de Yumbo por el partido político AFROVIDES, lo relevante es que no fue elegido, y además de ninguna manera se genera esta prohibición porque no se inscribió como candidato por un partido político diferente, sino por una organización de base afrocolombiana cuyos estatutos no sancionan esta situación.

De otra parte, en cuanto a la inhabilidad, adujo que no fue beneficiario directo o indirecto de los contratos celebrados por la Fundación Ébano de Colombia con las alcaldías de Sincelejo, Tolú y Coveñas.

En lo atinente al contrato celebrado con el municipio de Tolú dijo que la intervención de FUNECO fue a través de un consorcio.

Además sostuvo que la fundación sin ánimo de lucro FUNECO es diferente a ser miembro de la organización de base.

Indicó que de acuerdo con las certificaciones y las copias de los contratos allegados al proceso quedó desvirtuada la participación del demandado en la suscripción de un contrato en interés propio o de terceros y en la gestión de negocios que se endilga.

En cuanto a la “aparente falsedad” del acta número 29 de noviembre de 2011, dijo que las pruebas en que se fundan no son contundentes, pues las investigaciones apenas se encuentran en una etapa pre procesal.

Recalcó que la aparente falsedad y el fraude procesal fueron de imposible probanza, en tanto no se logró mediante dictamen pericial emitir un resultado concluyente y sustentable sobre las firmas de Érica Marina Hurtado Zabala.

Concluyó que objetivamente no se probó la irregularidad en los actos de inscripción y así lo determinó el Consejo Nacional Electoral y tampoco se demostró que se hubiera inducido en error al Ministerio del Interior.

Por lo expuesto, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

10. Concepto del Ministerio Público

En este proceso acumulado la actuación que cumplió la Procuraduría General de la Nación quedó reservada a su condición de parte demandante en el expediente radicado bajo el N° 2014 - 0123.

Como sujeto procesal especial de conformidad con lo establecido en los artículos 277.7 Constitucional y 303 de la Ley 1437 de 2011, su intervención como demandante se restringió a las actividades

permitidas a esta parte, y en tal condición, presentó escrito de alegatos, lo que la relevaba de conceptuar en este proceso.

En los alegatos de conclusión reiteró su solicitud de que se declare la nulidad de la resolución 2528 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró la elección del señor Moisés Orozco Vicuña.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3°²¹ del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13-4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999²².

2. El acto acusado

Lo constituye la resolución número 2528 de 2014 por medio del cual se declaró la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como Representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendiente, para el período constitucional 2014 - 2018.

3. Examen de las censuras

En este caso deberá resolverse si es nula parcialmente la resolución N° 2528 de 9 de julio de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral en cuanto declaró la elección del señor Orozco Vicuña como representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes para el período constitucional 2014 – 2018. De manera concreta debe la Sala:

1. Establecer si la elección es ilegal ya que además de haber sido inscrito el demandado por una fundación con reconocimiento ante el Ministerio del Interior, debía acreditar su pertenencia a la comunidad afrodescendiente, en observancia de los requisitos establecidos en las siguientes normas: el artículo 2° numeral 5° de la ley 70 de 1993, artículo 3° de la ley 649 de 2001 y el Acuerdo 169 de la OIT. Asimismo, determinar si la participación del demandado desconoce los artículos 13 y 40 de la Constitución frente a la garantía del derecho de participación de la comunidad afrodescendiente.

²¹ 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.

²² Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003)

2. Determinar si la elección del señor Orozco Vicuña deviene nula por la existencia de una presunta falsedad en el acta del 29 de noviembre de 2011 elevada por la representante legal de FUNECO, por llevar de manera inducida al Ministerio del Interior a aceptar un acto irregular del cual se derivó la posibilidad del demandado de participar en la elección que se cuestiona.

3. Si el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia, la que se predica de la presunta pertenencia simultánea a FUNECO y AFROVIDES, sin que exista respecto de este último movimiento, constancia sobre su retiro.

4. Si la celebración de contratos por parte de FUNECO con los municipios de Tolú, Coveñas y Sincelejo conduce a que el demandado incurrió en la inhabilidad contemplada en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución, por el hecho de pertenecer o ser miembro de la Fundación que fungió como contratista ante dichos entes territoriales.

5. Si se vulneraron los artículos 1°, 7 y 176 de la Constitución, y 2°, 3° y 6° del Acuerdo 169 de la OIT por cuanto para la elección de los representantes a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes es obligatorio adelantar una consulta previa que garantice la participación de dicha comunidad en la designación de sus representantes en condición de candidatos a la elección que se acusa.

Con el propósito de dar desarrollo coherente a los aspectos que se establecieron como problemas jurídicos a resolver en la fijación del litigio, la Sala pasará a examinarlos en el siguiente orden:

Primer cargo: Cumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad para ser candidatos de las comunidades negras.

Para abordar este cargo es necesario desarrollar algunos aspectos previos que permitan luego resolver la cuestión aquí planteada.

1. Normas constitucionales y desarrollo legislativo de las comunidades afrodescendientes:

Con ocasión de las normas constitucionales que consagran protección a las minorías étnicas²³, se han expedido las siguientes leyes:

- Con fundamento en el artículo 55 transitorio de la Constitución²⁴ se expidió la Ley 70 de 1993, en la cual se desarrolló lo correspondiente a

²³ El artículo 7 de la Constitución establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

²⁴ Artículo 55 de la Constitución: "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

la titulación de la propiedad colectiva en las zonas que se identificaron como asentamiento de la población afrodescendiente y de los requisitos que debían acreditar con el fin de avanzar en el otorgamiento de esta propiedad de carácter comunitario.

En su artículo 2 numeral 5 se estableció, entre otros, el concepto de comunidad negra²⁵ como *“el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”*.

Frente a esta definición, la Corte Constitucional ha dicho que no solo pueden tenerse en cuenta los criterios establecidos por esta norma, puesto que pertenecer a una comunidad no está dado por algún atributo en concreto, sino que hay algunos criterios descriptivos, en donde el más relevante es la autoidentificación. En la sentencia T-576 de 2014 sostuvo:

*“(...) La definición incorporada por la Ley 70 de 1993 ha sido sumamente valiosa para efectos de los procesos de titulación colectiva y, ciertamente, debe ser valorada al momento de determinar, en un caso concreto, si cierto grupo está legitimado para invocar el amparo de sus derechos étnicos. **Lo que no puede ocurrir, como insistentemente se ha expuesto, es que se descarte el carácter diverso de quienes no cumplan con alguno de los parámetros incorporados por la definición legal.***

(...) Más allá de la conformidad de esa exigencia con la Constitución –la Sala no es competente para pronunciarse

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.

PARÁGRAFO 1o. 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.

PARÁGRAFO 2o. 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.”

²⁵ Sea del caso señalar que esta expresión fue objeto de examen de constitucionalidad por la sentencia C-253 de 2013 en el sentido de declararla exequible. Para fundar su decisión concluyó lo siguiente: “[...] si bien la expresión que reprocha el demandante efectivamente pudo ser utilizada de manera negativa, hoy en día el Estado y en particular el Legislador, no le confiere esa connotación. La Corte no puede entonces juzgar una palabra aislada del contexto en el que se examina la inconstitucionalidad. Las normas que se acusan fueron luego de promulgada la Constitución de 1991 la cual pretendió reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación proclamando los derechos de los grupos étnicos entre los que se incluyen los pueblos indígenas y las comunidades negras. El legislador, por su parte, desarrolló el mandato constitucional en disposiciones que consagran acciones afirmativas para promover la integración de estas comunidades. La palabra no se utiliza pues en un contexto de exclusión, ni de invisibilización, ni de desconocimiento de la dignidad humana de los 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.**” Corte Constitucional - Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

sobre el asunto en este contexto- lo que hay que recordar es que la diversidad étnica que protegen el Convenio 169 y la Constitución no está dada por ningún atributo concreto – ni por la raza, ni por el territorio, ni por un reconocimiento formal- sino por la presencia de una singularidad que dota de sentido de pertenencia a los integrantes de una comunidad determinada. Es en ese ámbito que cobran vigencia los parámetros a los que la jurisprudencia interamericana y los organismos de control de la OIT han vinculado la titularidad de derechos colectivos, como la consulta previa.

(...) Según se dijo entonces, ese tipo de dilemas deben resolverse considerando que i) no existe una definición estricta acerca de lo que puede entenderse por pueblo tribal o indígena, sino unos **criterios descriptivos** de los sujetos a los que ese marco internacional de protección pretende proteger; ii) **el criterio más relevante para determinar si un pueblo o individuo puede ser considerado indígena o tribal es el de autoidentificación**. La identidad diversa, en consecuencia, es aquella que definen las propias comunidades, en ejercicio de su derecho de autodeterminación; iii) como colectividades humanas, los pueblos indígenas y tribales tienen una trayectoria social propia que se adapta a los cambios históricos y se reconfigura continuamente; iv) finalmente, es necesario considerar que los derechos concedidos a las colectividades étnicamente diferenciadas no se pierden por el hecho de que algunos de sus integrantes vivan con menos apego que otros a sus tradiciones culturales.

Son esas pautas las que deben valorar las autoridades administrativas y judiciales cuando tengan que adoptar decisiones que impacten sobre los derechos colectivos de aquellos grupos que se proclamen étnicamente diversos.
“(Negrillas fuera del texto original)”

- Del artículo 176 de la Constitución que establece que la Cámara de Representantes se elige en dos circunscripciones, territoriales y especiales, y que las circunscripciones especiales asegurarán la participación de los grupos étnicos y de los colombianos residentes en el exterior, se profirió la ley 649 de 2001 de naturaleza estatutaria.

En el artículo 1º de esta ley, modificado por el acto legislativo 2 de 2015²⁶, se determinó que mediante esas circunscripciones se elegirán cuatro representantes así: dos (2) para las comunidades negras, una (1) para las comunidades indígenas, y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

²⁶ La norma antes disponía: “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.”

A su vez en el artículo 3° se estableció que quienes aspiren a ser candidatos de las comunidades negras para ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción especial, deben:

- i) ser miembros de la respectiva comunidad y,
- ii) ser avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

Sobre este punto, la Corte Constitucional en la sentencia C-169 de 2001, sostuvo:

- En lo que se refiere a esta circunscripción especial la providencia destacó como características que le son inherentes, la de ser: i) de orden nacional, pues lo que se fomenta es la participación de grupos sociales que se encuentran distribuidos por todo el país y, ii) abierta, lo que implica que los electores no se encuentran restringidos y por tanto cualquier colombiano habilitado para sufragar puede optar por registrar su voto en favor de los candidatos que por esta circunscripción se postulen²⁷.

- Insistió que pese a la participación plural de todos los ciudadanos como electorado, es indispensable la formulación de ciertos requisitos que garanticen de manera real su representación, ya que de otra manera se alteraría la razón de ser de esta circunscripción.

- En cuanto a los requisitos exigidos a los candidatos de las comunidades negras, esto es, que deban acreditar su calidad de miembros del grupo y contar con el aval de una organización inscrita ante el Ministerio del Interior, dijo que resultan razonables, puesto que pretende dotar de un mínimo de seriedad y veracidad a la inscripción de estos candidatos.

2. Órganos de representación de las comunidades negras y organizaciones de base.

La reglamentación vigente, expedida como consecuencia del desarrollo de la Ley 70 de 1993, se concreta en los siguientes decretos:

- Decreto 1745 de 1995, "Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del

²⁷ Al respecto la Corte aclaró que si bien el matiz de esta curul es representar intereses particulares de la comunidad negra, su concreción amerita que participen todos los ciudadanos del territorio nacional, pues una postura contraria desatendería el artículo 1° superior, sobre consultar el interés general y, desnaturalizaría, el principio hermenéutico de maximización de los derechos fundamentales.

derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras" y se dictan otras disposiciones"

- Decreto 2163 de 2012, "Por el cual se conforma y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones", suspendido por la sentencia de T-576 de 2014.

Del contenido de esta normativa se puede destacar que existen diferentes organizaciones que tienen objetivos y propósitos diferentes, dentro de las cuales se pueden identificar las siguientes:

* Comisión consultiva de alto nivel, que es un organismo integrado en los términos del artículo 45 de la ley 70 de 1994, por los representantes de los consejos comunitarios de Antioquia, Valle, Cauca, Chocó, Nariño, Costa Atlántica y demás regiones del país a que se refiere la ley y de raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, cuyo propósito es que se atiendan sus recomendaciones con el fin de reglamentar la referida ley.

* Comisiones consultivas departamentales, las cuales están conformadas por los delegados con calidad de representantes legales o de miembros de la junta de los consejos comunitarios, asentados en los respectivos departamentos.

* Consejos Comunitarios, que son la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras.

Además de las anteriores, debe tenerse en cuenta que si bien en el actual ordenamiento jurídico no están consagradas, existen las organizaciones de base, frente a las cuales es necesario hacer mención tanto de su consagración como de los diferentes pronunciamientos que se han hecho sobre su legalidad en relación con la representación de las comunidades negras.

En su momento, el decreto 2248 de 1995²⁸ –derogado-, estableció que son asociaciones integradas por personas de la comunidad negra, que actúan a nivel local, reivindicando y promoviendo los derechos territoriales, culturales, económicos, políticos, sociales, ambientales y la participación y toma de decisiones autónomas de este grupo étnico.

Luego fue proferido el decreto 3770 de 2008 que en su artículo 21 estableció que son instancias de representación de las comunidades negras: los consejos comunitarios, las organizaciones de base, las comisiones consultivas departamentales, distrital de Bogotá y de alto nivel, y las comisiones pedagógicas nacional y departamentales.

En este punto es importante mencionar que en vigencia del decreto 3770 de 2008, algunas normas del decreto 2248 de 1995 fueron anuladas por el Consejo de Estado mediante sentencia del 5 de agosto de 2010²⁹. El fundamento de esa demanda consistió en que la ley 70

²⁸ Artículo 20

²⁹ La sentencia fue proferida por la Sección Primera de esta Corporación el 5 de agosto de 2010, en el expediente radicado bajo el N° 110010324000200700039-00 con ponencia del Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianneta, se aclaró que a pesar de que el decreto para ese momento

de 1993 no ordenó la conformación de “*organizaciones de base*”, razón por la que la comunidad negra solo debía organizarse a través de consejos comunitarios y no mediante figuras no previstas por la ley.

En el fallo, la Sección Primera del Consejo de Estado sostuvo:

- Que al actor le asistía razón en cuanto que la figura denominada “organizaciones de base” no tiene ningún papel en la ley 70 de 1993 ni en el artículo transitorio 55 de la carta política.
- Que aunque en la delimitación de su concepto no se aprecia ninguna oposición o exceso, la incompatibilidad resulta cuando se le cataloga como órgano de representación de las comunidades negras, esto es, cuando tienen una connotación como la que prevé el artículo 55 de la referida ley, respecto de integrar las comisiones especiales, nacionales, territoriales y las de alto nivel.
- Que los artículos 4, 8 párrafo 1, 9 párrafo 1, 13 y 17 del decreto 2248 de 1995 desconocieron de manera manifiesta la normativa superior, por utilizar como instancia de elección de los representantes de las comunidades negras, las organizaciones de base. Señaló que éstas marginan y sustituyen a dichas comunidades, en ejercicio del derecho que le otorga el artículo 55 Superior.

Después de este fallo se profirió el decreto 2163 de 2012, por medio del cual se derogó el decreto 3770 de 2008, y en el cual no se hace mención alguna de la organizaciones de base, sino que en el artículo 14 solo establece que se podrán registrar los consejos comunitarios con título colectivo adjudicado por el Incoder.

3. Fallo de tutela dictado con ocasión a la expedición del acto aquí demandado (resolución 2528 de 2014).

De manera paralela a este proceso electoral se presentó una acción de tutela, la cual fue resuelta en primera instancia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá que la declaró improcedente.

La segunda instancia fue resuelta por el Consejo Superior de la Judicatura, el cual revocó la decisión del a quo y en su lugar amparó transitoriamente los derechos de los actores y dejó sin efectos, entre otros, el acto declaratorio de la elección.

Esta decisión fue objeto de revisión por la Corte Constitucional mediante fallo T-161 de 2015³⁰, en el que se confirmó la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, y por tanto se mantuvo el amparo

estaba derogado, se hacía el estudio de legalidad bajo la consideración de que se estudiarán los efectos jurídicos que pudo haber producido o las situaciones que se hubieran podido crear.

³⁰ M.P. Mauricio González Cuervo

provisional otorgado, hasta que se resuelva la demanda de nulidad electoral correspondiente.

Los argumentos que fundaron la decisión del juez de tutela fueron los siguientes:

- Que en razón a que los actos administrativos que iba a estudiar - negativa de revocar la inscripción y el de elección- habían sido dictados luego de la reforma al artículo 176 de la Constitución y a la sentencia C-169 de 2001, debían ser leídos e interpretados con base en esa reforma y no de manera descontextualizada.
- Que los dos requisitos establecidos en el artículo 3 de la ley 649 de 2001, para aspirar a ser candidato de las comunidades afrodescendientes, deben verificarse de manera exhaustiva y rigurosa conforme con el principio de prevalencia del derecho sustancial, por todas las autoridades involucradas, sean administrativas, electorales o judiciales, so pena de quebrantar la Constitución.
- Que entre las interpretaciones de la ley 649 de 2001 que mantienen su actualidad y pertinencia, están las siguientes: (i) la ley desarrolla el derecho fundamental de participación política de las comunidades afrodescendientes y afecta la representación política de las mismas³¹; (ii) la ley afecta de manera directa y especial a dichas comunidades, pues concreta las exigencias que se deben satisfacer para asegurar su participación en la Cámara de Representantes³²; (iii) la ley contribuye a materializar principios constitucionales como los de democracia participativa, pluralismo e igualdad³³; (iv) la ley implica una discriminación positiva, constitucionalmente justificada, para dichas comunidades³⁴; (v) las comunidades afrodescendientes se identifican por ser un grupo tribal, cuyo elemento más importante es el étnico, que se verifica a partir de un elemento objetivo: existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por el grupo, que lo diferencian de los demás, y de un elemento subjetivo: existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros del grupo³⁵; y (vi) el aspecto crucial para asegurar la representación de estas comunidades es la verificación del cumplimiento de los requisitos previstos para quienes aspiren a ser candidatos y no el ámbito espacial de la circunscripción, que corresponde al territorio nacional, ni lo relativo a los electores que pueden ser todos los ciudadanos, incluso los que no pertenecen a dichas comunidades³⁶.

³¹ Supra II, 4.5.1.

³² Supra II, 4.5.2.

³³ Supra II, 4.5.3.

³⁴ Supra II, 4.5.4.

³⁵ Supra II, 4.5.5.

³⁶ Supra II, 4.5.6.

- Que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional hacen la misma interpretación de la Constitución, en el sentido de que las organizaciones de base no representan a las comunidades afrodescendientes.

- Que si bien el decreto 3770 de 2008, no fue objeto de la demanda ni de la sentencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, la ratio de ésta también puede predicarse de tal decreto, en lo relativo a la aptitud de las organizaciones de base para tener la representación a efectos de este caso, por lo que desde ese año se podía ejercer un control de constitucionalidad difuso sobre este decreto por parte del Ministerio del Interior y del Consejo Nacional Electoral, e inaplicarlo en cuanto atañe a la representación de las comunidades afrodescendientes por las organizaciones de base.

- Que con la expedición del decreto 2163 de 2012 tanto el registro como las certificaciones expedidas con fundamento en el Decreto 3770 de 2008 dejaron de tener vigencia.

- Que el Consejo Nacional Electoral al momento de verificar los requisitos exigidos para la inscripción de los candidatos no tuvo en cuenta los cambios que se han dado en estos temas, por lo que consideró que pasó por alto dos circunstancias relevantes: (i) que el decreto 3770 de 2008 había sido derogado el 19 de octubre de 2012, de tal suerte que un certificado relativo a las organizaciones de base, no demuestra ni asegura que esa organización represente a una comunidad afrodescendiente, como sí podría haberlo hecho en el contexto del año 2001; y (ii) que si las organizaciones de base no representan a la comunidad afrodescendiente, de la circunstancia de ser miembro de una organización de base no se sigue que también lo sea de la comunidad afrodescendiente.

- Que la certificación dada por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior el 15 de enero de 2014³⁷ se funda en una norma que para esa fecha estaba derogada y por tanto no sirve para asegurar la participación en la Cámara de Representantes del grupo étnico de la comunidad afrodescendiente, porque las comunidades de base no representan a dicha comunidad.

4. Del caso concreto:

Esta Sección considera que en este cargo, se debe verificar que se cumplan de manera inescindible y concomitante los dos requisitos

³⁷ Supra I, 2.3.1.

establecidos en el artículo 3 de la ley 649 de 2001, puesto que ambos deben ser cumplidos para que los elegidos en efecto representen a las comunidades negras.

Para resolver si en este caso se cumplieron, por parte del señor Orozco Vicuña, se tiene que el artículo 3 de la ley 649 de 2001 dispone:

“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.”

Como lo establece esta norma, quien aspire a ser candidato de las comunidades negras para ser elegido a la Cámara de Representantes por esa circunscripción especial, deberá (i) ser miembro de la respectiva comunidad, y (ii) ser avalado previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior

A continuación se estudiará cada uno de esos requisitos, puesto que como se dijo, se deben cumplir ambos, para poder aspirar a ser un candidato de estas comunidades.

(i) Ser miembro de la respectiva comunidad:

Frente a este punto en la demanda se cuestiona que el demandado no cumple con las mínimas características que lo hagan reconocible con este grupo étnico, establecidas en el numeral 5 del artículo 2 de la ley 70 de 1994 y el acuerdo 169 de la OIT.

Al respecto, se tiene que el artículo 2 de la ley 70 de 1993 en su numeral 5 define a la comunidad negra como el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos, estas características no son las únicas que los definen.

Debe precisarse que si bien el artículo 2 de la ley 70 de 1993 contiene unos criterios para identificar a una persona como miembro de la comunidad afrodescendiente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es posible que no todas se encuentren presentes o sean determinantes para concluir que una persona o un grupo hacen parte o no de una comunidad negra.

Ahora bien, esta Sala encuentra que en el expediente se demostró que se acreditaron algunos de los criterios que trae esa norma, como se explicará a continuación:

- Pertenencia a familia afrodescendiente: Moisés Orozco Vicuña aportó copia del registro civil de su padre y de sus hermanos, que dan cuenta que su nacimiento se produjo en el municipio de Puerto Tejada (Cauca).

Manifestó que su abuelo paterno, señor Aparicio Herrera era afrodescendiente, fue dirigente social y político del municipio de Caloto, alcalde de Caloto³⁸, afirmación que no fue desvirtuada ni controvertida en el proceso.

- Estar identificado con la cultura de las comunidades negras, tales como habitar, cultivar, honrar con adoración y demás costumbres: al expediente se aportaron varias declaraciones suscritas por quienes invocan su condición de líderes afrodescendientes y otros representantes legales de comunidades afrodescendientes que reconocen al señor Orozco Vicuña como una persona que presta servicios a esa comunidad. Al respecto es precisamente este reconocimiento social el que le permite luego de su autoproclamación, obtener la aceptación de su comunidad.

- Compartir la historia, tradiciones y costumbres de las comunidades negras: la manifestación de pertenencia a la comunidad afrodescendiente, la aceptación por la organización de base de la que se hizo miembro y el reconocimiento de los representantes y miembros de otras organizaciones sobre su identidad con la comunidad, implican el cumplimiento de esta característica³⁹.

- Conservar conciencia de identidad con las comunidades negras de tal forma que permita al candidato ser distinguido de los demás grupos étnicos, especialmente por todos los aspectos culturales y costumbres: la inclusión como miembro de una organización de comunidades afrodescendientes tiene por objetivo reivindicar y promover los derechos humanos, territoriales, sociales, económicos, culturales, ambientales y/o políticos de éstas, lo que resulta indicativo que ese es el propósito que persigue al formar parte de dicha comunidad.

Así mismo obran pruebas de su intervención en FUNECO, en donde se puede evidenciar que participó en las reuniones en las que tuvieron por propósito desarrollos e intervenciones como representantes de la comunidad afrodescendiente.

A folios 198 a 231 del expediente 2014-0123, obran en copias las actas E-001, E-002, E-003, E-004, E-005, E-006 y E-007 de FUNECO que dan cuenta de las diferentes actividades que cumplieron, entre las que se destacan: i) realización de la consultiva departamental, ii) elección de representantes por las etnias CARSUCRE, iii) asamblea del departamento de Sucre preparatoria del congreso nacional de consejos comunitarios y organizaciones de base etnia afrocolombiana palenquera y raizales, iv) elección de la mesa afrocolombiana consejos comunitarios y organizaciones de base afrocolombiana y, (v) actividades de promoción educativa mediante talleres seminarios, diplomados sobre materias de su interés.

No puede establecerse que una persona pertenece a una determinada comunidad en atención a las tareas o labores que haga, puesto que su compromiso puede darse desde diversos ámbitos, no solo desde el político o social.

³⁸ Folios 425 a 434 y folios 522 a 540 del expediente

³⁹ Folios 541 a 626 del expediente

Así las cosas, con base en las pruebas antes mencionadas en este proceso, está debidamente acreditado el cumplimiento de este requisito, consistente en ser miembro de la respectiva comunidad.

- (ii) Ser avalado previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio de Interior:

Para resolver este punto se tiene que en el expediente obran las siguientes pruebas:

- A folios 28 a 51 del cuaderno 1A obra copia de la resolución 2528 de 2014, por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral resolvió:

“ARTÍCULO SEGUNDO: De conformidad con el resultado que consta en el formulario E-26 (parte integral de la presente decisión) adjudicar las dos (2) curules para los Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de las comunidades Afrodescendientes a la lista FUNDACIÓN EBANO DE COLOMBIA – FUNECO.

ARTÍCULO TERCERO: Asignar dentro de la lista inscrita por la FUNDACIÓN EBANO DE COLOMBIA – FUNECO, las respectivas curules y, en consecuencia, declarar elegidos como Representantes a la Cámara por la circunscripción especial de las comunidades Afrodescendientes para el periodo 2014-2018, a los ciudadanos que se relacionan a continuación:

NOMBRES Y APELLIDOS	CÉDULA
MARÍA DEL SOCORRO BUSTAMANTE IBARRA	33.158.569
MOISES OROZCO VICUÑA”	16.798.439

- A folios 132 del cuaderno 1A obra copia de la resolución No. 0158 de 25 de marzo de 2009 del Ministerio del Interior y de Justicia *“Por la cual se inscribe una Organización en el Registro Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras”*, en dicho acto se estableció:

“EI DIRECTOR DE ASUNTOS PARA COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, RAIZALES Y PALENQUERAS

En uso de las facultades que le confiere el parágrafo 1 del Artículo 15 del Decreto 3770 del 25 de septiembre de 2008, y el Decreto 1720 del 21 de mayo de 2008, y demás normas pertinentes y,

(...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Inscríbase en el Registro Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras la organización denominada: FUNDACIÓN EBANO DE COLOMBIA- "FUNECO".

- A folios 232 y 233 del cuaderno 1A, obra copia de la resolución 142 de 3 de diciembre de 2013 del Ministerio del Interior, con base en las atribuciones constitucionales, legales y reglamentarias conferidas por el decreto 2893 de 2011 y el artículo 14 del decreto 3770 de 2008 y resolvió:

"Artículo 1. Actualícese en el registro Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, la Organización de Base denominada FUNDACIÓN EBANO DE COLOMBIA "FUNECO".

- A folio 134 del cuaderno 1A, obra copia de un escrito presentado el 11 de diciembre de 2013 por la representante legal de Funeco dirigido a la directora de la Oficina de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas Raizales y Palenqueras, por medio de la cual le solicitó que certificara la inscripción de la organización de base de comunidades afrocolombianas Funeco y se manifestara si todos los miembros que la conforman pertenecen a la comunidad negra y afrocolombiana del país, de conformidad con el decreto 3770 de 2008, y/o la norma vigente.

- A folio 109 del cuaderno 1ª obra copia de la respuesta a la solicitud anterior, de diciembre 18 de 2013, mediante la cual la directora de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior certificó:

"(...) [r]evisada la carpeta que reposa en ésta dirección de la organización de base de comunidades Negras y Afrocolombianas denominada: "FUNDACIÓN EBANO DE COLOMBIA" con la sigla "FUNECO" la cual se encuentra debidamente inscrita en la base de datos de esta entidad con la resolución N° 0158 del 25 de Marzo de 2.009 y actualizada mediante resolución N° 142 del 03 de Diciembre de 2.013 en donde figura como representante legal la señora ERICA MARINA HURTADO ZABALA, al revisar la carpeta de dicha organización en sus estatutos y en el acta #003 de la asamblea general ordinaria de socios "cambio de Junta Directiva". Se constató que los integrantes de dicha organización pertenecen y se autoreconocieron como miembros de la comunidad negra y afrocolombiana del país desde el día 29 de noviembre del año 2011 dando cumplimiento al decreto 3770 del 25 de septiembre del año 2008.

*En consideración de lo anterior.
(...)*

CERTIFICA

Que las personas relacionadas a continuación se reconocieron como miembros de la población afrocolombiana a partir del día 29 de noviembre del año 2011.

(...)

MOISES OROZCO VICUÑA”

- A folio 669 del cuaderno 1A, obra copia de un escrito de 6 de diciembre de 2013 de Funeco a la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante el cual se avala a los siguientes candidatos en lista de voto preferente para aspirar a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de comunidades negras: María del Socorro Bustamante Ibarra, moisés Orozco Vicuña y Álvaro Gustavo Rosado Aragón. Ese aval se expidió para participar en las elecciones que se realizarían el 9 de marzo de 2014, correspondiente al periodo 2014-2018.

- A folios 302 y 303 del cuaderno 1A del expediente obra copia del formulario E-6CA, de solicitud para la inscripción de lista de candidatos por parte de la Fundación Ébano de Colombia “FUNECO”, de los señores María del Socorro Bustamante Ibarra, Moisés Orozco Vicuña y Álvaro Gustavo Rosado Aragón, realizada el 6 de diciembre de 2013

De estas pruebas, se tiene que se profirieron dos resoluciones por parte de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras del Ministerio del Interior, actos administrativos frente a los cuales resulta necesario pronunciarse con el fin de establecer si pueden ser tenidos o no en cuenta, a efectos de resolver el caso que nos ocupa.

Lo anterior, con la finalidad de determinar si Funeco, como organización de base, podía avalar la inscripción del señor Orozco Vicuña en los términos del artículo 3º de la Ley 649 de 2001 y, así, definir si el demandado cumplía con los requisitos para ser elegido como representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes.

(i) Frente a la resolución No. 0158 de 2009 -resolución de Inscripción de Funeco-, la Sala anticipa que debe tenerse en cuenta que aquella fue proferida por parte del Ministerio del Interior cuando estaba vigente el decreto 3770 de 2008 -que permitía la existencia y representación de las organizaciones de base-.

Sin embargo, lo cierto es que a partir del año 2012 perdió su fuerza ejecutoria -decaimiento del acto administrativo- con ocasión de la expedición el decreto 2163 por medio del cual se derogó el decreto 3770, tal y como se explicará más adelante.

(ii) Respecto de la resolución No. 142 de 2013 –resolución de actualización-, debe advertirse que se profirió cuando la resolución 0158 ya había perdido su fuerza ejecutoria, y además, se expidió con fundamento en una norma que para la época estaba derogada.

Es decir, que a diferencia de lo que ocurre con la resolución de inscripción, la resolución de actualización está afectada, no ya por un vicio sobreviniente sino por uno originario, por lo que en este caso no

se trata de pérdida de la fuerza ejecutoria del acto, sino de un vicio de falsa motivación que impone su inaplicación, con efectos inter partes, en los términos del artículo 148 del CPACA.

La Sala explicará los argumentos que justifican esta conclusión más adelante.

De acuerdo con lo anterior, se hará, en primer lugar, el estudio relacionado con la pérdida de la fuerza ejecutoria de la resolución 0158 de 2009, y después se estudiará lo relacionado con la resolución 142 de 2013.

1. Pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución 0158 de 2009

El artículo 91 del CPACA dispone:

“Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.”

En relación con la fuerza ejecutoria, esta Corporación ha dicho que *“es la capacidad de que goza la administración para hacer cumplir por sí mismo sus propios actos, es decir, que tal cumplimiento no depende de la intervención de autoridad distinta a la de la misma administración.”*⁴⁰

Entonces, la pérdida de la fuerza ejecutoria radica en la pérdida de su obligatoriedad, caso en el cual la administración no podrá hacerlos cumplir. Este fenómeno, se puede dar por varias razones, entre ellas cuando desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho, causal en la que encaja la derogatoria de las normas.

Sobre la posibilidad de alegar la pérdida de la fuerza ejecutoria en sede judicial, esta Corporación ha dicho:

“4.- La pérdida de fuerza ejecutoria sólo puede ser objeto de declaratoria general, en sede administrativa, ya de manera oficiosa por la autoridad que profirió el acto, o en virtud de la excepción consagrada en el artículo 67 del C.C.A., que el interesado puede interponer ante la ejecución del acto administrativo que se estime ha perdido dicha fuerza.

En sede jurisdiccional puede sí ser invocada, pero no para que se haga tal declaratoria, sino como circunstancia que pueda afectar la validez, ya no del acto que se estima ha sufrido tal fenómeno, sino la de los actos administrativos que se llegaren a producir con fundamento en éste, caso en el cual, tratándose de la acción de nulidad, esta situación podría resultar encuadrada

⁴⁰ Ver sentencia de 4 de febrero de 2016, con número de radicado 15001-23-33-000-2013-00220-01(2388-13), M.P. William Hernández Gómez.

en algunas de las causales previstas en el artículo 84 del C.C.A., como la falsa motivación, o la expedición irregular, etc., según las circunstancias concretas en que se produzcan los actos derivados de la aplicación del que se considera ha perdido su fuerza ejecutoria. Igual posibilidad de control jurisdiccional podría darse respecto del acto decaído, por las causales de anulación, pero sólo por el tiempo en que él se mantuvo vigente.”⁴¹ (Negritillas fuera del texto original)

Entonces, la pérdida de fuerza ejecutoria puede ser invocada en sede jurisdiccional, para que se haga el estudio de legalidad de los actos que se hayan proferido con fundamento en el acto que perdió fuerza ejecutoria.

Ahora bien, en este caso toda vez que se demandó la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como representante a la Cámara por la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes, inscripción que fue avalada por Funeco -como organización de base-, es claro que para estudiar la legalidad de este acto debe hacerse referencia a si la inscripción de Funeco en el registro único perdió o no su fuerza ejecutoria.

El anterior estudio se puede hacer ya que a folio 476 de la demanda presentada por Diego Alexander Angulo Marínez se arguyó: ***“No es admisible para el ordenamiento jurídico el circunscribir a un aval o la supuesta pertenencia a una organización, como el único criterio determinante para establecer si una persona, pertenece o no a una comunidad, debe hacerse un exámen más exhaustivo y no hacerle fraude a la ley, está bien que la buena fe se presuma, cuando se le da confianza a una organización para que inscriba candidatos, pero también lo es, que cuando se encuentra en debate, como el caso en comento, el operador jurídico debe realizar todas las acciones necesarias para la producción de actos tendientes a eliminar la vulneración de los derechos de las personas, en este caso de la comunidad negra quien se encuentra afectada con estas decisiones”***, lo cual permite que en este momento se estudie la pérdida de la fuerza ejecutoria de la resolución 0158 de 2009.

Por lo expuesto, y toda vez que el decreto 3770 de 2008 fue derogado desde el 19 de octubre de 2012⁴², es claro que la resolución 0158 de 2009 perdió su fuerza ejecutoria desde ese momento.

2. Inaplicación de la resolución 142 de 2013 por estar afectada de falsa motivación.

A diferencia de lo que ocurre con la resolución No. 158 de 2009 que desde el año 2012 dejó de producir efectos con ocasión de haber sufrido el fenómeno del decaimiento del acto administrativo -eficacia del acto- por haber existido una modificación en el soporte normativo que le daba fundamento, la resolución No. 142 de 2013 está afectada de un vicio originario de legalidad.

⁴¹ Ver sentencia 4490 del 19 de febrero de 1998, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

⁴² Ver <http://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/decreto-2163-de-2012>

Lo anterior toda vez que la resolución No. 142 de 2013 se expidió, de un lado, con fundamento en un acto que para ese momento ya había decaído y, de otro, en un decreto que para la época estaba derogado y que, por tanto, había desaparecido del ordenamiento jurídico, razón por la que tiene un vicio originario de legalidad en atención a una falsa motivación, por la causa jurídica en la que se fundamentó.

Ahora bien, el artículo 148 del CPACA establece que en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte, y por ello podrá proferirse aun cuando el acto inaplicado no hubiese sido demandado en el proceso que debe resolverse.

Un acto administrativo vulnera la Constitución Política o la ley y por tanto habrá de inaplicarse, cuando este incurso en: (i) falta de competencia, (ii) expedición irregular, (iii) infracción de las normas en que debía fundarse, (iv) desviación de poder y/o (v) falsa motivación.

Respecto a falsa motivación la doctrina ha precisado que aquella “se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto, y los motivos argüidos o tomados como fuente por la Administración Pública.”⁴³

Por su parte, esta Sección⁴⁴ ha establecido que dicho vicio es el que “se verifica cuando los fundamentos fácticos y/o jurídicos de la respectiva decisión se apartan de la verdad, como cuando el acto administrativo está apoyado en disposiciones jurídicas que no existen, ya porque no han sido expedidas, ora porque fueron retiradas del ordenamiento jurídico, pues se derogaron, se subrogaron, se abrogaron o se declararon nulas (siendo reglamentos) o inconstitucionales, o cuando ha sido construido con base en hechos que no han ocurrido. Este vicio afecta el elemento causal del acto administrativo”.⁴⁵

Entonces, ya que es evidente que la resolución No. 142 de 2013 (i) se profirió cuando la resolución 0158 ya había perdido su fuerza ejecutoria y (ii) se fundamentó en una norma que ya estaba derogada, es decir, en una norma que no existía en el ordenamiento jurídico, es claro que está viciada una falsa motivación.

⁴³ SANTOFIMIO GAMBOA, ob cit, p. 401.

⁴⁴ Al respecto en sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 11001-03-28-000-2009-00037-00 CP. Filemón Jiménez Ochoa se determinó que “La falsa motivación como vicio anulante de los actos administrativos se estructura cuando las razones fácticas o jurídicas (elemento causal del acto administrativo) en las que se edifica una decisión de la administración faltan o no corresponden a la verdad, como cuando se dicta con base en unos hechos que no ocurrieron o considerando unas normas que no forman parte del ordenamiento jurídico”.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 27 de enero de 2011, Radicación N° 11001-03-28-000-2010-00015-00. C.P: Mauricio Torres Cuervo.

Por lo anterior, para esta Sala la resolución 142 de 2013 está afectada por un vicio de legalidad, con ocasión de una falsa motivación que impone su inaplicación, con efectos inter partes, en los términos del artículo 148 del CPACA, de forma tal que esta decisión *“sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”*.

Así la cosas, para esta Sección es claro, que la organización de base Funeco no podía avalar la inscripción del señor Orozco Vicuña para la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de comunidades negras⁴⁶, y por tanto no cumplió con este requisito.

Al no cumplir con uno de los dos requisitos establecidos en el artículo 3° de la ley 649 de 2001, el señor Orozco Vicuña no podía aspirar a ser un candidato de la comunidad negra para ser elegido a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial.

Por lo anterior, este cargo está llamado a prosperar, razón por la cual no se hace necesario estudiar los demás planteados en las demandas.

En consecuencia se declarará, con efectos *ex nunc*, la nulidad de la elección del representante a la Cámara Moisés Orozco Vicuña, por la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes para el periodo 2014-2018, por no haber cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 3 de la ley 649 de 2001.

Tal como lo establece el numeral 3° del artículo 288 del CPACA, se cancelará la credencial correspondiente y se comunicará al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la ley 5ª de 1991 y al Presidente de la Cámara de Representantes para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la ley 5ª de 1992.

Finalmente se precisa que este fallo constituye la decisión definitiva sobre la legalidad de la resolución 2528 de 2014 en cuanto declaró la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes, y por tanto deja sin efectos la decisión que vía acción de tutela se adoptó por sentencia T-161 de 2015 de manera transitoria, respecto del demandado.

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

FALLA

Primero: Inaplíquese en los términos del artículo 148 del CPACA, con efecto inter partes, la resolución 142 de 2013 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

⁴⁶ Tal como lo establece el decreto 12 del decreto 2163 de 2012, solo se podrán inscribir en el Registro Único, los consejo comunitarios de las comunidades negras y palenqueras y las organizaciones raizales de San Andrés Providencia y Santa Catalina.

Segundo: Declárase, con efectos *ex nunc*, la nulidad de la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como representante a la Cámara, por la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes, para el periodo 2014-2018.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior, cancélase la credencial del congresista, la cual se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia.

Cuarto: Comuníquese la decisión al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la ley 5ª de 1992.

Quinto: Comuníquese al Presidente de la Cámara de Representantes, para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

Sexto: Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Séptimo: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aclara voto
LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

