

Sentencia T-232/14

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS PROFERIDOS POR AUTORIDAD ELECTORAL-Procedencia excepcional cuando vulnera derecho a elegir y ser elegido

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

La acción de nulidad electoral prevé la oportunidad de dejar sin efectos los actos de trámite, pero atacando directamente el acto definitivo y, siendo ello así, la acción de tutela conserva su carácter residual y subsidiario, pues por regla general, sería improcedente para dejar sin efectos actos de elección. Cuando se trata de actos de trámite debe verificarse si el mismo es abiertamente lesivo de los derechos fundamentales del actor, en tanto puede que se esté ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Cuando ello no es así, y la inconformidad se presenta con posterioridad a la elección, lo procedente no es la tutela, teniendo en cuenta que mediante la acción de nulidad electoral se puede atacar el acto definitivo de elección, siendo este el medio idóneo para tal fin, y a través del cual también se busca dejar sin efecto los actos de trámite como el de inscripción.

DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO-Alcance

Cuando la acción de tutela procede para evitar un perjuicio irremediable ante la amenaza o vulneración del derecho a elegir y ser elegido, la protección se centra en lograr que el ejercicio de tal derecho no se vea afectado o perturbado, toda vez que el ordenamiento legal contempla un calendario definido para llevar a cabo dicho proceso. Así, por ejemplo, el derecho a elegir no podría protegerse si el acceso a las urnas es impedido a alguien que está legalmente habilitado para hacerlo. Por su lado, frente al derecho a ser elegido, la protección busca permitir la participación del candidato que cumpla los requisitos señalados por la ley para postularse y que, en caso de llegar a ser elegido, se le permita cumplir el periodo para el cual fue elegido, salvo cuando por vía judicial la misma ha sido declarada

nula o el mandato sea revocado en los términos de la Constitución.

DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO-Debe ser entendido en su doble dimensión derecho-función

El derecho a elegir y ser elegido es, un derecho de doble vía, en el entendido de que se permite al ciudadano concurrir activamente a ejercer su derecho al voto o, también, a postular su nombre para que sea elegido a través de este mecanismo. Para la Corte Constitucional, la primera connotación es sinónimo de la libertad individual para acceder a los medios logísticos necesarios e informativos para participar efectivamente en la elección de los gobernantes, en una doble dimensión de derecho-función. En el mismo sentido, la segunda característica, que podríamos llamar pasiva, consiste en el derecho que se tiene a ser elegido como representante de los votantes en un cargo determinado.

DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO DE LAS MINORIAS ETNICAS-Alcance

PARTICIPACION DE GRUPO ETNICO, MINORIA POLITICA Y RESIDENTES EN EL EXTERIOR-Circunscripción especial

PARTICIPACION DE GRUPO ETNICO, MINORIA POLITICA Y RESIDENTES EN EL EXTERIOR-Requisitos de candidatos en circunscripción especial

COMUNIDAD INDIGENA-Protección constitucional especial del Estado

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

CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE MINORIAS ETNICAS-Postulación de candidatos al Congreso por agrupaciones políticas de carácter minoritario

DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO DE LAS MINORIAS ETNICAS-Vulneración por cuanto las autoridades electorales omitieron preceptos constitucionales y jurisprudencia de la Corte, en cuanto a la inclusión en los escenarios de participación política de las minorías étnicas

Referencia: expediente T-4.123.827

Acción de tutela presentada por el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia,

contra el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil

Derechos fundamentales invocados: participación política y derecho a elegir y ser elegido

Problema jurídico: ¿Vulnera la organización electoral el derecho fundamental de AICO a elegir y ser elegido, con la interpretación que le dieron al inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 y a la sentencia C-490 del mismo año, según la cual ningún partido ni movimiento político puede inscribir candidatos al Congreso de la República por las circunscripciones especiales de minorías étnicas?

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside- Alberto Rojas Ríos y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, que revocó la sentencia proferida por la Sección Primera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de la acción de tutela incoada por el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia, en contra del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

1. ANTECEDENTES

A través de su representante legal, el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia (en adelante AICO) interpuso acción de tutela en contra del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, por considerar que estas entidades vulneraron su derecho fundamental a la participación política, a la personería jurídica, a la igualdad y a la

diversidad étnica y cultural, a partir de la interpretación que ambas autoridades electorales le dieron al artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 y a la sentencia C-490 de 2011, que se pronunció sobre dicha norma en control previo de constitucionalidad. La solicitud de amparo está fundada en los siguientes:

1.1. HECHOS

1.1.1. El accionante considera que el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011[1], desconoce el derecho fundamental de la organización a “continuar participando y postulando candidatos a la circunscripción nacional especial y promover la elección de representantes de los Pueblos Étnicos en el Congreso de la República”. Dicha norma, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 28. INSCRIPCIÓN DE CANDIDATOS: (...)

Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica podrán inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas”.

1.1.2. No obstante, aduce que la Corte Constitucional ya había hecho una interpretación de dicho artículo, con ocasión de la Sentencia C-490 de 2011[2], de donde extrae el siguiente aparte:

“Se observa que esta disposición fija reglas sobre la representación democrática de las comunidades diferenciadas y, por ende, afectan directamente sus intereses en tanto grupos étnicos reconocidos por la Constitución. Cabe anotar, del mismo modo, que esa conclusión no es aplicable al inciso segundo del mismo artículo, en cuanto determina que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos y listas, ‘excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas’. Esto en razón de que el destinatario de esas reglas no son las comunidades tradicionales, sino los partidos y movimientos no minoritarios, de modo que no se cumple con la condición que el precepto legal afecte directamente a aquellas”[3].

1.1.3. En vista de lo anterior, y por considerar que está en imposibilidad de presentar candidatos a la circunscripción especial indígena, decidió elevar varias consultas ante el

Consejo Nacional Electoral[4] y la Registraduría Nacional del Estado Civil[5], con el fin de que respondieran los siguientes interrogantes:

“1. ¿los Partidos y Movimientos políticos con personería jurídica pueden inscribir candidatos para las elecciones de congresistas por las circunscripciones especiales indígenas?

2. ¿Los indígenas que aspiran a inscribirse como candidatos para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales indígenas requieren ser inscritos por partidos y movimientos políticos con personería jurídica? O ¿por grupo significativo de ciudadanos?

3. ¿Cómo puede un indígena que reúne los requisitos exigidos por la Constitución Nacional, inscribirse y postularse como candidato para las elecciones de Congresistas por la (sic) circunscripciones especiales indígenas tanto a la Cámara de Presentantes (sic) como en el Senado, cuando la ley 1475 de 2011, artículo 28, inciso 2, prohíbe que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica inscriban candidatos para estas jurisdicciones especiales?

4. Teniendo en cuenta, que la ley 1475 de 2011, artículo 28, inciso 2, prohíbe que los partidos y movimientos políticos inscriban como candidatos a los aspirantes para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales indígenas, ¿el que aspire a ser candidato en las elecciones del año 2014 puede inscribirse de manera directa sin necesidad de partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos?”

1.1.4. Las respuestas a tales interrogantes fueron negativas para el accionante. En primer lugar, el Consejo Nacional Electoral, mediante oficio No. 10813 del 24 de junio de 2012, concluyó:

“(…) a partir de la vigencia de la ley 1475 de 2011, los partidos y movimientos políticos con personería jurídica otorgada por esta corporación no podrán inscribir candidatos para las circunscripciones indígenas tanto de Senado como de Cámara de Representantes”.

Así mismo, en una segunda respuesta, el Consejo Nacional Electoral, mediante oficio del 26 de febrero de 2013, señaló:

“(…) la norma en comento se limita a establecer una excepción a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas. Advirtiéndose que el texto final del proyecto de ley, establece el procedimiento para inscribir listas por esta circunscripción especial; sin embargo la Corte declaró inexecutable el inciso donde se consignaba tal regulación”

En segundo lugar, la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante oficio RDE 646 del 12 de septiembre de 2012, informó, en un breve escrito, lo siguiente:

“que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-490 de 2011, al estudiar el ‘PROYECTO DE LA LEY ESTATUTARIA DE REFORMA POLÍTICA SOBRE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS Y PROCESOS ELECTORALES’, en relación con el inciso segundo del artículo 28 señala que los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica, no podrán inscribir candidatos para la elección de congresistas por las circunscripciones especial y la minorías étnicas, estableció: [en seguida transcribe el aparte del fallo pertinente y finaliza con la firma del Registrador Delegado en lo Electoral]”.

1.1.5. Aduce que las autoridades electorales le sugirieron solicitar al Ministerio del Interior que tramite una ley en donde se de solución al vacío jurídico originado con la sentencia C-490 de 2011.

1.1.6. Señala que la complejidad de procedimientos como la consulta previa, el trámite legislativo y el control previo de constitucionalidad, llevaría a la desprotección del derecho fundamental que tiene el movimiento indígena a elegir y ser elegido, puesto que el tiempo de inscripción de candidatos es perentorio[6].

1.1.6. Según el accionante, la interpretación de la norma llevaría al movimiento indígena a inscribir candidatos en la circunscripción ordinaria; escenario en donde, asegura, se vería en clara desventaja.

1.1.7. Por lo dicho, y ante la ausencia de otro mecanismo de protección judicial, solicita la

intervención del juez de tutela, toda vez que considera vulnerado el derecho del movimiento indígena a elegir y ser elegido, a la igualdad, a la diversidad étnica y a la participación política, como consecuencia de las actuaciones del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

1.2. PRUEBAS DOCUMENTALES

Obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

1.2.1. Copia del oficio No. 10813 del 24 de julio de 2012, emitido por el Consejo Nacional Electoral.

1.2.2. Copia del oficio No. 12860 del 26 de febrero de 2013, emitido por el Consejo Nacional Electoral.

1.2.4. Copia de los Estatutos del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia "AICO", registrados ante el Consejo Nacional Electoral.

1.2.5. Copia de la Resolución No. 1444 del 15 de febrero de 2013, "Por la cual se establece el calendario electoral para las elecciones de Congreso de la República y Parlamento Andino, que se realizarán el 9 de marzo de 2014", proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

1.3. ACTUACIONES PROCESALES

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", avocó el conocimiento de la acción de tutela y mediante auto calendado el 2 de mayo de 2013, ordenó correr traslado de la misma al Presidente del Consejo Nacional Electoral y al Registrador Nacional del Estado Civil, para que ejercieran su derecho de defensa. En respuesta, dichas entidades manifestaron:

1.3.1. Respuesta del Consejo Nacional Electoral

1.3.1.1. El asesor jurídico del Consejo Nacional Electoral solicitó al Tribunal declarar improcedente la acción de tutela, con fundamento en los siguientes argumentos:

Para demostrar que no ha vulnerado el derecho fundamental del movimiento político

accionante, señaló las competencias y funciones de la Corporación en cuanto a la participación política[7]. En complemento, citó extensos apartes de la sentencia C-490 de 2011, referidos a la constitucionalidad del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.

A partir de lo expuesto, sostuvo que el Consejo Nacional Electoral actuó conforme a la normatividad vigente en cuanto al reconocimiento de personerías. En tal sentido, informó que la personería jurídica del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia -AICO-, fue reconocida mediante Resolución No. 20 del 15 de agosto de 1991, “condicionada por su representación en la Asamblea Nacional Constituyente del 91”, accediendo de forma automática hasta la fecha de hoy.

Descendiendo al caso concreto, en cuanto a la inscripción de candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial indígena, indicó que la Ley 649 de 2001 es la que establece de manera clara las calidades especiales que debe reunir cada uno de ellos, las cuales coinciden con las previstas en la Constitución para quienes se postulen por dicha circunscripción al Senado. A lo anterior agregó que, no obstante, “para una y para otra, nada se dijo sobre las condiciones de los postulantes dejando así abierta la opción para que, tanto los partidos políticos con personería jurídica como los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos, inscribieran candidatos a estas circunscripciones nacionales especiales”.

Sostuvo que esta situación cambió con la expedición de la Ley 1475 de 2011, en la que se prohibió expresamente a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica otorgada por el Consejo Nacional Electoral, inscribir candidatos a las circunscripciones de minorías étnicas. Sobre dicha norma, manifestó lo siguiente:

“(…) se limita a establecer la excepción a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas. Advirtiéndose que el texto original del proyecto de Ley, establecía el procedimiento para inscribir listas por esta circunscripción especial; sin embargo la Corte declaró inexecutable el inciso donde se consignaba tal regulación por encontrar un vicio de procedimiento en el trámite de la Ley, cual fue el incumplimiento del requisito de Consulta Previa”.

En virtud de la inexecutable del referido inciso, indicó que actualmente existe un vacío

jurídico respecto al procedimiento para la inscripción de las listas, que sólo puede ser suplido por el legislador mediante una reforma estatutaria, pero no por intermedio de un acto administrativo proferido por esa Corporación, dado que no es competencia suya ni es el mecanismo idóneo para lograr tal propósito.

En cambio, aseguró, lo que sí está vigente es la Ley 1475 de 2011, cuyo contenido establece que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica no podrán inscribir candidatos para Senado y Cámara de Representantes por la circunscripción especial indígena.

Por los anteriores motivos, consideró que no ha incurrido en actuación alguna que vulnere los derechos fundamentales invocados por el accionante, por tanto, solicita sean negadas las pretensiones de la acción de tutela.

1.3.2. Respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil

La Jefe de la Oficina Jurídica de la Registraduría Nacional del Estado Civil solicitó negar las pretensiones de amparo presentadas por el accionante.

Dio inicio a su intervención citando diferentes normas que regulan lo referido a la inscripción de candidatos para las Corporaciones de elección popular a nivel nacional. Luego, sostuvo que la función de la Registraduría Nacional del Estado Civil es recibir dichas inscripciones en los términos señalados por el calendario electoral, y debe revisar que se cumplan los requisitos de ley. Así pues, indicó que es la norma jurídica, y no la entidad, la que señala la excepción según la cual los partidos y movimientos políticos con personería jurídica no pueden inscribir candidatos por la circunscripción especial indígena. Ante tal afirmación, la entidad consideró que solo podía ceñirse a ello, con la finalidad de cumplir sus funciones a cabalidad.

En consecuencia, concluyó que como entidad encargada de tales funciones, no puede apartarse de la normatividad vigente “ni proceder a avalar a aceptar inscripciones con requisitos diferentes e incluso contrarios a los fijados por la ley”, razón por la que es inviable la solicitud formulada por el accionante en el escrito de tutela.

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA – TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN “A”

2.1.1. En fallo proferido el 15 de mayo de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró improcedente la acción de tutela presentada por el actor.

2.1.2. Con fundamento en jurisprudencia constitucional, el Tribunal Administrativo indicó que la acción de tutela es improcedente para controvertir actos de carácter general y abstracto, como el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, salvo que se pretenda el amparo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así, señaló que mediante la acción de tutela el actor pretende atenuar los efectos del artículo 28 ibídem, pero, por ser este un acto de carácter general, el amparo se torna improcedente, teniendo en cuenta que existen otros mecanismos de protección judicial ante la justicia ordinaria.

2.2. IMPUGNACIÓN

2.2.1. En el escrito de apelación, el accionante alegó que la vulneración a sus derechos fundamentales no proviene del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, sino que radica en la interpretación que de dicho precepto realizan tanto el Consejo Nacional Electoral como la Registraduría Nacional del Estado Civil, lo cual sí genera un evidente desconocimiento de su derecho fundamental a la participación política, entre otros.

2.3 SEGUNDA INSTANCIA – CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA

2.3.1. En sentencia del 20 de junio de 2013, el Consejo de Estado revocó la decisión inicial y tuteló los derechos fundamentales invocados por AICO.

2.3.2. Sobre la procedencia, precisó que el accionante no tiene otro medio legal para la protección de su derecho fundamental a elegir y ser elegido, pues no existe una forma de controvertir la interpretación que del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 han hecho el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Explicó que en el caso concreto existe una amenaza de vulneración de los derechos fundamentales de la parte accionante, situación que justifica la intervención del juez de

tutela. Al respecto, citó jurisprudencia constitucional para señalar la diferencia entre amenaza y riesgo de un derecho fundamental. A partir de ello, situó el presente caso como uno en el que se encuentra amenazado el derecho fundamental invocado, toda vez que se trata de un peligro cierto que se cierne sobre la posibilidad de inscribir un candidato.

En cuanto al derecho a elegir y ser elegido, sostuvo que este se deriva del artículo 40, numeral 1 Superior, que consigna no solo la posibilidad de votar sino de postularse como candidato a los cargos de elección popular. Igualmente, resaltó la facultad que tienen los ciudadanos de fundar y organizar partidos y movimientos políticos, así como la libertad de afiliarse y retirarse de los mismos para participar en la conformación y ejercicio del poder político. En igual sentido, adujo que el artículo 176 ibídem estableció circunscripciones especiales para elegir representantes a la Cámara por los grupos étnicos minoritarios, disposición que a su vez fue desarrollada por la Ley 649 de 2001.

A partir del contexto normativo descrito, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo concluyó que la Constitución Política colombiana fue generosa al establecer acciones afirmativas en favor de las minorías étnicas y garantizarles un espacio en el debate político.

En seguida, transcribió el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, y la interpretación que del mismo hizo la Corte Constitucional mediante Sentencia C-490 de 2011, donde estudió la constitucionalidad de la totalidad de la norma. Siguiendo lo citado, concluyó que no existía duda en cuanto a que el inciso 2º de dicho artículo no está dirigido a los movimientos y partidos políticos que representan las minorías étnicas, puesto que:

“Es lógico y sensato que esos movimientos y partidos políticos con personería jurídica puedan presentar candidatos y listas para las elecciones de congresistas por las circunscripciones especiales, pues la limitación de la norma está justamente dirigida a proteger el derecho de participación política de las minorías étnicas, como lo son las comunidades indígenas.

Como ya se dijo, el propósito de la norma es garantizar que las minorías étnicas estén representadas no sólo por partidos y movimientos políticos que propugnen por sus intereses, sino también por candidatos que comulguen con la filosofía de la minoría étnica”.

Así pues, para la Sección Cuarta del Consejo de Estado, la interpretación que adoptaron el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, es contraria a la norma. En tal sentido, consideró que la inexequibilidad del inciso 3º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, no generó un “vacío jurídico”, pues allí no se establecía propiamente un procedimiento, sino que “señalaba que la inscripción de candidatos podían hacerla los movimientos y partidos políticos con personería jurídica, sea que la hayan adquirido con fundamento en el artículo 108 C.P. o que se les haya reconocido por el Ministerio del Interior y de Justicia”.

De otro modo, también planteó que en un escenario donde la interpretación de las entidades accionadas fuera el adecuado:

“...la inexequibilidad declarada por la Corte Constitucional no puede derivar en la limitación del derecho a elegir y ser elegido de AICO, aparentemente por falta de procedimiento. Resulta constitucionalmente reprochable que el derecho de participación política quede limitado porque no exista un procedimiento para la inscripción de candidatos de las minorías étnicas. La finalidad de la norma permite adoptar la interpretación que promueva la participación política de las comunidades indígenas, no que la limite injustificadamente. Se insiste, la falta de un procedimiento no puede limitar el ejercicio del derecho a inscribir candidatos de los movimientos y partidos políticos de las comunidades étnicas, que son grupos especialmente protegidos por la Constitución Política”.

Así, consideró que el derecho del accionante a participar como candidato en las próximas elecciones no puede verse afectado porque el concepto de las entidades accionadas, según el cual, ningún partido o movimiento político con personería jurídica puede inscribir candidatos al Senado y Cámara de Representantes por las circunscripciones especiales de las minorías étnicas.

Finalmente, estimó que existía un riesgo cierto, grave e inminente de vulneración del derecho fundamental invocado, porque según la Resolución 1444 de 2013, que fijó el calendario electoral, el 9 de noviembre próximo vence el plazo de inscripción de candidatos. En consecuencia, amparó el derecho a elegir y ser elegido y ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil que permitiera a AICO inscribir candidatos por las circunscripciones especiales indígenas para el Senado de la República y la Cámara de Representantes, previa

verificación de los requisitos estipulados para tal fin.

3. PRUEBAS DECRETADAS POR LA SALA DE REVISIÓN

3.1. Mediante auto proferido el 21 de febrero de 2014, el suscrito Magistrado sustanciador ordenó oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que informara si AICO había inscrito candidatos para Senado de la República y Cámara de Representantes por la circunscripción especial indígena. Además, invitó a entidades estatales, instituciones educativas y algunos movimientos políticos indígenas para que emitieran un concepto sobre el problema jurídico que plantea el proceso bajo revisión.

En respuesta, se recibieron los siguientes escritos:

3.1.1. Defensoría del Pueblo

El Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, solicitó confirmar la decisión proferida en segunda instancia en el proceso de la referencia y, además, que la Corte se pronunciara de fondo a fin de que fijara el alcance del derecho fundamental a elegir y ser elegido de los pueblos indígenas.

El Defensor considera que aún cuando se ha concedido el amparo y la amenaza del derecho se ha superado, la Corte está habilitada para pronunciarse de fondo con dos propósitos: el primero, evitar que la interpretación dada por las autoridades electorales se presente en otro evento similar al revisado y, el segundo, que esta Corporación fije el alcance de los derechos a elegir y ser elegido de los partidos y movimientos políticos en cuanto a los candidatos que se postulen por las circunscripciones especiales y ordinarias.

Continúa su intervención haciendo una breve alusión a la jurisprudencia de esta Corporación en materia de protección de los derechos de las minorías étnicas (indígenas y afrodescendientes), indicando que en el ordenamiento jurídico esto se traduce en tratamientos regulativos especiales, que concuerdan con el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural, a lo que sigue la obligación de las autoridades de aplicar las excepciones normativas apoyadas en dicho reconocimiento.

Plantea que en el Estado Constitucional moderno, la diversidad es el pilar en que se sustenta la convivencia y el reconocimiento como Nación, premisa fundamental para

construir una sociedad democrática y participativa. De ello, sustrae que cuando las autoridades deban tomar medidas que afectan dichos valores, están obligadas a (i) demostrar la necesidad de la medida tomada; (ii) probar que no existía otra medida menos lesiva de dichos valores, y, en últimas, (iii) si ya se tomó la medida, indicar que “se ofrecieron otras medidas alternativas que garantizan el respeto, y promoción de éstos, por lo menos, en igual forma que antes de haberse tomado la medida que se considera desfavorable”.

Consecuente con lo anterior, la entidad, tras analizar las normas constitucionales referidas a la diversidad étnica y cultural, además de la jurisprudencia constitucional, deduce la siguiente regla interpretativa: “A mayor promoción de la pluralidad, la diversidad étnica y consiguientemente de la participación, menor control constitucional. O en otros términos, siempre que las normas que se analizan promuevan la pluralidad, la diversidad étnica y la participación de las personas que se benefician de estas garantías, dichas normas deben considerarse prima facie ajustadas a la Constitución y contrarias las normas que suponen restricciones injustificadas de estos principios”.

Partiendo de la regla de interpretación constitucional y del marco jurídico atrás descritos, la Defensoría afirma que la actuación de las autoridades accionadas es contraria a la Constitución Política, puesto que, si es interpretado sistemáticamente el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, el artículo 108 Superior y la sentencia C-490 de 2011, la conclusión es que la prohibición del artículo 28 aplica para los partidos y movimientos políticos que no representan a las minorías étnicas.

Así, considera razonable suponer “que la prohibición contemplada en el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 aplica para los partidos cuya personería jurídica está ligada a la obtención de un porcentaje mínimo de votos válidos y no de su pertenencia a una minoría étnica, y es esta, justamente, la razón por la que la Corte en la pluricitada sentencia C-490 de 2011 avala la exequibilidad de esta norma que restringe para estos partidos y movimientos políticos, no para todos, la posibilidad de inscribir candidatos por las circunscripciones especiales de las minorías étnicas, salvaguardando la voluntad política de las personas pertenecientes a estas minorías, de forma tal que sean representadas adecuadamente”.

Finalmente, la Defensoría advierte que la existencia de un tratamiento diferenciado no significa que los partidos y movimientos políticos por las circunscripciones especiales indígenas de minorías étnicas, no estén habilitados para inscribir candidatos por las circunscripciones ordinarias, ello por cuanto “se trata de un ejercicio legítimo avalado por la regla de interpretación constitucional mencionada, que supone que siempre que se trate de ampliar las bases de participación democrática, esta regla resulta -prima facie- ajustada a la Constitución”.

3.1.2. Ministerio del Interior

La Asesora de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, rindió concepto en los siguientes términos:

Considera que la Constitución permite que los partidos y movimientos políticos gocen de la facultad de postular candidatos a cargos de elección popular, pero ello se encuentra limitado por la norma en discusión (inciso 2º artículo 28 de la Ley 1475 de 2011), donde la Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011, sostuvo que tal precepto está orientado a garantizar que la voluntad política de las minorías étnicas esté verdaderamente representada en las corporaciones públicas.

En tal sentido, partiendo de dicho fallo, afirma que la voluntad del legislador fue garantizar a las comunidades étnicas la posibilidad de inscribir candidatos, exceptuando a los partidos y movimientos políticos que optan por la circunscripción ordinaria, lo cual no quiere decir que los partidos y movimientos políticos de las minorías étnicas no puedan aspirar a esta última.

3.1.3. Procuraduría General de la Nación

El Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales de la Procuraduría General de la Nación comparte la decisión tomada por el ad quem y, adicionalmente, solicita a esta Corporación exhortar al Congreso de la República para que expida las normas constitucionales y legales necesarias para llenar los vacíos jurídicos que dieron origen a la acción de tutela. En sustento de su petición expone los siguientes argumentos:

En primer lugar, describe en qué consiste el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 y el

respectivo control previo que sobre esta norma realizó la Corte Constitucional mediante sentencia C-490 de 2011. De allí, advierte que la inexecutable del inciso 3º de la misma creó un vacío jurídico en cuanto a la inscripción de candidatos a corporaciones por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.

La consecuencia de lo anterior, señala, es que las comunidades indígenas y afrodescendientes deban competir por una curul de la circunscripción ordinaria, escenario que resulta desproporcionado y, en cierta medida, discriminatorio frente a los demás candidatos y partidos, “porque sus condiciones sociales, culturales, económicas y políticas son muy diferentes y, sobre todo, frágiles y hasta incomprensibles por el resto de la población”.

En segundo lugar, frente al caso concreto, la Procuraduría considera que la acción de tutela es el mecanismo procedente, tanto formal como material, para la protección del derecho fundamental a elegir y ser elegido en el caso particular, porque al igual que los demás partidos y movimientos políticos, los de los indígenas también están sujetos a las garantías electorales brindadas por la Carta Política, en cuanto al derecho a elegir y ser elegido.

Finalmente, dicho esto, se cuestiona acerca de en qué términos debe ser protegido este derecho, teniendo en cuenta que el artículo 7 Superior es claro en establecer que el Estado debe reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, lo que incluye a las autoridades públicas. En respuesta, indica que “como mínimo la decisión judicial pertinente debe ordenar a las autoridades electorales la inscripción de las listas del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia para la conformación del Congreso de la República mediante las circunscripciones especiales de minorías étnicas (...)”.

3.1.4. Registraduría Nacional del Estado Civil

La entidad informa a esta Corporación que por la circunscripción especial el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia inscribió tres candidatos para Cámara de Representantes y tres para Senado.

4. CONSIDERACIONES

4.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Como se observa, a juicio del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 y la sentencia C-490 de 2011 que lo declaró exequible, impiden que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica puedan inscribir candidatos y listas para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de las minorías étnicas.

Para AICO, la interpretación que las autoridades electorales le dan a la norma y la sentencia, constituyen una amenaza al ejercicio y goce de su derecho fundamental a elegir y ser elegido, razón por la cual acuden al juez de tutela, solicitando que se ordene a las entidades accionadas permitir la inscripción de este movimiento político, que representa los intereses de las comunidades indígenas, por la circunscripción especial de las minorías étnicas.

Ante este panorama, la Corte debe responder a los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Es procedente la acción de tutela para debatir la interpretación que de las normas electorales haga la respectiva autoridad electoral?
- De ser afirmativo lo anterior ¿Amenazan las autoridades electorales el derecho fundamental a elegir y ser elegido de AICO, tras conceptuar que ningún partido ni movimiento político puede inscribir candidatos para Cámara y Senado por la circunscripción especial, con fundamento en el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 y la sentencia C-490 del mismo año?

Para ello, la Sala estudiará, en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela contra conceptos emitidos por la organización electoral; en segundo término, analizará el derecho fundamental a elegir y ser elegido en cabeza de las minorías étnicas, especialmente los

grupos indígenas, dentro del marco de la democracia participativa propia del Estado Social de Derecho colombiano y; finalmente, resolverá el caso concreto.

4.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A ACTOS PROFERIDOS POR LAS AUTORIDADES ELECTORALES

4.3.1. El artículo 86 de la Constitución Política anuncia las características de la acción de tutela indicando que se trata de un mecanismo mediante el cual todo ciudadano en causa propia o por interpuesta persona, puede solicitar la protección de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos se encuentren amenazados o hayan sido quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Asimismo, señala que bajo determinadas circunstancias, el amparo podrá intentarse contra particulares[8].

El inciso tercero de la misma norma, consigna una regla concreta respecto al asunto de la procedencia en el sentido formal: la tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Lo anterior significa que la acción de tutela es de carácter subsidiario, por cuanto debe verificarse que el afectado no cuente con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, esta regla cuenta con una excepción, según la cual la tutela es procedente como mecanismo transitorio cuando se advierta la existencia de un perjuicio irremediable. En torno a esta figura, la Corte ha indicado que para que exista un perjuicio irremediable es preciso que el mismo sea cierto, inminente, grave y de urgente atención. Sintetizando, se ha dicho:

“La acción de tutela, según ha establecido en repetidas oportunidades esta Corte, fue consagrada por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, que no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias. Por este motivo, el artículo 86 de la Carta dispone que dicha acción ‘sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial’[9]. La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha precisado que este mandato se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, estos es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso[10]. La idoneidad de los medios de

defensa se debe evaluar, en el contexto particular de cada caso individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela.

No obstante lo anterior, el mismo Constituyente introdujo una excepción a dicha regla, en el mismo artículo 86 Superior: a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando quiera que 'se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable'. La jurisprudencia de esta Corte[11] ha señalado que para efectos de esta disposición, únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con el caso particular, sea (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable[12].

Si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de respetar el carácter subsidiario del mecanismo judicial en cuestión, existen casos en que el análisis de procedibilidad de la tutela en el caso concreto se debe efectuar en forma más amplia –esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las persona que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad”[13].

De acuerdo con ello, deben observarse las particularidades de cada caso concreto para así poder determinar el grado de rigor con que se aplican los criterios de procedencia de la acción de tutela.

4.3.2. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha revisado casos de tutela en los

cuales la entidad accionada es la organización electoral o, en su defecto, se ha buscado proteger derechos concernientes a la participación política como el derecho a elegir y ser elegido.

4.3.3. En la sentencia T-778 de 2005[14] la Corte estudió la tutela interpuesta por la entonces electa candidata al Concejo por Bogotá Ati Quigua, en contra del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, al resolver la demanda de nulidad electoral interpuesta con ocasión de la elección de la accionante.

De acuerdo con la sentencia, la demanda de nulidad se centraba en señalar que la candidata no cumplió con lo previsto en el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, el cual especifica los requisitos que debe reunir la persona que aspire al Concejo de Bogotá.

En concreto, la demandante solicitó mediante la acción de tutela que se amparara su derecho fundamental al debido proceso y se declarara la nulidad de todo lo actuado en el proceso de nulidad electoral. Asimismo, se inaplicara por inconstitucional el artículo 27 del Decreto 1421 por desconocer los artículos 1, 2, 93, 94, 95, 99 y 152 de la Constitución, además de violar sus derechos políticos. Como consecuencia de lo anterior, pidió que se le posesionara en el cargo de Concejal de Bogotá.

Teniendo en cuenta este escenario, la Corte se propuso resolver dos problemas jurídicos:

2. ¿La aplicación a una mujer indígena de un requisito de edad, que no está expresamente previsto en la Constitución?”

El de la procedencia de la acción de tutela fue uno de los temas objeto de análisis, en el sentido de que la misma fungía “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al ejercicio de la representación política como materialización del derecho a ser elegido”. Para el caso concreto, la Corte encontró que, desde el punto de vista formal, la sentencia era procedente, por cuanto:

“La eventual vulneración del derecho a la identidad cultural de la tutelante, establecido en la Constitución por los artículos 1, 7 y 70, entre otros, se encuentra en este caso estrechamente vinculado al ejercicio de la representación política que, a su vez, se deriva del derecho a la participación ciudadana establecido en el artículo 40 de la Constitución. La

acción de tutela busca, en este caso, impedir la exclusión del ejercicio del derecho político a representar, cuando quien la invoca ya ha sido elegida mediante voto popular para ocupar un cargo en una corporación pública. El derecho político a representar, del cual es titular quien ha sido elegido por el sistema uninominal o quien pertenece a una lista que ha obtenido escaños en una corporación pública, es un derecho que se ejerce en momentos constitucionalmente preestablecidos que no pueden ser sustituidos o postergados. El derecho de participación política, en una de sus manifestaciones, se materializa como el derecho a ser elegido, es decir a representar una colectividad. El ejercicio de este derecho, dependiendo del cargo, se encuentra circunscrito a un límite temporal que establece un periodo establecido en la Constitución”.

En razón a lo anterior, concluyó el derecho a la representación no puede ser ejercido en cualquier momento, sino que cuenta con un límite de tiempo según los establece la Constitución, la tutela funge como el mecanismo de protección transitoria, al estar en entredicho el ejercicio de un derecho fundamental, pues cada día que pasa resta la posibilidad que tiene la persona para ejercerlo.

En tal sentido, agregó:

“Además, se trata de un perjuicio grave ya que la eventual vulneración del derecho a la identidad cultural y del ejercicio de derechos políticos de una mujer indígena, que ya ha sido escogida por los sufragantes para representarlos en una corporación pública, compromete principios y valores protegidos por la Constitución”.

En seguida, la sentencia abordó otro tema de vital importancia para resolver el caso concreto: el derecho a la identidad y el pluralismo conforme a los artículos 1, 7 y 70 de la Constitución que disponen el reconocimiento y protección de la diversidad étnica.

Entrada en el análisis de estos preceptos, se afirmó, por ejemplo, que el multiculturalismo “es un pilar de la nacionalidad y en consecuencia el Estado tiene la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural, y adicionalmente, promover dicha diversidad, de lo cual depende la convivencia armónica dentro de una democracia participativa”.

De las normas constitucionales citadas, se desprende el concepto de la identidad cultural, el

cual, según la sentencia T-349 de 1996[15] es del siguiente alcance y contenido:

“Para superar el primero de los problemas resulta útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es éste el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

(...) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente.

“La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de “cultura”. Este término hace relación básicamente al “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana.” En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos”.

De acuerdo con el fallo, el 31 de enero de 2006, el Consejo Nacional Electoral prohibió inscribir listas para las elecciones parlamentarias avaladas por grupos significativos de ciudadanos o Movimientos sociales que presentaran como logotipo para su identificación en la tarjeta electoral, la fotografía o la identificación por medio del rostro o la figura humana de candidatos que formen parte de la respectiva lista. El mismo día de haberse tomado la medida, un Grupo de ciudadanos inscribió su lista para Senado utilizando la fotografía de quien la encabezaba. La vulneración, según el accionante, consistió en que los demás movimientos sí acataron la prohibición señalada por el Consejo Nacional Electoral, por lo que contó con una ventaja significativa frente a los electores. Por tanto, solicitó al juez de tutela ordenar a la Registraduría Nacional del Estado Civil no incluir la imagen de candidato alguno, en virtud del principio de igualdad.

El juez de instancia estimó razonable conceder el amparo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable y ordenó a la organización electoral mantener la situación jurídica creada, permitiéndole al accionante el uso del logotipo previamente aceptado. Asimismo, hizo extensible tal protección a los demás partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que lo solicitaran, a efectos de garantizar la igualdad de condiciones de todos los candidatos.

Teniendo en cuenta que para la época en que se profirió la sentencia citada, ya se habían llevado a cabo las elecciones, en la que finalmente participó el movimiento político accionante, la Corte señaló que no era posible emitir un pronunciamiento de fondo, por lo que resolvió declarar la carencia actual de objeto por sustracción de materia.

Como se observa, en esta oportunidad, la Corte no hizo un análisis específico sobre la procedencia de la acción de tutela, pero el hecho de que no haya cuestionado dicho aspecto en el fallo de instancia, lleva a entender que la misma resultaba procedente como mecanismo de protección transitoria.

4.3.3. Finalmente, en sentencia T-123 de 2007[17] esta Corporación abordó el caso de una tutela interpuesta por el Movimiento Alianza Social Indígena en contra del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, por haber permitido la inscripción y participación en la elección al Congreso de la República por la circunscripción especial indígena de la Cámara de Representantes, de cuatro movimientos políticos ajenos a los intereses y luchas de dichas comunidades. Por tanto, solicitaron dejar sin efecto las inscripciones efectuadas por ellos, toda vez que se estaban desconociendo los derechos de la comunidad indígena a elegir y ser elegido, entre otros. En su momento, el accionante advirtió que no existe otro mecanismo de defensa judicial, toda vez que se pretendían dejar sin efectos actos de inscripción y era procedente la acción de tutela[18].

Precisamente, sobre este aspecto, la Corte hizo un extenso análisis para determinar en qué medida el actor cuenta con otros mecanismos de protección judicial, en especial, la acción electoral y, por otro lado, establecer si la tutela era procedente para atacar actos administrativos de trámite como el de la inscripción de candidatos para elecciones populares.

En cuanto al primer punto, referido a la acción electoral como mecanismo judicial para

controvertir actos administrativos y de trámite, la sentencia expuso los siguientes argumentos:

Fundada en el precedente constitucional sentado por la T-510 de 2006[19] y la C-955 de 2001[20], sostuvo que el ejercicio de los derechos derivados del principio de participación política, como el de elegir y ser elegido, está supeditado a las reglas que buscan preservar el orden de los procesos electorales y conservar el control de los comicios por parte del Estado. A partir de tal afirmación, señaló que esta regulación es igualmente aplicable a 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”. Además, precisó que lo anterior no afectaba la autonomía de tales grupos ni la protección de su identidad cultural, en tanto “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”.

Ya establecido que las comunidades indígenas también son sujetos pasivos de las reglas electorales, el fallo se centró en determinar la efectividad de uno de los mecanismos judiciales que consagra estas reglas: la acción de nulidad electoral. Con base en el Código Contencioso Administrativo[21] señaló que lo que se debe demandar a través de dicho instrumento judicial es 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 nulidad del acto definitivo”.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este primer aspecto concluyó que la acción de nulidad electoral prevé la oportunidad de dejar sin efectos los actos de trámite, pero atacando directamente el acto definitivo y, siendo ello así, la acción de tutela conserva su carácter residual y subsidiario, pues por regla general, sería improcedente para dejar sin efectos actos de elección.

Frente al segundo punto, referido la posibilidad de ejercer control sobre los actos de trámite a través de la acción de tutela, la sentencia destacó la jurisprudencia de la Corte[22],

señalando que ello es posible de manera excepcional en los siguientes eventos:

“...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”[23].

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[24], 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[25]”.

Con fundamento en lo anterior, la Corte confirmó la decisión de segunda instancia que había negado el amparo, pues, al igual que el ad quem, consideró que la acción de tutela había sido interpuesta tiempo después de la fecha en que vencía el plazo para la inscripción de candidatos, demostrándose con ello que no había un interés real por parte del accionante en evitar un perjuicio irremediable, mucho más si se tiene en cuenta que el amparo fue solicitado cuando se conocía el resultado de las elecciones, razón que también sirvió para señalar que se contaba con otro mecanismo de protección judicial, como la acción de nulidad electoral.

4.3.4. En conclusión, cuando se trata de actos de trámite debe verificarse si el mismo es abiertamente lesivo de los derechos fundamentales del actor, en tanto puede que se esté ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Cuando ello no es así, y la inconformidad se presenta con posterioridad a la elección, lo procedente no es la tutela, teniendo en cuenta que mediante la acción de nulidad electoral se puede atacar el acto definitivo de elección, siendo este el medio idóneo para tal fin, y a través del cual también se busca dejar sin efecto los actos de trámite como el de inscripción.

Ahora, también cabe inferir de todo lo expuesto, que cuando la acción de tutela procede para evitar un perjuicio irremediable ante la amenaza o vulneración del derecho a elegir y ser elegido, la protección se centra en lograr que el ejercicio de tal derecho no se vea afectado o perturbado, toda vez que el ordenamiento legal contempla un calendario definido para llevar a cabo dicho proceso. Así, por ejemplo, el derecho a elegir no podría protegerse si el acceso a las urnas es impedido a alguien que está legalmente habilitado para hacerlo. Por su lado, frente al derecho a ser elegido, la protección busca permitir la participación del candidato que cumpla los requisitos señalados por la ley para postularse y que, en caso de llegar a ser elegido, se le permita cumplir el periodo para el cual fue elegido, salvo cuando por vía judicial la misma ha sido declarada nula o el mandato sea revocado en los términos de la Constitución.

4.4. EL DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS, COMO DESARROLLO DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

4.4.1. Pluralismo y diversidad en la Constitución de 1991

Un breve contraste entre la Constitución de 1886 y la actual (1991), nos permite advertir grandes cambios en la filosofía política y social del país. Primordialmente podemos destacar el rótulo de Estado social de derecho, a partir del cual se desprenden otros importantes avances en torno a las garantías y derechos de los ciudadanos. Unido a ello, cabe también resaltar, como una novedad, la definición de Colombia como un Estado pluralista (art. 1 C.P.), que a su vez, armoniza con el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (art. 7 C.P.), sentando las bases para la inclusión de todas las expresiones culturales del territorio.

En esta medida, el carácter diverso y plural no podía quedarse en un simple reconocimiento, por lo que el Constituyente también previó la garantía a los grupos étnicamente minoritarios de un espacio de representación política, en desarrollo del derecho a elegir y ser elegido (art. 40 C.P.) derivado del principio de democracia participativa.

Concretamente, el artículo 171 Superior señala en su inciso segundo que, además de los cien senadores que conforman el Senado de la República elegidos en

circunscripción nacional, existirá “un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por las comunidades indígenas”. Más adelante, relacionado con la composición de la Cámara de Representantes, el artículo 176 ibídem, establece lo siguiente:

Mediante esta circunscripción, se podrán elegir hasta cuatro representantes...”.

Como puede observarse, dichas prerrogativas configuran la base de la garantía del derecho a la participación política de los grupos étnicos, permitiendo de igual manera el libre ejercicio de su derecho a elegir y ser elegido[26] como expresión del concepto de democracia participativa[27].

Partiendo del supuesto anterior, el derecho a elegir y ser elegido es, entonces, un derecho de doble vía, en el entendido de que se permite al ciudadano concurrir activamente a ejercer su derecho al voto o, también, a postular su nombre para que sea elegido a través de este mecanismo. Para la Corte Constitucional, la primera connotación es sinónimo de la libertad individual para “acceder a los medios logísticos necesarios e informativos para participar efectivamente en la elección de los gobernantes, en una doble dimensión de derecho-función[28]”[29]. En el mismo sentido, la segunda característica, que podríamos llamar pasiva, “consiste en el derecho que se tiene a ser elegido como representante de los votantes en un cargo determinado”[30].

Precisamente, dado que en el presente caso la tutela se impone en razón a que presuntamente se impide el ejercicio del derecho a ser elegido, y que la misma es solicitada por un movimiento político que pretende inscribir un candidato por la circunscripción especial de minorías étnicas, es necesario referirse a los derechos de participación política en cabeza de este grupo minoritario.

4.4.2. Alcance del derecho a elegir y ser elegido de las comunidades étnicas

A la par que la jurisprudencia avanza en torno a la tutela de los derechos de los pueblos indígenas, señalando reiteradamente la obligación que tiene el Estado de reconocer su situación y brindarles todas las herramientas necesarias para la efectiva garantía y protección del postulado de diversidad étnica y cultural, también lo ha hecho respecto de los derechos políticos de este grupo minoritario.

En sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional abordó el tema de los derechos políticos que se derivan del principio de la democracia participativa, con ocasión del control abstracto de constitucionalidad hecho a la Ley 130 de 1994[31], mediante sentencia C-089 de 1994[32].

En dicha sentencia se realizó un análisis exhaustivo de lo que significan las relaciones entre el Estado y los particulares, puesto que las mismas se desenvuelven en un escenario jurídico democrático y participativo. Al respecto, describe temas tales como el ejercicio del poder político y social por parte de las personas, lo que se representa en las libertades y derechos consagrados expresamente en la Carta; la participación que tienen los particulares y la comunidad en el campo de los servicios públicos; la posibilidad que se otorga a grupos significativos de ciudadanos de presentar proyectos de ley o de reforma constitucional; la administración de justicia conferida en determinadas situaciones a particulares, como en el caso de la conciliación o el arbitraje; en la parte departamental y municipal con la elección directa de gobernadores y alcaldes respectivamente; etc.

El recuento anterior permitió a la Corte señalar dos características esenciales del principio democrático: que es universal y expansivo. En tal sentido, se indicó 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.”.

Ahora, respecto a que es expansivo, la referida ponencia afirmó que ello es así porque:

“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 de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”.

Finalmente, la sentencia concluyó que es posible encontrar una relación entre el principio democrático y el derecho a constituir partidos y movimientos políticos, con la visión del Constituyente de construir una democracia real. En seguida, aduce que “las

funciones de los partidos... hacen de éstos instrumentos indispensables para promover y afianzar el diálogo democrático”.

4.4.2.1. Más adelante, en la sentencia C-169 de 2001[33] la Corte revisó la constitucionalidad de la actual Ley 649 de 2001[34], que reglamentó el artículo 176 de la Constitución, específicamente en lo relacionado con las circunscripciones especiales para garantizar la participación de los grupos étnicos, las minorías políticas y los residentes en el exterior.

Sobre dicho proyecto de ley estatutaria, la Corte indicó que se trataba de una contribución relevante para articular la diversidad material que caracteriza el pueblo colombiano. Además, resaltó el hecho de que el mismo permitirá la participación efectiva de los grupos étnicos en el diseño de las políticas nacionales, afianzando su carácter de agrupaciones identitarias diferenciadas.

En cuanto a las minorías políticas, sostuvo que la norma permite su ingreso al foro democrático “enriqueciendo el debate legislativo como portavoces de intereses sociales legítimos”.

Igualmente, consideró que la norma es compatible con el principio de igualdad, pues constituye una medida válida de discriminación positiva, “puesto que asigna a determinadas categorías sociales una situación formalmente más ventajosa que la generalidad de los colombianos –quienes no tienen una circunscripción especial a su favor-, como medio para contrarrestar las desigualdades materiales que les aquejan y lograr, así, una mayor posibilidad de que accedan a los beneficios que justamente les corresponden”.

Finalmente, frente al tema, concluyó en los siguientes términos:

“se debe precisar que la creación de esta circunscripción especial no impide que los individuos que pertenecen a cualquiera de las cuatro categorías contempladas –grupos indígenas, comunidades negras, minorías políticas o colombianos residentes en el exterior- se presenten como candidatos a la Cámara de Representantes a través de la circunscripción territorial general que prevé el mismo artículo 176 Superior, ya que la elección entre una u otra circunscripción forma parte del núcleo esencial de su derecho fundamental a elegir y

ser elegido para ejercer funciones públicas (art. 40-1, C.P.)”.

Ahora, respecto de la forma en que fueron distribuidas las curules y la cantidad asignadas a estas circunscripciones especiales, se dice en la sentencia que ello hace parte de la libertad de configuración del legislador.

Allí mismo se resolvió el cargo elevado por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, según el cual, el hecho de que la norma establezca cinco curules para cuatro grupos significativos, vulnera el principio de igualdad en desventaja de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que estos habitan alrededor de 27 departamentos y que su presencia es, en muchos espacios, mayor que la de otros grupos étnicos. Para resolver este planteamiento, la Corte indicó que el punto de vista geográfico o numérico no es válido, porque:

“de misma manera que los indígenas, las comunidades negras –así no se hayan constituido formalmente en tanto tales- se encuentran diseminadas a todo lo ancho del territorio colombiano, y en ciertos departamentos superan en número a los indígenas. Sin embargo, para responder adecuadamente el interrogante señalado, se debe hacer referencia al tema de los derechos de las comunidades negras en tanto grupos étnicos, ya que es en tal calidad que las contempla el proyecto bajo revisión, al hacerlas objeto del trato diferente cuya constitucionalidad se cuestiona”.

En tal asunto, la Corte resaltó que estas exigencias especiales para los Representantes que se postulan por ellas, son justificadas en tanto “no existen diferencias significativas entre quienes accedan a las cinco curules que ella otorga y los demás integrantes de la Cámara” y, 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 allí salgan elegidos, al régimen de los demás miembros de dicha corporación”[35].

De otro lado, respecto de la calidad de los candidatos provenientes de las comunidades indígenas, la Corte declaró exequible el artículo 2º de la citada ley, según el cual los aspirantes a ser elegidos Representantes a la Cámara por esta circunscripción “deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización

refrendado por el Ministerio del Interior”. Sobre el tema, sostuvo que estos requisitos se asemejan a los establecidos por el inciso quinto del artículo 171 de la Constitución, además de ser razonables por estar orientados a la selección de quien mejor conozca los intereses y problemas de las comunidades indígenas colombianas y, también, porque “son los que más concuerdan con el principio de igualdad, puesto que no sería justificable la imposición de condiciones diferentes para los senadores y los representantes indígenas, siendo que ambos actúan en pro de las comunidades aborígenes del país y, para esos efectos, no existe una diferencia significativa entre las dos cámaras legislativas”.

Asimismo, se refirió al artículo 3º, en el cual se señalan los requisitos para poder aspirar en representación de las comunidades negras, cuyas exigencias son mínimas respecto de los indígenas, ya que solo se requiere acreditar la calidad de miembro del grupo y contar con el aval de la organización. Al preguntarse si esto resultaba lesivo del principio de igualdad, la Corte respondió que no, pues recordó que, a diferencia de los indígenas, quienes ya cuentan con una sólida organización a nivel nacional y departamental, las comunidades negras se encuentran en pleno proceso de consolidación como grupo minoritario, por lo que la norma es coherente con su realidad y, por tanto, acorde con la Constitución. En igual sentido, ante la condición exigida por la norma de que el candidato esté avalado por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, la Corte adujo que ello resultaba necesario “para contar con la plena certeza de que los candidatos efectivamente se hallan vinculados a una tal (sic) agrupación”.

Otro aspecto fundamental analizado por este fallo, relacionado con las garantías electorales a las comunidades indígenas y que tiene que ver directamente con la tutela bajo estudio, es el de los requisitos que deben cumplir los candidatos que se postulan por las circunscripciones especiales.

A manera de contexto, se indica que las circunscripciones especiales son de alcance nacional, lo que significa que su creación y organización no se hizo en función de un territorio, sino de “ciertos grupos sociales cuya participación se busca fomentar, y que se encuentran distribuidos por todo el país, o, como en el caso de los colombianos residentes en el exterior, por todo el globo”. También quiere decir ello que la participación en la misma está abierta a todo el electorado, por tanto, cualquier ciudadano colombiano puede

participar en la elección de alguno de sus candidatos, sin importar si pertenece o no a alguno de los cuatro grupos que contempla la norma[36].

En consideración de la Corte, la anterior posibilidad constituye “una aplicación directa del principio hermenéutico de maximización de los derechos fundamentales, ya que mal haría la Corte en hacer extensiva a la circunscripción especial, una restricción del derecho a la participación que es propia de las circunscripciones territoriales y locales, y que sigue su lógica específica. No se puede olvidar que las normas que afectan derechos son de interpretación restrictiva, mientras que aquellas que los reconocen deben ser objeto de la interpretación más amplia posible; y no se puede excluir de ese principio hermenéutico al derecho fundamental de participación”.

De ello, esta Corporación concluyó que los requisitos que la norma establezca para cada uno de los candidatos que se postulen por las circunscripciones especiales, no pueden ser restrictivos, sino que deben estar orientados a garantizar una adecuada representación de los intereses de las minorías objeto de beneficio. Así pues, para el caso de las comunidades indígenas, consideró razonable que se les exigiera a los movimientos representativos de estos, haber ejercido un cargo de autoridad tradicional o haber sido líder de una organización indígena, lo cual debe ser acreditado por el Ministerio del Interior:

“... observa la Corte que el artículo en comentario consagra requisitos idénticos a los que contempla el inciso quinto del artículo 171 de la Constitución, para quienes aspiren a ser elegidos senadores por la circunscripción especial indígena que allí se consagra. Estos requisitos, además de ser razonables –por estar orientados hacia la selección de quien mejor conozca los intereses y problemas de las comunidades indígenas colombianas-, son los que más concuerdan con el principio de igualdad, puesto que no sería justificable la imposición de comunidades diferentes para los senadores y los representantes indígenas, siendo que ambos actúan en pro de las comunidades aborígenes del país y, para esos efectos, no existe una diferencia significativa entre las dos cámaras legislativas”.

4.4.2.2. Continuando, en sentencia T-737 de 2005[37], la Corte destacó la importancia y el respeto que merecen los diferentes grupos étnicos e indígenas del país, señalando que corresponde al Estado “el deber de proteger sus valores culturales, ancestrales, sociales y políticos que les asegure la continuidad y fortalecimiento de sus comunidades y de su

identidad social”.

En el ámbito de participación política, la Corte resaltó que aun cuando las comunidades indígenas gozan de autonomía respecto de tales procesos al interior de sus territorios, se encuentran sujetos, al igual que todos los ciudadanos, a las reglas establecidas por el legislador para el debate electoral, pues tienen relación directa con la forma en que estos acuden a la conformación del poder público del Estado[38]. Bajo esta premisa, ha señalado también que los movimientos políticos en representación de las comunidades indígenas, pueden hacer uso de los mecanismos previstos por el legislador para la defensa del derecho a elegir y ser elegido con ocasión del proceso electoral. Para la Corte, tal facultad constituye “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 (...)”[39].

4.4.2.3. Ahora, de manera particular, en cuanto a la inscripción de candidatos por parte de las comunidades indígenas, es preciso detenerse en la sentencia C-490 de 2011[40], a través de la cual esta Corporación revisó en control previo de constitucionalidad la Ley 1475 de 2011[41]. En tal sentido, por considerarse el eje central del problema jurídico planteado en la acción de tutela que se revisa, la Sala se referirá al análisis que la Corte hizo sobre el artículo 28 de la referida norma, especialmente a su inciso segundo.

En cuanto a la constitucionalidad de dicho artículo, la sentencia realiza un análisis pormenorizado de su contenido. En particular, sobre su inciso segundo sostuvo lo siguiente:

“98. Como se señaló al inicio de este apartado, el inciso segundo del artículo 28 del Proyecto prevé que la potestad de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica para inscribir candidatos a las distintas elecciones de cargos uninominales o corporaciones públicas, opera con exclusión de ‘la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas’. Esto trae como consecuencia que dentro de estas circunscripciones se aplica un régimen excepcional, en los términos del inciso primero del artículo 108 C.P., en el que solo podrán postular candidatos al Congreso agrupaciones políticas de carácter minoritario.

A juicio de la Sala esta disposición es armónica con los postulados constitucionales. Como

se indicó la previsión contenida en el inciso segundo y tercero del artículo 28 del Proyecto limita la potestad que tienen los partidos y movimientos políticos con personería jurídica de inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, en cuando les prohíbe inscribir candidatos a Senado y Cámara de Representantes por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.

En la sentencia C-169 de 2001 la Corte señaló que existe una ‘relación inescindible que se establece entre el pluralismo y la participación en una democracia constitucional como la colombiana’. Y añadió que dicho vínculo ‘trae como consecuencia inmediata la necesidad de que el sistema representativo refleje al máximo, en su conformación, las distintas alternativas políticas que plantea la sociedad; especialmente cuando el artículo 133 de la Carta dispone, expresamente que ‘los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común’. Es esta representatividad social, sin duda, lo que legitima el quehacer de corporaciones de elección popular como el Congreso de la República, las cuales, por esa misma razón, deberán contar con la participación efectiva, tanto de los sectores tradicionalmente marginados de lo público, como de las formas minoritarias y diferentes de organización social-categorías frecuentemente superpuestas’.

Atendiendo a la importancia de garantizar esta composición pluralista dentro de las corporaciones públicas del orden nacional, tanto en la providencia señalada como en la C-089 de 1994 se concluyó que el legislador está facultado para limitar el derecho de los partidos y movimientos políticos a postular candidatos a cargos de elección popular (Art. 108 C.N), siempre que se verifique que los requisitos impuestos para hacerlo sean razonables, de conformidad con los “mínimos históricamente sostenibles en un momento dado”, y siempre que no obstaculicen en un alto grado el ejercicio de los derechos políticos individuales contenidos en el artículo 40 Superior.

Las disposiciones mencionadas contienen una limitación a la facultad de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica para inscribir candidatos a los cargos de elección popular, pues les impiden avalar candidatos por la circunscripción especial de minorías étnicas de Senado y Cámara de Representantes. No obstante, la Corte considera que se trata de una decisión que cabe razonablemente dentro del ámbito discrecional del legislador estatutario toda vez que se trata de un mecanismo destinado a garantizar un bien

constitucionalmente valioso, como lo es que las comunidades étnicas estén efectivamente representadas en las corporaciones públicas del orden nacional, pues no solo quien se postula debe ser un representante y miembro de grupos étnicos como lo establece el artículo 171 inciso 3 de la Constitución, sino que también debe estar avalado políticamente por organizaciones propias de las comunidades étnicas, cuyo interés principal sean las necesidades de esta población minoritaria. Además, la medida es razonable, pues no limita de manera excesiva la facultad que tienen los partidos y movimientos con personería jurídica de presentar candidatos a cargos de elección popular, como quiera que pueden hacerlo por la circunscripción ordinaria, por la circunscripción internacional de la Cámara de Representantes y por la circunscripción de minorías políticas (Art. 176 C.P.), esta última en caso de que la ley así lo regule.

Con todo, debe precisarse que esta modificación introducida por el proyecto de ley no altera en nada el carácter nacional de la circunscripción especial del Senado, que llevó a la Corte a declarar en la sentencia C-169 de 2001 que cualquier ciudadano, pertenezca o no a una minoría étnica, puede votar por los candidatos que se postulen a través de esta circunscripción; del mismo modo que los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que cumplan con los requisitos contemplados en el inciso tercero del artículo bajo examen conserven la facultad de presentar candidatos por la circunscripción general delimitada en la Constitución, en virtud del artículo 108 y el artículo 40 Superior que otorga a los ciudadanos el derecho fundamental a elegir y ser elegidos.

Las anteriores consideraciones llevan a esta Corte a declarar exequible el inciso segundo del artículo 28 del Proyecto de Ley "Estatutaria"

En el mismo fallo se declaró inexecutable el inciso 3º siguiente que establecía: "[e]n las circunscripciones especiales de minorías étnicas la inscripción de las listas sólo podrá ser realizada por partidos y movimientos que hubiesen obtenido su personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional previsto en la ley para tales minorías o por organizaciones sociales integradas por miembros de dichas comunidades reconocidas por el Ministerio del Interior y de Justicia". Para la Corte, esta disposición resultaba contraria a la Constitución por las siguientes razones:

"Para el presente asunto, la Corte encuentra que la previsión contenida en el inciso tercero

del artículo 28 del Proyecto afecta directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, por lo que debió someterse al procedimiento de consulta previa. En efecto, de acuerdo con esa previsión se fija la regla según la cual en las circunscripciones especiales por minorías étnicas la inscripción de las listas solo podrá ser realizada por partidos y movimientos que hubiesen obtenido su personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional previsto en la ley para tales minorías o por organizaciones sociales integradas por miembros de dichas comunidades, reconocidas por el Ministerio del Interior y de Justicia.

Se observa que esta disposición fija reglas sobre la representación democrática de las comunidades diferenciadas y, por ende, afectan directamente sus intereses en tanto grupos étnicos reconocidos por la Constitución. Cabe anotar, del mismo modo, que esa conclusión no es aplicable al inciso segundo del mismo artículo, en cuanto determina que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos y listas, 'excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas'. Esto en razón de que el destinatario de esas reglas no son las comunidades tradicionales, sino los partidos y movimientos no minoritarios, de modo que no se cumple con la condición que el precepto legal afecte directamente a aquellas". (Negrillas propias).

De lo anterior se desprende que, en efecto, cuando el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 señala que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos y listas para los cargos de elección popular a nivel nacional, excepto para los correspondientes a las circunscripciones especiales, dicha salvedad no cobija a las comunidades tradicionales que representan las minorías a quienes van destinadas esas curules, las que, con mayor razón, son las llamadas a presentar listas y candidatos que representen sus intereses en espacios de representación democrática como el Congreso de la República.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye en este punto que si bien las minorías étnicas cuentan con espacios especialmente definidos por el Constituyente para permitir su participación en los escenarios de deliberación legislativa, todo ello en pro del principio democrático y pluralista, y de la garantía de la diversidad étnica y cultural de la Nación, también vale señalar que ellos están sujetos a las reglas electorales, las cuales establecen

criterios definidos que deben ser respetados.

Sin embargo, estas prerrogativas o la interpretación que se haga de ellas no puede ir en detrimento de la garantía de los derechos políticos de los grupos minoritarios, especialmente en cuanto al derecho a elegir y ser elegido, pues cualquier circunstancia regresiva iría en desmedro de los principios constitucionales y de la jurisprudencia de esta Corporación, por tratarse de grupos especialmente protegidos.

5. CASO CONCRETO

5.1.1. En el caso bajo estudio, el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia (AICO) considera que el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil vulneraron su derecho fundamental a elegir y a ser elegido, por conceptuar que con fundamento en el inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 y la sentencia C-490 del mismo año, no pueden inscribir candidato ni lista por la circunscripción especial indígena para la Cámara de Representantes y el Senado de la República. Las dos entidades sostienen que actualmente no existe una regulación sobre la materia y, por tanto, debe ser el legislador el que defina si es posible o no presentar un candidato por dicha circunscripción electoral, toda vez que esta Corte, en la referida sentencia, declaró inexecutable el inciso tercero del mencionado artículo que sí preveía esa posibilidad, generando con ello un vacío jurídico.

5.1.2. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en primera instancia, al valorar la procedencia del mecanismo de amparo, concluyó que era improcedente, pues este iba dirigido contra un acto de carácter general, refiriéndose al artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, y finalizó señalando que existen otras herramientas jurídicas para atacar esta clase de actuaciones.

5.1.3. Conferida la apelación, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, revocó la decisión anterior y concedió el amparo. En primer lugar, luego de revisar la jurisprudencia constitucional de esta Corporación en donde se hace alusión a que también pueden protegerse los derechos que se vean amenazados, por cuanto no se pueden ejercer y disfrutar plenamente, concluyó que la acción de tutela era procedente. En segundo término, tras analizar el marco jurídico colombiano en cuanto al principio de participación política, el Consejo de Estado determinó que la interpretación hecha por las autoridades electorales,

además de ser equivocada, amenazaba el derecho fundamental a elegir y ser elegido del movimiento político accionante y, en este sentido, ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil permitir a AICO inscribir candidatos a las circunscripciones especiales indígenas de Senado de la República y Cámara de Representantes, previa verificación de los requisitos.

5.1.4. Hecho este breve recuento, la Corte debe entrar a definir si, en efecto, se vulnera o no el derecho fundamental a elegir y ser elegido del movimiento político accionante, en relación con la interpretación que las entidades accionadas han hecho del inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, así como de la sentencia C-490 de 2011 que realizó el control previo de constitucionalidad de dicha norma, según la cual no es posible que puedan inscribir un candidato de elección popular por la circunscripción especial indígena. Para ello, previamente analizará si en el caso particular es procedente la tutela para lograr tal cometido.

5.2. EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO

5.2.1. A partir del artículo 86 Superior, esta Corporación ha sostenido que la acción de tutela es el mecanismo previsto para la protección de los derechos fundamentales de las personas y su procedencia está sujeta a varios condicionamientos. Uno de ellos es que no exista otro medio de defensa judicial que permita lograr la misma protección, salvo cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

5.2.2. En el caso particular, es necesario entonces determinar si AICO contaba con otro mecanismo de protección judicial ante la presunta vulneración del derecho a elegir y ser elegido atribuido al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, por su interpretación del inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.

5.2.3. La Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no es el mecanismo para controvertir actos de trámite como los de inscripción, más cuando ellos hacen parte de un acto definitivo, el cual puede ser objetado ante la jurisdicción contenciosa y, en el caso de los actos proferidos con ocasión de las jornadas electorales, el ordenamiento establece especialmente la acción de nulidad electoral. La excepción a dicha regla es que la tutela procede contra actos de trámite únicamente para evitar un perjuicio irremediable.

5.2.4. En el caso bajo estudio, debemos señalar que la acción de tutela se interpuso el 30 de abril de 2013, y las inscripciones para candidatos iniciaron el 8 de diciembre del mismo año y finalizaron el día siguiente. Ante esto, la única conclusión posible es que ni siquiera había llegado el momento para la inscripción de los candidatos por parte de AICO o algún otro movimiento indígena, por tanto, no podríamos hablar de un perjuicio irremediable ante la negativa formal de permitirles inscribir candidatos, pues ello ni siquiera ocurrió. Así pues, al no existir un acto de trámite sería improcedente la acción de tutela en el caso particular, pues no cabría ninguna protección ante un eventual perjuicio irremediable.

5.2.5. Sin embargo, en este caso, la protección solicitada no puede observarse únicamente desde el punto de vista del perjuicio irremediable. Recordemos que el artículo 86 Superior establece que la acción de tutela proceda ante la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Así, en el caso particular hablar de un quebrantamiento evidente del derecho fundamental a elegir y ser elegido sería errado, por lo que tal situación no llegó a materializarse. Se trata entonces de la amenaza que se cernía sobre dicho derecho respecto del accionante.

5.2.6. Partiendo del hecho de que la vulneración de un derecho fundamental puede ser constante en el tiempo y llegar hasta la efectiva consumación del daño, momento en el cual se produce la vulneración final del mismo, es que la Constitución prevé la posibilidad de interponer la acción de tutela ante la amenaza de vulneración, dotándola así de un carácter preventivo[42].

5.2.7. La amenaza de un derecho fundamental como criterio de procedencia de la acción de tutela ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación, ante la cercanía conceptual que puede tener tal palabra con el vocablo “riesgo” y, además, por el uso indistinto que generalmente se le da a ambos. Así pues, la Corte ha señalado:

“...el riesgo al que está expuesto un derecho es una vulneración aleatoria del mismo, la amenaza es una vulneración inminente y cierta del derecho y la vulneración consumada es la lesión definitiva del derecho. Como ya se expresó, la amenaza implica de por sí inicio de vulneración del derecho y se sitúa antes de que la violación inicie su consumación definitiva pero no antes de su existencia; es decir que la amenaza presenta datos reales y objetivos que permiten prever el agravamiento inminente que conlleva la vulneración del derecho. La

amenaza menoscaba el goce pacífico del derecho y, por lo tanto, es un inicio de vulneración en el sentido de que el ejercicio del derecho ya se ha empezado a perturbar. En definitiva, existe un riesgo en abstracto sobre todos los derechos, riesgo que se puede convertir en amenaza y luego en daño consumado. La diferencia entre riesgo y amenaza dependerá del material probatorio que se sustente en cada caso en particular. Hay que advertir que la acción de tutela solo es procedente en los casos de amenaza o peligro cierto de vulneración, pero no en los casos de riesgo”[43].

5.2.8. En esta medida, lo anterior nos da pautas para establecer si en el caso concreto la interpretación de una norma puede constituir o no amenaza de un derecho fundamental.

5.2.9. Primero debe recordarse que tanto el Consejo Nacional Electoral como la Registraduría Nacional del Estado Civil son las máximas autoridades electorales en Colombia y están a cargo de velar por el cumplimiento de las reglas electorales, así como de garantizar la aplicación de las mismas con total transparencia. En este sentido, una función concreta consiste en aceptar o rechazar las inscripciones de los candidatos que se presenten para ser elegidos a los cargos de elección popular. Así entonces, de ellos depende directamente la posibilidad de que AICO pueda o no inscribir candidatos para poder participar en las elecciones para Cámara y Senado por la circunscripción especial de minorías étnicas.

5.2.10. Como consecuencia de lo anterior, la Sala se pregunta si el hecho de que a través de varios conceptos las autoridades electorales hayan interpretado una norma electoral en un sentido desfavorable al accionante, constituye una amenaza para estos.

5.2.11. En este aspecto la Sala coincide con el Consejo de Estado y considera que sí constituye una amenaza. Dando aplicación al concepto de amenaza de un derecho fundamental, es factible concluir que dicha interpretación menoscaba el goce pacífico del derecho de AICO, puesto que a pesar de que la tutela se interpuso mucho antes de que llegara el momento establecido por la ley para inscribir candidatos, ya existía un peligro de vulneración sobre el derecho a elegir y ser elegido, en razón al concepto emitido por la organización electoral.

5.3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A ELEGIR Y SER ELEGIDO DEL ACCIONANTE

5.3.1. Superado el asunto de procedencia, la Sala pasa ahora a dar solución al segundo problema jurídico planteado, referido a si la interpretación realizada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil respecto del inciso 2º del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 y de la sentencia C-490 del mismo año, amenaza el derecho fundamental a elegir y ser elegido de AICO.

5.3.2. Para las autoridades electorales, el inciso segundo del artículo citado es claro en señalar que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica pueden inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, con excepción de las circunscripciones especiales para las minorías étnicas. A ello suman la sentencia C-490 de 2011, que dejó en firme dicho postulado, pero declaró inexecutable el inciso subsiguiente, como ya se explicó.

5.3.3. En este orden de ideas, la Sala establecerá en primer lugar si dicha interpretación es acorde con los postulados constitucionales que garantizan la protección de la diversidad étnica y cultural, en relación con el derecho a elegir y ser elegido.

5.3.4. Para ello, debemos remitirnos directamente a lo señalado por la sentencia C-490 de 2011. Si bien es cierto que este fallo declaró inexecutable el inciso 3º del artículo 28 de la pluricitada ley, y dejó en firme el inciso segundo ibídem, el cual establece una excepción a la regla general de inscripción de candidatos, la Sala considera que debe hacerse una lectura íntegra del mismo para identificar los argumentos de la Corte Constitucional sobre este aspecto.

5.3.5. En tal sentido, es necesario recordar que la Corte Constitucional señaló, respecto de el inciso 2º referido, que se trata de un límite a la potestad general que tienen los partidos y movimientos políticos con personería jurídica de inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos de elección popular, toda vez que su parte final concibe una excepción, al prohibir la inscripción de candidatos a Senado y Cámara por las circunscripciones especiales de las minorías étnicas. Para esta Corporación, tal medida resultaba razonable dentro del ámbito de discrecionalidad del legislador estatutario, “toda vez que se trata de un mecanismo destinado a garantizar un bien constitucionalmente valioso, como lo es que las comunidades étnicas estén efectivamente representadas en las corporaciones públicas del orden nacional...”. Visto esto, para la Sala es claro que la excepción consignada en la

norma está dirigida a los partidos y movimientos políticos que no buscarán defender y representar ante los cuerpos colegiados de elección popular, los intereses propios de las comunidades étnicas, lo cual abarca pueblos indígenas y afrodescendientes.

5.3.6. Igualmente, lo anterior guarda concordancia con lo señalado en el mismo fallo respecto de la declaratoria de inexecutable del inciso 3º subsiguiente, por falta de consulta previa. Vale recordar el texto de la sentencia para mayor claridad:

“Se observa que esta disposición fija reglas sobre la representación democrática de las comunidades diferenciadas y, por ende, afectan directamente sus intereses en tanto grupos étnicos diferenciados por la Constitución. Cabe anotar, del mismo modo, que esa conclusión no es aplicable al inciso segundo del mismo artículo, en cuanto determina que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos y listas, ‘excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas’. Esto en razón de que el destinatario de esas reglas no son las comunidades tradicionales, sino los partidos y movimientos no minoritarios, de modo que no se cumple con la condición que el precepto legal afecte directamente aquellas”.

5.3.7. Para la Sala, la sentencia C-490 de 2011 es clara sobre este aspecto. Como el inciso tercero estipulaba reglas que afectaban directamente las minorías étnicas, era preciso declarar su inexecutable por cuanto las mismas no fueron consultadas. Sin embargo, el inciso segundo no se refería directamente a ellas. Es decir, la excepción a la regla general de inscripción de candidatos va dirigida a los partidos y movimientos políticos mayoritarios, no a las comunidades tradicionales étnicamente diferenciadas, que desde el punto de vista cuantitativo son minoría.

5.3.8. En otras palabras, todo movimiento o partido político con personería jurídica, integrado por miembros de las comunidades étnicas y que represente los intereses de las mismas, podrá inscribir candidatos para Cámara y Senado por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.

Así las cosas, la Sala concuerda con la decisión de segunda instancia en la tutela de la referencia y, por tanto, será confirmada.

5.4. CONCLUSIONES

5.4.1. La Sala concluye que la interpretación hecha por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 y la sentencia C-490 del mismo año, amenazaron el derecho fundamental a elegir y ser elegido del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia.

5.4.2. El concepto proferido por la organización electoral no es acorde con los principios constitucionales de diversidad étnica y cultural, y de participación, ni con la garantía del derecho fundamental a elegir y ser elegido de los grupos étnicos minoritarios.

5.4.3. En esencia, el ejercicio interpretativo de estas dos autoridades omitió preceptos constitucionales y jurisprudencia de esta Corporación, en cuanto a la inclusión en los escenarios de participación política de las minorías étnicas. Al sentar tal posición, la organización electoral amenazó abiertamente el ejercicio del derecho fundamental a elegir y ser elegido en cabeza de AICO, movimiento político con personería jurídica, habilitado por la ley para presentar candidatos para Cámara y Senado por la circunscripción especial indígena.

5.4.4. Por tanto, la Sala concuerda con el Consejo de Estado, Sección Cuarta en tanto la situación de amenaza del derecho fundamental a elegir y ser elegido requiere de la protección oportuna del juez constitucional y, por ello, confirma su decisión en tanto se ordenó al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil que permitiera la inscripción de los candidatos presentados por AICO para aspirar a los cargos de elección popular por la circunscripción especial de minorías étnicas.

6. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de junio de 2013 por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, dentro de la acción de tutela iniciada por el Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia -AICO-, en contra del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil.

SEGUNDO.- Líbrense por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”. El artículo 28 es del siguiente tenor literal: “Artículo 28. Inscripción de candidatos. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos. Las listas donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta -exceptuando su resultado- deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros. // Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica podrán inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.// Los candidatos de los grupos significativos de ciudadanos serán inscritos por un comité integrado por tres (3) ciudadanos, el cual deberá registrarse ante la correspondiente

autoridad electoral cuando menos un (1) mes antes de la fecha de cierre de la respectiva inscripción y, en todo caso, antes del inicio de la recolección de firmas de apoyo a la candidatura o lista. Los nombres de los integrantes del Comité, así como la de los candidatos que postulen, deberán figurar en el formulario de recolección de las firmas de apoyo.// Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que decidan promover el voto en blanco y los comités independientes que se organicen para el efecto, deberán inscribirse ante la autoridad electoral competente para recibir la inscripción de candidatos, de listas o de la correspondiente iniciativa en los mecanismos de participación ciudadana. // A dichos promotores se les reconocerán, en lo que fuere pertinente, los derechos y garantías que la ley establece para las demás campañas electorales, incluida la reposición de gastos de campaña, hasta el monto que previamente haya fijado el Consejo Nacional Electoral”.

[2] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[3] El inciso segundo mencionado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia citada. Sin embargo, el inciso siguiente, el cual señalaba “En las circunscripciones especiales por minorías étnicas la inscripción de las listas solo podrá ser realizada por partidos y movimientos que hubiesen obtenido su personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional previsto en la ley para tales minorías o por organizaciones sociales integradas por miembros de dichas comunidades, reconocidas por el Ministerio del Interior y de Justicia”, fue declarado inexecutable en el mismo fallo.

[4] Ante el Consejo Nacional Electoral la primera el 12 de junio de 2012 (fl. 17) y la segunda el 9 de noviembre de 2012.

[5] Sin fecha de radicación señalada.

[6] Noviembre de 2012.

[7] Artículos 265, 40, 108, 171 y 176 de la Constitución Política; artículos 1º, 2º, 6º, 7º y 8º de la Ley 649 de 2001 y artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.

[8] El artículo 86 señala en concreto lo siguiente: “La ley establecerá los casos en lo que la acción de tutela proceda contra particulares encargados de la prestación de un servicio

públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

[9] “En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)”

[10] “Sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).”

[11] “Ver, entre muchas otras, las sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-253 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-142 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).”

[12] “Sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).”.

[13] Sentencia T-719 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda.

[15] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[16] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[17] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[18] Es preciso aclarar que la acción de tutela se presentó con posterioridad al vencimiento de la fecha de inscripción de candidatos, y alrededor de cuatro meses después de que ya se conocían los resultados electorales.

[19] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[20] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[21] Debe advertirse que se trata del artículo 229 del anterior Código Contencioso Administrativo.

[22] Sentencia T-961 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[23] Sentencia T-961 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[24] Pueden verse las sentencias SU-201 y SU-202 de 1994.

[25] Sentencia T-418 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[26] Constitución Política, artículo 40: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:
1. Elegir y ser elegido (...)”

[27] Para mayor conocimiento del concepto de democracia participativa, ver Sentencia T-637 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[28] “Sentencia T-324 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

[29] Sentencia T-510 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[30] Sentencia C-955 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[31] “Por el cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”

[32] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[33] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[34] “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política”

[35] Ibíd.

[36] Es preciso recordar que la Ley 649 de 2001, revisada por la Corte mediante la sentencia C-169 de 2001, aquí citada, estableció cuatro grupos para estas circunscripciones especiales: (i) el de las comunidades indígenas, (ii) el de las comunidades negras, (iii) el de las minorías políticas y (iv) el de los colombianos residentes en el exterior.

[37] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[38] Sentencia T-123 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[39] *Ibíd.*

[40] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[41] “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

[42] Sentencia T-1002 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[43] *Ibíd.*