

Sentencia T-123/07

ACCION DE TUTELA-No puede interponerse para dejar sin efecto la inscripción de candidatos a elecciones populares y para obtener escrutinio de votos a favor de determinados aspirantes

DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO-Control judicial de actos de elección y nombramiento

COMUNIDADES INDIGENAS-Sujeción a ciertas reglas establecidas por el legislador para el desarrollo del debate electoral no afecta la autonomía de las mismas

Es preciso indicar que la sujeción de las comunidades indígenas a ciertas reglas establecidas por el legislador para el desarrollo del debate electoral, no afecta la autonomía de las mismas ni la protección de su identidad cultural, pues no se trata de aspectos internos relacionados con las garantías de autogobierno y autodeterminación, sino de la forma en que aquéllas acuden a la conformación del poder público del Estado. En ese sentido, por ejemplo, la Corte declaró exequible los artículos 6º, 7º y 8º de la Ley 649 de 2001, por medio de los cuales se somete a los candidatos por circunscripciones especiales al deber de inscribirse como candidatos ante el Registrador Nacional o su delegado, al régimen general de incompatibilidades e inhabilidades que la Constitución prescribe para los congresistas y al régimen general de los demás miembros de dicha corporación. La Corte señaló que más allá del hecho de tratarse de circunscripciones especiales destinadas a fortalecer la participación de ciertos grupos, se justifica la exigencia de requisitos especiales para los Representantes que se postulen por ella.

ACCION ELECTORAL-Permite controlar jurídicamente la validez de las elecciones

Para la Corte resulta claro que la acción electoral permite controlar jurídicamente la validez de las elecciones, así como los actos previos o de trámite (como los de inscripción de candidatos) y las calidades constitucionales y legales del candidato elegido y que dichos mecanismos están al alcance de las comunidades indígenas como titulares de un derecho de participación derivado de la Constitución y la Ley.

CONTROL DE ACTOS DE TRAMITE A TRAVES DE ACCION DE TUTELA/ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO DE TRAMITE-Requisitos de procedencia

La Corte ha señalado que la acción de tutela contra actos de trámite sólo procede con carácter excepcional cuando el Estado ha actuado con prescindencia de todo referente legal y ha incurrido en una vía de hecho que impide al afectado contar con las garantías mínimas del debido proceso administrativo. Así, “la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite” sólo es posible cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación y ha “sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada por parte del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.” En estos eventos, la acción de tutela actúa como mecanismo definitivo sobre el acto de trámite, para encauzar el procedimiento administrativo en curso y permitir al afectado el ejercicio de las garantías del debido proceso, pero sin interferir en el sentido de la decisión definitiva que deba adoptar la Administración y sin sustituir, por tanto, el control posterior de legalidad que corresponde ejercer a la jurisdicción contenciosa administrativa. Además, la Corte ha considerado que cuando en vía de tutela se alega la existencia de una vía de hecho en un acto de trámite, es necesario que la correspondiente actuación administrativa no haya finalizado, pues al existir un acto administrativo definitivo, el interesado cuenta con un medio de defensa judicial efectivo (acción contenciosa), a través del cual puede controvertir las irregularidades que a su juicio han sido cometidas por el Estado en la tramitación de la actuación administrativa. Por ello, como se reiteró en la Sentencia C-557 de 2001 anteriormente citada, uno de los requisitos esenciales para la procedencia de la acción de tutela en el caso de los actos de trámite por vía de hecho, es que “el proceso dentro del cual se expidió el acto de trámite no haya terminado.”

El interesado deberá presentar la acción de tutela tan pronto tenga conocimiento de la irregularidad que lo afecta, pues esta circunstancia marca el punto de partida para analizar si la acción ha sido interpuesta oportunamente, es decir, con respeto del principio de inmediatez. Con relación a este requisito, la Corte ha señalado en diversas oportunidades que debe existir un término razonable entre la ocurrencia de la vulneración o puesta en riesgo de los derechos fundamentales del accionante y la presentación de la demanda, en la medida que la naturaleza misma de este medio de defensa judicial no sólo tiene que ver con la urgencia en la protección de las garantías constitucionales de una persona, sino también con el respeto a la seguridad jurídica y a los derechos de los terceros afectados. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que para determinar si la acción de tutela ha sido oportuna y se ha cumplido el requisito de inmediatez, deben tenerse en cuenta, en

cada caso concreto, aspectos tales como: (i) si existe un motivo válido para la inactividad del accionante, (ii) si la inactividad injustificada podría causar la lesión de derechos fundamentales de terceros de llegarse a adoptar una decisión en sede de tutela, y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados. En conclusión, además de que la actuación administrativa no haya finalizado, es necesario que el accionante cumpla el requisito de inmediatez, de manera que la tutela sea presentada tan pronto se tenga conocimiento de la irregularidad en el acto intermedio o de trámite que afecta los derechos fundamentales del interesado. Ello evita que la acción sea utilizada para subsanar la negligencia del accionante y que con ella se afecte indebidamente la seguridad jurídica y los derechos de los terceros con interés legítimo en la actuación administrativa.

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS DE INSCRIPCION A LAS ELECCIONES AL CONGRESO Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

Para la Corte es claro que, como lo señaló el Consejo Seccional de la Judicatura en primera instancia, la acción de tutela no cumplió el requisito de inmediatez y ello la hace improcedente. En efecto, si el demandante consideraba que la violación de sus derechos fundamentales se presentaba a partir de una vía de hecho en los actos de inscripción que tuvieron como fecha límite el 7 de febrero de 2006, debió accionar de inmediato y no dejar que se cumplieran etapas posteriores del debate electoral en las que cada vez más se involucraba la confianza de electores y candidatos y se consolidaban los resultados finales de la respectiva elección. La acción de tutela contra actos preparatorios o de trámite exige que la demanda sea presentada de manera inmediata, una vez se ha tenido conocimiento de la irregularidad que afecta los derechos fundamentales del actor. De lo contrario, la urgencia que fundamenta el amparo constitucional se diluye y la posible afectación del derecho fundamental permite su remedio por los mecanismos ordinarios de defensa sin necesidad de la intervención del juez constitucional. Por tanto, no basta simplemente, como sostiene el accionante en su impugnación, que el acto de trámite tenga incidencia en el acto definitivo y que la tutela sea presentada antes de la expedición de este último, sino que es necesario que con dicho acto preparatorio se incurra en una vía de hecho y que, como en cualquier otro caso, el interesado cumpla el requisito de inmediatez y presente su acción tan pronto sean afectados sus derechos fundamentales, si no existe una causa que se lo impida. En estos casos, la tutela busca impedir que la actuación administrativa siga su curso y que antes de

su finalización se corrijan las situaciones que afectan el debido proceso del accionante, pero no puede servir como mecanismo paralelo para el control material de las decisiones de la Administración, pues para ello existen las acciones correspondientes ante la jurisdicción contencioso administrativa.

ACCION ELECTORAL-Mecanismo de defensa judicial para la discusión de actos electorales definitivos y de trámite

Lo alegado por el demandante respecto a las calidades de la candidata electa y de otros aspirantes a la circunscripción especial indígena, es un asunto que se debe discutir a través de los medios ordinarios de control judicial, lo que ratifica en este caso concreto, la improcedencia de la acción de tutela ante la existencia de otro medio de defensa judicial (art.6º del Decreto 2591 de 1991). El juez de tutela no podría por vía de este mecanismo preferente y sumario, ordenar, como lo pretende el accionante, que la autoridad administrativa excluya votos de determinados candidatos y avale únicamente los de algunos aspirantes, pues la verificación de los requisitos legales de unos y otros corresponde, por vía de acción, a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de un proceso público y abierto en que tengan cabida no solamente los interesados sino cualquier ciudadano.

Referencia: expediente T-1424119

Acción de tutela instaurada por el Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- contra el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- y el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, dentro de la acción de tutela instaurada por el Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- contra el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

I. ANTECEDENTES

La Sala de Selección Número Diez (10) de la Corte Constitucional, mediante Auto del veintiséis (26) de octubre de 2006, seleccionó la presente acción de tutela y la repartió a esta Sala para su revisión.

1. La demanda de tutela

El Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- instauró acción de tutela contra el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, por haber permitido la inscripción y participación en las elecciones al Congreso de la República del 12 de marzo de 2006, por la circunscripción especial indígena de la Cámara de Representantes, de cuatro (4) movimientos políticos ajenos a los intereses y reivindicaciones de dichas comunidades. Señala que, en consecuencia, los dos únicos movimientos que sí representaban a los pueblos indígenas (Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- y Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia -AICO-) vieron reducidos sus espacios de participación política garantizados directamente por la Constitución.

Solicita entonces: (i) Que se ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil dejar sin valor ni efecto, las inscripciones de los candidatos de los movimientos que no tienen representatividad ni origen en los pueblos indígenas: Únete Colombia, Movimiento de Participación Comunitaria MPC, Movimiento Político Comunal y Comunitario de Colombia y Polo Democrático Alternativo; (ii) Que se ordene al Consejo Nacional Electoral escrutar exclusivamente los votos obtenidos por los movimientos políticos representativos de las comunidades indígenas: Autoridades Indígenas de Colombia -AICO- y Alianza Social Indígena -ASI-; (iii) Que se ordene al Consejo Nacional Electoral abstenerse de declarar la elección de la señora Orsinia Polanco Jusayú, quien obtuvo la mayor votación por la circunscripción especial indígena en nombre del Polo Democrático Alternativo.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda se pueden resumir de la siguiente manera:

1.1.1 En las elecciones a la Cámara de Representantes del 12 de marzo de 2006, circunscripción especial de las comunidades indígenas, la Registraduría Nacional del Estado Civil permitió la inscripción de cuatro (4) partidos políticos que el demandante considera ajenos a los intereses y reivindicaciones de dichas comunidades (Únete Colombia, Movimiento de Participación Comunitaria, Movimiento Político Comunal y Comunitario de Colombia y el Polo Democrático), los que entraron a competir con los dos únicos movimientos que, a juicio del demandante, si representan a los pueblos indígenas: Autoridades Indígenas de Colombia -AICO- y Movimiento Alianza Social Indígena -ASI-.

1.1.2 Surtida la jornada electoral del 12 de marzo de 2006, la mayor votación en la circunscripción especial indígena fue para la candidata que se postuló por el Polo Democrático Alternativo, señora Orsinia Polanco Jusayú.

1.1.3 A la fecha de presentación de la tutela no se ha hecho la declaratoria de la elección ni se han expedido las respectivas credenciales a la candidata del Polo Democrático Orsinia Polanco Jusayú, por lo que no es posible ejercer la acción de nulidad electoral, “dado que el acto que se debe impugnar por esta vía es el electoral.”

1.1.4 Esta situación (elección de una candidata que no representa a las comunidades indígenas) causa perjuicios ostensibles a los pueblos indígenas, a tal punto que la representante del Polo Democrático Alternativo, Orsinia Polanco Jusayú, “quien no ha sido reconocida como legítima representante de los grupos indígenas, ha generado una serie de distorsiones en el ámbito de su actuación pública, que la han llevado a sostener la preeminencia de su etnia sobre las demás, en abierta contradicción con una realidad que constata la existencia de 85 grupos étnicos...”

1.1.5 El demandante señala que adicional a lo anterior, el candidato del Movimiento de Participación Ciudadana (Casimiro Cabrera) también presentó reclamaciones por un cambio técnico de última hora en el tarjetón electoral, que en su momento generó confusiones en los electores de la circunscripción especial indígena (eliminación del número que identificaba a todos los candidatos de la circunscripción especial indígena).

1.2. Los derechos fundamentales invocados y el fundamento de la acción

Como sustento de la demanda se citan el Preámbulo y los artículos 1, 2, 7, 13, 40, 93 y 176 de la Constitución Política. Con base en dichas normas el demandante se refiere a los siguientes aspectos:

a) Requisitos que deben cumplir los partidos que se postulan para participar en la circunscripción especial indígena.

Indica que la circunscripción especial indígena tiene alcance nacional y ha sido creada, “no en función de un partido, movimiento político o grupo significativo determinado, sino de ciertos grupos sociales (indígenas), cuya participación se busca fomentar, dotándolos de representación”. Que una cosa es que dicha circunscripción se encuentre abierta a todo el electorado, independientemente de que el votante pertenezca o no a una comunidad indígena, y otra “los requisitos que deben cumplir los partidos, movimientos políticos o grupos significativos y postulantes a dicha circunscripción, para garantizar que representarán los intereses reales de los grupos en cuestión, y evitar la desnaturalización de esta circunscripción especial.”

Cita la sentencia C-169 de 2001 y afirma que si bien el artículo 108 de la Constitución Política señala que los movimientos políticos con personería jurídica pueden inscribir candidatos sin requisito adicional alguno, dicha norma debe interpretarse de manera matizada en lo que a circunscripciones especiales se refiere, pues la garantía de representación de los grupos minoritarios está dada, esencialmente, “por los requisitos que tales partidos, movimientos o grupos significativos deben llenar al momento de postularse.”

Que, “suponer que cualquier movimiento político o grupo significativo” puede presentarse legítimamente a una elección por una circunscripción especial de comunidades indígenas, “sería despojar a esta circunscripción especial indígena de su esencia participativa, pluralista e igualitaria que consagra la Carta Política, y que se erige en regla fundamental del juego político.” Que, por tanto, la circunscripción especial indígena dota a estas comunidades de vocería y representación en la Cámara de Representantes, con lo que se garantiza su derecho efectivo de participación política y se les da la posibilidad de expresar su visión especial del mundo, que representa un hecho social digno de ser reconocido y protegido.

b.) La comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales

Se refiere a la Sentencia T-380 de 1993 y señala que los derechos fundamentales no se predicen solamente de los miembros individualmente considerados sino de la comunidad indígena misma, que es presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. Que la defensa de la diversidad cultural no puede quedar librada a la protección de intereses individuales de los miembros de la comunidad, sino que exige el respeto de los derechos del grupo, de forma que la personería sustantiva del mismo “es lo único que les confiere estatus para gozar de derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos le sean conculcados ” Que, por ello, los derechos fundamentales de los grupos indígenas, quienes no tienen una visión individualista del mundo, es diferente a los derechos colectivos de otros grupos humanos.

c) Control de espacios políticos que garanticen el proceso de desarrollo de las comunidades indígenas.

En este aparte, la demanda cita el artículo 7º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Ley 21 de 1991), que se refiere al derecho de los grupos étnicos a tomar sus propias decisiones y a controlar su desarrollo económico, social y cultural. Señala que la mejor forma de proteger ese derecho es el respeto de sus espacios de participación efectiva en el Congreso, tal como fue la intención del constituyente al crear las circunscripciones especiales, con el fin de “garantizar la participación de las grandes organizaciones étnicas en el Congreso de la República y no para que los grandes partidos políticos cooptaran estos espacios”.

Que, si bien es cierto que en materia electoral prevalece la voluntad electoral, en el presente caso “ésta aparece afectada, pues el elector, al momento de sufragar, no estaba en la posibilidad de conocer los límites constitucionales que operaban para que los postulantes pudieran legítimamente inscribirse y participar en la circunscripción especial indígena y mucho menos discernir que este espacio estaba siendo cooptado por partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos, ajenos a los intereses colectivos y expectativas de los pueblos indígenas.”

d) Sujeción parlamentaria al régimen de partidos.

Advierte que de acuerdo con la Ley 974 de 2005, los partidos políticos deberán actuar con sujeción al régimen de bancadas, de manera que las decisiones de sus integrantes quedarán sujetas a lo aprobado por el movimiento al cual pertenecen. Que, por ello “se hace clara la sujeción del parlamentario a los estatutos del partido o movimiento político, ya que deben actuar en grupo y coordinadamente-actuación en bancadas-, sin que pudiera en el caso sometido a examen constitucional “representar los intereses de los grupos indígenas, dado que ello ocasionaría la violación del régimen de bancadas”.

Con fundamento en todo lo anterior, la demanda concluye que “el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil no velaron por los derechos de los indígenas, como les competía, dándoles plenas garantías desde el momento mismo de la inscripción a partidos, movimientos políticos, grupos significativos y candidatos, que se postularon a través de la circunscripción especial.”

2. Respuesta de las entidades demandadas

2.1 Registraduría Nacional del Estado Civil.

La Registraduría Nacional del Estado Civil interviene a través de la Directora de su Oficina Jurídica, para solicitar que la acción sea negada, con base en los siguientes argumentos:

a) Normatividad vigente con relación a la inscripción de candidaturas y otorgamiento de avales para las circunscripciones especiales.

Indica que de acuerdo con los artículos 108 de la Constitución Política (modificado por el Acto Legislativo 1 de 2003) y 9º de la Ley 130 de 1994, los partidos y movimientos políticos son los nuevos protagonistas del sistema electoral y sobre ellos recae la responsabilidad y el derecho de inscribir candidatos a cargos de elección popular, ya sean plurinominales o uninominales, “sin ningún requisito adicional a otorgar un aval a sus miembros o aspirantes.”

Afirma que el artículo 176 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2005, establece tres circunscripciones electorales: (i) una territorial; (ii) una especial para asegurar la participación de “los grupos étnicos y de las minorías políticas”, la cual podrá elegir hasta cuatro representantes y (iii) una internacional que elegirá un representante.

Refiere luego que la Ley 649 de 2001 y el Decreto 4767 de 2005 fijan el número de representantes para cada circunscripción electoral, que en el caso de la circunscripción especial de los grupos étnicos y las minorías políticas, está distribuido así: dos (2) para las comunidades negras, uno (1) para las comunidades indígenas y uno (1) para las minorías. Cita otros artículos de la misma ley y resalta el 2º, en el que se señala:

“ARTÍCULO 2o. CANDIDATOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. Los candidatos de las comunidades indígenas que aspiren a ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización refrendado por el Ministerio del Interior.”

Advierte que en el caso de la circunscripción especial indígena todos los candidatos inscritos cumplieron los requisitos señalados en el artículo anterior.

b) Existencia de un concepto del Consejo Nacional Electoral

Señala que para evitar diversas interpretaciones en esa materia, el Registrador Delegado en lo Electoral elevó una consulta al Consejo Nacional Electoral, en la cual se preguntó expresamente: “¿Pueden los partidos y movimientos políticos inscribir listas para Cámara de Representantes por circunscripción ordinaria y simultáneamente listas por circunscripción especial de minorías políticas, negritudes, indígena y circunscripción especial internacional?” Y frente a ese interrogante el Consejo Nacional Electoral concluyó: “En lo que a las comunidades indígenas respecta, al igual que para Senado, la Ley 649 de 2001, instaura un régimen de calidades especiales para los candidatos que conformen la lista, pero igual que se prevé para la cámara alta, no limita el derecho de postulación de candidaturas a los partidos y movimientos, resultando aplicables los argumentos vertidos con anterioridad.”

Afirma que de acuerdo con dicho concepto, quedó claro que la normatividad vigente no excluye o discrimina la participación de los grupos o movimientos políticos en la circunscripción especial indígena, siempre que el respectivo candidato cumpla los requisitos exigidos por la ley.

Indica que para el caso de las pasadas elecciones, todos los candidatos aportaron “aval de partido o movimiento político con personería jurídica y la respectiva REFRENDACIÓN suscrita

por el Director de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia certificando que los ciudadanos avalados si pertenecían a una organización indígena”, con lo cual se cumplían los requisitos exigidos en la Ley 649 de 2001.

d) Requisitos sustanciales para interponer una acción de tutela y prueba de la vulneración de derechos fundamentales.

Indica que tanto las normas que establecen los términos y condiciones para inscribir candidatos, así como la resolución que fijó el Calendario Electoral, en el que se prevé las fases de inscripción de candidatos, son actos de carácter general contra los cuales la tutela es improcedente, tal como señala expresamente el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Resalta que tales normas son de carácter impersonal y abstracto y que son ellas las que establecen los requisitos existentes para participar en el debate electoral. Que, en esa medida, el accionante no puede pretender que se desconozca la normatividad vigente y el pronunciamiento del Consejo Nacional Electoral y se ordene a la Registraduría ejecutar “una acción que no está dentro de su órbita, en este caso, permitir dejar sin efectos las inscripciones de ciudadanos dentro de los plazos y requerimientos legales establecidos.”

Cita diversas sentencias de la Corte Constitucional e indica que si bien el actor se refiere de forma genérica a diversos derechos fundamentales, la realidad es que “en ningún momento la situación en la que se inscribieron los candidatos al Congreso estuvo precedida de una acción que vulnerara derechos fundamentales por parte de la entidad.” Afirma que en este caso el actor pretende por una vía equivocada “controvertir la actuación de la RNEC, y de forma errónea alegando la violación de derechos fundamentales con simples afirmaciones”.

Concluye que: (i) la actuación de la Registraduría se sujetó a las normas vigentes y se limitó a cumplir su deber constitucional y legal de inscribir los candidatos presentados por los movimientos y partidos políticos que cumplían los requisitos legales; y (ii) los partidos y movimientos políticos cuentan con la facultad de inscribir y modificar las listas de candidatos inscritos hasta antes del vencimiento del término fijado para tal fin, de conformidad con las normas vigentes”. Señala que, por tanto, una decisión favorable al accionante “afectaría intereses de carácter general, toda vez que estaríamos frente a un tratamiento de carácter particular y privilegiado, que afectaría flagrantemente otro derecho fundamental consagrado en nuestra Carta Política, TRADUCIDO EN EL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD que

poseen muchos ciudadanos que se acogieron a los plazos y requerimientos definidos para inscripción de candidaturas, en las elecciones de Congreso de 2006”.

2.2 Consejo Nacional Electoral

A través de su Asesora Jurídica y de Relatoría, el Consejo Nacional Electoral intervino en el proceso y solicitó que la acción se declarara improcedente, por cuanto se trata de un mecanismo transitorio y excepcional, no paralelo a las instancias administrativas, ni adicional frente a los mecanismos ordinarios de control.

Señala que en el caso concreto, el proceso de inscripción de candidatos es un hecho superado, pues de acuerdo con el calendario electoral el respectivo plazo venció el 7 de febrero de 2006, de acuerdo con lo previsto en el artículo 88 del Código Electoral, modificado por el artículo 4º de la Ley 62 de 1988.

Considera que la orden de excluir los votos obtenidos por los cuatro movimientos políticos diferentes al Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- y al Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia -AICO, “es abiertamente violatoria del derecho fundamental al debido proceso descrito en el artículo 29 de la Constitución Política, en tanto el procedimiento de escrutinios se encuentra plenamente reglado por el Código Electoral, que prevé las taxativas causales por las cuales proceden las reclamaciones y las consecuencias puntuales de exclusión de mesas, para no contabilizar los votos depositados.” Que, en tal sentido, el Consejo Nacional Electoral no podría extender su función escrutadora a reclamaciones diferentes a las previstas en el artículo 192 del Código Electoral, tal como lo señaló el Consejo de Estado en la Sentencia del 18 de febrero de 2005. Y que, en todo caso, lo cierto es que el accionante no hizo solicitud alguna al momento de realizarse los escrutinios, por lo que la reclamación por vía de tutela resulta, además de todo, extemporánea.

Afirma que el actor cuenta con mecanismos judiciales adecuados para el control de los actos de elección y de sus escrutinios, los cuales son eficaces para resolver la solicitud realizada por el accionante, en el sentido de excluir los votos de algunos candidatos. Cita para ello una sentencia del 12 de mayo del 2005 del Consejo de Estado, en la que se señala que los actos administrativos no pueden ser controlados por vía de tutela, sino a través de las acciones ordinarias ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Indica que la acción también es improcedente, si se tiene en cuenta que el demandante no demostró ni concretó el perjuicio irremediable, ni las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 para que la acción opere como mecanismo excepcional.

Advierte que además de lo anterior, al revisar la controversia planteada por el demandante se observa que “la inscripción de de listas de candidatos por partidos y movimientos políticos, en las circunscripciones especiales del Senado y la Cámara de Representantes, no afecta los derechos fundamentales que cita el actor.” En apoyo de tal afirmación transcribe el Concepto No.125 de 2006 de la Sala Plena del Consejo Nacional Electoral, en el que se concluye que los movimientos y partidos políticos sí están habilitados para inscribir listas de candidatos tanto por la circunscripción ordinaria, como por las circunscripciones especiales (corresponde al mismo concepto al que ya se refirió la Registraduría Nacional del Estado Civil).

Finalmente señala que: (i) no se ha desconocido el artículo 40 de la Constitución Política, en cuanto la democracia es participativa y garantiza el pluralismo; (ii) no se vulnera el artículo 93 de la Constitución Política, en tanto que no existe ningún derecho fundamental en entredicho. Y concluye entonces que se evidencia “la ausencia de razones jurídicas válidas para invocar la protección a los derechos fundamentales mediante esta acción de tutela, en cuanto el Consejo Nacional Electoral no ha vulnerado derechos fundamentales al Movimiento Alianza Social Indígena, ni a la diversidad étnica y cultural, o a la participación y ejercicio del control político”.

3. Intervención de personas citadas por el juez de primera instancia como terceros con interés legítimo.

3.1 Orsinia Polanco Jusayú, candidata del Polo Democrático Alternativo, elegida a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial de las Comunidades Indígenas.

Orsinia Polanco Jusayú, candidata elegida por la Circunscripción Especial de las Comunidades Indígenas, interviene en el proceso a través de su apoderado Yuris Mijailoth Uriana Ipuana, quien solicita que no se acceda a la acción de tutela.

En primer lugar, responde uno a uno los hechos de la demanda, con énfasis en las siguientes

circunstancias:

i. No es cierto que el Polo Democrático Alternativo no represente las reivindicaciones de los pueblos indígenas, pues desde su fundación se ha caracterizado por reunir una diversidad de sectores sociales, tales como las organizaciones de mujeres, campesinos, afrocolombianos, sindicalistas, homosexuales, indígenas, trabajadores, etc. Ello lo demuestra el hecho de que muchos indígenas son miembros del Polo Democrático Alternativo (Lorenzo Muelas, Francisco Rojas Birry, Gerardo Jumi, etc.).

ii. Los candidatos avalados por los movimientos políticos contra los cuales el actor dirige su demanda, son indígenas y reunieron los requisitos exigidos por los artículos 176 de la Constitución Política y 2º de la Ley 649 de 2001 para ser candidatos a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Especial Indígena, “lo cual significa que sí representan los intereses y derechos de los pueblos indígenas”. Que, lo importante no son los partidos sino la calidad de los candidatos, tal como sucede en este caso, ya que Orsinia Polanco Jusayú es “una indígena Wayuu del Municipio de Uribia, Departamento de la Guajira, Resguardo de la Alta y Media Guajira, miembro de la comunidad PETSUAPA, del clan JUSAYÚ, quien acreditó ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, con la refrendación del Ministerio del Interior y de Justicia (Dirección de Etnias), su condición de indígena líder de su comunidad y organización indígena desde el año 1994”, condiciones que se adecuan a la Constitución y la ley.

iii. Que el hecho de que Orsinia Polanco Jusayú no pertenezca al Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- no significa que no esté legitimada ni reconocida por los pueblos indígenas, ni que pierda su pertenencia a dicha comunidades, a quienes puede representar válidamente.

iv. Que la Ley 974 de 2005 permite un entendimiento distinto al que presenta el accionante, pues la indígena Orsinia Polanco Jusayú podrá actuar con el apoyo del Polo Democrático Alternativo en la defensa de los intereses de los pueblos indígenas, tal como el mismo movimiento demandante lo ha hecho, “quienes también son un PARTIDO POLÍTICO” y apoyaron a un candidato presidencial no indígena como Antanas Mockus.

Respecto de los fundamentos jurídicos de la demanda, señala que no se observa relación de

causalidad entre los derechos invocados en la demanda y las imputaciones del tutelante. Que la Constitución Política se funda en la participación democrática y en la soberanía popular y que en el caso de Orsinia Polanco Jusayú, ésta fue postulada por una organización democrática y “el pueblo bajo su decisión soberana la eligió como Representante por la Circunscripción Especial Indígena.”

Se refiere luego a la improcedencia de la acción con base en los siguientes argumentos:

i. Por falta de comprobación cierta de la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Indica que el Movimiento Alianza Social Indígena no ha demostrado “ni con hechos, ni con pruebas” tal vulneración y, por el contrario, está acreditada la participación de varios indígenas que representaron diversas etnias y movimientos políticos, en igualdad de condiciones y con las mismas garantías constitucionales y legales. Que en el proceso electoral de marzo de 2006 se garantizó la efectividad de los derechos políticos, así como la diversidad étnica y cultural, pues todos los candidatos indígenas tuvieron posibilidad de participar en condiciones de igualdad. Que en el caso concreto de la candidata del Movimiento Alianza Social Indígena (ASI), Rosa Tulia Iguarán, las autoridades electorales garantizaron su derecho de participación y ejercicio del control político, permitiendo su inscripción como aspirante a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial indígena, “pero es el pueblo y las comunidades indígenas mediante su voto, quienes ratifican y hacen efectivos aún más estos principios y derechos constitucionales, y fueron quienes eligieron a ORSINIA POLANCO JUSAYÚ, indígena Wayuu, como representante de sus derechos en el Congreso de la República en la Cámara de Representantes.”

Indica que su elección como representante de la circunscripción especial indígena se hizo en ejercicio del derecho de participación, con respeto integral del ordenamiento constitucional y legal y del derecho a la igualdad, en su condición de indígena, como parte de su derecho a elegir y ser elegida, todo ello de acuerdo con el ordenamiento interno y los convenios y tratados internacionales de derechos humanos y de protección de las comunidades indígenas. Que “la Alianza Social Indígena ASI, no es vocera única de los Pueblos Indígenas, porque de ser así, estaría violando el principio constitucional de la pluralidad y diversidad étnica y cultural, lo que sucede es que la ASI, como una organización política, social e

indígena, perdió las elecciones con otra candidata indígena Wayuu que proviene de unas organizaciones regionales indígenas que no hacen parte de la Alianza Social Indígena ni de la Organización Indígena de Colombia ONIC y pretenden a toda costa, a través de demandas temerarias y de hechos impertinentes e infundados conseguir su elección.” (negritas originales).

i. Por la existencia de otros medios de defensa judicial. Señala que el actor reconoce que se debe demandar el acto de elección, lo que indica “que efectivamente existe un medio de defensa judicial idóneo ajeno a la tutela para hacer valer sus derechos supuestamente vulnerados.” Que, por tanto, lo que busca la tutela es “que se declare la nulidad o dejar sin valor las inscripciones de los candidatos que no hacen parte ni de AICO ni de la ALIANZA SOCIAL INDIGENA y que no se declare la elección de ORSINIA POLANCO JUSAYÚ”, es decir, que por vía de este proceso se declare la elección de la candidata ROSA TULIA IGUARAN, “situación que en verdad atentaría contra los derechos fundamentales de la representante electa ORSINIA POLANCO JUSAYÚ, ya que si el juez de tutela accede a las peticiones del accionante, se le estaría violando el derecho fundamental al debido proceso, ya que existen otros medios judiciales para acceder a sus pretensiones.”

Afirma que, en esa medida, las pretensiones de la presente demanda corresponden a las propias de la acción de nulidad electoral, la cual se debe presentar ante el Consejo de Estado para que sea quien decidida lo que corresponda, de acuerdo con los procedimientos definidos en la ley para el efecto. Que a través de dicha acción se puede revisar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos a los candidatos, la obtención de los votos necesarios para ser elegido, la observancia de los procedimientos de elección y la inexistencia de vicios en la votación, de forma que constituye un mecanismo procesal idóneo dirigido a defender la legalidad y transparencia del sistema democrático.

Reitera que el juez constitucional tiene una competencia restringida, en el sentido de asegurar que no existen otros medios de defensa judicial, pues su función no consiste en reemplazar a los jueces competentes, a menos que se intente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, “lo cual en este caso no se presenta, por cuando los hechos, documentos y demás pruebas que obran en el expediente, no amerita dicho

perjuicio”.

i. Por la inexistencia del elemento “subsidiariedad”, al no haber identificación de la inminencia del perjuicio. Indica que cuando existen otros mecanismos de defensa, la tutela solamente opera como mecanismo transitorio, cuando el actor está enfrentado a un perjuicio irremediable. Cita diversas sentencias de la Corte constitucional y concluye que “tampoco podrá prosperar la acción interpuesta, porque no se da el requisito de subsidiariedad a que se refiere la Constitución y la Jurisprudencia Constitucional.”

3.2 Polo Democrático Alternativo

El Presidente del Polo Democrático Alternativo concurre al proceso y solicita denegar las pretensiones de la demanda, debido a que no hay evidencia de la violación de derechos fundamentales del accionante. Señala además, que existen otros medios de defensa judicial idóneos para impugnar el resultado del debate electoral, “en este caso la Acción Electoral.”

Frente a los hechos de la demanda indica que:

a. El Polo Democrático representa diversos sectores sociales como las organizaciones de mujeres, campesinos, afrocolombianos, homosexuales, indígenas, trabajadores, etc. En tal sentido, “los partidos políticos son expresión de la participación ciudadana” y la “traducción política de las demandas y necesidades que surgen en cada una de las capas, sectores, estamentos, gremios que integran la sociedad.”

b. El Polo Democrático Alternativo no es un partido extraño a los indígenas, pues sus programas los incluyen y reivindican. De hecho, varios líderes indígenas forman parte del Polo Democrático.

Advierte que la demanda carece de fundamentos jurídicos y fácticos y que “no se observa relación de causalidad entre el Derecho de Elegir y Ser Elegido, el de participación de los Partidos Políticos, con las imputaciones elevadas por el tutelante.” Afirma que la Constitución Política descansa en la participación democrática y en la soberanía popular y que en el caso

de la candidata indígena Orsinia Polanco Jusayú, su candidatura es postulada por una Organización Política Democrática y el pueblo bajo su decisión soberana la eligió como Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial Indígena, con la siguiente votación:

Total votos obtenidos

Partido y/o movimiento

27.869

Polo Democrático Alternativo

18.297

Alianza Social Indígena

7.961

Movimiento de Participación Comunitaria MPC

7.341

Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia

5.585

Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia

3.343

Movimiento Únete Colombia

Concluye que la elección de Orsinia Polanco Jusayú es el resultado de: (i) el libre ejercicio del derecho de participación; (ii) el respeto integral al ordenamiento jurídico; (iii) la observancia del derecho a la igualdad; (iv) el ejercicio pleno de los derechos a la diversidad étnica y cultural; (v) la acción plena del derecho a elegir y ser elegido; (vi) la acción plena de los derechos derivados de los tratados internacionales de derechos humanos y de protección a

las comunidades indígenas. Así, Orsinia Polanco “representa a un Grupo Étnico y lo hace como Representante a la Cámara por el Polo Democrático Alternativo.”

3.3 Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia A.I.C.O.

El representante legal del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia A.I.C.O. intervino en el proceso y señaló: “Los candidatos inscritos a la Circunscripción Especial Indígena de nivel Nacional deben cumplir los requisitos exigidos en la Constitución y la ley, sin ningún miramiento los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y grupos significativos de ciudadanos pueden postular aspirantes para obtener las curules. En consecuencia, se puede postular candidatos siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por la Constitución y la ley.”

3.4 Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia

Este movimiento interviene en el proceso a través de su representante legal y solicita que la acción de tutela sea denegada. Inicialmente se refiere a los hechos de la demanda, frente a los cuales señala:

(i) El Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia es una organización de origen social y solidario, pluralista, multicultural y multiétnica; que tiene entre sus principios el de “Inclusión de las diferentes razones políticas, religiosas, económicas, sociales, culturales, raciales, étnicas y de género (Art.6 numeral 4º de los Estatutos)” ; su cobertura se extiende a todo el territorio nacional y “propende por el acceso de los dirigentes comunales y sociales a los cargos de elección popular como puntos de apoyo en la construcción de un Estado Social de Derecho (Art.2 de los Estatutos).” En esa medida, no es un movimiento extraño a los derechos y reivindicaciones de los pueblos indígenas.

(ii) Los candidatos avalados por los partidos y movimientos políticos que se presentaron para la circunscripción especial de que trata la demanda, tenían la calidad de indígenas y reunían los requisitos exigidos por la Constitución (art.176) y por la Ley 649 de 2001 (art.2), “lo cual significa que sí representan los intereses y derechos de los pueblos indígenas y por tal razón la Registraduría Nacional del Estado Civil, los aceptó como tal y procedió a su inscripción.”

(iii) Lo importante no son los partidos o movimientos políticos, sino la calidad de los

candidatos. En el caso del Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia, su candidato Fredy Romeiro Campo Chicangana, es indígena líder del Resguardo Yanacona, condición que se acreditó ante la Registraduría Nacional del Estado Civil y avaló el Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Etnias.

(iv) La reclamación a que se refiere el hecho cuarto de la demanda (reclamación del Movimiento de Participación Comunitaria MPC por cambios en el tarjetón electoral), no guarda relación con este proceso, pues ella se refiere a un hecho técnico completamente distinto que no afecta los derechos fundamentales de los candidatos.

(v) La pretensión del actor, de atacar unas inscripciones y la elección de un candidato, debe hacerse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pues el hecho de que la persona elegida no pertenezca a la Alianza Social Indígena ASI, no la deslegitima como indígena para actuar en representación de su pueblo.

Luego de lo anterior se refiere a los presupuestos fácticos y jurídicos de la acción de tutela y advierte que la misma es improcedente por falta de vulneración cierta de derechos fundamentales, en la medida que se respetó la participación de los pueblos indígenas (todos los candidatos de la circunscripción especial lo eran) y se observaron los principios de participación, pluralidad y protección de los grupos minoritarios, así como los de ejercicio y control del poder político.

Indica que la acción también es improcedente al existir otros medios idóneos de defensa, tal como lo reconoce la demanda al señalar que lo pertinente es ejercer la acción electoral. Que, en esa medida, la acción de tutela pretende obtener la nulidad de un acto de elección y provocar uno sustitutivo que permita la designación de la candidata de la Alianza Social Indígena Rosa Tulia Iguarán, lo cual es competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa. Que, como ha dicho la Corte, la tutela no es un recurso adicional y no desplaza las competencias ordinarias de las demás autoridades judiciales.

Señala que la acción electoral asegura la constitucionalidad y legalidad de las decisiones tomadas por los cuerpos electorales, pues en ella se puede verificar que el elegido cumple los requisitos exigidos por la ley, que ha obtenido el número de votos exigidos para el efecto, que se respetaron los procedimientos electorales y que no existen hechos externos que vicien la legitimidad de la elección (fraude o violencia).

Añade como aspecto final, que “no se está poniendo en riesgo ni en peligro derecho fundamental alguno que pueda causar un perjuicio irremediable, por lo menos, el accionario, sumariamente, no la ha demostrado.” Que, por tanto, no existe el elemento de subsidiariedad, al no haber inminencia de un perjuicio irremediable.

3.5 Casimiro Cabrera Rodríguez - Movimiento de Participación Comunitaria MPC

Casimiro Cabrera Rodríguez, candidato del Movimiento de Participación Comunitaria MPC, manifiesta que comparte la solicitud del numeral 3º de la demanda, en el sentido de abstenerse de declarar la elección de Orsinia Polanco Jusayú, aun cuando se opone a las otras peticiones del actor (en cuanto a contabilizar únicamente los votos de los Movimientos Alianza Social Indígena -ASI- y Autoridades Indígenas de Colombia -AICO-), “porque atentaría contra los derechos fundamentales de igualdad y libertad entre la pluriculturalidad que reina en COLOMBIA.”

Señala que es cierto que presentó reclamación ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Nacional Electoral y la Procuraduría General de la Nación, debido al cambio de la tarjeta electoral, pues en la que se entregó a los electores no figuraba el número 203 que identificaría a todos los candidatos de la circunscripción especial indígena y con base en lo cual se hizo propaganda ante los electores. Que, por ello, el día de las elecciones se presentaron serias irregularidades “que condujeron a que la mayoría de los electores, aún del mismo MPC, fueran confundidos en el momento de votar, o que habiéndolo hecho resultarían nulos dichos sufragios porque al registrar de puño y letra el número 203, que misteriosamente no apareció en los tarjetones de la RNEC, fueron finalmente contabilizados como NULOS, por sospechosa decisión de la REGISTRADORA, tal como ha sido oportunamente denunciado ante las autoridades electorales del país, sin que a la fecha exista pronunciamiento oficial respecto de este fundamental atropello electoral.”

Considera que más allá de las afirmaciones de la demanda sobre las declaraciones que hubiera dado a la prensa la candidata elegida Orsinia Polanco Jusayú, lo importante sería verificar que dicha persona reúne los requisitos exigidos en el artículo 2º de la Ley 649 de 2001, referente a haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de la misma.

Afirma que la Alianza Social Indígena ASI no tiene potestad de atribuirse la representación de

los derechos de los pueblos indígenas, ya que en Colombia son más de 98 comunidades, conformadas y distribuidas en todo el territorio nacional, las cuales están organizadas en diversos movimientos con personería jurídica. Que, por tanto, no entiende porque “el ASI quiere discriminar a los otros participantes indígenas en su libre empeño de acceder a las curules mencionadas y tomarse la vocería de la parte social y la violación de los derechos humanos.”

4. Decisiones judiciales objeto de revisión

4.1. Primera Instancia: Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca – Sala Jurisdiccional Disciplinaria

En sentencia del dieciséis (16) de junio del año dos mil seis (2006), la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura declaró improcedente la acción y denegó el amparo constitucional solicitado, en la medida que la tutela resultaba extemporánea. Sostiene que el proceso de inscripción de candidatos venció el 7 de febrero de 2006 y, por ende, no es válido que el accionante haya guardado silencio en ese momento y posteriormente frente al tarjetón electoral, reaccionando solamente frente a los resultados de las jornadas electorales.

Considera también que la acción de tutela no es el medio para obtener la exclusión de votos de determinados candidatos o grupos políticos y, por esa vía, lograr la elección de un candidato distinto al elegido popularmente, pues para tales efectos se pueden hacer las reclamaciones pertinentes ante el Consejo Nacional Electoral y acudir posteriormente a la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Que, de lo contrario, se desconocería la voluntad y la confianza de los electores en las respectivas votaciones.

Transcribe una gran parte de la Sentencia T-737 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis, y señala que con ella se responden gran parte de los planteamientos hechos por los intervinientes sobre el alcance de la protección dada por la Constitución Política y los tratados internacionales a la diversidad étnica y cultural y al derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, lo cual no se extiende a la tutela de los derechos invocados por el accionante.

Hace notar que la Registraduría Nacional del Estado Civil actuó con base en un concepto del

Consejo Nacional Electoral que avaló expresamente la participación de los grupos o movimientos políticos en la circunscripción especial indígena y concluye que, “no sólo por lo extemporánea de la acción, sino porque no se vislumbra la violación de derechos fundamentales en los actos futuros a realizar por las accionadas con base en los resultados electorales, que será declarada improcedente y se denegará la acción, respectivamente.”

4.2 La impugnación

En su impugnación, el Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- señala que si bien la inscripción de candidatos ante la autoridad electoral hace parte de las actividades preparatorias del debate electoral, la misma no contiene como tal una decisión concreta y expresa de la Administración (que haría improcedente la acción al existir otra vía), de manera que el juez constitucional debe examinar si ese acto preparatorio “tiene la virtud de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación electoral, que en alguna manera se proyecte en la declaración de la elección y, por consiguiente, sea susceptible de ocasionar la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional fundamental, en cuyo caso la acción de tutela, tal como ocurre en el caso somerito a examen, es procedente.”

Advierte que el Consejo de Estado ha reiterado que la inscripción de candidatos es un acto de trámite no susceptible de control administrativo o judicial, por cuanto lo que se controvierte es el acto que declara la elección. De tal surte que “esta clase de actos no son susceptibles de acción contenciosa administrativa y, en tal virtud, no existe medio alternativo de defensa judicial que pueda ser utilizado para atacar los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, por lo que la tutela es procedente.” Que, por ello, la acción se presentó antes de que se produjera el acto definitivo que declara la elección.

Señala que se opone a las conclusiones del concepto emitido por el Consejo Nacional Electoral al que se refieren varios de los intervinientes y la sentencia impugnada, y que por el contrario invoca el salvamento de voto del Magistrado del Consejo Nacional Electoral Roberto Rafael Bornacelli Guerrero a la Resolución No. 847 del 26 de mayo de 2006, por medio de la cual se declaró la elección de la Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial Indígena, señora Orsinia Polanco Jusayú. En dicho salvamento de voto, que se adjunta a la impugnación, se señala que los partidos políticos no pueden inscribir candidatos a la

circunscripción especial indígena, pues de acuerdo con la Constitución dicho espacio es para las comunidades indígenas, exclusivamente.

El impugnante considera que la decisión del juez de tutela “vacía el contenido material de la Circunscripción Nacional Especial, que fuera instituida para asegurar la participación de los grupos indígenas, comunidades negras y minorías políticas, al darle cabida a todos los actores políticos, sin diferenciación de trato, sin atender a los elementos objetivos, esto es, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales; y subjetivos, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión, como lo puso de presente la Corte Constitucional en Sentencia C-169 del 14 de febrero de 2001.”

4.3. Solicitud de confirmación del fallo de primera instancia.

El apoderado de Orsinia Polanco Jusayú interviene nuevamente en el proceso y solicita confirmar la decisión del Consejo Seccional de la Judicatura, para lo cual reitera que: (i) No hay comprobación cierta de la vulneración de derechos fundamentales, pues ni su representada ni las entidades tuteladas desconocieron garantía alguna del demandante; (ii) Existen otros medios de defensa judicial, pues una vez expedido el acto de elección el pasado 25 de mayo de 2006, el demandante pudo intentar la acción electoral, ya que las pretensiones de la acción de tutela (anular una elección y obtener la declaratoria de otra), corresponden, precisamente, al objeto de dicho proceso. Advierte que el 11 de julio de 2006, uno de los dos apoderados del accionante en esta tutela, radicó ante el Consejo de Estado, Sección Quinta, acción de nulidad electoral contra la declaratoria de elección del Orsinia Polanco Jusayú, por los mismos hechos y pretensiones que se debaten en este expediente, lo que ratifica la improcedencia de la acción; (iii) No existen elementos de subsidiaridad que justifiquen la tutela como mecanismo transitorio, pues no se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable.

Reitera que en la demanda el actor afirmó que no podía ejercer la acción electoral porque no se había expedido el acto de elección, pero que como esto ya sucedió y la acción se presentó, la tutela resulta improcedente.

4.4 Segunda Instancia: Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

En primer lugar advierte que la acción sí es procedente en la medida que al momento de interponerse la tutela, solamente se habían expedido actos preparatorios frente a los cuales no existían otros medios de defensa judicial. Y porque, además, si bien existe la acción electoral y la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto demandado, tales mecanismos son ineficaces frente a lo pretendido por el actor, especialmente si se tiene en cuenta que el derecho invocado sólo puede ser ejercido durante el respectivo periodo constitucional. Que un caso similar ya había sido estudiado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-778 de 2005, en el que se ratificó para estos eventos la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

No obstante lo anterior y luego del estudio de fondo de la demanda, considera que el amparo solicitado debe ser negado. En primer lugar cita los artículos 1º, 2º, 7º, 13, 40 y 176 de la Constitución Política y 1º y 2º de la Ley 649 de 2001 y señala que una interpretación sistemática de tales normas no deja duda que se debe partir del carácter pluralista y participativo del Estado Colombiano, del respeto a la diversidad étnica y cultural y del derecho de las personas de participar en las decisiones que las afectan. Advierte que la Constitución protege el derecho a la igualdad material y ordena adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, como sucede en el caso de los indígenas, quienes deben tener la posibilidad real de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Señala que frente a los indígenas, por tratarse de una minoría históricamente maltratada e ignorada, “se abren los espacios de participación en las decisiones que les atañen como integrantes de la Nación Colombiana, en el entendido que tienen absoluto derecho a hacer valer sus propios intereses y por ende a hacer valer su voz y voto al interior de los organismos encargados de delinear las políticas que marcan el futuro del país, de sus instituciones y sus gentes...”

Sostiene que no obstante lo anterior, la protección ha sido mínima y la ley sólo exige que el candidato de la circunscripción especial sea miembro de una comunidad indígena y haya sido líder de la misma o ejercido algún cargo de autoridad dentro de ella. Que, “de cara al querer de la comunidad indígena en general, ninguna protección se brinda, especialmente cuando no se ha establecido mecanismo alguno de concertación, ni se propende porque ciertamente prevalezca la voluntad mayoritaria indígena, con un verdadero censo indígena, con

movimientos o partidos nacidos de su seno, de suerte que sin injerencia extraña ejerzan su derecho al voto y con él, el de participación política propia con estricto apego a la voluntad democrática y mayoritaria para elegir la curul (una) que se les ha reservado.”

Concluye que la actuación de las entidades accionadas “se ha ceñido ciertamente a lo que establece la Ley 649 de 2001, pues sus escasos requisitos fueron cumplidos por quienes se inscribieron como aspirantes a Representantes, por ende, habiendo actuado conforme a derecho, no es dable considerar que en su actuación incurrieron en vías de hecho administrativas, lo cual desde ya se enuncia, comporta que el amparo constitucional ha de ser denegado.”

Considera que frente al vacío legal no puede actuar el juez de tutela, lo cual no obsta para advertir al legislador que debe tomar medidas efectivas para evitar que el derecho de acceso a las corporaciones públicas por parte de los pueblos indígenas se vea burlado, pues “basta que un partido o movimiento político acoja a un indígena, pudiendo fácilmente convertirlo en un vocero al servicio de ese movimiento y no del interés general de la comunidad indígena, más hoy, cuando por la Ley de Bancadas, éste se encuentra atado al querer de dicho partido o movimiento.” Que, así mismo, podría darse el caso de que un indígena con poca representación de su comunidad, sea elegido por el apoyo o aval de un determinado movimiento político, por encima de la voluntad general de su comunidad.

Con base en lo anterior modifica la decisión de instancia, “para determinar que únicamente se niega el amparo solicitado.”

5. Pruebas

5.1 Aportadas por el demandante.

a. Tarjeta Electoral para la votación a la Cámara de Representantes del 12 de marzo de 2006. En la segunda sección del tarjetón -Voto para Cámara de Representantes Circunscripción Especial Comunidades Indígenas-, aparece una casilla destinada al voto en blanco y seis más para los siguientes movimientos políticos: Únete Colombia, Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia AICO, Movimiento de Participación Comunitaria MPC, Movimiento Político Comunal y Comunitario de Colombia, Movimiento Alianza Social Indígena ASI y Polo Democrático Alternativo. (folio 15 cuad.1)

b. Copia de comunicación del 24 de marzo de 2006 suscrita por diversas personas y dirigida al Polo Democrático Alternativo, en la que se solicita explicación del aval dado por ese partido a la candidata Orsinia Polanco Jusayú. (folios 16-18 cuad.1)

c. Copias informales de un documento de 5 hojas que según el accionante corresponde a una entrevista periodística realizada a Orsinia Polanco Jusayú. (folios 19-22 cuad.1)

d. Copia del salvamento de voto del Magistrado del Consejo Nacional Electoral Roberto Rafael Bornacelli Guerrero a la Resolución No.847 del 24 de mayo de 2006, mediante el cual dicho magistrado se separó de la decisión mayoritaria de declarar la elección de Orsinia Polanco Jusayú como Representante a la Cámara por la circunscripción especial indígena (aportada con la impugnación, folios 205-208 cuad.1).

5. 2 Aportadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil

a. Copias del Formulario E-6CI, del Documento de Aceptación, del Certificado de Refrendación de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia (sobre la condición de indígenas de los aspirantes y su pertenencia a una comunidad indígena, así como los cargos ejercidos en ésta) y del aval del correspondiente partido, que sirvieron de sustento a la inscripción de los candidatos Álvaro Corpus Pito (Movimiento Únete Colombia), Casimiro Cabrera Rodríguez (Movimiento de Participación Comunitaria MPC), Fredy Romeiro Campo Chicangana (Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia) y Orsinia Polanco Jusayú (Polo Democrático Alternativo). (folios 49-68 cuad.1)

b. Copia de concepto del 23 de enero de 2006 del Consejo Nacional Electoral, en el que responde una consulta presentada por el Delegado en lo Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se concluye que sí es posible que los partidos y movimientos políticos inscriban listas a la Cámara de Representantes por la circunscripción ordinaria y simultáneamente para la circunscripción especial indígena. (folios 69-80 cuad.1)

5.3 Aportadas por Orsinia Polanco Jusayú

a. Fotocopia de certificación expedida por la Asociación de Autoridades Tradicionales Wayuu Aneswakuipa de la zona Kauwamana sobre la condición de líder indígena de Orsinia Polanco Jusayú, así como de su refrendación por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de

Justicia. (folio 102 y 104 cuad.1)

b. Fotocopia de certificación expedida por la Autoridad Tradicional de la Comunidad Indígena de Petsuapá. (folio 103 cuad.1)

c. Copia de la demanda electoral presentada por el señor Carlos Mario Isaza Serrano (uno de los dos apoderados del demandante en la acción de tutela), contra la Resolución 0847 del 24 de mayo de 2006 del Consejo Nacional Electoral, mediante la cual se declaró la elección de la señora Orsinia Polanco Jusayú, así como del auto admisorio de la demanda (copias aportadas al solicitar que se confirmara el fallo de primera instancia - folios 24-43 cuad.2)

5.4. Aportada por el Polo Democrático Alternativo

Reproducción de los Estatutos y Programa del Polo Democrático Alternativo. (folios 109-131 cuad.1)

5.5 Aportadas por el Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia.

a. Fotocopia de la refrendación del Ministerio del Interior y de Justicia de la certificación expedida por el Gobernador del Resguardo Indígena Yanacona respecto de la condición de líder indígena del señor Fredy Romeiro Campo Chicangana. (folio 144 cuad.1)

b. Certificación del Consejo Nacional Electoral de la personería jurídica del Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia. (folio 145 cuad.1)

c. Estatutos del Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia. (folios 148-162 cuad.1)

5.6 Aportadas por Casimiro Cabrera Rodríguez del Movimiento de Participación Comunitaria MPC

a. Comunicación del 13 de marzo de 2006, mediante la cual Casimiro Cabrera Rodríguez solicita a la Registraduría Nacional del Estado Civil explicación sobre la eliminación en la tarjeta electoral del número 203 asignado a todos los candidatos de la circunscripción especial indígena y también sobre la razón de anulación de votos para dicha circunscripción. (folios 168-169 cuad.1)

b. Reclamaciones del 21 y 22 de marzo de 2006 ante la Comisión Nacional Escrutadora y la

Comisión Distrital Escrutadora, por la eliminación del número 203 asignado a los candidatos de la circunscripción especial indígena. (folios 170 y 171 cuad.1)

5.7. Decretadas por el juez de tutela en el trámite de la impugnación.

Por solicitud del Magistrado Ponente del proceso en el Consejo Superior de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral remitió al proceso copia de la Resolución 0847 del 24 de mayo de 2006, mediante la cual se declaró la elección de la señora Orsinia Polanco Jusayú, que incluye: (i) una aclaración de voto del Magistrado Marco Emilio Hincapié (por haberse utilizado el sistema de mayoría simple y no el de cifra repartidora, aunque el resultado de la elección no cambiara); un salvamento de voto parcial del Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo (respecto de la forma en que fue decida una solicitud de recuento de votos); y un salvamento de voto del Magistrado Roberto Rafael Bornacelli Guerrero (en cuanto se permitió que en la circunscripción especial indígena participaran partidos y movimientos políticos que también lo hicieron en la circunscripción ordinaria).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las providencias de tutela antes reseñadas, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36), así como en el Auto de fecha veintiséis (26) de octubre de 2006 de la Sala de Selección Número Diez (10) de esta Corporación.

2. Materia sometida a revisión

El demandante, Movimiento Alianza Social Indígena -ASI-, instaura acción de tutela contra el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, por haber permitido la inscripción a las elecciones al Congreso de la República del 12 de marzo de 2006, por la circunscripción especial indígena de la Cámara de Representantes, de cuatro (4) candidatos indígenas que se presentaron en nombre de movimientos políticos, que a su juicio, son ajenos a los intereses y reivindicaciones de las comunidades indígenas. Señala que la tutela se presenta contra los actos de inscripción de los referidos candidatos, como actos previos y de trámite, frente a los cuales no existe otro medio de defensa judicial. Advierte que si bien

contra el acto de elección procede “la acción de nulidad electoral”, aquél no había sido expedido al momento de presentar la demanda (1º de junio de 2006), por lo que se encuentra dentro del límite temporal para interponer la acción de tutela contra los actos de trámite atacados.

Consecuencia de lo anterior solicita: (i) Que se ordene a la Registraduría Nacional del Estado Civil dejar sin valor ni efecto las inscripciones de los candidatos de los movimientos que no tienen representatividad ni origen en los pueblos indígenas: Únete Colombia, Movimiento de Participación Comunitaria MPC, Movimiento Político Comunal y Comunitario de Colombia y Polo Democrático; (ii) Que se ordene al Consejo Nacional Electoral escrutar exclusivamente los votos obtenidos por los movimientos políticos que a su juicio son representativos de las comunidades indígenas: Autoridades Indígenas de Colombia -AICO- y Alianza Social Indígena -ASI-; (iii) Que se ordene al Consejo Nacional Electoral abstenerse de declarar la elección de la señora Orsinia Polanco Jusayú, quien obtuvo la mayor votación por la circunscripción especial indígena y quien se presentó a las elecciones en nombre del Polo Democrático Alternativo.

Las entidades demandadas y varios de los terceros intervinientes señalan como fundamento central de sus argumentaciones que la acción es improcedente por existir otro medio de defensa judicial, ya que las pretensiones de la demanda corresponden a las propias del proceso electoral, el cual constituye un medio eficaz para la protección de los derechos que el demandante considera vulnerados. Así mismo, algunos de los intervinientes afirman que la acción fue presentada cuando ya se conocían los resultados electorales y a pesar de que la inscripción de los candidatos había finalizado desde el 7 de febrero de 2006.

La candidata electa (hoy parlamentaria de la Cámara de Representantes), Orsinia Polanco Jusayú señala que es una indígena Wuayuu líder de su comunidad durante muchos años, debidamente certificada por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia y que, por tanto, cumple los requisitos exigidos en la ley para representar a las comunidades indígenas. Considera que su pertenencia al partido Polo Democrático Alternativo no le resta legitimidad para representar a su comunidad y ser candidata por la circunscripción especial indígena. Afirma que dejar sin efecto su elección por vía de una acción de tutela, cuando el demandante tiene un medio de defensa judicial efectivo para discutir el acto de elección, representaría una vía de hecho en su contra y desconocería su derecho a ser elegida y la

voluntad popular expresada en la votación de las pasadas elecciones parlamentarias.

Finalmente, así como lo indican también otros de los terceros intervinientes, Orsinia Polanco Jusayú señala que el Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- no puede atribuirse la vocería exclusiva de una multiplicidad de grupos nativos distribuidos a lo largo del territorio nacional, de forma que debe garantizarse la participación de indígenas que no necesariamente se identifican con el proyecto político de dicho movimiento, pero que, en todo caso, cumplen los requisitos exigidos en la ley para representar a sus respectivas comunidades.

De acuerdo con lo anterior, el presente caso plantea un problema de fondo relacionado con la circunscripción especial indígena, en cuanto a si en ella pueden participar partidos o movimientos políticos que pertenecen a otras circunscripciones (en especial a la territorial) o si aquélla está reservada, con carácter excluyente, para las comunidades indígenas.

Empero, la Corte debe revisar previamente si la acción es procedente y si fue presentada oportunamente. Frente a lo primero (procedencia) debe determinar si dada la existencia del proceso electoral, la acción de tutela puede intentarse para dejar sin efecto la inscripción de candidatos a elecciones populares y para obtener el escrutinio de votos a favor de determinados aspirantes con exclusión de otros. Frente a lo segundo (oportunidad) la Sala debe establecer cómo se aplica el requisito de inmediatez cuando la demanda se dirige contra actos de trámite que forman parte de una actuación administrativa.

3. Aspectos previos sobre la procedencia de la acción y su inmediatez

Las entidades demandadas y algunos de los terceros intervinientes aducen que más allá de la discusión del cumplimiento o no de los requisitos legales por parte de la candidata electa, la acción de tutela es improcedente, además de haberse presentado extemporáneamente (incumplimiento del principio de inmediatez).

Lo primero, porque a su juicio las pretensiones del Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- corresponden a las propias de una acción electoral, ya que a pesar de invocar irregularidades en algunos actos de trámite (inscripción de candidatos), lo que realmente se persigue es dejar sin efecto el acto definitivo de elección de la candidata Orsinia Polanco Jusayú, para obtener en su reemplazo la declaratoria de elección de quien representaba a dicho movimiento en las respectivas elecciones (Rosa Tulia Iguarán). Así, demandados e

intervinientes indican que el acto de elección está contenido en la Resolución 0847 del 24 de mayo de 2006 y que, como el mismo demandante reconoce, contra ésta puede intentarse la acción electoral, lo que hace improcedente la tutela.

Lo segundo, porque consideran que mientras la inscripción de candidatos venció el siete (7) de febrero de 2006, la acción sólo se presentó hasta el 1º de junio de 2006, es decir, cuando luego de varios meses, ya se habían realizado las elecciones (12 de marzo de 2006) y se conocía el resultado electoral.

El juez de primera instancia concluyó que la demanda era extemporánea porque a pesar de que la inscripción de candidatos venció el 7 de febrero de 2006, el demandante presentó su tutela el 1º de junio de 2006, después de cumplidas las elecciones y realizados los correspondientes escrutinios. El juez de segunda instancia, si bien negó la tutela, consideró que el demandante tenía razón respecto de la procedencia de la acción, en la medida en que al momento de interponerse “no se había emitido aún la declaratoria de elección de los miembros de la Cámara de Representantes” y, por ende, “contra los actos preparatorios que por entonces se surtían, no procedía mecanismo ordinario de defensa judicial alguno”. Estimó que frente a las pretensiones del actor de dejar sin efecto la inscripción de algunos candidatos y excluir los votos depositados a su favor, la acción electoral no era un medio eficaz y que el presente caso era similar al estudiado en la Sentencia T-778 de 2005, en la que se consideró procedente la acción de tutela por el perjuicio irremediable que se presenta cuando se trata del ejercicio de cargos de elección popular sujetos a términos específicos para su ejercicio.

Lo anterior, lleva a la Corte a revisar la eficacia de la acción electoral para la protección de los derechos a elegir y ser elegido, en este caso referidos a la participación de las comunidades indígenas. Además, debe examinar los mecanismos de control judicial de los actos preparatorios o de trámite y cómo se aplica frente a ellos el principio de inmediatez de la acción de tutela.

3.1. La acción electoral como mecanismo de defensa judicial para la discusión de los actos electorales definitivos y de trámite.

En la sentencia T- 510 de 2006¹, la Corte tuvo oportunidad de referirse con detenimiento a la acción electoral como mecanismo de control judicial de los actos electorales. Allí se indicó

que el derecho de elegir y ser elegido (artículo 40 C.P.) se integra a los principios democráticos que fundamentan nuestro ordenamiento superior y forma parte del conjunto de garantías fundamentales de la persona. 2 Se señaló que en la medida que ese derecho es expresión del concepto de democracia participativa, más amplio y moderno que el de la democracia representativa³, el voto ciudadano cobra una especial importancia y dimensión, como manifestación de la libertad individual y facultad de acceder a los medios logísticos e informativos necesarios para participar en la elección de los gobernantes.

Igualmente se expresó que el derecho de elegir y ser elegido no puede interpretarse de manera aislada del conjunto de mecanismos de participación y control previstos en la propia Constitución y en la ley, pues su ejercicio precisa igualmente de formas y condiciones previamente establecidas en la Constitución y la ley (inscripción, fechas de escrutinios, uso de la tarjeta electoral, forma de presentar reclamaciones, mecanismos de control judicial, etc.), que deben ser observadas tanto por los ciudadanos en general, como por quienes aspiran a ser elegidos.⁴

Se aclaró especialmente que una de las manifestaciones constitucionales del derecho de todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, es, precisamente, la facultad de “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” (art.40 num. 6 C.P.), que en materia electoral se concreta en los artículos 215 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, por medio de los cuales se establece un procedimiento judicial para el control de los actos de elección y nombramiento.

En este sentido se recordó que el proceso electoral está basado en el carácter público de la acción, que permite que quien se considere afectado con el acto de elección, pueda actuar como demandante o interviniente, bien para la defensa del interés general y de la pureza del sufragio o bien para buscar la protección de su interés particular como partido o candidato no elegido.⁵

Con base en ello se concluyó que la participación de cualquier persona como demandante o interviniente, la variedad de causales de nulidad previstas en el artículo 223 del Código Contencioso -a las que se pueden sumar las genéricas de anulación de todo acto administrativo⁶-, la posibilidad de discutir no sólo el acto de elección sino los actos previos y los que resuelven reclamaciones en vía administrativa⁷, y en general, las características

mismas del proceso electoral, hacen que éste sea el ámbito natural e idóneo “de discusión de los derechos del aspirante no elegido, del elector cuyo voto no es respetado o el de cualquier persona que en ejercicio de sus derechos ciudadanos se encuentre interesada en la defensa del interés general, del principio de legalidad o de la pureza del sufragio.” 8 (se subraya) Y que, por tanto, el derecho de elegir y ser elegido debía ser entendido en su doble dimensión derecho-función, es decir, “sujeto a las condiciones fijadas en la Constitución y la ley”, de manera que, tanto los electores como los candidatos deben observar las reglas para participar en las elecciones, “así como las que el mismo ordenamiento establece para el control administrativo y judicial de los actos de elección y nombramiento, pues todas ellas, en su conjunto y no de forma aislada, garantizan la institucionalidad misma y el respeto de los principios de participación democrática previstos en la Constitución.”(se subraya)

Por tanto, se concluyó que el legislador había previsto un mecanismo especial para la defensa del derecho a elegir y ser elegido -el proceso electoral-, al cual deben sujetarse quienes se consideren afectados con el acto de elección.

Al respecto, esta Corporación había indicado en la Sentencia C-955 de 2001 que si bien el sufragio constituye el eje central de la democracia, en la medida que vincula “la condición activa con la pasiva del derecho político derivado del artículo 40” y a través del él “los electores manifiestan su voluntad encaminada a elegir a uno de los candidatos como su representante”, en todo caso su ejercicio “se encuentra sometido a ciertas reglas que buscan preservar el orden en los procesos electorales y conservar el control de los comicios por parte del Estado.”⁹ Por ello, la Corte ha señalado con base en jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁰ que “el legislador le ha confiado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la guarda de la integridad de los principios constitucionales y legales sobre el sufragio, que constituyen la piedra angular de un régimen representativo y democrático como el nuestro”.¹¹

Para la Corte, estas consideraciones son igualmente aplicables en el caso de las comunidades indígenas, pues al igual que la Constitución les concede a estos grupos humanos un derecho de participación en el Congreso de la República, así mismo les otorga la posibilidad de acceder a los mecanismos de control administrativo y judicial de los actos electorales. Ello implica una garantía para dichas comunidades y representa a la vez el deber de asumir las responsabilidades inherentes a los derechos de participación que les han sido

reconocidos, en cuanto a la sujeción a las reglas y procedimientos previos a la elección, así como a los mecanismos de control que el ordenamiento tiene establecidos para el efecto, pues unos y otros tienen relación directa con la seguridad jurídica y el orden público, en la medida que, como ya ha señalado esta Corporación, de lo que se decida en ese proceso “dependerán los derechos específicos de elegidos y aspirantes, así como la seguridad jurídica y la continuidad de las instituciones, en cuanto a la conformación final del poder público.” 12

Es preciso indicar que la sujeción de las comunidades indígenas a ciertas reglas establecidas por el legislador para el desarrollo del debate electoral, no afecta la autonomía de las mismas ni la protección de su identidad cultural, pues no se trata de aspectos internos relacionados con las garantías de autogobierno y autodeterminación, sino de la forma en que aquéllas acuden a la conformación del poder público del Estado. En ese sentido, por ejemplo, la Corte declaró exequible los artículos 6º, 7º y 8º de la Ley 649 de 2001, por medio de los cuales se somete a los candidatos por circunscripciones especiales al deber de inscribirse como candidatos ante el Registrador Nacional o su delegado, al régimen general de incompatibilidades e inhabilidades que la Constitución prescribe para los congresistas y al régimen general de los demás miembros de dicha corporación. La Corte señaló que más allá del hecho de tratarse de circunscripciones especiales destinadas a fortalecer la participación de ciertos grupos, se justifica la exigencia de requisitos especiales para los Representantes que se postulen por ella, pues “no existen diferencias significativas entre quienes accedan a las cinco curules que ella otorga y los demás integrantes de la Cámara”. Que, por tanto, “se ajustan a la Constitución las disposiciones finales del proyecto, en las que se somete a los candidatos por circunscripción especial, y a los Representantes que de allí salgan elegidos, al régimen general de los demás miembros de dicha corporación.”13

Ahora bien, respecto de la efectividad del proceso electoral para discutir los actos previos o de trámite y las calidades constitucionales y legales del candidato elegido, aún de aquéllos que se presentan en el ámbito de la circunscripción especial indígena, el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, modificado por las Leyes 96 de 1985 y 62 de 1988, señala que las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

“1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con

otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.

5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.

6. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio sino los votos del candidato o los candidatos en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición.” 14 (subraya y negrilla fuera del texto)

En ese orden de ideas, el artículo 228 del mismo estatuto advierte que cuando un candidato no reúna “las condiciones constitucionales o legales” para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, “podrá pedirse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial.”

Así mismo, el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo establece que se debe demandar el acto que declara la elección y no los actos previos a él, así el vicio de nulidad se encuentre en estos últimos, con lo que se adopta la regla general de control de los actos preparatorios o de trámite, que no implica de ningún modo su inmunidad judicial, sino la existencia de una vía y una oportunidad específica para su confrontación judicial: a través de la acción de nulidad del acto definitivo¹⁵. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que la inscripción de los candidatos, como acto previo o de trámite que es, no puede demandarse de manera directa sino a través del acto de elección:

“En relación con lo previsto en el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, es de

anotar que cuando esa disposición habla de individualización del acto, se refiere al declaratorio de elección y en este caso del contenido del libelo y de los documentos que lo acompañan se desprende sin lugar a dudas que lo que se demandó no fue el acto de elección sino el de inscripción del candidato que posteriormente resultó elegido alcalde del municipio de Jordán Sube (Santander); la circunstancia referida constituye ineptitud sustantiva de la demanda, lo que a su vez se erige como un impedimento procesal que impide analizar el asunto de fondo y en esa medida la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander habrá de ser confirmada.”¹⁶

Cabe señalar que la eficacia de la acción electoral está relacionada además con la regulación legal del respectivo proceso, el cual se encuentra estructurado a partir de un principio de celeridad (plazo de caducidad de 20 días, términos reducidos e improrrogables para tramitar el proceso y dictar sentencia, etc.), que se complementa con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto de elección cuando existe violación directa de la Constitución o la ley (art. 230 C.C.A.). Como señaló esta Corporación al referirse al término de caducidad de la acción, la brevedad de dicho plazo se justifica por la necesidad de (i) dar certeza “a actos que, como los que declaran una elección o hacen un nombramiento, no pueden quedar suspendidos indefinidamente en el tiempo, so pena de vulnerar los derechos reconocidos por la propia Carta Política a los aspirantes a ocupar un cargo o a los funcionarios ya electos (artículo 40 inciso 1 y numeral 1)”; y (ii) proteger “las garantías de la comunidad, expresadas en la aspiración a gozar de un sistema administrativo, legislativo y judicial -i.e. un orden político- estables, en clara concordancia con el principio de seguridad jurídica.” ¹⁷

Por tanto, para la Corte resulta claro que la acción electoral permite controlar jurídicamente la validez de las elecciones, así como los actos previos o de trámite (como los de inscripción de candidatos) y las calidades constitucionales y legales del candidato elegido y que dichos mecanismos están al alcance de las comunidades indígenas como titulares de un derecho de participación derivado de la Constitución y la Ley.

Conforme a lo expuesto, frente al proceso electoral la tutela conserva su carácter residual y subsidiario, pues por regla general será improcedente para dejar sin efecto actos de elección¹⁸, dada la existencia de un medio jurisdiccional público y abierto para controvertir y defender su legalidad, según el interés que el demandante tenga en la protección del derecho a elegir o ser elegido, en la pureza del sufragio o en la legalidad abstracta de los

actos administrativos. Como se señaló en la Sentencia T-510 de 200619, el proceso electoral será el llamado a agotar la jurisdicción del Estado en esa materia, “pues la sentencia que allí se pronuncie no sólo definirá situaciones concretas e individuales de elegidos y aspirantes, sino que dará seguridad a la ciudadanía sobre la conformación del poder público y la continuidad de las instituciones democráticas.”

Respecto de la referencia hecha por el juez de segunda instancia a la Sentencia T-778 de 2005, como fundamento de la procedencia de la acción de tutela frente a los actos de inscripción en materia electoral, en la medida que no existirían mecanismos de defensa judicial y el candidato estaría expuesto a un perjuicio irremediable, es preciso señalar que en el caso revisado en aquélla oportunidad y en otros posteriores que se han basado en esa misma sentencia²⁰, la procedencia excepcional de la acción de tutela estuvo fundada en que los accionantes eran personas elegidas por voto popular y así lo había declarado la autoridad electoral, no obstante lo cual, por circunstancias posteriores al acto de elección, veían afectada la posibilidad de ejercer su cargo, caso en el cual la acción de tutela era viable, bajo ciertas circunstancias, como mecanismo transitorio (no definitivo ni sustitutivo), mientras finalizaba el proceso correspondiente ante la jurisdicción contencioso administrativa. ²¹ No se trataba por tanto de la discusión de los actos de inscripción (como actos de trámite), sino de la efectividad misma del acto que declarada la elección del candidato vencedor.

Por tanto, debe puntualizarse que del referido fallo no puede derivarse una regla general de procedibilidad de la acción de tutela contra los actos electorales (definitivos o de trámite), más aún si se tiene en cuenta que las sentencias de tutela no tienen efectos generales sino inter partes.

1. El control de los actos de trámite a través de la acción de tutela: procedencia excepcional y sujeción al principio de inmediatez.

La Corte se referirá brevemente al control judicial de los actos de trámite en la medida que los demandados e intervinientes argumentan que este tipo de actos no pueden demandarse a través de la acción de tutela, menos aún cuando el accionante no ha observado el principio de inmediatez. Para el actor, dicho control por vía de tutela es posible toda vez que contra los actos de trámite no existe ningún mecanismo de control judicial y que, en todo caso, la

tutela fue presentada antes de que se expidiera el acto definitivo que declara la elección, por lo que se encuentra dentro de la oportunidad legal para hacerlo.

Los actos de trámite configuran elementos imprescindibles de las actuaciones administrativas, ya que permiten avanzar en las diferentes etapas que deben surtir para llegar a una decisión definitiva por parte de la Administración. No obstante, en la medida en que per se no son actos llamados a definir situaciones jurídicas subjetivas de sus destinatarios y que la Administración requiere actuar con eficiencia y celeridad en el cumplimiento de sus funciones -directamente relacionadas con la satisfacción del interés general (art. 209 C.P)-, el legislador ha optado porque tales actos preparatorios o de trámite no sean susceptibles, por regla general, de recursos en vía gubernativa (art.49 C.C.A) ni de acciones judiciales autónomas, de forma que su control solamente sea viable a través de la discusión del acto definitivo que concreta la voluntad administrativa, bien sea a través de los recursos procedentes contra él o bien como causal de anulación ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo (art. 84 C.C.A).

Al referirse a la constitucionalidad del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional señaló que la imposibilidad de presentar recursos contra los actos de trámite no vulnera la Constitución, si se tiene en cuenta que los mismos “no producen efectos jurídicos, en relación con los administrados, ni crean, extinguen o modifican sus derechos subjetivos personales, reales o de crédito, ni afectan sus intereses jurídicos”, de manera que los fundamentos o supuestos de derecho que tuvo en cuenta el legislador para establecer la improcedencia de recursos de vía gubernativa contra los actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución “atienden a la necesidad de evitar la parálisis o el retardo, la inoportunidad y la demora en la actividad administrativa, que debe estar, salvo excepciones señaladas en la ley, en condiciones de decidir en la mayor parte de los asuntos previamente a la intervención del administrado o interesado.”²²

Lo anterior no significa, como ha reiterado la jurisprudencia, que los actos de trámite expedidos dentro de una actuación administrativa estén exentos de control y liberados del principio de legalidad; sólo que, como se ha mencionado, su discusión debe hacerse a partir de los actos definitivos y demostrando la relevancia de la irregularidad previa en la ilegalidad de la decisión final.²³ Por ello, “es necesario esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para poder plantear la invalidez del procedimiento por haberse presentado

anomalías en los actos de trámite.”²⁴

En este orden de ideas, es incorrecto afirmar que contra los actos de trámite no existen mecanismos de defensa judicial y que por esa vía surge una regla general de procedibilidad de la acción de tutela para su control,²⁵ pues ello desdibujaría la función de la jurisdicción contencioso administrativa y convertiría al juez constitucional en un examinador permanente de los procedimientos administrativos y de los actos intermedios que sirven para su adelantamiento.²⁶

Por ello, la Corte ha señalado que la acción de tutela contra actos de trámite sólo procede con carácter excepcional cuando el Estado ha actuado con prescindencia de todo referente legal y ha incurrido en una vía de hecho que impide al afectado contar con las garantías mínimas del debido proceso administrativo. Así, “la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos de trámite” sólo es posible cuando el respectivo acto tiene la potencialidad de definir una situación especial y sustancial dentro de la actuación y ha “sido fruto de una actuación abiertamente irrazonable o desproporcionada por parte del funcionario, con lo cual vulnera las garantías establecidas en la Constitución.”²⁷

En estos eventos, la acción de tutela actúa como mecanismo definitivo sobre el acto de trámite, para encauzar el procedimiento administrativo en curso y permitir al afectado el ejercicio de las garantías del debido proceso²⁸, pero sin interferir en el sentido de la decisión definitiva que deba adoptar la Administración y sin sustituir, por tanto, el control posterior de legalidad que corresponde ejercer a la jurisdicción contenciosa administrativa.²⁹

Además, la Corte ha considerado que cuando en vía de tutela se alega la existencia de una vía de hecho en un acto de trámite, es necesario que la correspondiente actuación administrativa no haya finalizado³⁰, pues al existir un acto administrativo definitivo, el interesado cuenta con un medio de defensa judicial efectivo (acción contenciosa), a través del cual puede controvertir las irregularidades que a su juicio han sido cometidas por el Estado en la tramitación de la actuación administrativa³¹. Por ello, como se reiteró en la Sentencia C-557 de 2001 anteriormente citada, uno de los requisitos esenciales para la procedencia de la acción de tutela en el caso de los actos de trámite por vía de hecho, es que “el proceso dentro del cual se expidió el acto de trámite no haya terminado.”

En todo caso, el interesado deberá presentar la acción de tutela tan pronto tenga

conocimiento de la irregularidad que lo afecta, pues esta circunstancia marca el punto de partida para analizar si la acción ha sido interpuesta oportunamente, es decir, con respeto del principio de inmediatez. Con relación a este requisito, la Corte ha señalado en diversas oportunidades que debe existir un término razonable entre la ocurrencia de la vulneración o puesta en riesgo de los derechos fundamentales del accionante y la presentación de la demanda³², en la medida que la naturaleza misma de este medio de defensa judicial no sólo tiene que ver con la urgencia en la protección de las garantías constitucionales de una persona³³, sino también con el respeto a la seguridad jurídica y a los derechos de los terceros afectados. ³⁴

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que para determinar si la acción de tutela ha sido oportuna y se ha cumplido el requisito de inmediatez, deben tenerse en cuenta, en cada caso concreto³⁵, aspectos tales como: (i) si existe un motivo válido para la inactividad del accionante, (ii) si la inactividad injustificada podría causar la lesión de derechos fundamentales de terceros de llegarse a adoptar una decisión en sede de tutela, y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.³⁶

En consecuencia, aunque la acción de tutela no tiene término de caducidad³⁷, debe tenerse en cuenta que “la inmediatez con que se ejercita la acción es un factor determinante en el juicio de procedencia, pues ‘si bien no existe un término límite para el ejercicio de la acción, de todas formas, por la naturaleza, el objeto de protección y la finalidad de este mecanismo de defensa judicial, la presentación de la acción de tutela debe realizarse dentro de un término razonable, que permita la protección inmediata del derecho fundamental a que se refiere el artículo 86 de la Carta Política.’”³⁸ Por ello, el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito para la prosperidad de la acción de tutela³⁹, pues se evita “el uso de este mecanismo constitucional como herramienta que consienta la negligencia o indiferencia de los actores, o que propicie la inseguridad jurídica.”⁴⁰

En conclusión, además de que la actuación administrativa no haya finalizado, es necesario que el accionante cumpla el requisito de inmediatez, de manera que la tutela sea presentada tan pronto se tenga conocimiento de la irregularidad en el acto intermedio o de trámite que afecta los derechos fundamentales del interesado. Ello evita que la acción sea utilizada para subsanar la negligencia del accionante y que con ella se afecte indebidamente la seguridad

jurídica y los derechos de los terceros con interés legítimo en la actuación administrativa.

4. La solución del caso concreto.

En el caso que se revisa, el demandante presenta su acción de tutela el primero (1º) de junio de 2006 y la dirige contra los actos de inscripción de cuatro (4) de los seis (6) candidatos de la circunscripción especial indígena de la Cámara de Representantes, que se presentaron a las elecciones del 12 de marzo de 2006, porque a su juicio no representan a las comunidades indígenas. Solicita que se ordene la exclusión de los votos correspondientes a esos candidatos y que se contabilicen únicamente los de los otros dos aspirantes a la circunscripción especial indígena. Indica que la tutela es procedente porque tales actos de inscripción son preparatorios o de trámite y contra ellos no existe ningún medio de defensa judicial y porque el acto que declara la elección, contra el cual puede interponerse la acción electoral, no se ha expedido al momento de presentar la demanda.

En armonía con el análisis sobre la procedencia y oportunidad de la acción de tutela que ha quedado expuesto en esta providencia, es necesario determinar entonces si la demanda cumple el requisito de inmediatez y si en todo caso la tutela es el mecanismo idóneo para resolver asuntos de naturaleza electoral que tienen relación con las calidades legales del candidato electo y de otros participantes en el debate electoral, especialmente cuando (i) la acción se dirige contra los actos previos de inscripción de candidatos y (ii) su finalidad es la exclusión de votos de algunos candidatos para dar paso a la contabilización exclusiva de aquéllos que el actor sí considera válidos.

Al respecto, el acto administrativo de declaratoria de elección allegado al proceso (Resolución 847 de 2006 -folios 5 a 17 cuad.3-), arroja los siguientes datos que coinciden con los hechos expuestos por las partes e intervinientes:

1. El 7 de febrero de 2006 venció el plazo para la inscripción de candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial indígena, que conforme a la Ley 649 de 2001 tiene derecho a elegir un (1) representante.

1. Al vencerse dicho plazo, es decir, el 7 de febrero de 2006, quedaron inscritos seis (6) candidatos, así: Únete Colombia (Álvaro Corpus Pito); Movimiento de Participación Comunitaria MPC (Casimiro Cabrera Rodríguez); Movimiento Político Comunal y Comunitario de Colombia (Fredy Romeiro Campo Chicangana); Polo Democrático Alternativo (Orsinia Polanco Jusayú); Movimiento Alianza Social Indígena ASI (Rosa Tulia Iguarán); y Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia -AICO- (no disponible en el expediente el nombre de su candidato).

1. El 12 de marzo de 2006, se llevaron a cabo las elecciones a la Cámara de Representantes, incluso la correspondiente a la circunscripción especial indígena.

1. El 14 de marzo de 2006 se llevó a cabo la audiencia pública de escrutinios por parte del Consejo Nacional Electoral.

1. Las reclamaciones presentadas ante el Consejo Nacional Electoral en su condición de escrutador nacional fueron resueltas mediante Resoluciones 722 del 8 de mayo de 2006 y 799 del 16 de mayo del mismo año.

1. Finalmente la declaratoria de elección de Orsinia Polanco Jusayú, como representante del Polo Democrático, se hizo mediante la Resolución 0847 del 24 de mayo de 2006, notificada por estrados en Audiencia Pública del 8 de junio de 2006, con el siguiente resultado:

Nombre Partido y/o movimiento

Votos

Polo Democrático Alternativo

27.869

Movimiento Alianza Social Indígena

18.297

Movimiento de Participación Comunitaria MPC

7.961

Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia

7.341

Movimiento Comunal y Comunitario de Colombia

5.585

Movimiento Únete Colombia

3.343

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que la inscripción de candidatos venció el 7 de febrero de 2006 y la acción de tutela fue presentada el 1º de junio de 2006, es decir, casi cuatro meses después de finalizada la inscripción de candidatos y apenas unos días antes de oficializarse el resultado electoral y expedirse el acto de elección (Resolución 0847 del 24 de mayo de 2006), cuando ya se habían realizado las elecciones, practicado los escrutinios y resuelto las reclamaciones por parte del Consejo Nacional Electoral.

Como se señaló en el numeral 4.2 de la parte considerativa de esta Sentencia, para determinar si la acción de tutela ha sido oportuna y se ha cumplido el requisito de inmediatez, debe tenerse en cuenta, en cada caso concreto: (i) si existe un motivo válido para la inactividad del accionante, (ii) si la inactividad injustificada podría causar la lesión de derechos fundamentales de terceros de llegarse a adoptar una decisión en sede de tutela, y (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.⁴¹

Para la Sala, la respuesta a estos interrogantes determina, en su mismo orden, lo siguiente:

i. No aparece en el expediente una razón que justifique la presentación de la acción casi cuatro meses después de los actos de trámite que se atacan, justo antes de hacerse público el acto que declara la elección de Orsinia Polanco Jusayú.

ii. La inactividad del tutelante podría causar un perjuicio a los derechos fundamentales de quienes participaron en la jornada electoral, pues sus pretensiones implicarían desconocer un resultado electoral que legalmente puede ser discutido ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción electoral, previa citación del candidato electo y con la posibilidad de que cualquier interesado participe como accionante o tercero interviniente.

iii. No se observa una relación de causalidad entre el ejercicio inoportuno de la acción de tutela por parte del demandante y la presunta violación de sus derechos fundamentales.

Por tanto, para la Corte es claro que, como lo señaló el Consejo Seccional de la Judicatura en primera instancia, la acción de tutela no cumplió el requisito de inmediatez y ello la hace improcedente. En efecto, si el demandante consideraba que la violación de sus derechos fundamentales se presentaba a partir de una vía de hecho en los actos de inscripción que tuvieron como fecha límite el 7 de febrero de 2006, debió accionar de inmediato y no dejar que se cumplieran etapas posteriores del debate electoral en las que cada vez más se involucraba la confianza de electores y candidatos y se consolidaban los resultados finales de la respectiva elección.

La acción de tutela contra actos preparatorios o de trámite exige que la demanda sea presentada de manera inmediata, una vez se ha tenido conocimiento de la irregularidad que afecta los derechos fundamentales del actor. De lo contrario, la urgencia que fundamenta el amparo constitucional se diluye y la posible afectación del derecho fundamental permite su remedio por los mecanismos ordinarios de defensa sin necesidad de la intervención del juez constitucional.

Por tanto, no basta simplemente, como sostiene el accionante en su impugnación, que el acto de trámite tenga incidencia en el acto definitivo y que la tutela sea presentada antes de la expedición de este último, sino que es necesario que con dicho acto preparatorio se incurra en una vía de hecho y que, como en cualquier otro caso, el interesado cumpla el

requisito de inmediatez y presente su acción tan pronto sean afectados sus derechos fundamentales, si no existe una causa que se lo impida. En estos casos, la tutela busca impedir que la actuación administrativa siga su curso y que antes de su finalización se corrijan las situaciones que afectan el debido proceso del accionante, pero no puede servir como mecanismo paralelo para el control material de las decisiones de la Administración, pues para ello existen las acciones correspondientes ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En consecuencia, lo alegado por el demandante respecto a las calidades de la candidata electa y de otros aspirantes a la circunscripción especial indígena, es un asunto que se debe discutir a través de los medios ordinarios de control judicial, lo que ratifica en este caso concreto, la improcedencia de la acción de tutela ante la existencia de otro medio de defensa judicial (art.6º del Decreto 2591 de 1991).

El juez de tutela no podría por vía de este mecanismo preferente y sumario, ordenar, como lo pretende el accionante, que la autoridad administrativa excluya votos de determinados candidatos y avale únicamente los de algunos aspirantes, pues la verificación de los requisitos legales de unos y otros corresponde, por vía de acción, a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de un proceso público y abierto en que tengan cabida no solamente los interesados sino cualquier ciudadano.

Además, en el caso concreto, el único documento aportado por el accionante para fundamentar la diferenciación entre candidatos que representan a comunidades indígenas y candidatos que no tienen dicha calidad, es un ejemplar del tarjetón electoral utilizado en las elecciones del 12 de marzo de 2006, lo que claramente sería insuficiente para acceder a las pretensiones de la demanda y alterar por vía de tutela los resultados electorales.

Por lo anterior, la Sala revocará el fallo de segunda instancia y confirmará el proferido por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca -Sala Disciplinaria- en cuanto declaró improcedente la acción de tutela, por no cumplir el requisito de inmediatez y por existir otro mecanismo de defensa judicial para el control de los actos de trámite atacados por el demandante.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Revocar la Sentencia del 8 de agosto de 2006 del Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria- y confirmar la sentencia del 16 de junio del 2006 del Consejo Seccional de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, en cuanto declaró improcedente la acción de tutela, por no cumplir el requisito de inmediatez y por existir otro mecanismo de defensa judicial.

Líbrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado CON SALVAMENTO DE VOTO

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-123 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL INDIGENA A LA CAMARA DE REPRESENTANTES-Caso en que sí procedía tutela para la protección especial que brinda la Constitución Política a los indígenas (Salvamento de voto)

En el presente caso, en el que se demanda las inscripciones a las elecciones al Congreso de la República -del 12 de marzo del 2006-, por la circunscripción especial indígena de la Cámara de Representantes, de cuatro (4) candidatos indígenas que se presentaron en nombre de movimientos políticos que de conformidad con la organización indígena demandante, son ajenos a los intereses de los grupos representados por el Movimiento Alianza Social Indígena -ASI-, sí procede la tutela en razón a la protección especial que brinda la Constitución Nacional a las comunidades indígenas y a la circunscripción especial por comunidades indígenas.

GARANTIA CONSTITUCIONAL DE CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL NACIONAL PARA COMUNIDADES INDIGENAS-Artículos 171 y 176 de la Constitución Política (Salvamento de voto)

Los artículos 171 y 176 CP establecen las circunscripciones nacionales especiales para comunidades indígenas, no pudiendo las comunidades indígenas tener menos que este mínimo constitucional garantizado para las Corporaciones nacionales de elección popular, pero pudiendo no obstante tener más que este mínimo, por cuanto la garantía constitucional de la circunscripción especial nacional para comunidades indígenas no excluye la posibilidad que los indígenas puedan participar en las elecciones nacionales a nombre de cualquier otro partido político. Para participar por la circunscripción especial indígena se tiene que ser no sólo indígena sino también tener el aval político del grupo indígena. Por consiguiente, reitero que no puede un miembro de otro partido político, así sea indígena, alegar que se inscribe o participa por la circunscripción nacional indígena, sin tener el respaldo político del grupo étnico, por cuanto ello constituye una clara usurpación y vulneración del mínimo garantizado por la Constitución en materia electoral nacional a las comunidades indígenas, que es exactamente lo que, en mi concepto, sucede en este caso.

AVAL POLITICO-Es requisito para garantizar la representación política auténtica de los indígenas en Corporaciones regionales y nacionales (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-1424119

Acción de tutela instaurada por el Movimiento Alianza Social Indígena -ASI- contra el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Sala de Revisión, me permito salvar mi voto a la presente sentencia, con fundamento en las siguientes razones:

Considero que en el presente caso, en el que se demanda las inscripciones a las elecciones al Congreso de la República -del 12 de marzo del 2006-, por la circunscripción especial indígena de la Cámara de Representantes, de cuatro (4) candidatos indígenas que se presentaron en nombre de movimientos políticos que de conformidad con la organización indígena demandante, son ajenos a los intereses de los grupos representados por el Movimiento Alianza Social Indígena -ASI-, sí procede la tutela en razón a la protección especial que brinda la Constitución Nacional a las comunidades indígenas y a la circunscripción especial por comunidades indígenas.

En este sentido, los artículos 171 y 176 CP establecen las circunscripciones nacionales especiales para comunidades indígenas, no pudiendo las comunidades indígenas tener menos que este mínimo constitucional garantizado para las Corporaciones nacionales de elección popular, pero pudiendo no obstante tener más que este mínimo, por cuanto la garantía constitucional de la circunscripción especial nacional para comunidades indígenas no excluye la posibilidad que los indígenas puedan participar en las elecciones nacionales a nombre de cualquier otro partido político.

En forma contraria, lo que sí excluye la garantía constitucional de la circunscripción nacional para comunidades indígenas, es que un miembro de otro partido político, así éste sea indígena, acceda a la circunscripción especial destinada y reservada a los indígenas, mientras no cuente con el aval de las comunidades indígenas. No pueden entonces, miembros de otros partidos políticos, aunque sean indígenas, inscribirse para la circunscripción especial indígena, ya que no tienen la representación de las comunidades y asociaciones indígenas, requisito que es necesario para que pueden participar en las elecciones en nombre de éstos y representar de manera auténtica sus intereses.

Por consiguiente, para participar por la circunscripción especial indígena se tiene que ser no sólo indígena sino también tener el aval político del grupo indígena. Por consiguiente, reitero que no puede un miembro de otro partido político, así sea indígena, alegar que se inscribe o participa por la circunscripción nacional indígena, sin tener el respaldo político del grupo

étnico, por cuanto ello constituye una clara usurpación y vulneración del mínimo garantizado por la Constitución en materia electoral nacional a las comunidades indígenas, que es exactamente lo que, en mi concepto, sucede en este caso.

En síntesis, la Constitución Nacional garantiza en sus artículos 171 y 176 CP una garantía mínima de participación política de las comunidades indígenas a través de la circunscripción especial para éstas, circunscripción electoral para la cual no basta que la persona que se inscriba sea indígena, sino que además se exige que tenga la representación de los indígenas, esto es, el aval político de éstos, por cuanto si el indígena es miembro de otro partido político, nada garantiza que pueda terminar defendiendo o tomando decisiones contrarias a los intereses de las comunidades indígenas. Por tanto, la condición del aval político constituye un requisito indispensable para garantizar la representación política auténtica de los indígenas en las Corporaciones regionales y nacionales, y el mínimo constitucional garantizado por la circunscripción especial.

Como consecuencia de lo anterior, considero que en el presente caso el amparo constitucional de la tutela no sólo era procedente sino que debió haber sido concedido por esta Corte, por cuanto en mi concepto, resultan vulnerados los derechos reconocidos por la Constitución Nacional a las comunidades indígenas, entre ellos, los principios 1 y 7 de la Constitución Política, así como el derecho a elegir y ser elegido -art. 40 CN-, los artículos 171 y 176 sobre circunscripciones especiales, el art. 330 sobre los territorios indígenas, así como el art. 107 y 108 CP sobre partidos y movimientos políticos y la inscripción de sus respectivos candidatos.

Por las razones expuestas, manifiesto mi disenso frente a la presente decisión.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

2 También puede verse la Sentencia C-089 de 1994, que con relación al principio democrático en que se funda la Constitución Política de 1991 señaló: "Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción." (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

3 Sentencia T-637 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Así por ejemplo, frente al derecho a constituir partidos políticos la Corte señaló: "El límite que encuentran los derechos políticos en el principio democrático concuerda con la regla según la cual en un estado social de derecho, y así lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, los derechos no son absolutos. Toda garantía encuentra un límite, por lo menos, en el respeto al ejercicio y goce efectivo de los derechos fundamentales de los demás. En ejercicio del derecho a crear un movimiento político no se pueden atropellar o desconocer las garantías fundamentales de otros." (Sentencia T-1329 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. También puede verse la Sentencia C-089 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

5 Sentencia C-391 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Igualmente puede revisarse Sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, 18 de septiembre de 2003.

6 Pueden verse, entre otras, las sentencias del 2 de noviembre de 2000, Consejo de Estado, Sección Quinta. M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá y del 24 de junio de 2004, de la misma corporación y sección, pero con ponencia del Doctor Darío Quiñones Pinilla.

7 Sentencia del 2 de diciembre de 2005, M.P. Darío Quiñones Pinilla. Sección Quinta, Consejo de Estado.

8 M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

9 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 Sección 1ª, Sentencia del 20 de abril de 1983.

11 Sentencia T-1160 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

12 Sentencia T-510 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

13 Sentencia C-169 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

14 El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo fue declarado exequible en la Sentencia C-142 de 2001, en cuanto a que su expedición no requería ley estatutaria. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

15 “De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, para obtener la nulidad de una elección debe demandarse el acto administrativo por medio del cual esta se declara y no los actos intermedios, previos o posteriores a la elección. En otras palabras, para ejercer la acción de nulidad de carácter electoral es indispensable que se acuse el acto declaratorio de la elección o el nombramiento acusado, debidamente individualizado. Así, aun en aquellos casos en los que se reprochan irregularidades no contenidas en el acto definitivo de elección o de nombramiento sino en actuaciones anteriores, solamente puede demandarse el acto final que declaró la elección o que contiene el nombramiento, porque si bien es cierto el acto administrativo definitivo no evidencia en forma directa la ilegalidad o inconstitucionalidad, no lo es menos que de todas maneras es irregular si fue expedido con base en actuaciones contrarias a derecho. (...) esa carga que se impone al demandante constituye, al mismo tiempo, una garantía de seguridad jurídica para él y para el demandado, pues el debate jurídico parte de la certeza del contenido definitivo y último de la decisión administrativa que produce efectos jurídicos de manera directa —efectos de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, artículo 64 del Código Contencioso Administrativo— (Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 3142 del 13 de noviembre de 2003. M.P. Darío Quiñones Pinilla.)

16 Consejo de Estado. Sección Quinta, Auto del 3 de marzo de 2005, M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Rad. 68001-23-15-000-2003-02539-01(3478). En el mismo sentido se pronunció esa

Corporación en otra oportunidad: “Para la Sala es evidente que en el presente caso el acto acusado, inscripción del señor Osvaldo Rivera Jiménez como candidato a la alcaldía de Tiquisio (Bolívar), es preparatorio de una elección y no pone fin a la actuación administrativa, es decir, no declara en forma definitiva una elección o nombramiento. De lo preceptuado en el artículo 136, numeral 12, del Código Contencioso Administrativo se infiere que la demanda electoral sólo procede contra los actos que declaran una elección o disponen un nombramiento.” (Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, Auto del 1º de Junio de 2001, expediente 13001-23-31-000-2001-0010-01(2597)).

17 Sentencia C-781 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

18 La Corte ha aceptado excepciones en el caso de los nominadores que no han respetado el orden de las listas de elegibles: “En concreto, con respecto a la acción electoral y a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala Plena de la Corte, en Sentencia de unificación de jurisprudencia, ha determinado que carecen de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral, cuando no se atiende rigurosamente el orden de las listas de elegibles para proveer cargos en la rama judicial.” (Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

19 M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

20 Sentencias T-895 de 2005, T-1080 de 2005, T-107 de 2006 y T-201 de 2006, entre otras.

21 Así, por ejemplo, en la Sentencia T-895 de 2005, la Corte se ocupó del caso del Alcalde de Sibundoy (Putumayo), elegido para un periodo de cuatro (4) años, a pesar de lo cual la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante un acto administrativo posterior a la declaratoria de elección, citó a elecciones anticipadas por considerar que se trataba de un cargo de periodo atípico. Allí se tuvo en cuenta para la procedencia de la acción, que el demandante, “luego de su elección”, fue enterado por la Registraduría “de que su período se reduciría en dos años”, de manera que “en este caso concreto se encuentra en entredicho la oportunidad del ejercicio de los derechos políticos del actor y de los electores, y por eso es preciso que se profiera una pronta resolución acerca de la determinación de la Registraduría” y, por ello, “no resultan eficaces los mecanismos ordinarios, razón por la cual es procedente la acción de tutela, como mecanismo transitorio.” (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). En la sentencia T-1080 de 2005 la Corte abordó un caso similar promovido por la alcaldesa de San

Antonio de Palmito (Sucre), electa en octubre de 2003, al convocarse a nuevas elecciones en octubre de 2005 sin contar con un pronunciamiento judicial previo que invalidara el periodo de 4 años para el cual había sido elegida. En esta ocasión, la Corporación manifestó que se hace necesario “adoptar una decisión célere si se toma en cuenta que frente a una indefinición jurídica de estas características, se avizoran consecuencias que no sólo comprometen los derechos fundamentales de la accionante sino también de los electores y que inclusive involucran asuntos de orden público como son los traumatismos en el programa de gobierno de la actual mandataria y la gobernabilidad misma del municipio.” (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En la Sentencia T-107 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte también consideró procedente la tutela, pues a pesar de que el actor tenía la posibilidad de presentar acciones de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa, estaba en riesgo la posibilidad de ejercer el cargo para el cual había sido elegido. Se revisaba el caso del Gobernador de Vichada, quien estaba expuesto a ser suspendido del cargo para el cual había sido elegido, en virtud de un proceso de responsabilidad fiscal que la Contraloría Departamental adelantaba en su contra. En dicha oportunidad, no obstante la procedencia de la acción, el amparo fue negado, pues la Corte concluyó que el ente investigador tenía competencia para adelantar el respectivo procedimiento y, por tanto, no existía ninguna vía de hecho.

22 Sentencia C-339 de 1996, M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez. Sobre los actos de trámite y la ausencia de acciones judiciales autónomas para su discusión, la Corte Constitucional también se pronunció al revisar la exequibilidad del artículo 59 de la Ley 610 de 2000, según el cual, en los procesos de responsabilidad fiscal que adelantan las contralorías, solamente es demandable el acto administrativo con el cual termina dicha actuación.²² A juicio del demandante, dicha norma restringía el derecho de acceso a la justicia y el control pleno de las actuaciones administrativas, en especial frente a ciertos actos de trámite de vital importancia dentro del proceso de responsabilidad fiscal (como el de formulación de cargos), que por su incidencia en la decisión definitiva deberían tener un control pleno y autónomo ante las autoridades judiciales. Frente a este cargo, la Corte concluyó: (i) La decisión del legislador tiene un fin legítimo, pues si bien en principio todo acto de la Administración debe estar sujeto a control para evitar la arbitrariedad, “demandar todo acto, individualmente considerado, podría generar la parálisis de la actuación administrativa y la congestión del aparato judicial”, por lo que “evitar que ello suceda es un fin permitido por la Constitución” que se ajusta a los principios de celeridad y eficiencia que rigen el ejercicio de la función

administrativa y la satisfacción de las necesidades de interés general; (ii) Limitar las acciones judiciales a los actos definitivos constituye un medio idóneo para lograr el fin que se persigue, pues si bien existen decisiones de la administración cuya posibilidad de revisión judicial debe asegurarse, en razón a su contenido y a los efectos específicos que pueden causar a los particulares que tengan interés en el asunto determinado, “tal afirmación no resulta admisible respecto a las decisiones que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica concreta, como ocurre con los actos de trámite o preparatorios.”

23 *Ibíd.*

24 Sentencia C-557 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

25 “De esta manera, la norma demandada no impide el acceso a la justicia para demandar los actos preparatorios o de trámite, simplemente lo condiciona: primero, el interesado debe esperar a que termine el proceso de responsabilidad fiscal; y, segundo, debe demandar el acto que le puso fin al proceso para mostrar la relevancia de la irregularidad previa para la decisión final²⁵. Ambas condiciones son adecuadas para asegurar que la administración de justicia no sea perturbada ni sobrecargada.” (se subraya). Sentencia C-557 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

26 Al respecto, la Corte ha señalado que el posible quebrantamiento de las reglas aplicables a un determinado procedimiento administrativo “puede ser restablecido plenamente por el juez que controla la legalidad de los actos de la administración”, de manera que el interesado no está expuesto a una total indefensión y a la inexistencia de mecanismos idóneos para la protección de su posición jurídica como administrado. (Sentencia T-743 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Al referirse a las investigaciones disciplinarias, esta Corporación señaló en la Sentencia T-961 de 2004 que la regla general aceptada por la jurisprudencia constitucional es la improcedencia de la acción de tutela contra los actos de trámite, al existir otro mecanismo de defensa judicial que resulta idóneo para la protección de los derechos del administrado, “por cuanto si bien los actos de trámite no son susceptibles de recursos ante la jurisdicción contencioso administrativa, los errores en que posiblemente pudiera haberse incurrido, pueden ser subsanados dentro del trámite del proceso disciplinario y en caso de no ocurrir así, podrán ser alegados cuando el afectado decida hacer uso de la acción contencioso administrativa contra el acto que imponga la sanción disciplinaria. (M.P. Clara

Inés Vargas Hernández). En esta oportunidad la Corte se apoyó en la Sentencia T-418 de 2003, en la cual se indicó que la acción de tutela resulta improcedente cuando se trata de atacar actuaciones administrativas, disciplinarias o fiscales que se encuentran en trámite, pues, las irregularidades en los actos preparatorios “no sólo pueden ser alegadas dentro del propio proceso, sino que, además, cuentan con la posibilidad de que una vez culminada esta actuación, el afectado puede interponer las acciones correspondientes ante la jurisdicción contenciosa administrativa.”(M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

27 Sentencia T-961 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

28 Pueden verse las sentencias SU-201 y SU-202 de 1994.

29 Sentencia T-418 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

30 Sentencia SU-201 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

31 Así, al estudiar una acción de tutela en la que la demandante solicitaba rehacer toda la actuación administrativa que precedió a la expedición de una licencia de construcción de un predio colindante con el de su propiedad, por haber omitido su citación al procedimiento, se ratificó lo dicho en la Sentencia SU-201 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), en el sentido que “aún cuando esta Corte admite que, excepcionalmente, es procedente la acción de tutela, como mecanismo definitivo, contra actos de trámite o preparatorios, considera que esta modalidad de protección de los derechos fundamentales sólo puede ser utilizada antes de que se profiera el acto definitivo”, porque cuando éste se produce “puede utilizarse un medio alternativo de defensa judicial, como es la correspondiente acción contenciosa administrativa... (arts. 86, inciso 3o. y 8o. del decreto 2591/91)” Igualmente, en la Sentencia T-420 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) la Corte concluyó que si bien había existido una irregularidad en la notificación de un requerimiento aduanero con el cual se daba inicio a la actuación administrativa y que ello había afectado el debido proceso de los tutelantes, la acción era improcedente porque los interesados no actuaron de inmediato, sino que, a pesar de haber conocido el inicio de la actuación en su contra, esperaron la expedición del acto administrativo, lo recurrieron en vía gubernativa y solamente ante el resultado adverso a sus intereses, acudieron a la acción de tutela alegando la anomalía cometida por la Administración en el acto de trámite.

32 Entre otras pueden verse las sentencias SU-961 de 1999, T-173 y T-575 de 2002 y T-370 de 2005.

33 “Así, esta condición se constituye en característica esencial de la acción de tutela en virtud del artículo 86 Superior y de la jurisprudencia que lo interpreta, puesto que aquella ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho que es objeto de violación o amenaza.” (Sentencia T-108 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería)

34 “La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”(Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.)

35 Sentencia T-684 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

36 Sentencia T-1086 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “El desconocimiento del concepto de plazo razonable por parte del actor en sede de tutela, en atención a los hechos relevantes de cada caso, implica a saber: i) que la inactividad del peticionario no se encuentre validamente justificada; ii) que se vulneren derechos de terceros o se desnaturalice el amparo solicitado; y iii) que se configure un nexo causal suficiente entre los dos requisitos anteriores.” (Sentencia T-108 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería).

37 Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T-1173 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-108 de 2006, M.P. Jaime Araújo

Rentería, entre otras.

38 Sentencia T-051 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

39 Sentencia T-108 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería.

40 Sentencia T-1089 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

41 Sentencia SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.