

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se anula la elección del representante a la cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes para el período 2014 – 2018 / NULIDAD ELECTORAL – Efectos / NULIDAD ELECTORAL – Deja sin efecto decisión de tutela que se adoptó de manera transitoria

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 negras, y por tanto no cumplió con este requisito. Al no cumplir con uno de los dos requisitos establecidos en el artículo 3º 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 (...) 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 (...) 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.

CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL AFRODESCENDIENTE - Normas constitucionales y desarrollo legislativo

Con ocasión de las normas constitucionales que consagran protección a las minorías étnicas , se han expedido las siguientes leyes: Con fundamento en el artículo 55 transitorio de la Constitución se expidió la Ley 70 de 1993, en la cual se desarrolló lo correspondiente a 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 negra 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. 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 2015, 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. (...) 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. NOTA DE RELATORÍA: La providencia detalla las normas constitucionales de protección a las minorías étnicas y la jurisprudencia vigente. Consultar: Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2014 (criterio de autoidentificación para ser considerado indígena o tribal); Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001 (características de la circunscripción especial y requisitos del candidato de las comunidades negras)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 7 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 55 / LEY 70 DE 1993 – ARTICULO 2 NUMERAL 5 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 176 / LEY 649 DE 2001 – ARTICULO 1 MODIFICADO POR EL ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2015 / LEY 649 DE 2001 – ARTICULO 3

COMUNIDADES NEGRAS – Representación / COMUNIDADES NEGRAS – Órganos de Representación

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 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, 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 y 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 (...) 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 (...) 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. NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto de organizaciones base como órgano de representación de las comunidades negras consultar Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 5 de agosto de

2010, M.P. Rafael Ostau de Lafont Pianneta. De manera paralela a este proceso electoral se presentó una acción de tutela que fue declarada improcedente, la segunda instancia revocó la decisión y la misma fue objeto de revisión, al respecto ver Corte Constitucional, Sentencia T – 161 de 2015.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – / LEY 70 DE 1993 / DECRETO 1745 DE 1995 / LEY 70 DE 1994 – ARTICULO 45 / DECRETO 3770 DE 2008 – ARTICULO 21 / DECRETO 2248 DE 1995

CANDIDATOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS - Requisitos / CANDIDATO DE COMUNIDAD NEGRA - Requiere ser miembro de la comunidad y ser avalado por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior

Se debe verificar que se cumplan de manera inescindible y concomitante los dos requisitos 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 (...) 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 (...) 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 (...) 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. 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. 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 del decreto 2163 por medio del cual se derogó el decreto 3770 (...) 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 (...) 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 negras, y por tanto no cumplió con este requisito.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – / LEY 649 DE 2001 – ARTICULO 3 / LEY 70 DE 1994 – ARTICULO 2 NUMERAL 5 / ACUERDO 169 OIT ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / LEY 70 DE 1993 – ARTICULO 2 NUMERAL 5

PERDIDA DE EJECUTORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO – Pérdida de obligatoriedad / PERDIDA DE EJECUTORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO – En sede judicial / PERDIDA DE EJECUTORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO – Decaimiento / FALSA MOTIVACIÓN – Constituye un vicio originario de legalidad / FALSA MOTIVACION – Inaplicación de acto administrativo

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. 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 (...) 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 (...) 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 (...) esta Sección 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”. 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. 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”.
NOTA DE RELATORÍA: Sobre la pérdida de fuerza ejecutoria consultar Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 4490 de 19 de febrero de 1998, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa. Sobre La falsa motivación como vicio anulante de los actos administrativos consultar Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 13 de diciembre de 2010. M.P. Filemón Jiménez Ochoa.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 148

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

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

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00099-00

Actor: HERIBERTO ARRECHEA BANGUERA Y OTROS

Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR LA CIRCUNSCRIPCION 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 Angulo 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 Ebano 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 Marinez.

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

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

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.

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 Ebano 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*

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.

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

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.

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.

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.

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.

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

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

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

¹² Folios 93 a 96 Expediente 2014 - 0123.

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.

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

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

¹⁴ Folios 106 a 114 del expediente 2014 - 0127.

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

¹⁶ Folio 908 del expediente

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.

- 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

¹⁷ Folios 1042 a 1045 del expediente 1B principal.

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

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

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.

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

¹⁹ Folios 1848 a 1879 del expediente

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 la 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.

²⁰ Folios 1812 a 1837 del expediente

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 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 *“avaluar 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 Ebano 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 Erica 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^o²¹ 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:

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)

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.

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 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*

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 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

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 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*

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.

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 definan 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.

A su vez en el artículo 3º 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,

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.”

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. Organos 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 derecho a la

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.

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.

²⁸ Artículo 20

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 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.

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 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.

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 las 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 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

³⁰ M.P. Mauricio González Cuervo

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.

- 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

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.

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 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.

³⁷ Supra I, 2.3.1.

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,

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

³⁹ Folios 541 a 626 del expediente

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.

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:

“ARTICULO 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 FUNDACION EBANO DE COLOMBIA - FUNECO.

ARTICULO TERCERO: Asignar dentro de la lista inscrita por la FUNDACION 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	CEDULA
MARIA 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 Unico 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

ARTICULO PRIMERO: Inscríbese en el Registro Unico de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras la organización denominada: FUNDACION 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 Unico de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, la Organización de Base denominada FUNDACION 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: "FUNDACION 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 Alvaro 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 Ebano de Colombia “FUNECO”, de los señores María del Socorro Bustamante Ibarra, Moisés Orozco Vicuña y Alvaro 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 3° 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 del 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

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.

*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 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 (Negrillas 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.

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

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.

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*”

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

*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.

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 las 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.

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.

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.

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.

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.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Aclara voto

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Presidenta

ROCIO ARAUJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES – Origen / CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES - Fundamento constitucional y legal

La Carta Política reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7) y otorga espacios de participación concretos a las comunidades indígenas y afrodescendientes -además de los establecidos para los colombianos en general- como la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (art. 171), la circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes (art. 176), la obligación de que la conformación y delimitación de entidades territoriales indígenas se debe hacer con la participación de sus representantes (art. 329), la obligación de propiciar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten frente a la explotación de los recursos naturales en sus territorios (art. 330), y la consulta previa sobre las medidas legislativas y administrativas que los afecten directamente (art. 6 Convenio 169 de la OIT “Sobre los pueblos indígenas y Tribales”) (...)En el texto aprobado de la Ley 649 de 2001, se estableció en el artículo 1º, que la circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, estaría conformada por cinco (5) curules distribuidas así: dos (2) para las comunidades negras, una, (1) para las comunidades indígenas, una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior (...) Es así como, la creación de esta circunscripción electoral “dota a determinados grupos sociales de una herramienta indispensable para adquirir vocería directa en la Cámara de Representantes y, a través de ella, ejercer efectivamente su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, consagrado por el artículo 40 de la Carta en tanto manifestación activa de la calidad de ciudadano colombiano. Al hacerlo, confirma la íntima relación que existe entre la democracia participativa y el pluralismo, principio que se introduce, así, entre las reglas mismas del juego político” Por ello es claro afirmar que, son las comunidades y no los individuos los titulares de estos derechos. Así mismo, tal como fue indicado por la Corte Constitucional su ámbito es nacional, pues cuando la norma (Ley 649 de 2001) dice comunidades negras, “se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados”. De igual manera, el artículo 3º de la Ley 649 de 2001, señaló como requisitos para quienes aspiren a ser candidatos y ser elegidos a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial de Comunidades Negras, ser miembros de la comunidad y estar avalados por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior. NOTA DE RELATORIA: Sobre el uso de la denominación “comunidades negras” se cita: Corte Constitucional, Sentencia C-253 de 2013, donde se indica que: “Las palabras o términos que sean empleados para denominar un determinado grupo étnico no son contrarios a la Constitución cuando el mismo grupo se autodenomina de esa manera”. Sobre las comunidades afrodescendientes, en la Asamblea Nacional Constituyente, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Exp. 2014-00053,

M.P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Asamblea Nacional Constituyente, antecedentes artículo 176 al 178 folio 6, 14, 15, 18 y 20 , Sesión Plenaria Junio 11.

CIRCUNSCRIPCION DE AFRODESCENDIENTES - Diferencia con las demás circunscripciones territoriales / COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES – Representación

Como ya fue indicado el artículo 176 Constitucional creó circunscripciones especiales para minorías: Indígenas, Comunidades Afrodescendientes, colombianos residentes en el exterior y minorías políticas (...) Las circunscripciones, hacen parte del sistema electoral y tienen que ver principalmente con la división del territorio en zonas electorales. Tal como fue señalado en el fallo frente al cual aclaro mi voto, los dos requisitos para ser representantes de las comunidades negras o afrodescendientes en la Circunscripción Especial, además de ser razonables como lo señaló la Corte Constitucional, de conformidad con la finalidad de dicha circunscripción especial (asegurar la representación) son inescindibles y concomitantes. En este caso, a diferencia de las demás circunscripciones territoriales, en las cuales solo se exige como requisitos ser ciudadano en ejercicio y mayor de 25 años, para ser representante por esta Circunscripción Especial, no hay lugar a dudas que los inscritos y elegidos deben efectiva y realmente representar a su comunidad, razón por la cual se exige como garantía de dicha representación su pertenencia a la misma y el aval de una agrupación acreditada en la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio del Interior. En este punto, considero pertinente diferenciar los conceptos de (i) comunidad negra o afrodescendiente, (ii) pertenencia a la comunidad y (iii) los requisitos para representarla (inscribirse como candidato y resultar elegido) en la circunscripción especial

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Reemplazo de candidato / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Consecuencias de la declaratoria de nulidad

Atendiendo a las circunstancias fácticas anotadas del caso concreto y los fundamentos de la declaratoria de nulidad del acto acusado, no podría ser llamado el siguiente en orden descendente de la misma lista, pues -aunque el fallo frente al cual aclaro mi voto señala que los efectos de la sentencia son *inter partes*- las razones que fundamentan la nulidad del acto acusado no solo afectan al demandado sino a toda la lista, por lo tanto el siguiente en orden descendente estaría igualmente afectado por la misma causal de ilegalidad del acto de elección nulado (...). De conformidad con la norma en comento se deben realizar elecciones en caso de vacancia absoluta cuando: i) la vacancia no sea susceptible de reemplazo (ii) de miembros de cuerpos colegiados de una misma circunscripción que sean reducidos a la mitad o menos y (iii) falten más de 24 meses para la terminación del periodo.

En este punto, si bien, en este caso, no se trata de una falta absoluta que no dé lugar al reemplazo de las establecidas en la Constitución Política, de conformidad

con las circunstancias fácticas narradas no resultaría razonable llamar al siguiente de la misma lista. Es decir, en el caso concreto el demandado (i) no podría ser reemplazado por integrantes de la misma lista, (ii) la declaratoria de nulidad reduce los integrantes de la circunscripción (2) a la mitad

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO

CONSEJERA: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicado número: 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

Con el acostumbrado respeto, y aunque comparto la decisión, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto, porque considero necesario puntualizar en lo relacionado con i) el origen y fundamento Constitucional y legal de la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, ii) la representación de dichas comunidades ii) la resolución del primer cargo, iii) las consecuencias de la declaratoria de nulidad y iv) la necesidad de resolver todos los cargos de la fijación del litigio en el caso concreto

i) El origen y fundamento constitucional y legal de la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes⁴⁷

⁴⁷ En la sentencia C-253 de 2013, la Corte Constitucional señaló sobre la denominación comunidades negras: "(...) La palabra no se utiliza pues en un contexto de exclusión, ni de invisibilización, ni de desconocimiento de la dignidad humana de los afrocolombianos, sino por el contrario, en un marco normativo que reconoce sus derechos sociales, políticos y económicos. En otras palabras, la utilización de la expresión "comunidades negras" en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia, expande el principio de dignidad humana en el marco de la igualdad material otorgando mayores garantías a estos grupos por encima del resto de la población. Eliminar de las disposiciones acusadas la expresión "comunidades negras" sería, como lo anotan algunas de las intervenciones, silenciar la lucha de una parte importante de la población afrocolombiana que se identifica como negra, y que desea ser denominada de esta manera. En otras palabras, no es precisamente eliminando la expresión acusada en disposiciones legislativas que se favorece a determinado grupo étnico, que se erradica el racismo y se proscribe la discriminación. De lo anterior se desprende lo siguiente: (i) siempre será necesario contextualizar en cada caso el sentido y significado de las palabras en el plano jurídico, histórico y social; (ii) los términos contenidos en disposiciones de menor jerarquía, que transcriben expresiones consagradas en la Constitución, no son inconstitucionales; (iii) las palabras o términos

Si bien el proyecto aborda algunos aspectos de la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes relevantes para la resolución del caso concreto, considero pertinente reiterar el origen, y las razones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente para su creación y el fundamento Constitucional y legal aplicable, ya señalado por esta Sección en anterior oportunidad⁴⁸, así:

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

Específicamente sobre las comunidades afrodescendientes, en la Asamblea Nacional Constituyente se advierte⁴⁹ la intención de los constituyentes de proteger los derechos de participación democrática de ese grupo étnico y darles prevalencia. Es así que en el debate sobre el artículo 176, inicialmente se planteó otorgarles una curul en el Congreso de la República, para lo cual se propuso establecer una circunscripción especial en la que se *“elige un representante por las comunidades negras rurales del litoral pacífico”*⁵⁰, idea que generó una extensa discusión sobre si los afrodescendientes que no habitan en el litoral pacífico también podían hacer parte de esto, frente a lo cual el constituyente Orlando Fals Borda argumentó:

“Cuando se estudió pues en la Comisión Segunda el problema de las comunidades negras, no se pensó en ninguna forma sobre la población en general, es decir, por ejemplo los barrios negros de Barranquilla o de Quibdó o de ninguna otra zona del país en especial, sino que se tuvieron en cuenta las necesidades de ciertas comunidades negras que están aisladas, que necesitan apoyo, necesitan estímulo para el desarrollo económico y social y que están circunstancias (Sic) a algunas regiones del país, no a todas. Cuando los compañeros de estas comunidades se hicieron presentes en las discusiones de la comisión trajeron mapas que demostraron que estas comunidades se encuentran concentradas en el litoral pacífico, y

que sean empleados para denominar un determinado grupo étnico no son contrarios a la Constitución cuando el mismo grupo se autodenomina de esa manera y lo hace en aras de su propia reivindicación histórica; (iv) las expresiones empleadas por el Legislador para designar a un grupo titular de ciertos derechos o para promover acciones afirmativas a su favor, son concordantes con la Constitución”

⁴⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 11001032800020140005300. M.P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sent. 11 de diciembre de 2014. Demandado: José Rodolfo Pérez Suárez.

⁴⁹ Revisados los antecedentes (las transcripciones de los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente) de los artículos 108, 176 de la Constitución política.

⁵⁰ Ver folio 6 Asamblea Nacional Constituyente, antecedentes artículo 176 al 178 - Sesión Plenaria Junio 11.

específicamente en ciertas cuencas hidrográficas especialmente en el río Atrato y el río San Juan; son comunidades ribereñas que cuyos poblamientos siguen el curso de los ríos. Estas son comunidades selváticas, aisladas, comunitarias, que han sido olvidadas por el país, muchas veces despreciadas por quienes explotan estos bosques y las minas cercanas; por lo tanto en la comisión pensamos que merecen, así como los indígenas, la atención nacional y el apoyo de esta asamblea. En ese sentido la circunscripción que se pide es exclusivamente para aquellas comunidades ribereñas del Litoral Pacífico que son de la raza negra y que pueden establecerse donde están. Más aún, si se aprueba eventualmente la creación de la comisión de ordenamiento territorial, como es nuestra esperanza, en la comisión segunda, esta comisión estará en capacidad de fijar los límites exactos de estas comunidades”⁵¹

Pero, no todos los constituyentes estaban de acuerdo con esta propuesta, y a su vez plantearon que fuera una ley especial la que regulara todos los aspectos que definieran la circunscripción de las comunidades negras⁵².

Finalmente después de un intenso debate se determinó que: *“la ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la cámara de representantes de los grupos étnicos, de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el extranjero, mediante esa circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes”*.⁵³

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

ARTÍCULO 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales.

Habrán dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil.

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

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

En todo caso, en el artículo 55 transitorio⁵⁴ de la Constitución Política se incluyó la obligación para el legislador dentro de los dos años siguientes a la entrada en

⁵¹ Ver folio 14 - 15 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 176 - Sesión Plenaria Junio 11

⁵² Ver folio 18 asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 176 - Sesión Plenaria junio 30

⁵³ Ver folio 20 Asamblea Nacional Constituyente, Antecedentes artículo 176 - Sesión Plenaria Junio 30

⁵⁴ **ARTICULO TRANSITORIO 55.** Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

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

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

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

vigencia de la Constitución, expidiera una ley que les reconociera a las comunidades negras que ocupaban tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico, el derecho a la propiedad colectiva, y estableciera los mecanismos para la protección de la identidad cultural y derechos de estas comunidades, para el fomento de su desarrollo económico y social.

En virtud del artículo 55, se expidió la Ley 70 de 1993 ***“Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”*** y además del reconocimiento de la propiedad colectiva de las Comunidades Negras, la protección de sus recursos naturales y el medio ambiente, de sus recursos mineros, el fomento de su desarrollo económico social, los mecanismos para la protección y desarrollo de sus derechos y de su identidad cultural, se creó en el Ministerio de Gobierno, la dirección de asuntos para las comunidades negras con asiento en el Consejo de Política económica y social⁵⁵.

Posteriormente el Congreso de la República -después de varios intentos de reglamentar el artículo 176 de la Constitución Nacional⁵⁶- reguló el tema y expidió la Ley 649 del 2001 ***“Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”***, en cuyos antecedentes se declara que el objeto de esta reforma, plasmado en la Constitución de 1991, tiene como fin otorgarle participación efectiva a las minorías étnicas y raciales, así:

“La incapacidad de las instituciones democráticas colombianas de representar efectivamente los intereses ciudadanos, condujo a la necesidad de convocar la Asamblea Nacional Constituyente. Fue por ello que la Constitución Política de 1991 introdujo reformas con el fin de propiciar cambios en la composición del Congreso de la República en su capacidad de representación, siendo la voluntad de la Asamblea el introducir circunscripciones especiales, con el fin de otorgarles mayor participación efectiva a las minorías políticas, religiosas, étnicas y raciales.”⁵⁷.

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

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

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

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

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

⁵⁵ Artículo 67. Ministerio de Gobierno de la época, ahora Ministerio del Interior.

⁵⁶ Mediante el artículo 66 de la ley 70 de 1993 se intentó llevar a cabo este mandato constitucional: *“De conformidad con el artículo 176 de la Constitución Nacional establécese la circunscripción especial para elegir dos miembros de las comunidades negras del país asegurando así su participación en la Cámara de Representantes. El consejo Nacional Electoral reglamentará todo lo relacionado con esta elección.”*, pero esta norma fue declarada inexecutable mediante Sentencia No. C.484 del 26 de septiembre de 1996. En la legislatura 1996-1997 con el proyecto 177 se buscaba implementar el artículo 66 de la Ley 70 de 1993, sin embargo, este proyecto solo logro ponencia favorable en el primer debate. En la legislatura de 1997-1998 nuevamente se intentó reglamentar el artículo 176, pero este no fue respaldado en su trámite final.

⁵⁷ Gaceta del Congreso. Año VIII- No. 536. Antecedentes Ley 649 del 2001 sesión viernes 10 de diciembre de 1999. Folio 1.

También, se plantea como fundamento de la normativa, los argumentos esbozados en la aclaración de voto de la Sentencia C-484 de 1996⁵⁸ del Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en EL cual señala que la expedición de este tipo de normas que establecen distinciones, tiene como propósito contrarrestar las desigualdades que se presentan en la sociedad, son medidas de diferenciación positiva que colocan a grupos determinados en condiciones más ventajosas que rigen a la generalidad, para facilitarle su supervivencia o superar condiciones desfavorables, y textualmente se indicó:

“En el presente caso, constituía una razón objetiva para la expedición de normas que establecieran una desigualdad jurídica el propósito de lograr con ellas contrarrestar las desigualdades que se presentan en la sociedad. La búsqueda del alivio de las desigualdades fácticas justifica la existencia de medidas de diferenciación positiva, es decir de normas que coloquen a grupos determinados en condiciones más ventajosas que aquéllas que rigen para la generalidad de las personas, como forma de facilitarle a esos grupos bien sea su supervivencia como colectividad o bien superar las desfavorables condiciones (materiales o sociales) en las que se encuentran.

Entre esas medidas cabe mencionar las relacionadas con los asuntos electorales, como forma de garantizarle a conglomerados específicos condiciones para el acceso a las corporaciones de representación política, con lo cual se asegura a los grupos en cuestión la posibilidad de expresar y defender de mejor manera sus intereses. Si bien la instauración de los sistemas electorales proporcionales buscaba precisamente concederles a las minorías la posibilidad de obtener una adecuada representación política, los métodos proporcionales han resultado insuficientes para garantizar a diversas minorías esa representación, razón por la cual en algunos países se han generado otros procedimientos para posibilitar una representación política mínima”⁵⁹

Así mismo, en el trámite de la Ley 649 de 2001 al interior del Congreso, surgió el debate sobre “(...)si una circunscripción especial podía ser entendida como una circunscripción nacional, o si debía utilizarse otro criterio, como la posibilidad de que los ciudadanos votaran por la circunscripción normal o la de las minorías, siempre y cuando no se votara por las dos simultáneamente”⁶⁰ para finalmente concluir que se debía “adoptar la fórmula de igualar la circunscripción de minorías con la circunscripción nacional, para que los resultados de la votación permitan identificar las minorías políticas”⁶¹.

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

⁵⁸ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 66 de la Ley 70 de 1993. “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”.

I. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

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

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

⁵⁹ Aclaración de voto. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-484 de 1996. En antecedentes Ley 649 de 2001. Gaceta del Congreso año VIII- No. 536. Santa Fe de Bogotá, D.C. viernes 10 de diciembre de 1999.

⁶⁰ . Gaceta del Congreso año VIII- No. 536. Santa Fe de Bogotá, D.C. viernes 10 de diciembre de 1999. Ver folio 3. Antecedentes ley 649 de 2001.

⁶¹ Ídem. folio 3 Antecedentes Ley 649 del 2001 sesión viernes 10 de diciembre de 1999.

una (1) para las minorías políticas y una (1) para los colombianos residentes en el exterior.

Luego de las reformas constitucionales de 2005⁶², el Acto Legislativo 01 de 2013, modificó nuevamente el artículo 176 de la Carta política, y en lo referente, específicamente, a la Circunscripción Especial de las Comunidades Negras, únicamente cambió el término por “afrodescendientes”, así:

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

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

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

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. (...)

Así mismo, en la reforma constitucional de 2015, mediante el Acto Legislativo 02⁶³ la representación de las comunidades afrodescendientes se mantuvo en dos representantes.

ii) La representación de las Comunidades Afrodescendientes

Como ya fue indicado el artículo 176 Constitucional creó **circunscripciones especiales** para minorías: Indígenas, Comunidades Afrodescendientes, Colombianos residentes en el exterior y minorías políticas.

Las circunscripciones, hacen parte del sistema electoral y tienen que ver principalmente con la división del territorio en zonas electorales, así definido por esta Sección en anterior ocasión:

“La circunscripción es una expresión equivalente a “División administrativa, militar, electoral o eclesiástica de un territorio”, que para el caso colombiano no es nada distinto a la división electoral prevista en el ordenamiento jurídico para el legítimo ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, bien postulándose como candidato a cargos de elección popular, ya como elector, o en fin para el desarrollo de cualquiera de los mecanismos legales de participación democrática. Esa división electoral, en que se fragmenta el territorio nacional,

⁶² En los Actos legislativos 2 y 3 de 2005, el artículo 176 sobre la Circunscripción Especial de grupos étnicos y minorías políticas, se dispuso: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cuatro Representantes”

⁶³ El Acto legislativo 02 de 2015, modificó el artículo 176 y determinó que mediante esas circunscripciones se elegirán 4 representantes reduciendo a 1 para los colombianos residentes en el exterior.

que se repite tiene por fin el ejercicio de los derechos políticos, tiene de particular que es exacta, esto es la circunscripción departamental comprende a todo el departamento y la circunscripción municipal, por supuesto, hace referencia a toda la extensión del municipio”⁶⁴.

A diferencia de las circunscripciones territoriales las circunscripciones especiales y específicamente la Circunscripción Especial de Afrodescendientes, **no se limita a un territorio**, pues su finalidad, como ya se dijo, es garantizar la representación y participación efectiva de esta minoría, debido a que *“se ubican de entre los grupos que por sus condiciones de indefensión merecen una protección especial por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 Superior”*⁶⁵

Es así como, la creación de esta circunscripción electoral *“dota a determinados **grupos sociales** de una herramienta indispensable para adquirir vocería directa en la Cámara de Representantes y, a través de ella, ejercer efectivamente su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, consagrado por el artículo 40 de la Carta en tanto manifestación activa de la calidad de ciudadano colombiano. Al hacerlo, confirma la íntima relación que existe entre la democracia participativa y el pluralismo, principio que se introduce, así, entre las reglas mismas del juego político”*⁶⁶ Por ello es claro afirmar que, son **las comunidades** y no los individuos **los titulares de estos derechos**⁶⁷.

Así mismo, tal como fue indicado por la Corte Constitucional su **ámbito es nacional**, pues cuando la norma (Ley 649 de 2001) dice comunidades negras, *“se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados”*⁶⁸.

De igual manera, el artículo 3° de la Ley 649 de 2001 ⁶⁹, señaló como requisitos para quienes aspiren a ser candidatos y ser elegidos a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial de Comunidades Negras, **ser miembros de la comunidad y estar avalados por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.**

⁶⁴ Consejo de estado. Sección Quinta. M.P. Nohemí Hernández Inzón. rad. 07001-23-31-000-2007-00086-02. Sent. 2 de Octubre de 2008.

⁶⁵ Corte Constitucional C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-567/14, T-380/93.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz. *“(i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión”.*

⁶⁹ ARTÍCULO 3°. *Candidatos de las comunidades negras.* Quienes aspiren a ser candidatos de las comunidades negras para ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción especial, deberán ser miembros de la respectiva comunidad y avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

En este punto específico sobre **la representación**, la Corte Constitucional⁷⁰ al estudiar la exequibilidad de la norma en comento señaló que se debe admitir que la ley trace unos **requisitos mínimos** que deben reunir los aspirantes a representar la comunidad y que los dos requisitos señalados son condiciones razonables, así:

“quienes aspiren a ser candidatos por las comunidades negras, deben cumplir con dos requisitos: a) ser miembros de la respectiva comunidad, y b) haber sido avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

Se observa, de entrada, que estos requisitos son mucho menos exigentes que los que se establecen para los candidatos de las comunidades indígenas, puesto que mientras éstos requieren haber ocupado un cargo de autoridad tradicional o haber sido líderes de una organización, los candidatos por las comunidades negras sólo deberán acreditar su calidad de miembros del grupo, y contar con el aval de una organización. Se pregunta la Corte, entonces, si ello resulta lesivo de la igualdad; interrogante cuya respuesta debe ser negativa, puesto que, si se hace uso de los criterios de razonabilidad histórica arriba citados, se observará que el proceso organizativo de las comunidades negras, más allá del ámbito local o regional, se halla apenas en sus primeras fases, contrario a lo que ocurre con los indígenas, que ya cuentan con una sólida organización a nivel nacional y departamental. Es decir, la consagración de estos requisitos, más flexibles, constituye un reconocimiento de la realidad específica de los grupos negros, y por lo mismo, resulta acorde con la Carta.

En cuanto a la condición de haber sido avalados por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, **considera la Corte que éste es un requisito necesario para contar con la plena certeza de que los candidatos efectivamente se hallan vinculados a una tal agrupación.** La Dirección en comento, de conformidad con el decreto 2248 de 1.995 (art. 15), es la encargada de llevar el registro único nacional de las organizaciones de base de las comunidades negras (esto es, de aquellas organizaciones que, según el artículo 20-1 del decreto citado, *“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”*.) Por lo mismo, se trata de una condición razonable, que pretende dotar de un mínimo de seriedad y veracidad a la inscripción de estos candidatos, mucho más en un momento histórico en el cual la organización de las comunidades negras apenas se ha empezado a consolidar, y son escasas las instancias que, como la dependencia citada, cuentan con

⁷⁰Sentencia C-169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz *“sin embargo, observa la Corte que, en lo atinente a la circunscripción especial que se revisa, esta regla se debe matizar, puesto que, como se dijo, la garantía de que quienes participen en las elecciones a través de ella van a representar adecuadamente los intereses de las minorías objeto del beneficio, está dada, esencialmente, por los requisitos que tales aspirantes deben llenar al momento de postularse. Y como nada obsta para que los miembros de estos grupos constituyan partidos o movimientos políticos, específicamente destinados a facilitar su participación en el Congreso a través de esta circunscripción, se debe admitir que la ley trace unos requisitos mínimos que habrán de llenar todos los aspirantes, bien sea que se postulen a título individual (respaldados por un número significativo de ciudadanos), como miembros de un partido o movimiento político, o apoyados por un movimiento social. Por lo mismo, habrá de aceptarse que, en este caso, el Legislador contaba con la facultad de trazar las condiciones necesarias para asegurar dicha representatividad”*.

información centralizada y confiable sobre la materia”⁷¹. (Resaltados fuera de texto)

Tal como fue señalado en el fallo frente al cual aclaro mi voto, los dos requisitos para ser representantes de las comunidades negras o afrodescendientes en la Circunscripción Especial, además de ser razonables como lo señaló la Corte Constitucional, de conformidad con la finalidad de dicha circunscripción especial (asegurar la representación) son inescindibles y concomitantes.

En este caso, a diferencia de las demás circunscripciones territoriales, en las cuales solo se exige como requisitos ser ciudadano en ejercicio y mayor de 25 años, para ser representante por esta Circunscripción Especial, no hay lugar a dudas que los inscritos y elegidos deben efectiva y realmente representar a su comunidad, razón por la cual se exige como garantía de dicha representación su pertenencia a la misma y el aval de una agrupación acreditada en la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

En este punto, considero pertinente diferenciar los conceptos de (i) comunidad negra o afrodescendiente, (ii) pertenencia a la comunidad y (iii) los requisitos para representarla (inscribirse como candidato y resultar elegido) en la circunscripción especial, así:

(i) El concepto de “**comunidad negra**” - o afrodescendiente- se encuentra en nuestra legislación en el numeral 5° del artículo 2° de la Ley 70 de 1993 y está definida 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*”.

Así mismo la jurisprudencia Constitucional⁷² ha señalado que “*El término comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169*”

(ii) De otro lado, según la misma jurisprudencia Constitucional, **pertenecer a una comunidad** no está dado por ningún atributo concreto y aunque existen algunos criterios descriptivos, el más relevante es la **autoidentificación**, es así como, las comunidades étnicas y culturalmente diversas “*cuentan con autonomía para fijar criterios de pertenencia a las mismas*”⁷³ y “*ninguna autoridad pública, ni siquiera el juez constitucional, puede definir si un sujeto hace parte o no de una*

⁷¹ Ibídem. Posteriormente en las Sentencias T-823 de 2012 y T-567 de 2014. la Corte Constitucional acogió la postura de la Sección Primera del Consejo de Estado en la Sentencia de 5 de agosto de 2010 en el cual se declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2008 e indicó que las organizaciones de base, no son un órgano de representación de las comunidades afrocolombianas.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 4 de agosto de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁷³ ibídem

minoría étnica, pues son estas comunidades las únicas que pueden fijar tales criterios de pertenencia, en ejercicio de su autonomía. Por eso, en este tipo de debates, no es posible exigir pruebas distintas a la compatibilidad entre los atributos de una persona y los criterios que la comunidad haya establecido en ejercicio de su autogobierno”⁷⁴.

(iii) Por último, en cuanto a la representación de estas comunidades en la circunscripción especial, la Ley 649 de 2001 establece como requisitos para ser candidato y por ende resultar elegido: ser miembro de la respectiva comunidad y contar con un aval de una agrupación inscrita en la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, así:

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.

Así las cosas, como conclusiones de lo anterior es posible señalar que:

- El criterio más relevante de pertenencia a una comunidad es la autoidentificación.
- Corresponde a la propia comunidad fijar sus criterios de pertenencia a la misma.
- Para ser representante de la comunidad negra o Afrodescendiente en la Circunscripción Especial se requiere el cumplimiento de 2 requisitos concomitantes e inescindibles: (i) ser miembros de la respectiva comunidad y (ii) estar avalado por una organización inscrita en la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

iii) la resolución del primer cargo.

De conformidad con el análisis efectuado en la sentencia, frente a la cual aclaro mi voto, el demandado no acreditó su pertenencia a la comunidad afrodescendiente, en observancia de los requisitos establecidos en el artículo 2º numeral 5º de la ley 70 de 1993⁷⁵, artículo 3º de la ley 649 de 2001⁷⁶, el acuerdo 169 de la OIT y su participación de conformidad con los artículos 13 y 40 de la Constitución Política.

En las cuatro demandas acumuladas la argumentación referente a este cargo gira en torno a señalar que el señor **MOISÉS OROZCO VICUÑA**, no pertenece a la comunidad negra de conformidad con las normas alegadas como violadas, y que por ende, no se le puede considerar miembro y no **los representa** como comunidad, circunstancia que desconoció el derecho de las comunidades

⁷⁴ ibídem

⁷⁵ **ARTÍCULO 2.** Para los efectos de la presente ley se entiende por:

5. Comunidad Negra. Es 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.

⁷⁶ **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.

afrodescendientes a elegir dos miembros de su grupo para representarlos en la Cámara.

Para determinar si de conformidad con los cargos planteados en las demandas y la fijación del litigio, el acto demandado está viciado, se hace necesario establecer si el señor **MOISÉS OROZCO VICUÑA** cumple o no con los requisitos para **representar** a la comunidad negra en la Circunscripción Especial Afrodescendiente.

Como ya se indicó la Circunscripción Especial Afrodescendiente, tiene su fundamento Constitucional en el artículo 176 de la Carta Política, que aseguró la representación en el Congreso (la Cámara de Representantes) de las minorías étnicas (5 curules) y debe su existencia a la intención del constituyente primario de otorgarle participación política real y efectiva a dichas minorías.

De conformidad con lo expuesto en acápites anteriores, no es posible para esta Sala de decisión establecer si el demandado pertenece o no a la comunidad⁷⁷, pero sí está dentro de su ámbito de competencia, de conformidad con las causales de nulidad electoral, establecer si el señor **MOISÉS OROZCO VICUÑA** cumple con los requisitos establecidos en la normativa para **representar** a la Comunidad Afrodescendiente en la circunscripción especial.

De acuerdo con el análisis efectuado en la sentencia, frente a la cual aclaro mi voto, el demandado fue avalado por una organización, que en virtud de la normativa vigente al momento de su inscripción como candidato por las comunidades negras no podía hacerlo, por cuanto según lo establecido en el decreto 2163 de 2012 y las sentencias de esta Corporación⁷⁸ y de la Corte Constitucional⁷⁹ las comunidades negras o afrodescendientes solo se pueden organizar a través de **consejos comunitarios y organizaciones raizales**, y no mediante figuras no previstas por la ley.

De conformidad con el Decreto 2163 de 2012, para inscribirse en la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior como Consejo Comunitario y obtener la respectiva resolución de inscripción, se debe tener título colectivo adjudicado por el INCODER como Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Palenqueras y cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Tener dentro de sus objetivos reivindicar y promover los derechos humanos, territoriales, sociales, económicos, culturales, ambientales y/o políticos de las comunidades negras y palenqueras desde la perspectiva étnica, dentro del marco de la diversidad etnocultural que caracteriza al país;

⁷⁷ La pertenencia a la comunidad se define principalmente por la autoidentificación, y es del resorte de la misma comunidad establecer sus criterios de pertenencia o no a la misma.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Rad. 11001032400020070003900. C.P. Rafael E. Ostau de lafont Pianneta. Sent. 5 de agosto de 2010.

⁷⁹ Sentencias T-823-2012, T-567 de 2014 y T- 161 de 2015. M. P. Mauricio González Cuervo. Y sala séptima de revisión de tutelas.

- b) Diligenciar el Formulario Único de Registro, el cual será suministrado por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior;
- c) Acta de constitución de la organización, con la relación de sus integrantes, con sus respectivas firmas, número de documento de identidad, domicilio, en número no inferior a quince (15) miembros
- d) Copia del acta de elección de la junta del Consejo Comunitario, suscrita por el alcalde, o certificación del registro de la misma en el libro que para tal efecto lleva la alcaldía respectiva, de conformidad con el parágrafo 10 del artículo 90 del Decreto número 1745 de 1995;
- e) Copia de la resolución de adjudicación del respectivo territorio colectivo.

Así mismo para obtener el registro como organizaciones raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se debe:

- a) Tener dentro de sus objetivos reivindicar y promover los derechos humanos, territoriales, sociales, económicos, culturales, ambientales y/o políticos de la Comunidad Raizal, desde la perspectiva étnica.
- b) Tener más de un año de haberse conformado como tales;
- c) Allegar el formulario único de registro, debidamente diligenciado, el cual será suministrado por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, o la dependencia que haga sus veces;
- d) Acta de constitución de la organización, con la relación de sus integrantes, con sus respectivas firmas, número de documento de identidad, domicilio, en número no inferior a quince (15) miembros;
- e) Los estatutos de la organización, los cuales no podrán omitir los siguientes aspectos: 1. Estructura interna de la organización. 11. Procedimiento para la elección de sus representantes y dignatarios. 111. Procedimiento para la toma de decisiones;
- f) Nombres de sus voceros o representantes elegidos democráticamente;
- g) Plan de actividades anual;
- h) Dirección para correspondencia.

En ese orden de ideas, el aval otorgado por la organización de base no es válido, y por ende el señor **MOISÉS OROZCO VICUÑA** no acreditó los requisitos señalados en las normas vigentes al momento de la inscripción y elección para

representar a la comunidad afrodescendiente en su circunscripción especial y fue precisamente por ello que se anuló su elección.

iv) Las consecuencias de la declaratoria de nulidad

La declaratoria de nulidad de la elección del señor **MOISÉS OROZCO VICUÑA**, como representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes, de conformidad con el artículo 134 constitucional, ocasiona la vacancia absoluta, y según la misma norma debe ser reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral, pero en este punto, se hace necesario tener en cuenta, tal como ha sido indicado por la Corte Constitucional⁸⁰, en un caso de nulidad de la elección por la causal de “*violencia contra los electores*” **no siempre cabe tal llamamiento**, pues esta posibilidad depende de “*la decisión judicial*”, porque en los casos en que la nulidad afecta a toda la lista no sería posible.

En el sub examine, la nulidad electoral se configura por cuanto la organización que avala el candidato no posee la facultad para hacerlo, por cuanto de conformidad con la normativa y jurisprudencia aplicables este tipo de organizaciones, tal posibilidad, no tiene fundamento constitucional ni legal.

De conformidad con lo anterior, y las conclusiones del fallo -frente al cual aclaro mi voto- solo (i) los Consejos Comunitarios y (ii) las organizaciones raizales **inscritas** en la Dirección de asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del Ministerio del Interior, así como, (iii) los partidos políticos con personería jurídica otorgada en virtud de haber obtenido una curul en el Congreso en esta circunscripción, de conformidad con el artículo 108 de la Constitución Política, estarían facultados para otorgar avales en la Circunscripción Especial Afrodescendiente.

Así las cosas, atendiendo a las circunstancias fácticas anotadas del caso concreto y los fundamentos de la declaratoria de nulidad del acto acusado, no podría ser llamado el siguiente en orden descendente de la misma lista, pues -aunque el fallo frente al cual aclaro mi voto señala que los efectos de la sentencia son *inter partes*- las razones que fundamentan la nulidad del acto acusado no solo afectan al demandado sino a toda la lista, por lo tanto el siguiente en orden descendente estaría igualmente afectado por la misma causal de ilegalidad del acto de elección nulitado.

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-759 de 200. M.P. Gerardo Monroy Cabra “*La norma transcrita hace ver que en los casos de falta absoluta por declaración de nulidad de la elección de un congresista no siempre se autoriza a llamar a llenar la vacante al siguiente candidato no elegido; por eso indica que esta posibilidad depende de “la decisión judicial”, con lo cual está aludiendo a que en ciertos casos -nulidad por causales alusivas a circunstancias personales del elegido- cabe tal llamamiento, pero en otros no - aquellos en que la nulidad afecta a toda la lista*”

De igual manera, por las mismas razones que sirvieron de fundamento para declarar la nulidad del acto de elección acusado, tampoco podrían ser llamados a ocupar la vacante quienes hayan sido avalados por organizaciones de base.

De otro lado, de la resolución No. 2538 de 9 de julio de 2014 *“Por medio de la cual se deciden unas solicitudes elevadas por el sr. Heriberto Arrechea Banguera y se DECLARA LA ELECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR LA CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL DE AFRODESCENDIENTES, periodo 2014-2018”*⁸¹ emitida por el Consejo Nacional Electoral, se tiene que, solo la Organización de base FUNECO superó el umbral establecido para esta Circunscripción Especial del 30% de votos del cuociente electoral establecido en el artículo 263 Constitucional.

Retomando la norma constitucional aplicable, el artículo 134 de la Carta política establece:

Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.

De conformidad con la norma en comento se deben realizar elecciones en caso de vacancia absoluta cuando: i) la vacancia no sea susceptible de reemplazo (ii) de miembros de cuerpos colegiados de una misma circunscripción que sean reducidos a la mitad o menos y (iii) falten más de 24 meses para la terminación del periodo.

En este punto, si bien, en este caso, no se trata de una falta absoluta que no dé lugar al reemplazo de las establecidas en la Constitución Política, de conformidad con las circunstancias fácticas narradas no resultaría razonable llamar al siguiente de la misma lista. Es decir, en el caso concreto el demandado (i) no podría ser reemplazado por integrantes de la misma lista, (ii) la declaratoria de nulidad reduce los integrantes de la circunscripción (2) a la mitad.

Y en cuanto a los 24 meses el señor **MOISÉS OROZCO VICUÑA** fue elegido para el periodo Constitucional que inició el 20 de julio de 2014 al 20 de julio de 2018, de otro lado, la sentencia que declaró la nulidad fue proferida el 14 de julio de 2016 y notificada por estado el 19 de julio de 2016.

Según las voces de los artículos 289 del CPACA en concordancia con el artículo 302 del CGP las providencias proferidas fuera de audiencia quedan ejecutoriadas 3 días después de notificadas o cuando hayan vencido los términos sin que se hayan interpuesto los recursos procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. Así mismo, cuando se pida aclaración o complementación, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

⁸¹ Página 2 de la Resolución. Folio 29 del cuaderno 1ª exp. 2014-0099-00

A la fecha, se encuentran en trámite las solicitudes de aclaración y adición presentadas por las partes, entonces, en este momento aún no se encuentra ejecutoriado el fallo, y aunque el fallo y la ejecutoria, causantes de la vacancia absoluta, están en el límite que establece la norma (el fallo antes y la ejecutoria después del 20 de julio de 2016), **no se encuadra dentro del supuesto de más de 24 meses para la terminación del periodo.**

El artículo 134 en mención indica que se debe convocar a elecciones, en caso de que se cumplan los presupuestos señalados, el cual incluye que falten más de 24 meses para el vencimiento del periodo, pero nada dice si faltaren menos como acontece en este caso, lo que lleva a inferir que si no se puede reemplazar la vacante y no es obligatorio convocar elecciones la curul quede sin proveer.

En esta ocasión no se trata de una circunscripción electoral común, sino de las especiales establecidas para las minorías, cuya finalidad es asegurar su representación en el Congreso, como sujetos de especial protección.

La existencia de esta Circunscripción Especial de Afrodescendientes, es una **medida** del constituyente primario de **diferenciación positiva** que intenta colocar a este grupo en una situación más ventajosa que la que rige la generalidad para superar condiciones desfavorables, con el fin de contrarrestar las desigualdades que se presentan en la sociedad, en este caso para **asegurar su participación en el Congreso de la República** mediante una circunscripción especial con criterios de acceso diferentes a los establecidos para los demás ciudadanos, obviamente asequibles para esta minoría.

Así mismo, en este punto es importante reiterar que **los derechos étnicos**, como este, el de la participación y representación política en el Congreso de la República, **no se predicán de personas**, sino de la comunidad. Pues como ya se indicó, la finalidad de la creación de esta Circunscripción Especial de Afrodescendientes, es darle a dicha minoría la posibilidad de **ejercer efectivamente su derecho fundamental** a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a través de la vocería directa en la Cámara de Representantes confirmando así *“la íntima relación que existe entre la democracia participativa y el pluralismo, principio que se introduce, así, entre las reglas mismas del juego político.”*⁸²

Entonces, teniendo en cuenta la declaratoria de nulidad en el caso concreto y los fundamentos que llevaron a esta Sala Electoral -de la cual hago parte- a declararla, se hace necesario resaltar que, en virtud de la **igualdad material** consagrada en nuestra Carta Política y dada la condición de **sujetos de especial protección** de esta minoría étnica, le corresponde a las autoridades jurisdiccionales y administrativas **garantizar efectiva y realmente su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político** como comunidad.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia 169 de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Por lo anterior, se debe realizar un juicio de **ponderación** entre la aplicación del umbral (que no alcanzó ninguna otra lista inscrita y que en teoría debería ser una condición más favorable) y el derecho fundamental de representación de la minoría (los electores).

El juicio de ponderación de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional “*conduce a que en un caso concreto se le otorgue primacía jurídica a un principio frente a otro, sin que ineludiblemente en todas las hipótesis de conflicto, la solución deba ser exactamente la misma, pues dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas que se hagan presente en cada asunto. De otro lado, es posible que una regla entre en contradicción con la vocación normativa de un principio, sea o no de rango constitucional, en dicha situación y dado el mayor peso que se reconoce a los principios en el ordenamiento jurídico, debe introducirse una cláusula de excepción en cuanto al carácter normativo de la regla jurídica, con motivo de la decisión del caso en concreto*”⁸³.

En este caso, teniendo en cuenta que el derecho fundamental de participación en la conformación del poder político no se predica de individuos sino del sujeto colectivo de la comunidad afrodescendiente y que la diferenciación positiva tiene como finalidad poner a este grupo en una situación más favorable que la generalidad, de ninguna manera las condiciones para el acceso a las corporaciones de representación política en este caso específico -el umbral-, pueden constituirse en una barrera de **la efectiva y real representación**.

Así mismo, valga recabar lo ya señalado por esta Sección en sentencia de 7 de junio de 2016⁸⁴ sobre la democracia como principio y valor fundante del estado Colombiano y que para efectos de hacer posible su realización se deben tener en cuenta los derechos de los electores, así:

“Por ello es que no puede perderse de vista que, el acto electoral antes que el derecho del elegido, es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio *pro homine* opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en *pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores)”.

Así las cosas, en virtud de que la representación de la minoría es un derecho fundamental (electores) y el requisito del umbral no puede convertirse en un obstáculo -y se supone es una condición más favorable que las establecidas para la generalidad-, la tensión entre estas dos normas constitucionales debe resolverse a favor del derecho fundamental y la autoridad administrativa debe realizar el llamado al candidato con mayor votación avalado por Consejos Comunitarios, organizaciones raizales o Partidos Políticos (que obtuvieron su personería jurídica al alcanzar una escaño en esta circunscripción especial) para que ocupe la curul vacante, y así asegurar dicha representación consagrada por el Constituyente primario.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2015. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸⁴ Consejo de estado. Sección Quinta. Rad. **11001-03-28-000-2015-00051-00** Sentencia de 7 de junio de 2016. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez- Gobernadora de la Guajira

Con todo comedimiento considero que en aras de asegurar la representación, así debió quedar expreso en el fallo, y como ello no se hizo es a través de esta aclaración que doy mi particular apreciación sobre la forma de garantizar la representación de esta minoría superando los obstáculos que normativamente se presentan para ello.

v) Los cargos de acuerdo con la fijación del litigio

En la audiencia inicial celebrada dentro de las diligencias el 5 de agosto de 2015 (continuación) se fijó el objeto del litigio así:

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 **MOISÉS OROZCO VICUÑA** como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes para el período constitucional 2014 - 2018 con fundamento en los cargos de violación expuestos por los demandantes, a saber:

1. Establecer si la elección del demandado vulnera las disposiciones superiores que invocan los actores relativas a que además de haber sido inscrito por una Fundación con reconocimiento ante el Ministerio del Interior, es forzoso que se acredite realmente su pertenencia a la comunidad afrodescendiente, en observancia de los requisitos que establecen: i) el artículo 2° numeral 5° de la Ley 70 de 1993, ii) el artículo 3° 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 Política frente a la garantía del derecho de participación de la comunidad afrodescendientes.
2. Determinar si la elección del señor **MOISÉS OROZCO VICUÑA** puede devenir en nula por la existencia de una presunta falsedad en el acta del 29 de noviembre de 2011 elevada por la representante legal de FUNECO, de la que se dice llevó 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. Identificar 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. Lo anterior, porque el señor **MOISÉS OROZCO VICUÑA** fue avalado por **AFROVIDES** como candidato a la Alcaldía de Yumbo para el período 2012-2015 y de allí deriva la violación al artículo 2° de la Ley 1475 de 2011.
4. Decidir si la celebración de contratos por parte de FUNECO con los municipios de Santiago 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 Política por el hecho de pertenecer o ser miembro de la Fundación que funge como contratista ante dichos entes territoriales.

5. Resolver si se vulneran los artículos 1°, 7 y 176 de la C.P. y 2°, 3° y 6° del Acuerdo 169 de la OIT por cuanto para la elección de los representantes a la Cámara de Representantes 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 aquí se acusa.

La sentencia frente a la cual aclaro mi voto, en la que se resolvió declarar la nulidad de la elección del señor **MOISÉS OROZCO VICUÑA** por considerar que el primer cargo estaba llamado a prosperar, no resolvió los cinco cargos restantes, que considero debieron ser haber sido objeto de pronunciamiento.

En estos términos aclaro mi voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado