

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., ocho (08) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00098-00

Actor: HERIBERTO ARRECHEA BANGUERA Y OTRO

Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR LA CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE AFRODESCENDIENTES

Se pronuncia la Sala sobre: **(i)** la admisión de la demanda electoral contra la Resolución 2528 de 9 de julio de 2014 *“por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de los Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes”* y **(ii)** la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

I. ANTECEDENTES

El señor Heriberto Arrechea Banguera y el Movimiento de Inclusión y Oportunidades - MIO, por intermedio de apoderado judicial, ejercieron la acción pública de nulidad electoral con el fin de obtener la anulación de la Resolución 2528 de 9 de julio de 2014, en cuanto declaró la elección de la señora María del Socorro Bustamante Ibarra, como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes, en consideración a los siguientes supuestos fácticos:

1. La señora María del Socorro Bustamante Ibarra, avalada por la Fundación Ébano de Colombia, en adelante FUNECO, fue elegida como representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes para el periodo 2014-2018.
2. Si bien FUNECO tiene reconocimiento jurídico como organización de base de Afrodescendientes, los demandantes consideran que la accionada no cumple con la exigencia señalada en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001. La referida norma

indica que *“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”*. (Negrillas propias).

Dicen entonces los actores que el análisis de pertenencia a la comunidad en cuestión debe hacerse, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, según los siguientes requisitos:

- (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;
- (v) 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; conservar la característica propia del estado de conciencia de su identidad en la proyección de sus imaginarios honrándolos y defendiendo sus características; y,
- (vi) Estar avalado previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

Los demandantes consideran que la accionada solamente cumple con el requisito número 6, pues esta no tiene identidad colectiva con el grupo étnico de comunidades negras, ni ha compartido sus prácticas culturales y de costumbres sociales. Además, tampoco ha pertenecido tradicionalmente a los grupos de base de estas comunidades.

3. También argumentan los accionantes que la señora María del Socorro Bustamante Ibarra incurrió en la prohibición de doble militancia contenida en el

artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, al aspirar a la Alcaldía de Cartagena por Afrovides, siendo que desde el 29 de noviembre de 2011 pertenecía al movimiento FUNECO.

4. Finalmente, consideran los demandantes que existe una incursión en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 179.3 de la Constitución Política, al tener FUNECO- fundación que avaló a la demandada- contrato vigente celebrado entre el Municipio de Tolú y el Consorcio Tolú sin hambre, de la que hace parte FUNECO.

Por lo anterior, solicitaron que se declare la nulidad de la Resolución 2528 del 9 de julio de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral que declaró la elección de la demandada como representante de las comunidades Afrodescendientes.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, en los términos de los artículos 149 numeral 3, 233 y 277 (inciso final) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA

2. Sobre la admisión de la demanda

Mediante auto del 27 de agosto de 2014 se inadmitió la demanda. Esto, por solicitar los demandantes la realización de un nuevo escrutinio, siendo la mencionada petición incompatible con los procesos electorales subjetivos, en donde solo se revisa la ilegalidad del acto declarativo de la elección; además, para que el señor Yomnhy Arrechea Hinestroza acreditara su calidad para intervenir en el proceso como representante legal del MIO.

En escrito fechado 2 de septiembre de 2014, los actores presentaron corrección de la demanda, oportunidad en la cual desistieron de la segunda y tercera pretensión, ajustando su demanda a las pretensiones de un proceso electoral de

naturaleza subjetiva. Asimismo, se aportó certificado de existencia y representación legal de la Agrupación Base MIO en la que consta que el señor Yomnhy Arrechea Hinestroza figura como su representante legal.

En consecuencia, compete a la Sala pronunciarse sobre la admisión de la demanda.

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del CPACA, los anexos relacionados en el artículo 166, la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166, pues están debidamente designadas las partes, las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa, narra los hechos que las fundamentan, identifica las normas violadas y explica el concepto de la violación, solicita y anexa pruebas, y obra en el expediente copia del acto acusado (FIs. 31-54).

Por otra parte, se evidencia que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, que indica:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación”.

En este sentido, la demanda se presentó en tiempo, antes de que vencieran los 30 días hábiles que concede la norma trascrita para interponer esta acción¹, teniendo en cuenta que la caducidad corrió entre los días 9 de julio y 22 de agosto de 2014 y la demanda se presentó el 15 de agosto del mismo año.

Por lo expuesto, **la demanda se admitirá.**

3. Sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado

3.1. La suspensión provisional se gobierna actualmente por lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA, en estos términos:

“Artículo 231.- Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”

Según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos electorales, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o

¹ De conformidad con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, los términos de días son hábiles. La norma dispone: “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho (...)”

la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

3.2. Trámite de la solicitud en el caso bajo estudio

3.2.1. El escrito en el cual los demandantes **solicitaron la suspensión provisional del acto acusado**, visible del folio 26 al 30, fundan su solicitud principalmente en la violación al artículo 3 de la Ley 649 de 2001, que establece que *“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”*.

Consideran los demandantes que la elección de la accionada contradice el derecho especial de las comunidades Afrodescendientes a ocupar dos curules en la Cámara de Representantes contenidos en la Constitución y en el Convenio 196 de la OIT, toda vez que la señora María del Socorro Bustamante no cumple con los requisitos para ser elegida como tal, poniendo en riesgo la historia, costumbres e identidad de esta cultura.

Establecieron que en el caso particular se está ante un perjuicio irremediable, porque *“el hecho de no contar con un miembro real o auténtico de las comunidades Afrodescendientes en la Cámara de Representantes, por cualquier periodo de tiempo, conllevaría a que tal espacio no pueda ser reparado o habilitado”*.

3.2.2. Traslado de la solicitud de suspensión provisional

Por auto de 8 de septiembre de 2014, el Consejero Ponente **ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional** de la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra como **Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial Afrodescendiente** a la demandada, al Consejo Nacional Electoral, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Ministerio Público, y les concedió el término de tres (3) días para que expusieran sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada medida.

3.2.3. **El Consejo Nacional Electoral** adjuntó al plenario todas las resoluciones dictadas por dicha entidad en el marco del procedimiento administrativo que culminó con la declaratoria de la elección demandada.

En dichos actos administrativos se concluye que la señora María del Socorro Bustamante Ibarra cumple con el requisito de ser miembro de la **Comunidad Afrodescendiente**, toda vez que obra certificado suscrito por la Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrodescendientes, Raizales y Palanqueras, donde consta que la demandada se encuentra inscrita como miembro de FUNECO.

La señora **María del Socorro Bustamante Ibarra**, solicitó fuera negada la medida cautelar de suspensión provisional. Esto, por considerar que:

i) La solicitud no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 231 del CPACA, toda vez que, de la confrontación del acto administrativo que se solicita suspender con las normas superiores, no es posible establecer las razones que justifican la procedencia de dicha medida.

A juicio de la demandada, los argumentos expuestos en la petición además de ser imprecisos, no se acompañan de prueba alguna, lo que imposibilita la procedencia de la medida, toda vez que el perjuicio irremediable alegado se desprende del hecho que la demandada no guarda identidad con las comunidades negras y por ende no las representa.

Además, a su juicio, el demandante pasó por alto que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo únicamente realiza un examen de legalidad entre la comparación de las normas invocadas como violadas con los argumentos presentados en la solicitud y las pruebas aportadas con la misma, que para el caso no existen.

Igualmente, recalca la accionada que en la solicitud de medida cautelar se señalaron como vulneradas varias normas que fueron citadas de forma general y abstracta, que en modo alguno pueden sustituir la motivación que se exige para solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, pues el juez debe resolver su procedencia con base en el material aportado hasta ese momento.

Afirmó que contrario a lo indicado por los demandantes, la resolución acusada se encuentra ajustada a las normas legales, toda vez que este acto administrativo concluyó que la demandada sí es miembro de las comunidades Afrodescendientes y miembro de FUNECO, quien otorgó el aval a su candidatura, organización que se encuentra debidamente inscrita ante la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, mediante Resolución No. 158 del 25 de marzo de 2009.

ii) La demandada cumple con los requisitos establecidos en la Ley 649 de 2001 por ser miembro de la comunidad Afrodescendiente, Raizal y Palenquera, toda vez que a lo largo de su carrera política se ha observado su vocación de servicio con esta comunidad, por lo que cuenta con el reconocimiento y aceptación como líder y miembro representante de estas comunidades, hechos suficientes para ser considerada una más de la comunidad.

Por su parte, **la Registraduría Nacional del Estado Civil** hizo un recuento de sus funciones dentro del proceso de escrutinio y de elección y concluyó que escapa de sus competencias declarar la elección o decretar la suspensión del acto de elección. Con base en estos argumentos, solicitó se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y se desvincule de la presente acción a dicha entidad. (Fls. 484-490)

El **Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado**, contactado por medio de Oficio número 2014-647, no se pronunció al respecto.

3.3 El caso concreto.

La Sala, después de valorar los argumentos esgrimidos por los diferentes sujetos procesales y las pruebas aportadas, concluye que **no hay lugar al decreto de la suspensión provisional solicitada.**

Si bien, desde que entró a regir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez de lo contencioso administrativo cuenta con mayores facultades de las que preveía el Código Contencioso Administrativo para juzgar la viabilidad de la suspensión provisional de los actos administrativos, **lo cierto es que por ahora, para la Sala,** no se evidencia que el acto en cuestión se

oponga a las disposiciones invocadas con la demanda, es decir, al artículo 3 de la Ley 649 de 2001.

A juicio de los actores, existe contradicción entre el acto electoral demandado y la norma en cuestión, por cuanto declaró la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra, desconociendo los requisitos exigidos por esta norma. A saber:

“ARTÍCULO 3º. 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.”

Los demandantes indican que para poder ser candidato de la **Comunidad Afrodescendiente**, se debe acreditar ser miembro de la respectiva comunidad, y estar avalado previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

Esta Sala de Decisión, en una anterior oportunidad en la sentencia que resolvió la demanda de nulidad electoral contra los Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial **Afrodescendiente** por el periodo 2010-2014, entendió que el aval de la comunidad inscrita en el Ministerio del Interior, aunado a la constancia de pertenencia a dicha agrupación, era suficiente para considerar cumplidos ambos requisitos.²

En efecto, a folio 19 de la referida providencia se lee:

“Cargo: no representar en realidad a las comunidades afrodescendientes.

Sobre el particular, en la demanda se aduce que el señor Acuña no cumple con los requisitos necesarios para representar a una comunidad afrodescendiente. Al respecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 649 de 2001, para que una persona pueda ser aspirante

² Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 08 de noviembre de 2012, Exp. 11001032800020100009700, C. P. Alberto Yepes Barreiro.

a ser elegido a la Cámara de Representantes de la circunscripción especial de comunidades negras es necesario que se encuentren inscrito y avalado por una organización registrada en la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

Del plenario, la Sala observa que dentro del oficio visible a folios 204 a 206, el Ministerio acredita que la Junta Directiva del movimiento AFROVIDES sí había inscrito como parte del movimiento al señor Acuña para el primer semestre de 2010, en el mismo sentido, a folio 138 obra certificación emitida por parte del presidente y secretario de AFROVIDES en la que se deja constancia de la calidad de miembro activo del señor Acuña.

Así, siguiendo la línea anteriormente expuesta, dado que en el expediente no se probó que el contenido del oficio fuera falso, o se aportara otra prueba que permitiera desvirtuar las condiciones del demandado, se estima que el cargo es infundado y por lo tanto no prospera.”³.

Lo anterior permite válidamente concluir que la posición jurisprudencial vigente al momento de la inscripción y elección del demandado, consideró acreditados ambos requisitos con: (i) la prueba suficiente de que el candidato fuese miembro activo de la organización de base y (ii) la constatación del otorgamiento del aval por parte de dicha organización al momento de su inscripción, aspectos ambos que se encuentran acreditados en el plenario con las certificaciones proferidas por el Ministerio del Interior obrantes a folio 48 del anexo 1 del expediente, de un lado, en lo que se refiere a la pertenencia a la organización y 51 y s.s. del anexo 1 del expediente en lo que al aval respecta.

Nótese entonces que esta demanda busca profundizar en el criterio de “representación” y es por lo anterior que propone interpretar el artículo 3 de la Ley 649 de 2001 conforme parámetros mucho más exigentes en el marco de la jurisprudencia constitucional sobre el asunto. Sobre este aspecto ahondará la sentencia, ya que, como se expresó, en esta etapa procesal no se logró desvirtuar la ilegalidad del acto acusado.

³ Ibídem.

Se insiste en que, al menos por ahora, analizado el acervo probatorio obrante en el expediente, no se tiene prueba alguna que tenga como efecto desvirtuar la presunción de legalidad que se predica de la elección demandada.

Ahora bien, en lo concerniente a la posible doble militancia y la incursión en la causal 179.3 de la Constitución Política, la Sala reitera su conclusión previa, en el sentido de poner de presente que además de las afirmaciones realizadas por los demandantes, no existe prueba alguna que confirme tales aseveraciones, por lo que naturalmente aquellas no tienen la incidencia suficiente para lograr el decreto de la suspensión provisional pretendida, en tanto se trata de simples afirmaciones que deben ser sustentadas por medio de pruebas⁴.

4. Conclusión

Lo discurrido por la Sala permite inferir, **de un lado**, que por ahora no es posible acceder a la suspensión provisional del acto toda vez que el acervo probatorio con el que en la actualidad se cuenta no permite desvirtuar la presunción de legalidad que se predica de la elección demandada.

Ahora bien, **tampoco** es posible tener certeza en lo que respecta a los demás cargos atribuidos contra el acto acusado, si se tiene en cuenta que aquellos se soportan, únicamente, en simples afirmaciones que no tienen, al menos por el momento, respaldo probatorio alguno. Por lo tanto, no hay lugar a decretar la suspensión provisional del acto acusado.

5. Aspectos adicionales

Solicita la RNEC la desvinculación del proceso por falta de legitimación en la causa por pasiva, la Sala, en este momento procesal, no se pronunciará sobre tal aspecto que deberá revisarse, por el Ponente, en el marco de la audiencia inicial que se desarrolle.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

⁴ Tal y como lo concluyó la Sala en providencia de 21 de agosto de 2014. Exp. 11001-03-28-000-2014-00077-00. C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

RESUELVE:

PRIMERO. Admitir la demanda electoral instaurada contra la Resolución 2528 de 9 de julio de 2014, por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de María del Socorro Bustamante Ibarra como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Negritudes. Al efecto se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia a la señora María del Socorro Bustamante Ibarra, en la forma prevista en el numeral 1 literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A.
2. Notifíquese personalmente esta providencia al Presidente del Consejo Nacional Electoral y al Registrador Nacional del Estado Civil. (Art. 277.2 Ib.).
3. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).
4. Notifíquese por estado esta providencia a los actores (Art. 277.4 Ib.).
5. Infórmese a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).

SEGUNDO: Denegar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Notifíquese y Cúmplase

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA