



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

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Expediente: 11001031500020160296400

Actor: MOISÉS OROZCO VICUÑA

Demandado: CONSEJO DE ESTADO -SECCIÓN QUINTA-

Referencia: SE DENIEGA EL AMPARO DE TUTELA INVOCADO CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR NO CONFIGURARSE LOS DEFECTOS SUSTANTIVO, VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN NI DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL.

Derechos fundamentales presuntamente conculcados: AL DEBIDO PROCESO, A SER ELEGIDO, A PARTICIPAR EN EL EJERCICIO Y CONTROL DEL PODER POLITICO, AL TRABAJO Y A LA IGUALDAD.

Corresponde a la Sala decidir la acción de tutela interpuesta por Moisés Orozco Vicuña, a través de apoderado judicial, contra la sentencia del 14 de julio de 2016, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

I.- LA SOLICITUD DE TUTELA

El señor Moisés Orozco Vicuña, por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela en contra de la Sección Quinta del Consejo de Estado, a fin de que se protejan sus derechos fundamentales al “*debido proceso, el derecho político, al trabajo y a la igualdad*”, los cuales considera vulnerados con ocasión de la sentencia del 14 de julio de 2016, proferida por la misma Corporación dentro del proceso de única instancia con pretensión de nulidad electoral radicado con el N.º 11001-03-28-000-2014-00099-00, mediante la cual se declaró, con efectos *ex nunc*, la nulidad de su elección como Representante a la Cámara del

Congreso de la República por la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes, para el período constitucional 2014-2018.

La solicitud de amparo se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Relató que el 9 de marzo de 2014 se realizaron las elecciones populares de los miembros a la Cámara de Representantes del Congreso de la República por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes para el período 2014 – 2018.

2. Sostuvo que fue inscrito como candidato para esa Circunscripción Especial de Afrodescendientes, mediante el aval conferido por la Fundación Ébano de Colombia -en adelante FUNECO-, la cual, a su vez, se encontraba reglamentariamente inscrita, actualizada y reconocida por el Ministerio del Interior.

3. Como resultado de las referidas elecciones, señaló que el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución N.º 2528 de 2014, lo declaró electo Representante a la Cámara del Congreso de la República por la circunscripción especial mencionada.

4. Agregó que, luego de eso, se promovieron 4 demandas que tenían por objeto la declaratoria de nulidad de la Resolución de su elección como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes (acumuladas bajo el radicado N.º 11001-03-28-000-2014-00099-00) y las cuales expusieron como fundamento que se encontraba inhabilitado para ser congresista, por cuanto dentro del año anterior a la elección celebró contratos para recibir recursos públicos (artículo 179 N.º 3 de la Constitución Política), y por haberse hecho elegir por la circunscripción especial de afrodescendientes sin pertenecer a dicha comunidad (artículo 176 *ibídem*). Aseveró que en tales escritos no se cuestionó la validez de la inscripción y actualización de FUNECO ante el Ministerio del Interior, ni tampoco su capacidad legal para avalar candidatos e inscribir lista de aspirantes a la cámara de representantes por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes.

5. Afirmó que la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 14 de julio de 2016, declaró la nulidad del acto acusado contentivo de su elección como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes, incurriendo en los siguientes defectos:

- **Defecto sustantivo y violación directa de la Constitución Política:** Adujo que el motivo esgrimido por la Sección Quinta del Consejo de Estado para declarar la nulidad de su elección consistió en que la Resolución N.º 142 de 2013, mediante la cual se actualizó la inscripción de la FUNECO (Organización de Base - movimiento político legitimado para avalar candidatos) en el Registro Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras de la Dirección correspondiente del Ministerio del Interior¹, se encontró viciada de falsa motivación, vicio de legalidad que impuso su inaplicación con efectos *inter partes* en los términos del 148 del C.P.A.C.A.², comoquiera que la Resolución N.º 158 de 2009, por medio de la cual, inicialmente, se había realizado la respectiva inscripción, había decaído por pérdida de fuerza ejecutoria, por causa de que el Decreto N.º 3770 del 25 de septiembre de 2008³, norma en la que se fundamentaron ambas resoluciones, había sido derogado por el Decreto N.º 2163 del 19 de octubre de 2012⁴.

En ese entender, la FUNECO estaba jurídicamente inhabilitada para avalar su candidatura a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes, motivo por el cual, aun cuando elegido, no cumplía con los requisitos establecidos por la Ley para el efecto.

¹ Ley 649 del 27 de marzo de 2001. “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”. 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.** [Resalta la Sala].

² **Artículo 148. Control por vía de excepción.** 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 *inter partes* 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.

³ “Por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “Por el cual se conforma y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones”.

Menciono que la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad de la Resolución N.º 142 de 2013, mediante la cual se actualizó el registro de la FUNECO, no obedeció a que el acto de su elección se opusiera a la Constitución o a la ley, sino bajo el entendido que el acto -primigenio- de inscripción de la FUNECO en el Ministerio del Interior (Resolución 158 del 2009), se basó en un decreto derogado. De igual forma, señaló que la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos, no está prevista como una causal de nulidad de los mismos.

Acusó que la sentencia acometida omitió advertir que el Decreto 3770 del 25 de septiembre de 2008 había extendido su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013 (período de transición), en consideración a la parte motiva del Decreto N.º 2163 del 19 de octubre de 2012, en la cual se expresó que *“se estima necesario, para no generar sucesivos procesos eleccionarios y otros traumatismos institucionales, ampliar el periodo de los actuales delegados a que hace referencia el considerando anterior hasta el 31 de diciembre de 2013”*.

Esto arroja como corolario que la Resolución 142 de 2013, expedida con fundamento en el Decreto 3770 de 2008, estuvo acorde con ese periodo de transición, pues se produjo durante dicho lapso: 3 de diciembre de 2013, lo cual imponía comprender que no se trataba una norma derogada como lo consideró la Sección Quinta.

Precisó que el argumento referente a la invalidez de la inscripción y actualización de FUNECO ante el Ministerio del Interior y la consecuente incapacidad para avalarlo como candidato al cargo de elección popular referido, no fue expuesto ni en los libelos de las 4 demandas ni en el memorial de coadyuvancia, motivo por el cual fue extraño al objeto del litigio. Es por ello que la Sección Quinta, al adentrarse a estudiar ese requisito de manera oficiosa -y a su juicio sorpresiva-, desconoció el carácter rogado de los procesos ante la Jurisdicción contenciosa. Expresó que ello le generó la imposibilidad de ser escuchado y de defenderse, vulnerando su derecho fundamental al debido proceso y, por consiguiente, la Constitución Política.

Aseguró que al ocuparse del estudio de la legalidad de actos administrativos diferentes al que declaró su elección, resolvió el contencioso electoral como si fuera un proceso de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual desconoce las formas propias del juicio de nulidad electoral.

De otro lado, expuso que considera conculcado su derecho fundamental a la igualdad, ya que algunos de los demandantes en el medio de control de nulidad electoral también participaron en las mismas elecciones a las que se postuló, siendo avalados por Organizaciones de Base, que al igual que FUNECO, actualizaron sus inscripciones ante el Ministerio del Interior con fundamento en las mismas disposiciones legales y reglamentarias y con el mismo formulario impreso por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrodescendientes, Raizales y Palenqueras, sin que se les negara su capacidad legal para inscribir candidatos y otorgar avales, como sí ocurrió con FUNECO.

- **Desconocimiento del precedente judicial:** Expuso que no se tuvo en cuenta la Jurisprudencia constitucional relativa al principio de congruencia procesal (Sentencia T-733 de 2013), ni la referente al principio de representatividad de la minoría política afrocolombiana (Sentencia T-116 de 2004).

Adicionalmente, afirmó que mediante la sentencia T-576 del 4 de agosto de 2014, la Corte Constitucional resolvió “dejar sin efectos” el Decreto N.º 2163 de 2012, lo cual, a su entender, provocó que el Decreto 3770 de 2008 recobrar vigencia, ratificando así la sujeción de las Resoluciones de inscripción (158 de 2009) y actualización (142 de 2013) de la FUNECO al Ministerio del Interior, de conformidad con la norma vigente.

En consecuencia de todo lo anterior, formuló las siguientes pretensiones:

*“1. Que atienda a las medidas cautelares **urgentes** solicitadas en el presente amparo*

*2. **Que deje sin efecto** la sentencia del 14 de julio de 2016 proferida por el Consejo de Estado, Sección Quinta, dentro del proceso de nulidad electoral acumulado, radicado N° 11001-03-28-0002014-000-99-00, actor Heriberto Arrechea y otros, contra el acto de elección de Moisés Orozco Vicuña, como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes”.*

II. TRÁMITE DE LA TUTELA

Mediante auto del 14 de octubre de 2016, se admitió la solicitud de amparo y se ordenó notificar a los Magistrados de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en condición de accionados, y a la señora Procuradora General de la Nación; a los señores Diego Alexander Angulo Martínez, Fabián Leonardo Reyes Porras, Heriberto Arrechea Banguera y al representante legal del Movimiento de Inclusión y Oportunidades -MIO-, quienes promovieron las demandas del medio de control de nulidad electoral cuya sentencia se cuestiona; y a los señores Ministro del Interior y al Registrador Nacional del Estado Civil, por tener interés directo en las resultas del proceso.

El doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, como magistrado de la Sección Quinta de esta Corporación y ponente de la sentencia censurada, solicitó que se nieguen las pretensiones de la acción de tutela con base en las siguientes razones:

Frente a la defecto material o sustantivo, puso de presente que en virtud de la Ley 649 de 2001⁵, es obligación de la Sección analizar y verificar si los aspirantes a candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de las comunidades negras, cumplen o no, de manera inescindible y concomitante, los requisitos exigidos por el Legislador para el efecto, a saber, 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; todo en aras de realizar un análisis adecuado de la legalidad del acto de elección. Por esa razón, explica que no resolvió el asunto por fuera de la fijación del litigio, así como tampoco vulneró el derecho fundamental del actor al debido proceso.

La Sección encontró que el actor sí cumplió con el requisito de pertenecer a la comunidad negra, pero no el que fuera candidato avalado por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior. En este punto, adujo que se explicaron las razones

⁵ “por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”.

por las cuales se consideró que la Resolución 158 de 2009 perdió su fuerza ejecutoria, así como la inaplicación de la Resolución 124 de 2013, por estar falsamente motivada.

Finalmente explicó que no hubo desconocimiento del precedente judicial, toda vez que, como la misma Corte Constitucional lo ha precisado, debe tratarse del desconocimiento de sentencias en donde se hubiera resuelto un problema jurídico semejante y que los hechos sean equiparables.

Por su parte, uno de los demandantes dentro del proceso de nulidad electoral, **Diego Alexander Angulo Marínez**, allegó informe señalando que deben rechazarse las pretensiones del accionante, toda vez que de conformidad con la Ley 1437 de 2011⁶, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en los asuntos sometidos a la Jurisdicción Contenciosa, el operador judicial, en virtud del principio *iura novit curia*, está obligado a analizar el asunto sometido a debate en todos sus extremos, e incluso revisar aquellos temas que estén íntimamente ligados con la *causa petendi* y que encuentren sustento probatorio en el expediente.

Agregó que justo de esa forma razonó la Sección Quinta al expresar que “[N]o es admisible para el ordenamiento jurídico el circunscribir a un aval o a 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 examen más exhaustivo y no hacerle fraude a la ley, está bien que la buen 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 la personas, en este caso de la comunidad negra quien se encuentra afectada con estas decisiones”.

⁶ “**Artículo 103. Objeto y principios.** Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal. (...)”.

Heriberto Arrechea Banguera, demandante en el juicio ordinario, aseguró que la presente acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que debió, en primera medida, utilizar los mecanismos ordinarios para cuestionar la Resolución N.º 2104 de 2016, mediante la cual se acata una decisión judicial y declara la falta absoluta de un Representante a la Cámara.

La Jefe de la Oficina Jurídica de **la Registraduría Nacional del Estado Civil**, solicitó denegar las pretensiones del actor por cuanto, de un lado, no está acreditada la existencia del defecto fáctico alegado, y de otro, ha operado el fenómeno de cosa juzgada, en la medida en que la situación fáctica bajo examen, así como su sustento jurídico, ya fue objeto de debate y decisión por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Finalmente, el abogado de la Oficina Jurídica y Defensa Jurídica del **Consejo Nacional Electoral**, solicitó la desvinculación de esa entidad respecto de la presente acción de tutela, por considerar que en virtud del numeral 2º del artículo 277 del C.P.A.C.A.⁷, no ha proferido providencia alguna contra el accionante, ni ha intervenido en su adopción; por esta razón es que carece de legitimación en la causa por pasiva. Seguidamente afirmó que el acto declarativo electoral del actor (Resolución N.º 2528 de 9 de julio de 2014) se expidió de conformidad con la Constitución y la Ley.

Daniel Felipe Daza, Raquel Castañeda Vargas y Wilson Oswaldo Muñoz Hurtado, en su calidad de electores y como coadyuvantes de la parte actora, aseguraron que la sentencia cuestionada vulnera los principios de eficacia directa del voto y autonomía.

Aseguran que el numeral 4⁰⁸ de la sentencia de la Sección Quinta es imposible de cumplir por cuanto su supuesto de hecho sólo hace referencia cuando los

⁷ **Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación.** Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá: 2. Que se notifique personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en los términos previstos en este Código.

⁸ 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.

motivos de la falta absoluta, son distintos al de la declaratoria de nulidad de la elección.

Para terminar afirman que el numeral 5º de la sentencia acometida⁹, tampoco puede aplicarse, porque el artículo 134 de la Constitución no contempla de qué forma debe proceder la Cámara de Representantes ante el caso en que la lista electoral se encuentre agotada, situación en la que se encuentra FUNECO. Es decir, la Constitución no prevé los eventos en los cuales los integrantes de una misma circunscripción electoral de una Corporación de Elección Popular se

ARTÍCULO 278. REEMPLAZO. La falta absoluta de un Congresista con excepción de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial, autoriza al Presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción, y ocupar su lugar. En este evento el reemplazo deberá acreditar ante la Comisión de Acreditación Documental su condición de nuevo Congresista, según certificación que al efecto expida la competente autoridad de la organización nacional electoral.

Ninguna falta temporal del Congresista dará lugar a ser reemplazado.

⁹ 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.

ARTICULO 134. <Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo.

reduzcan a la mitad o menos por una falta absoluta que sí da lugar al reemplazo y faltaren menos de 24 meses para terminación del período.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Corresponde a la Sala establecer si a Moisés Orozco se le vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso (derecho de defensa y contradicción), a la igualdad, a ser elegido, a participar en el ejercicio y control del poder político y al trabajo, con ocasión de la providencia del 14 de julio de 2016, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el marco del proceso ordinario con pretensión de nulidad electoral radicado con el N.º 11001-03-28-000-2014-00099-00, en virtud de la cual se declaró, con efectos *ex nunc*, la nulidad de su elección como Representante a la Cámara del Congreso de la República por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, para el período constitucional 2014-2018.

Procede la Sala a resolver la acción de tutela interpuesta, para lo cual considera pertinente pronunciarse de manera previa sobre: **i)** la tutela contra providencias judiciales; **ii)** los requisitos generales y especiales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y; **iii)** el caso concreto.

i) La acción de tutela contra providencias judiciales.

Con ocasión de la tutela en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena del Consejo de Estado¹⁰, en sentencia de 31 de julio de 2012, se concluyó que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Corporación había sido el de considerar improcedente la tutela contra providencias judiciales, también lo es que las distintas Secciones que la componen **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Rad.: AC-10203)**, abrieron paso, de manera excepcional, para que cuando se advirtiera la vulneración de derechos constitucionales fundamentales fuera procedente este instrumento de naturaleza constitucional.

¹⁰Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 31 de julio de 2012. Rad.: 2009 – 01328. Magistrada Ponente: Dra. María Elizabeth García González.

Por lo anterior, en aras de rectificar y unificar el criterio jurisprudencial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales, *sin importar la instancia y el órgano que las profiera*, que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

ii) Requisitos generales y especiales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Mediante sentencia de unificación dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado el 5 de agosto de 2014¹¹, se sentaron algunas bases hermenéuticas para la interpretación y aplicación de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En atención a estos criterios jurisprudenciales, esta Sección adoptó como parámetros a seguir para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los señalados en la sentencia C - 590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema.

En la referida sentencia la Corte consideró que *“no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; **ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales**”* (Negrilla fuera del texto).

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014. Rad.: 2012 – 02201. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Así, con el fin de hacer operante la nueva posición jurisprudencial, se adoptaron como **requisitos generales de procedibilidad** de esta acción constitucional, cuando se dirige contra decisiones judiciales, los siguientes:

- “1. Que el asunto objeto de debate sea de **evidente relevancia constitucional**.
2. Que se haya hecho **uso de todos los mecanismos de defensa judicial - ordinarios y extraordinarios-** de que disponga el afectado, **salvo** que se trate de evitar un **perjuicio iusfundamental irremediable**.
3. Que se cumpla el requisito de la **inmediatez**. Así, la tutela debe haber sido interpuesta en un término razonable y proporcionado desde el momento de ocurrencia de la vulneración del derecho fundamental.
4. Cuando se trate de una **irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora**.
5. Que quien solicita el amparo tutelar **identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración** y los derechos afectados y que **hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial**, siempre que ello hubiere sido posible.
6. Que **no se trate de sentencias de tutela**, por cuanto los debates sobre derechos fundamentales no pueden prolongarse indefinidamente”.

Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C – 590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos **requisitos especiales** de procedibilidad, que el propio Tribunal Constitucional los ha considerado como las causales concretas que “*de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial*”¹².

Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos: **orgánico**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello; **procedimental absoluto**, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido; **fáctico**, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; **material o sustantivo**, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión; **Error inducido**, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-619 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; **Decisión sin motivación**, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.

De lo expuesto, la Sala advierte que, cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, **debe verificar la ocurrencia de los requisitos generales** y, de ser así, en segundo lugar le corresponde examinar si en el caso objeto de análisis se presenta uno de los **defectos especiales** ya explicados, permitiéndole de esta manera “*dejar sin efecto o modular la decisión*”¹³ que se encaje en dichos parámetros.

iii) El caso concreto.

iii.1. Observancia de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

El presente asunto ostenta **relevancia constitucional**, pues el debate, en los términos planteados, puede llegar a comprometer los derechos fundamentales del actor, comoquiera que la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado que declaró la nulidad de su elección como Representante a la Cámara del Congreso de la República por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, para el período constitucional 2014-2018, pudo haber aplicado de manera indebida el Decreto 2163 de 2012, con base en el cual se produjo la invalidez de la inscripción de la Organización de base mediante la cual habría obtenido el aval para su candidatura.

El requisito de la **inmediatez**, es decir, que la tutela se haya interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, se encuentra igualmente satisfecho puesto que la providencia objeto de la acción de tutela se profirió el 14 de julio de 2016 y la tutela se

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T- 225 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

radicó el 5 de octubre de 2016, esto es, dentro del término razonable de menos de tres (3) meses.

El requisito de **subsidiariedad**, según el cual sólo cuando se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, resulta procedente la acción de tutela, lo cual también se verificó en el presente caso, toda vez que el Juez competente para resolver el juicio ordinario de nulidad del acto de la elección del actor como Representante a la Cámara, es la Sección Quinta del Consejo de Estado como Órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en única instancia¹⁴, lo cual supone la imposibilidad de recurrir la sentencia.

En relación con la **irregularidad procesal** con efecto decisivo en la sentencia y que afecte los derechos fundamentales de la actora, no fue advertida en el presente caso; el actor identificó los hechos en que considera se fundamentó la vulneración así como los derechos fundamentales afectados con tal proceder; en esta oportunidad no se promovió la acción de tutela contra decisión de tutela, luego los requisitos generales se encuentran satisfechos para dar curso a la solicitud de amparo.

iii.2. Observancia de los requisitos especiales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

En el presente caso, la Sala debe comprobar la ocurrencia de los defectos sustantivo, violación directa de la Constitución Política y desconocimiento del precedente judicial generados, en el entender de la parte actora, con ocasión de la sentencia proferida por la Sección Quinta de ésta Corporación el día 14 de julio de 2016, esto es, por:

¹⁴ **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.

(i) haber desconocido el período de transición del Decreto 3770 del 25 de septiembre de 2008, contenido en la parte motiva del Decreto 2163 del 19 de octubre de 2012;

(ii) haberse arrogado la facultad de analizar el requisito de inscripción de la FUNECO (Organización de base que avaló la candidatura del actor al escaño referido) ante el Ministerio del Interior, aun cuando ese cargo concreto no fue esgrimido por la parte actora en el juicio ordinario de nulidad electoral, ni por los respectivos coadyuvantes; y

(iii) haber desconocido el precedente judicial establecido en las sentencias T-733 de 2013 y 116 de 2004; así como el contenido de la providencia de la Corte Constitucional T-576 de 2014, mediante la cual se deja sin efectos el Decreto 2161 de 2012, mediante el cual se deroga el Decreto 3770 de 2008.

La Sala pasará a analizar los cargos antedichos, en aras a determinar si la sentencia acusada padece de los defectos invocados y, como consecuencia, vulnera o no los derechos fundamentales del accionante, de la siguiente forma:

iii.2.1. Defecto sustantivo.

Como pudo leerse anteriormente, el actor le atribuye a la sentencia que anula su elección un defecto sustantivo, consistente en que la Sección Quinta dejó de advertir que el Decreto 2163 del 19 de octubre de 2012¹⁵ (el cual dispuso en su artículo 19, la derogatoria del Decreto 3770 del 25 de septiembre de 2008¹⁶), en su parte motiva, otorgó un período de transición que extendía la vigencia de este último.

¹⁵ Por el cual se conforma y reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones

¹⁶ por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones.

Aseguró que de haberlo hecho, no se habría generado el vicio de falsa motivación de la Resolución N.º 142 de 2013, mediante la cual se actualizó la inscripción de FUNECO en el registro del Ministerio del Interior.

Ahora bien, para resolver si en efecto el Decreto 3770 de 2008, sobre el cual se fundamentaron las Resoluciones N.ºn 158 de 2009 y 142 de 2013, continuó su vigencia más allá de lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 2163 de 2012, corresponde a la Sala analizar el contenido mismo:

“CONSIDERANDO:

Que en el artículo 7º de la Constitución Política de Colombia el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

(...)

Que el Ministerio del Interior mediante Resolución 0121 del 30 de enero de 2012, adicionada por la Resolución 0254 del 16 de febrero de 2012, creó el espacio nacional de Delegados de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que servirá de instancia para la consulta previa, la reglamentación de la Comisión Consultiva de Alto Nivel, así como el establecimiento de los requisitos para el registro de los consejos comunitarios y de las formas organizativas de los raizales y para la consulta, de manera transitoria, de proyectos de ley, medidas administrativas y demás actos que así lo requieran.

Que se estima necesario, para no generar sucesivos procesos eleccionarios y otros traumatismos institucionales, ampliar el período de los actuales delegados a que hace referencia el considerando anterior, hasta el 31 de diciembre de 2013”. [Resalta la Sala].

Por su parte, el artículo 19 del mismo texto normativo señala:

“Artículo 19. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 3770 de 2008 y las demás disposiciones que le sean contrarias”.

Lo primero que debe decirse, desde luego, es que la parte resolutive del Decreto 2163 de 2012, establece, sin ambages, la derogatoria del Decreto 3770 de 2008, y de ninguna forma dispone algún tipo de modulación en lo tocante con su vigencia y las correspondientes derogatorias.

Empero, no está demás advertir que, al tenor del apartado citado por el accionante y contenido en la parte motiva del Decreto 2163, lo que el Gobierno Nacional consideró, fue extender los períodos de los Delegados de Consejos

Comunitarios de Comunidades Negras, hasta el 31 de diciembre de 2013, en aras de evitar posibles sucesivos procesos electorales y traumatismos institucionales.

Nótese que el considerando bajo examen, es muy preciso al referirse a la situación de los Delegados de Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con respecto a la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras; en esa medida, no puede con ello entenderse, que la totalidad de las disposiciones del Decreto 2163 de 2012 producirían su efecto general inmediato sólo a partir del 31 de diciembre de 2013, máxime cuando, como anteriormente se observó, en su parte resolutive dispuso que entraría en vigencia desde la fecha de su publicación, es decir, el 19 de octubre de 2012, sin alguna otra consideración en particular; o lo que es lo mismo, nunca existió un “período de transición” del mencionado decreto para que entrara en vigencia.

Así las cosas, no encuentra la Sala que el Decreto 2163 de 2012, haya sido mal aplicado o malinterpretado por la Sección Quinta, lo cual impone concluir que, en efecto, la resolución de actualización (N.º 142 de 2013) del registro de FUNECO ante el Ministerio del Interior, se vio afectada como consecuencia de la derogatoria del decreto sobre el que se fundamentaba; razón por la cual no existen fundamentos válidos para colegir la existencia de un defecto sustantivo de la sentencia atacada.

iii.2.2. Violación directa de la Constitución Política.

En este punto, el actor reprocha que la Sección Quinta del Consejo de Estado haya asumido el estudio, de manera oficiosa, del requisito de inscripción de la FUNECO ante el Ministerio del Interior, exigido por la Ley 649 de 2001 para efectos de estar debidamente avalado como candidato de las comunidades negras y así poder ser elegido a la Cámara de Representantes por esta circunscripción especial, máxime cuando ese argumento no fue planteado por los demandantes ni los respectivos coadyuvantes en el proceso de nulidad electoral promovido en su contra.

Para determinar la existencia de este defecto, la Sala abordará lo referente al alcance de la fijación del litigio en la Jurisprudencia de la Corporación e indagará acerca de cómo se delimitó la controversia en el proceso que desembocó en la sentencia acometida.

La fijación del litigio como parámetro de las decisiones del juez de la nulidad electoral

La misma Sección¹⁷ demandada, al respecto del alcance de los pronunciamientos del operador judicial en los procesos electorales que surten en la Jurisdicción Contenciosa, ha manifestado que:

*“La fijación del litigio constituye uno de los aspectos cruciales para el desarrollo del proceso, en la medida en que se erige como la carta de navegación o la hoja de ruta que habrá de seguirse a efectos de hallar solución a los problemas jurídicos que en ella se planteen. **Es la oportunidad que tiene el juzgador de depurar el contexto fáctico y jurídico relevante para los sujetos procesales en contienda, sujetos estos que podrán a través del recurso de reposición buscar la mayor claridad en el evento en que consideren que el fijado por el Despacho se excede o se limita frente a lo pretendido.** (...)*

*Ahora, más importante aún es el hecho de que el juez, como director del proceso y con la anuencia de las partes, determine el alcance de las pretensiones y los fundamentos de hecho y de derecho que las sustentan, así como también de las excepciones a que hubiere lugar, a efectos de evitar desenlaces ambiguos del proceso, que conlleven un perjudicial desgaste para la administración de justicia y para todos los sujetos procesales. Por lo dicho, **resulta cardinal que todos los involucrados, incluido el propio operador jurídico, sienten con claridad las bases de la discusión que se pretende desentrañar**, ya que la pasividad frente a tan determinante aspecto, puede conducir a que se excluyan focos de controversia o, peor aún, que se cambie la orientación del debate o se permita la inclusión de nuevas razones en favor o en contra de la legalidad del acto acusado, con todo lo que ello implica.*

A juicio de la Sala, dicha etapa procesal denota una esfera de concreción del principio de congruencia, que, a su vez, se traduce en un eje axial del debido proceso y de la justicia rogada como premisa ineludible dentro del ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa, a la cual, desde luego, no escapa la justicia electoral. (...)

*De ahí que la regla general sea que **la decisión del juez -unipersonal o colegiado- con la cual se ponga fin al proceso, se circunscriba a los estrictos y precisos términos de la senda argumental previamente definida en la audiencia en la que se resolvió sobre la fijación del litigio**”. [Resalta la Sala].*

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de diciembre de 2015. M.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. Núm.: 2014-00135-00.

De conformidad con lo anterior, para cerciorarse de la presunta violación de derechos fundamentales invocada por el actor, se hace necesario escudriñar dentro del expediente del juicio de nulidad electoral que desembocó en la sentencia atacada, de qué forma se delimitó el alcance de la controversia para así, por último, determinar si la decisión judicial padece del defecto de violación directa de la Constitución.

En el folio 9 del cuaderno digital N.º 1 del expediente radicado bajo el N.º 2014-00099, puede observarse que el hecho N.º 5 de la demanda originaria refiere que “[E]l aval conferido por la FUNECO al actor, se otorgó contraviniendo el artículo 3º de la Ley 649 de 2001 que establece que quienes aspiren a ser candidatos de las comunidades negras para ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción especial, deberán ser miembros de la respectiva comunidad y no solamente avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior”.

En la contestación de la demanda obrante en el folio N.º 465 y siguientes del cuaderno digital N.º 1 del proceso bajo estudio, se adujo por parte del actor: **“AL QUINTO:** *Es cierto parcialmente, limitándome a tener por verdad que el aval fue conferido por FUNECO, alejándose de lo que es cierto cuando alega contravención al artículo 3 de la Ley 649 de 2001, destacando, por ahora, que al parecer no conocía del auto reconocimiento que hizo mi prohijado, en los términos de la citada Ley, información que, conocida, es bastante para ubicarlo como miembro de su comunidad, aspecto que se profundizará en espacio posteriores”.*

De entrada pude notarse que no hay un acuerdo específico entre los extremos de la *litis*, en lo concerniente al hecho de si el actor cumplió o no con la totalidad de los requisitos exigidos por la Ley para poder postularse, como candidato, a la representación en el Congreso de la República de las Comunidades Afro, lo que de contera supone la existencia de una controversia que debe ser zanjada por el Juez de conocimiento.

Por su parte, la Sección Quinta, en la audiencia inicial¹⁸ realizada el 19 de junio de 2015 y continuada el 5 de agosto del mismo año, de conformidad con la pretensión¹⁹, los hechos²⁰ compartidos y el concepto de violación de las demandas acumuladas, fijó el litigio en los siguientes términos:

- “Determinar si es nula parcialmente la Resolución N.º 2528 del 9 de julio de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral en cuanto declaró la elección [del accionante] 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:

4.1 Establecer si la elección del [actor] 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 a los requisitos que establecen: i) el artículo 2º numeral 5º de la Ley 70 de 1993, ii) el artículo 3º de la Ley 649 de 2001 y el Acuerdo 169 de la OIT. Así mismo 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.

(...).”

Posteriormente, procedió a notificar a las partes en estrados de la decisión tomada relativa a la fijación del litigio, concediendo el uso de la palabra para efectos de tramitar el recurso de reposición²¹ en aplicación del artículo 242 del C.P.A.C.A., siempre que así lo hayan considerado pertinente la partes en contienda. En ese traslado pudo observarse que:

“(...)

¹⁸ Cuaderno digital N.º 2. Folios N.º 159 y siguientes y 396 y siguientes respectivamente.

¹⁹ Relativa a obtener la nulidad de la Resolución 2528 de 2014, expedida por el Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró la elección del actor como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes, para el período 2014-2018, quien fue inscrito bajo el aval de FUNECO.

²⁰ 1. Que el 9 de marzo de 2014 se realizaron las elecciones populares de los miembros de la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes para el período 2014-2018.

2. Que el actor fue inscrito como candidato para esa circunscripción especial de afrodescendientes bajo el aval otorgado por FUNECO.

3. Que el Consejo Nacional Electoral mediante el acto cuya nulidad se solicita, esto es la Resolución 2528 de 2014, lo declaró electo Congresista por esa circunscripción.

Seguidamente, la Consejera concede el uso de la palabra a las partes para si a bien lo tienen se manifiesten sobre qué otros hechos puede existir acuerdo. Al respecto las partes no encuentran hechos que compartan.

²¹ Recurren la decisión el apoderado de la parte demandante y el coadyuvante, alegando que se debe ampliar el objeto del litigio frente al cuestionamiento de la legalidad de la certificación expedida por el Ministerio del Interior, para que se establezca si es legítima o no dicha certificación frente a la existencia de FUNECO.

El apoderado del demandado señala que no presenta recurso.

La Consejera conductora frente al recurso de reposición propuesto concede el uso de la palabra al apoderado del demandado para que en ejercicio del traslado manifieste lo que considere pertinente.

El apoderado del demandado señaló que en el evento que surja una responsabilidad penal por presunta falsedad del documento alegado considera que tal evento puede alegarse en un eventual recurso de revisión". [Subraya la Sala].

Como puede observarse, la Sección Quinta, en la audiencia inicial llevada a cabo el 5 de agosto de 2015, en la etapa procesal de la fijación del litigio, sentó con bastante claridad las bases sobre las cuales se iba a desenvolver la discusión que pretendía desentrañarse, con fundamento en los hechos y las pretensiones de la demanda.

En efecto, debe aclararse que el hecho de que actor haya estado inscrito en la lista electoral de la FUNECO, con el objeto de obtener el aval correspondiente para acceder a un escaño en la Cámara de Representantes de las Comunidades Afrodescendientes, de manera alguna supone que esa Organización haya estado debidamente inscrita y autorizada por la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, tal y como lo exige la Ley 649 de 2001. Es decir, el artículo 3^o²² de la Ley citada no solamente exige que el candidato por la Comunidades Negras esté avalado por una Organización de base, sino que, además, le impone al operador jurídico cerciorarse de que el aval mencionado está debidamente conferido, lo cual implica, forzosamente, rectificar que la Organización correspondiente esté debidamente inscrita en el registro especial dispuesto para el efecto por el Ministerio del Interior.

En ese orden de ideas, la Sala comparte el argumento expuesto por la Sección Quinta, consistente en que, de cara a la lógica perentoria de la Ley, se afianza la obligación del Juez de la nulidad electoral de indagar acerca del debido cumplimiento de la totalidad de los requisitos que debe cumplir un aspirante a

²² **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.

representar los intereses de la Comunidad Negra ante la Cámara de Representantes del Congreso de la República.

Y no podría ser de otra forma, comoquiera que el propósito esencial del medio de control de nulidad electoral, desde el punto de vista de la justicia material y efectiva (lejos de proteger los intereses particulares de los candidatos electos), debe ser siempre la salvaguardia de los derechos e intereses del electorado; personas que confieren su voto a los candidatos, bajo la premisa de que estos acreditan el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para poder representarlos.

Así pues, debe entenderse que el Juez, como director del proceso, tiene toda la autoridad legal para delimitar el alcance de la controversia tal y como lo considere pertinente, en atención a los hechos y las pretensiones de la demanda y, con mayor razón, cuando considera que existen puntos oscuros del debate que ameritan ser clarificados para efectos de dirimir de fondo²³ (y no bajo meras formalidades), el conflicto planteado a su conocimiento, sin que por ello pueda predicarse vulneración de derechos fundamentales de las partes.

Finalmente, valga mencionar que aunque el Juez, como director del proceso, es el primer llamado a fijar los límites de la controversia, la Jurisprudencia también ha dicho que en ese acto procesal concurren las partes. En ese sentido es evidente que cuando la Consejera de la Sección Quinta le notificó a las partes la forma en que delimitó los puntos sobre los que se iba a pronunciar en la sentencia, la parte demandada guardó silencio, renunciando a proponer algún tipo de reparo y mostrando con ello su anuencia al rumbo de la decisión; razón por la cual, no puede el actor alegar, en sede de tutela, que la sentencia de la nulidad de su elección le sorprende y, mucho menos, que le vulneró su derecho fundamental al debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que nadie puede alegar su propia torpeza en su favor.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-733 de 2013. M.P.: Alberto Rojas Ríos. “*La labor del juez consiste en garantizar la primacía del derecho sustancial, con apego a lo solicitado por la parte, pero sin desconocer la aplicación del principio “iura novit curia”, antagónico al exceso procedimental que sacrifica el derecho sustancial. No significa lo anterior que el principio propicie la vulneración de la congruencia de las decisiones o, en otras palabras, que el juez falle con una sentencia cuyo contenido sea ajeno a lo pretendido en la demanda, porque resuelve un asunto distinto extraño a las pretensiones de la demanda*”.

iii.2.3. Desconocimiento del precedente judicial.

Este defecto se fundamentó en que, para sentenciar, la Sección Quinta del Consejo de Estado desconoció los precedentes judiciales establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias T-733 de 2013 (relativa al principio de congruencia procesal) y T-116 de 2004 (referente al principio de representatividad de la minoría política afrocolombiana).

La misma Corte Constitucional²⁴, en lo tocante al desconocimiento del precedente judicial como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, ha reiterado que:

“El precedente es el conjunto de sentencias anteriores al caso estudiado por el juez, que debido a su pertinencia para resolver el problema jurídico planteado deben ser tenidas en cuenta por el juez o la autoridad a quien le compete. La manera para determinar cuando el precedente resulta necesario para la solución del caso es cuando: “(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente[37]; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente.”[38]

Lo anterior, denota que el precedente utilizado debe guardar similitud entre los hechos, el problema jurídico planteado y en la normatividad utilizada para resolver los casos.

(...)

4.2.3. Sin embargo, el precedente no es una camisa de fuerza para el operador judicial, pues en virtud de la autonomía que le es reconocida por la Carta Política este podrá apartarse siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

i) presentar de forma explícita las razones con base en las cuales se apartan del precedente, y ii) demostrar con suficiencia que la interpretación brindada aporta un mejor desarrollo a los derechos y principios constitucionales. Lo anterior se sustenta en que en el sistema jurídico colombiano el carácter vinculante del precedente está matizado, a diferencia de como se presenta en otros sistemas en donde el precedente es obligatorio con base en el stare decisis[40].

(...)

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1033 del 30 de noviembre de 2012. M.P.: Mauricio González Cuervo. “La obligatoriedad de acatar el precedente jurisprudencial encuentra sustento en la necesidad de garantizarles a las personas un mínimo de seguridad jurídica y de igualdad en la resolución de casos similares. A su vez, cuando un juez emana una decisión que desconoce abiertamente el precedente establecido por una alta corte y lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, puede estar cometiendo el delito de prevaricato”.

La Corte Constitucional es la encargada de salvaguardar la Carta Política, de interpretar las normas y de unificar el precedente constitucional. Este último se desconoce cuando no se reconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte en la razón de la decisión de las acciones de tutela, cuando se aplican disposiciones jurídicas que fueron declaradas inexecutable a través de sentencias de constitucionalidad y cuando se contraría la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad[43]”.

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a determinar, de un lado, si hubo o no una apartamiento de la Sección Quinta respecto de los pronunciamientos judiciales invocados por el accionante, para posteriormente, si es del caso, determinar si se cumplió con el principio de razón suficiente para hacerlo.

(i) Mediante la sentencia T-733 de 2013, la Corte Constitucional resolvió confirmar las sentencias de tutela de primera y segunda instancia, proferidas, respectivamente, por las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante las cuales se denegó el amparo solicitado por el accionante, el cual consistía en revocar las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por la Jurisdicción Ordinaria, las cuales declararon su incumplimiento de un contrato de arrendamiento, porque a su entender, se vieron supuestamente afectadas por los defectos factico y procedimental.

Aunque se evidencia que el caso planteado en esa decisión judicial, en cuanto a los hechos, pretensiones y fundamentos jurídicos aplicados, versa sobre un asunto radicalmente distinto al que se ventiló en la decisión que se ataca mediante la presente acción de tutela, lo cual indica la inexistencia de un precedente judicial, no está de más recordarle al actor que en tal caso la Corte lo que hace es encargarse de interpretar armónicamente los principios del *iura novit curia* y de congruencia procesal, para llegar a la conclusión de que no hubo falta de consonancia entre lo pedido y lo resuelto y, además, precisó que:

“La labor del juez, entonces, consiste en garantizar la primacía del derecho sustancial, con apego a lo solicitado por la parte, pero sin desconocer la aplicación del principio “iura novit curia”, antagónico al exceso procedimental que sacrifica el derecho sustancial. No significa lo anterior que el principio mencionado propicie la vulneración de la congruencia de las decisiones o, en otras palabras, que el juez falle con una sentencia cuyo contenido sea ajeno a lo pretendido en la demanda, porque resuelve un asunto distinto extraño a las pretensiones de la demanda”.

(ii) Mediante la sentencia T-116 de 2004, la Corte Constitucional resolvió revocar las sentencias de tutela de primera y segunda instancia, proferidas, respectivamente, por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Pasto y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Nariño, mediante las cuales se negó el amparo solicitado por el actor.

Al accionante, en otrora alcalde del municipio de Tumaco, debido a una enfermedad, se le declaró la falta absoluta de su cargo por parte del Gobernador del departamento de Nariño, y en su reemplazo, designó a una persona que no pertenecía al partido, grupo político o coalición que lo había apoyado para ser elegido alcalde de Tumaco. Es decir, que el gobernador de Nariño no tuvo en cuenta la terna enviada por su movimiento político para designar su reemplazo.

Es un hecho que tanto el sustrato fáctico, como el problema jurídico²⁵ y la normatividad aplicada para resolver dicho caso, dista mucho de que la Sección Quinta haya declarado la nulidad de la elección del accionante (Como Representante por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes) por causa de encontrar que la Organización de base que lo avalaba no contaba con la debida inscripción ante el Ministerio del Interior, motivo por el cual esa decisión judicial tampoco constituye un precedente al que haya debido atenerse la Sección demandada.

Finalmente, en este cargo, el accionante propuso que la Sección Quinta omitió que la Corte Constitucional, mediante sentencia T-576 del 4 de agosto de 2014, resolvió “dejar sin efectos” el Decreto N.º 2163 de 2012, lo cual, a su entender, provocó que el Decreto 3770 de 2008 recobrarla vigencia, ratificando así la sujeción de las Resoluciones de inscripción (158 de 25 de marzo de 2009 “por la cual se inscribe una Organización en el Registro Único de Consejos

²⁵ “10. El presente caso contiene diversos problemas jurídicos, que giran en torno a problemas de interpretación constitucional.

Lo anterior por cuanto el centro de la discusión gira en torno a la interpretación del artículo 314 de la Constitución, modificado por el artículo 3 del Acto Legislativo 2 de 2002. A partir de éste surgen diversos debates: (i) si la nueva disposición constitucional demanda o no la presentación de ternas –conforme a la Ley 136 de 1994-; (ii) si los movimientos, partidos o coaliciones que apoyaron al candidato elegido inicialmente como alcalde, deben ser tenidos en consideración, aun cuando hayan perdido su personería jurídica.

Para resolver estos interrogantes, la Corte deberá, en primera medida, definir los márgenes de interpretación de la Constitución pertinentes para el presente caso. Luego, se analizará si el gobernador desconoció tales parámetros”.

Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras”²⁶) y actualización (142 del 3 de diciembre de 2013, “por el cual se actualiza una Organización de Base de Comunidades Negras, en el Registro Nacional Único de Organizaciones de Base y Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior”²⁷) de la FUNECO al Ministerio del Interior, de conformidad con la norma vigente.

Aunque en efecto, la sentencia atacada mediante la presente acción constitucional, fue proferida el 14 de julio de 2016, fecha para cuando ya se había proferido la sentencia T-576 de 2014, la Sala advierte que debe hacerse un análisis un poco más profundo en virtud de los presupuesto de la aplicación de la ley en el tiempo.

La Corte Constitucional, en el numeral 3º de la providencia bajo examen, dispuso “dejar sin efectos” la Resolución 121 de 2012, “Por la cual se convoca a los representantes legales de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andrés, Providencia y Santa Catalina a Asambleas Departamentales y se dictan otras disposiciones” y los demás actos administrativos que se profirieron a su amparo, en especial, el Decreto 2163 de 2012, por medio del cual se conforma y se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Raizales y Palenqueras y se dictan otras disposiciones.

Empero, lo anterior no debe interpretarse como si el Decreto 2163 del 19 de octubre de 2012 nunca hubiera existido en el plano jurídico, y que por lo tanto nunca produjo efectos, máxime cuando la Corte no moduló los efectos de la parte resolutive de la sentencia T-576 del 4 de agosto de 2014, motivo por el cual debe entenderse, que esa cesación de efectos sólo empezó a regir hacia futuro, justamente, desde la fecha de la providencia referida.

En consecuencia, el Decreto 2163 de 2012, hoy derogado, sí produjo sus efectos derogatorios sobre el Decreto 3770 de 2008, durante el lapso comprendido entre

²⁶ Folio 157 del cuaderno digital N.º 1 del expediente ordinario.

²⁷ *Ibíd.* folio 162.

el 19 de octubre de 2012 hasta el 4 de agosto de 2014; período durante el cual se expidió la Resolución N.º 142 del 3 de diciembre de 2013, mediante la cual se actualizó²⁸ la inscripción de FUNECO al Ministerio del Interior.

Bajo este entendido es que se considera un error jurídico, pretender alegar, mediante el escrito de tutela, que en virtud de la decisión de la Corte Constitucional de dejar sin efectos el Decreto 2163 de 2012, derogatorio del Decreto 3770 de 2008, este último recobró vida jurídica a partir del 4 de agosto de 2014, y por los mismo, todos los actos administrativos expedidos bajo su amparo, aun siendo anteriores a la sentencia T-576 de 2014, igualmente vuelven a producir efectos jurídicos.

Por todo lo analizado, la Sala encuentra que la sentencia del 14 de julio de 2016, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, no está viciada de los defectos sustantivo, violación directa de la Constitución Política ni desconocimiento del precedente y, por consiguiente, no se menoscabaron los derechos fundamentales del accionante, razón por la cual se denegará el amparo solicitado.

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

F A L L A:

PRIMERO.- DENIÉGASE el amparo solicitado por **MOISÉS OROZCO VICUÑA**, de sus derechos fundamentales al debido proceso, a ser elegido, a participar en el ejercicio y control del poder político, al trabajo y a la igualdad.

²⁸ Artículo 1. Actualícese en el Registro Nacional Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras la Organización de base denominada Fundación Ébano de Colombia -FUNECO-. Localizado en la ciudad de Sincelejo departamento de Sucre, representado legalmente por la señora Érica Marina Hurtado Sabala identificada con C.C.: 1.102.805.033 de Sincelejo (Sucre), con la dirección de notificación en la calle 20 carrera 20-47 oficina 504, piso 5, Sincelejo departamento de Sucre, celular 311 693 16 71, correo electrónico ericahurtadoz@hotmail.com.

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO.- REMÍTASE el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnada, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

GUILLERMO VARGAS AYALA