

Sentencia T-117/14

Referencia: Expediente T-4.096.230

Asunto: Acción de Tutela instaurada por el señor Marco Aníbal Avirama contra el Ministerio del Interior, el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC., tres (3) de marzo de dos mil catorce (2014)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela dictados por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

El 23 de mayo de 2013, el señor Marco Aníbal Avirama Avirama, Senador del Partido Alianza Social Independiente, instauró acción de tutela contra el Ministerio del Interior, por no cumplir con las exigencias previstas en las Sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011 y, en consecuencia, afectar sus derechos políticos, así como los de los miembros de la colectividad que representa.

Con posterioridad, el juez de primera instancia vinculó oficiosamente a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Consejo Nacional Electoral, al considerar que ambas entidades podían tener responsabilidad en la situación alegada por el demandante.

La acción fue admitida el 24 de mayo de 2013¹ y los hechos se resumen así:

- (i) El Ministerio del Interior, en conjunto con algunos senadores, radicó el Proyecto de Ley No. 190 de 2010 Senado, 092 de 2010 de la Cámara, *“Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”*.
- (ii) Dicho proyecto de ley de naturaleza estatutaria fue remitido a esta Corporación, en aras de adelantar el control previo e integral de constitucionalidad, en los términos previstos en los artículos 153 y 241.8 del Texto Superior. Una vez concluido el proceso de rigor, en la Sentencia C-490 de 2011², en lo que atañe a la regulación referente a la inscripción de candidatos, este Tribunal decidió declarar exequible el inciso 2 del artículo 28, conforme al cual: *“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”*³; mientras que, por el contrario, en respuesta al hecho de que no se adelantó consulta previa, se dispuso la declaratoria de inexecutable del siguiente precepto legal, a saber: *“En las circunscripciones especiales de minorías étnicas las inscripciones 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”*.
- (iii) En noviembre de 2012, dos militantes del Partido Alianza Social Independiente (ASI), le solicitaron al Consejo Nacional Electoral (CNE), que absolviera dudas relativas a la inscripción de candidatos para las próximas elecciones al Senado de la República, por parte de partidos de minorías étnicas con personería jurídica, interesados en aspirar a ocupar una curul en la circunscripción especial indígena.
- (iv) El 26 de febrero de 2013, en respuesta a la citada solicitud, el CNE señaló que existe un vacío en la regulación sobre la inscripción de candidatos que aspiran a dicha circunscripción especial, cuando se trata de partidos de minorías étnicas con personería jurídica, ya que no se contempla un mecanismo o trámite para tal fin. Por tal razón, sugirió que se solicitara al Ministerio del Interior la presentación de un proyecto de ley que superara dicho problema.

¹ Cuaderno 1, folio 103.

² M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ Énfasis por fuera del texto original.

- (v) El accionante formuló una nueva consulta al CNE, con el propósito de dilucidar si las autoridades indígenas tenían la potestad de avalar listas a la circunscripción especial en el Senado de la República o si, por el contrario, requerirían la presentación de firmas y la constitución de una póliza de seguros. Esta petición también fue remitida a la Registraduría Nacional del Estado Civil.
- (vi) En mayo de 2013, por una parte, el Consejo Nacional Electoral respondió que las minorías étnicas no contaban en la actualidad con un mecanismo que permitiera la inscripción de candidatos; mientras que, la Registraduría Nacional del Estado Civil señaló que dicha entidad no lleva un censo electoral de ciudadanos indígenas ni afrodescendientes, limitándose a exponer que el potencial electoral es de más de 32 millones de ciudadanos habilitados.
- (vii) Con anterioridad a las citadas comunicaciones, esto es, en los meses de marzo y abril de 2013, miembros indígenas del Congreso de la República se reunieron con el Ministro del Interior en dos ocasiones, con miras a exponer las dificultades que se derivaron de la declaratoria de inexecutable de la forma prevista para avalar candidatos a las circunscripciones especiales de minorías étnicas, luego de lo cual se acordó solicitarle un concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en torno al alcance del inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.
- (viii) El 18 de abril de 2013, la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió su concepto y estimó que la excepción del mencionado inciso 2 del artículo 28 no cobijaba a los partidos y movimientos políticos que obtuvieron personería jurídica, como consecuencia de haber obtenido una curul en las circunstancias especiales de minorías étnicas. Por dicha razón, en criterio de la citada Sala de Consulta, podían presentar de manera simultánea candidatos para las circunscripciones ordinarias y de minorías.
- (ix) Por último, tras una solicitud formulada el 24 de abril de 2013 a la Procuraduría General de la Nación, el Grupo de Apoyo de la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales visitó las oficinas de Consulta Previa y de Minorías Étnicas del Ministerio del Interior. Como resultado de dicha visita, se expuso que el Gobierno Nacional no ha realizado gestión alguna para dar cumplimiento a lo dispuesto en las Sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011, por lo que no existen garantías para que las minorías étnicas puedan ejercer su derecho de postulación en las próximas elecciones al Congreso y exhortó a que se adelantaran las gestiones pertinentes para superar dicha situación.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

1.2.1. Con fundamento en los citados hechos, el actor solicitó al juez de tutela que ordenara al Ministerio del Interior dar inmediato cumplimiento a las exigencias previstas en las dos providencias antes mencionadas. En este sentido, pidió que se exigiera a la aludida entidad el deber de realizar la consulta previa, en el marco del adelantamiento de un proceso para la adopción de una medida legislativa que regule la inscripción de candidatos de minorías étnicas para las circunscripciones especiales. Hasta tanto lo anterior no se realice, solicitó que se ordenara *“a la Organización Electoral permitir que el Partido Alianza Social Independiente pueda inscribir listas para la circunscripción nacional especial indígena para las elecciones al Congreso de la República a realizar en el año 2014”*⁴.

1.2.2. Como sustento de sus pretensiones, el demandante arguyó que es un deber del Estado garantizar la participación política en condiciones de igualdad a las minorías, siguiendo lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial en los artículos 2 y 23⁵. De ahí que, en su criterio, es preciso que el Estado no sólo adopte medidas legislativas que regulen los derechos políticos en general, sino que también debe consagrar parámetros especiales dirigidos a impulsar la intervención en política de quienes son considerados una minoría.

Aunado a lo anterior, señaló que es obligación del Estado garantizar la consulta previa en todas las medidas que afecten directamente a las minorías étnicas, lo que abarca tanto las iniciativas de carácter legislativas como administrativas, ya sea que se trate de pueblos indígenas y/o tribales. Ello ha sido reconocido por esta Corporación en las Sentencias C-702 de 2010, C-490 de 2011, C-175 de 2009 y C-317 de 2012, que contemplan la consulta como una materialización del derecho de participación política.

1.2.3. En virtud de lo expuesto y frente al caso concreto, el actor señaló que el inciso 8 del artículo 2 del Acto Legislativo No. 01 de 2009 fue declarado inexecutable en la Sentencia C-702 de 2010, por no haber sido tramitado respetando la consulta previa⁶. Igual suerte tuvo el inciso 3 del artículo 28

⁴ Cuaderno 1, folio 5.

⁵ Las normas en cita disponen que: **“Artículo 2. Deber de Adoptar disposiciones de Derecho Interno.** Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. **“Artículo 23. Derechos Políticos. 1.** Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. **2.** La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

⁶ El precepto declarado inexecutable establecía que: *“Los Partidos y Movimientos Políticos que habiendo obtenido su Personería Jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán*

(original) del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 1475 de 2011, como ocurrió en la citada Sentencia C-490 de 2011 y resaltó en el punto (ii) del acápite referente a los hechos⁷.

En efecto, como lo resalta el accionante, la norma propuesta originalmente para avalar candidatos a las circunscripciones especiales de minorías étnicas, conforme a la cual se restringía dicha facultad a los partidos que hubiesen obtenido su personería con fundamento en el régimen excepcional para tales minorías o a las organizaciones sociales integradas por miembros de esas comunidades reconocidas por el Ministerio del Interior, no fue declarada inexecutable por considerar que fuese irrazonable impedir que partidos tradicionales con personería jurídica buscaran inscribir candidatos a dicha circunscripción, sino por la ausencia del referido requisito de la consulta previa.

De suerte que, en su parecer, la prohibición vigente consagrada en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 ha de entenderse conforme con lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁸, esto es, que los partidos y movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional previsto para minorías étnicas, tienen la facultad de avalar listas a la mencionada circunscripción, pero también a la ordinaria.

1.2.4. En todo caso, el actor considera que más allá de la lectura que sobre la materia por él se propone, en la medida en que el Ministerio del Interior no ha adelantado las gestiones necesarias para efectuar la consulta previa, como se deriva de lo resuelto por la Corte en las mencionadas Sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011, existe un riesgo latente que incide gravemente en las elecciones al Congreso de la República a realizarse en el 2014, pues la falta de regulación sobre la participación electoral de las minorías étnicas, puede conllevar a no permitir la inscripción de sus candidatos. Esta circunstancia conduciría a que se les exijan los mismos requisitos previstos para los grupos significativos de ciudadanos, como lo son la recolección de firmas y la constitución de una póliza de seriedad en cuantía prevista por el CNE, exigencias que no pueden asumir y que desconocen el deber de otorgar un trato preferencial como sujetos de especial protección constitucional.

Lo anterior, en palabras del accionante, representa una amenaza a los derechos políticos del sector que representa, en especial para las elecciones del

avaluar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción.

⁷ Como previamente se dijo, la disposición en cuestión señalaba que: *“En las circunscripciones especiales de minorías étnicas las inscripciones 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”.*

⁸ Como ya se señaló, esta norma dispone que: *“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”.*

Congreso correspondientes al período constitucional 2014-2018, ya que de aplicarse sin consideración alguna la prohibición del inciso 2 del artículo 28 de la aludida Ley 1475 de 2011, como ya se dijo, sólo podrían participar en las elecciones para acceder a una curul en la circunscripción especial de minorías étnicas a través de las reglas dispuestas para los grupos significativos, lo que, de paso, frente al partido de minorías étnicas que él representa como lo es la ASI⁹, transgrede su derecho de postulación.

1.2.5. Finalmente, se refirió al origen y desarrollo del citado partido, poniendo de presente que en sus estatutos figura que, como mínimo, deben participar dos miembros indígenas en el Comité Ejecutivo Nacional y que debe existir una Secretaría Nacional de asuntos territoriales y étnicos. Como consecuencia de lo anterior, enfatizó que para el Senado de la República sólo ha avalado líderes indígenas. De hecho, la personería jurídica se mantuvo, conforme al artículo 2 de la Resolución No. 1959 de 2010 del CNE, por haber obtenido representación en el Congreso de la República en la circunscripción especial indígena.

1.3. Contestación de la demanda

1.3.1. Contestación de la Registraduría Nacional Del Estado Civil¹⁰

La Registraduría Nacional del Estado Civil intervino dentro del término conferido por el juez de primera instancia, pidiendo que fuese desvinculada de la causa. Al respecto, señaló que el responsable de regular la materia, a través de una ley estatutaria, es el Congreso de la República. De ahí que, como entidad, sólo le compete organizar las elecciones, su dirección y vigilancia, conforme con lo previsto en el artículo 120 de la Constitución.

En este sentido, enfatizó que tras la Sentencia C-490 de 2011 se generó un vacío en lo que a la inscripción de partidos políticos con personería jurídica de minorías étnicas se refiere, sin que ella tenga la facultar para crear un mecanismo o trámite que permita la inscripción de candidatos al Congreso de la República.

1.3.2. Contestación del Consejo Nacional Electoral¹¹

El Consejo Nacional Electoral intervino dentro del término otorgado por el juez de primera instancia, solicitando que la acción de tutela fuese declarada improcedente. Inicialmente explicó que como integrante de la organización electoral, no ha desconocido los derechos fundamentales del accionante, ya que ha actuado conforme al marco legal que regula la inscripción de candidatos al Congreso de la República.

⁹ Partido Alianza Social Independiente.

¹⁰ Cuaderno 1, folios 109 y ss.

¹¹ Cuaderno 1, folios 119 y ss.

Desde esta perspectiva, comoquiera que el Partido ASI tiene personería jurídica desde 1992, le aplica lo establecido en la Ley 1475 de 2011, la cual, de manera expresa, prohíbe a dichos partidos inscribir candidatos a las circunscripciones de minorías étnicas. En este sentido, enfatizó que el texto original del proyecto de Ley sí contemplaba tal posibilidad, pero la Corte Constitucional lo declaró inexecutable por incumplir con el requisito de la consulta previa. Por consiguiente, en palabras del CNE, dicho vacío jurídico que señala el actor debe ser resuelto por el legislador.

1.3.3. Contestación del Ministerio del Interior¹²

La Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior le solicitó al juez primera instancia denegar el amparo solicitado, en el entendido de que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

De conformidad con el Decreto 2893 de 2011, señaló que a dicha dependencia le corresponde coordinar y realizar los procesos de consulta previa, cuya práctica debe ser realizada con anterioridad a la adopción de las medidas administrativas o legislativas que tienen impacto directo en las comunidades étnicas. Frente al caso concreto, todavía no ha lugar a realizar la referida consulta, en la medida en que se encuentra en proceso de elaboración un proyecto de acto legislativo que regule el tema y cubra el vacío normativo que se suscitó con las sentencias de la Corte Constitucional.

A continuación, resaltó que adelantaron actuaciones ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y enfatizó que, según su concepto, los partidos políticos de minorías étnicas con personería jurídica no se encuentran cobijados por la prohibición del inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Así las cosas, ante la dificultad temporal de presentar un proyecto de acto legislativo que garantice la participación de las comunidades étnicas en las elecciones de Congreso a celebrarse en marzo de 2014, lo cierto es que a las entidades electorales les corresponde someterse a lo manifestado por el Consejo de Estado.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN Y ELEMENTOS DE PRUEBA APORTADOS AL PROCESO

2.1. Primera instancia

En sentencia del 7 de junio de 2013, la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó los derechos invocados por el accionante y, en consecuencia, ordenó a la Registraduría Nacional del Estado Civil permitir la inscripción de la lista de minorías étnicas del Partido ASI, dentro del término consagrado en la Resolución No. 1444 de 2013.

¹² Cuaderno 1, folios 126 y ss.

El *a quo* enfatizó que los partidos políticos, como personas jurídicas, pueden instaurar acciones de tutela, por lo que encontró satisfecho el requisito de legitimación por activa, en lo que atañe al ejercicio de la acción en nombre propio y como miembro del Partido Alianza Social Independiente. En seguida, expuso que en virtud del riesgo de afectación a los derechos políticos del accionante, en el contexto de las próximas elecciones al Congreso de la República, la acción de tutela resulta procedente, pues no existe otro medio de defensa judicial que sea más ágil e idóneo para abordar el asunto objeto de discusión.

A continuación, señaló que el problema a dilucidar se originó como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 28 del proyecto original que culminó con la expedición de la Ley 1475 de 2011. Frente a lo anterior, el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, encuentran que la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo aludido, que impide la inscripción de listas de partidos con personería jurídica a la circunscripción especial, aplica también para los partidos y movimientos de minorías étnicas.

En criterio del *a-quo*, si bien es claro que el inciso en mención busca asegurar que las comunidades indígenas se hallen efectivamente representadas en las corporaciones públicas, su interpretación debe realizarse a partir de lo dispuesto en la Sentencia C-490 de 2011 y lo afirmado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el sentido de entender que dicha prohibición sólo se refiere “*a los partidos y movimientos políticos distintos a los que representan minorías étnicas*”¹³.

Finalmente, como medida de protección de los derechos invocados, consideró que bastaba ordenarle a la Registraduría Nacional del Estado Civil que permitiera la inscripción de listas presentadas por el Partido Alianza Independiente, sin que fuese necesario gestionar consultas previas a cargo del Ministerio del Interior, pues no existe un proceso legal en curso que así lo amerite.

2.2. Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el CNE interpuso recurso de alzada, el cual sustentó reiterando que la normatividad que permitía la inscripción de candidatos pertenecientes a partidos políticos de minorías étnicas con personería jurídica, había sido retirada del ordenamiento jurídico mediante la Sentencia C-490 de 2011. En consecuencia, en la actualidad, la prohibición que contempla el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 cobija, sin distinción, a todos los partidos con personería jurídica. Por ende, el

¹³ Cuaderno 1, folio 185.

vacío generado sólo podía ser remediado por el legislador, una vez se agotada el correspondiente proceso de consulta previa.

Al tenor de lo anterior, enfatizó que dentro de sus competencias no se encuentra la solución a dicha ausencia de regulación, por lo que no cabe admitir la orden de inscripción de la lista presentada por el Partido ASI. Por lo demás, señaló que el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado carece de fuerza vinculante, ya que así lo dispone el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011¹⁴.

2.3. Segunda instancia

En sentencia del 22 de agosto de 2013, la Subsección B de la Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado resolvió confirmar la decisión del *a-quo*. En cuanto a la procedencia de la acción, resaltó que la situación discutida afectaba los derechos de participación política de minorías étnicas, frente a los cuales se ha considerado que el amparo constitucional es el mecanismo idóneo de defensa judicial.

A continuación, señaló que la ausencia de regulación legal respecto del asunto objeto de controversia, no sólo tiene implicaciones en lo que atañe al derecho a la participación política, sino también frente a la igualdad y a la protección del sistema democrático en sí mismo considerado. En efecto, a partir de los mandatos consagrados en el Texto Superior, por una parte, se encuentra que la participación de las minorías étnicas ostenta un rol relevante en el régimen democrático, como consecuencia del carácter pluralista en el que se funda el Estado Colombiano, en el que incluso se consagra el derecho a contar con dos senadores elegidos por la circunscripción nacional especial; y por la otra, dada la necesidad de alcanzar la igualdad real y efectiva, se impone como deber constitucional la imperiosa necesidad de adoptar acciones afirmativas a favor de las comunidades indígenas.

En este orden de ideas, expuso que si bien el proyecto de ley estatutaria que culminó con la expedición de la Ley 1475 de 2011, establecía una regulación para la inscripción de listas de partidos y movimientos políticos que tenían personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional, el hecho de que el mismo haya sido retirado del ordenamiento jurídico por la ausencia de consulta previa, no podía entenderse como una decisión encaminada a negar la garantía de participación electoral y democrática de dicha comunidades. En este sentido, hizo referencia al concepto efectuado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para entender, como lo hizo el *a-quo*, que la prohibición del inciso 2 del artículo 28 sólo se refiere “*a los partidos y movimientos políticos distintos a los que representan minorías étnicas*”.

¹⁴ La norma en cita dispone que: “(...) Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario (...)”.

Aunado a lo anterior, recordó que en tratándose de derechos fundamentales, como lo son los derechos políticos, ante el vacío del legislador, bien podía ordenarse su aplicación de forma directa sin que sea necesaria una intermediación normativa, pues lo contrario, en el caso concreto, conduciría al absurdo de excluir a las comunidades étnicas del escenario político. Asunto que, por lo demás, como se explicó, trasgrediría las normas constitucionales.

Finalmente, enfatizó que a pesar de que, por regla general, la acción de tutela sólo produce efectos *inter partes* y *ex nunc*, las cuestiones debatidas en esta sentencia servirían para casos futuros, en virtud del principio de igualdad.

2.4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- a. Constancia expedida el 7 de enero de 2010 por el Cabildo Indígena de Kokonuko, en el que se certifica que el accionante es indígena y que ha sido gobernador del cabildo (cuaderno 1, folio 28).
- b. Resolución No. 1444 de febrero de 2013, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, que fija el calendario electoral para las elecciones de Congreso de la República a realizar el 9 de marzo de 2014 (cuaderno 1, folios 31 a 34).
- c. Resolución No. 1959 de 2010, expedida por el CNE, en la cual se indica que la Alianza Social Indígena obtuvo su personería jurídica por alcanzar una curul en la circunscripción especial indígena del Senado de la República (cuaderno 1, folios 82 a 87).
- d. Respuesta del CNE, entre otras, a las siguientes preguntas: “¿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? Como previamente se señaló, sobre este punto se dijo que los partidos políticos con personería jurídica no pueden inscribir candidatos para las circunscripciones especiales indígenas, ya que ello se desprende de la lectura del inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011. Por lo demás, frente a dicha prohibición no cabe excepción alguna, ya que la que existía fue declarada inexecutable tras la Sentencia C-490 de 2011. En consecuencia, se afirmó que existe un vacío jurídico en torno a la manera como podrían hacerse dichas inscripciones, por lo que lo idóneo es acudir al Ministerio del Interior y solicitar que sea tramitada una ley para superarlo (cuaderno 1, folios 34 a 39).
- e. Respuesta proferida el 26 de febrero de 2013 por el CNE a una consulta formulada por el señor Luis Carlos Delgado. En dicha ocasión se preguntaba por la manera en que podían participar los indígenas en las elecciones a realizar en marzo de 2014. La citada entidad contestó que,

en virtud de lo dispuesto en la Ley 1475 de 2011 *“los partidos y movimientos políticos con personería jurídica otorgada (...) no podrán inscribir candidatos para las circunscripciones especiales indígenas (...)”*. A continuación reiteró la existencia de un vacío jurídico que debería ser suplido por el legislador (cuaderno 1, folios 40 a 45).

- f. Respuesta proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil a una petición formulada por el accionante, en la que le informa que no lleva un censo electoral de ciudadanos indígenas ni afrodescendientes y que el potencial electoral nacional, en ese momento, era de 32.092.397 ciudadanos habilitados para votar (cuaderno 1, folio 46).
- g. Concepto de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, con fecha 18 de abril de 2013, tras una solicitud del Ministro del Interior, quien formuló los siguientes interrogantes en torno al alcance del inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011: *“1. ¿Si el inciso segundo (...) incluye también aquellos partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería jurídica al haber obtenido curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas? 2. ¿Estos partidos o movimientos minoritarios étnicos con personería jurídica pueden presentar de manera simultánea candidatos a las circunscripciones ordinarias y las minoritarias?”*.

La Sala analizó como problema jurídico si el inciso previamente mencionado constituye una prohibición general para todos los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o si, por el contrario, permite excepciones.

Luego del análisis de rigor, en cuanto a la primera pregunta, la Sala de Consulta concluyó que : *“La prohibición establecida en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, no se aplica a los partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería jurídica al haber obtenido curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas”*. Y, en lo que atañe al segundo interrogante, precisó que: *“[Los partidos o movimientos minoritarios étnicos con personería jurídica pueden presentar simultáneamente candidatos a la circunscripciones ordinarias y de minorías, por cuanto] no existe una norma que así lo prohíba y porque además resultaría discriminatorio para los intereses de los partidos que representan estas comunidades, sin que exista un fin constitucional que así lo justifique”*.

Para arribar a tales conclusiones, a partir de una interpretación finalista del inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, la Sala señaló que la aludida prohibición busca asegurar una efectiva representación de las comunidades étnicas en las corporaciones públicas del orden nacional. Lo anterior, en armonía con la obligación del Estado de garantizar el ejercicio pleno de los derechos políticos de las minorías, en un contexto

acorde con el reconocimiento de su situación de debilidad frente a los grupos mayoritarios.

Además, con base en una interpretación sistemática, en especial al tenor del artículo 108 del Texto Superior, puso de presente que existen dos formas para que un partido adquiriera personería jurídica: (i) la vía ordinaria, consistente en obtener una votación no inferior al 3% de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado; y (ii) la vía excepcional, por virtud de la cual la personería se adquiere por el sólo hecho de obtener representación en el Congreso en la circunscripción especial de minorías étnicas y políticas¹⁵.

Esta circunstancia permite concluir que la lógica de la prohibición en comento, apunta *“a impedir que partidos o movimientos políticos con personería jurídica que no represent[an] los intereses de las minorías étnicas, result[en] postulando a su nombre candidatos para el congreso, afectando de esta manera el derecho fundamental de las comunidades étnicas a elegir a aquellas personas con las cuales se puedan sentir identificadas”*. Esta situación es radicalmente distinta a la de aquellos partidos de minorías étnicas que hubiesen obtenido precisamente la personería jurídica por adquirir una representación en el Congreso de la República por la circunscripción para minorías étnicas, pues el hecho mismo de lograr tal representación *“legitima a dichas agrupaciones políticas como voceras de [esas minorías] y las habilita para inscribir candidatos en representación suya”*.

En este sentido, para la Sala de Consulta del Consejo de Estado, una interpretación distinta sería *“lógicamente contradictoria y atentaría evidentemente contra los derechos constitucionales de representación y participación democrática de las minorías étnicas”* (cuaderno 1, folios 47 a 50).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de

¹⁵ En el aparte correspondiente el Texto Constitucional establece que: *“El Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso”*.

Auto del 17 de octubre de 2014 proferido por la Sala de Selección número Diez.

3.2. Presentación del caso, problema jurídico y esquema de resolución

3.2.1. Como se deriva del acápite de antecedentes, la presente causa se relaciona con el amparo de los derechos políticos, en especial el derecho a ser elegido (CP art. 40.1), de los miembros de los partidos y movimientos políticos que obtienen su personería jurídica, en virtud de la consecución de representación en el Congreso de la República por la circunscripción especial de minorías étnicas, a quienes las autoridades electorales respectivas negaban la posibilidad de su inscripción para la elección de congresistas por dicha circunscripción, en particular para las elecciones al Senado de la República comprendidas en el período 2014-2018, con fundamento en el hecho de haber sido declarado inexecutable –por no haber agotado el requisito de la consulta previa– el precepto que se refería a las reglas especiales que permitían su participación¹⁶ y a que, en opinión de las citadas autoridades, quedaban comprendidas dentro de la prohibición señalada en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011¹⁷. Así las cosas, la única alternativa ofrecida para asegurar la intervención de este sector en el proceso electoral, se limitó a invitarlos a gestionar el adelantamiento del trámite de expedición de una ley ante el Ministerio del Interior, en el que se cumpliera con la exigencia de realizar la consulta previa.

Esta Sala de Revisión debe aclarar que la fecha de fallo de esta providencia coincide con la época en que se dispuso la convocatoria de los ciudadanos a las urnas en desarrollo del proceso electoral, dirigido a designar a los representantes en el Congreso de la República para el actual período constitucional. Por dicha razón, teniendo en cuenta que ya existía un amparo de los jueces de tutela de instancia y que, en virtud del mismo, las autoridades electorales dispusieron la participación del movimiento representado por el Senador Avirama, esto es, el Partido Alianza Social Independiente (ASI), esta Corporación consideró innecesario adoptar una medida cautelar, pues –en todo caso– una decisión en sede de revisión puede tener distintos tipos efectos, entre ellos, el de retrotraer las consecuencias generadas por una decisión de instancia, si ello es necesario para asegurar la supremacía e integridad del Texto Superior¹⁸. Por esta razón, y previa ponderación de los principios y

¹⁶ Como previamente se mencionó, el precepto declarado inexecutable disponía que: *“En las circunscripciones especiales de minorías étnicas las inscripciones 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”*.

¹⁷ Como ya se ha dicho, la disposición en cita establece que: *“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”*.

¹⁸ Al respecto, el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991 señala que: *“Cuando la solicitud se dirija contra una acción de autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. // Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada,*

derechos comprometidos, frente a la posibilidad de suspender la aplicación de los fallos de instancia, se consideró que era constitucionalmente más favorable permitir que ellos produjeran sus efectos, pues, en el primer caso, de confirmarse lo resuelto por el *ad-quem*, no sólo el fallo que se adopte por la Corte se tornaría inaplicable, sino que también se comprometería en sí mismo el derecho cuya protección se invoca.

Ahora bien, lo anterior no implica que se esté en presencia de un hecho superado o de una carencia de objeto, pues más allá de que en el caso concreto se pueda adoptar una solución que retrotraiga de los efectos de los fallos de instancia, en caso de considerarse que el amparo propuesto no estaba llamado a prosperar, es claro que respecto de la posibilidad de participación en la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas, cuando se trata de partidos y movimientos políticos que precisamente obtienen su personería jurídica, por la consecución de una representación en el Congreso por dicha circunscripción especial, persiste la controversia constitucional en relación con la determinación de si, para tales efectos, es necesario que se expida una norma particular y concreta sujeta al trámite de consulta previa o si, por el contrario, a partir de los mandatos previstos en el Texto Superior, basta con realizar una interpretación conforme del sentido de la prohibición consagrada en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, como lo determinaron los jueces de instancia.

3.2.2. Por lo anterior, a partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de la decisión adoptada en las respectivas instancias judiciales, le corresponde a esta Corporación determinar, en primer lugar, si para asegurar la participación de los partidos y movimientos políticos de minorías étnicas en las elecciones al Congreso, cuando se trata de elegir las curules previstas para las circunscripciones especiales de dichas minorías, se quiere una regulación concreta y específica que determine los parámetros que autoricen esa postulación, como lo proponen las autoridades electorales, sujeta al trámite de consulta previa.

En caso de que no sea exigible la expedición de una regulación particular sobre la materia, como derivación de lo expuesto y en segundo lugar, le compete a este Tribunal determinar si la organización electoral (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil), al aplicar el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, en el entendido de que la prohibición en él contenida cobija a todos los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, conculca el derecho político y fundamental de participación electoral del accionante, esto es, el derecho a ser elegido del señor Marco Aníbal Avirama y del Partido ASI.

para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. // Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción. // En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto". Énfasis por fuera del texto original.

3.2.3. Con miras a resolver los problemas jurídicos planteados y en aplicación del artículo 35 del Decreto 2591 de 1991¹⁹, esta Sala de Revisión de la Corte se pronunciará sobre los siguientes temas: (i) el derecho a la participación política de las minorías étnicas, de acuerdo con lo previsto en la Constitución, el Convenio 169 de 1989 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corporación, y los (ii) aspectos centrales en torno a la consulta previa mencionados en las Sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011. Una vez concluido el estudio de los temas de la referencia, (iii) se procederá a la resolución del caso concreto.

3.3. La participación política de las minorías étnicas

3.3.1. Como Estado Social de Derecho, unas de las características de la República de Colombia es ser democrática, participativa y pluralista²⁰. Aunado a lo cual, la Constitución también incluyó como uno de los principios fundamentales el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana²¹, así como la guarda de sus riquezas culturales²². Estos dos elementos, como se verá, son centrales para abordar el asunto objeto de estudio.

En este orden de ideas, en cuanto al carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, la Constitución consagra, sin distinción, el derecho de todos los ciudadanos de concurrir en la conformación, ejercicio y control del poder político. Esta potestad prevista como derecho fundamental (CP art. 40), obedece también a uno de los fines estatales plasmados en el artículo 2 del Texto Superior, en el que se impone como uno de los objetivos de la organización estatal el de *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (...)”*.

3.3.2. El ejercicio de los derechos políticos además de realizar el mandato de participación democrática, encuentra un claro sustento en el reconocimiento que el Constituyente hace a la soberanía popular²³, cuyo propósito apunta a ampliar los espacios de incidencia directa del pueblo en la toma de decisiones que repercuten tanto a nivel nacional como regional y local. En términos del

¹⁹ El texto del citado artículo es el siguiente: *“Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas. // La revisión se concederá en el efecto devolutivo pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de este decreto”*.

²⁰ En este sentido, el artículo 1 del Texto Superior dispone que: *“Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*.

²¹ El artículo 7º de la Constitución contempla: *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación”*

²² El artículo 8º de la Constitución establece: *“Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”*.

²³ El artículo 3 de la Constitución señala que: *“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”*.

artículo 3 de la Constitución, esta soberanía puede ejercerse de forma directa por el pueblo, o por medio de sus representantes. En el primer caso, por ejemplo, los ciudadanos pueden hacer uso del voto o de mecanismos de control, como ocurre con la revocatoria del mandato o la interposición de acciones públicas para la defensa de la Constitución (CP arts. 40, 103 y 241); mientras que, cuando se actúa por intermedio de representantes, estos últimos pueden desarrollar un amplio abanico de acciones dirigidas a realizar la justicia y el bien común (CP art. 133), como ocurre con la presentación de iniciativas legislativas o el uso de medios de control político como la moción de censura o de observaciones (C.P. arts. 114, 135.9, 200.5 y 208).

En el escenario de la representación y del ejercicio del derecho al voto, es en donde asumen especial relevancia, entre otros, los partidos y movimientos políticos. La constitución de ambas expresiones es admitida igualmente como un derecho fundamental (CP art. 40.3), cuya razón de ser se encuentra en la de brindar a los ciudadanos un canal activo de participación en el desarrollo y desenvolvimiento del poder público, con miras a tener una influencia directa en los procesos de dirección y transformación de la Nación, especialmente por vía del escenario electoral.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 130 de 1994²⁴, los partidos políticos son vistos como *“instituciones permanentes que reflejan el pluralismo (...), promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular (...)”*. Por su parte, los movimientos políticos son *“asociaciones (...) constituidas libremente para influir en la formación de la voluntad [aludida] o de participar en las elecciones”*. Como se observa, es posible diferenciar los partidos políticos de los movimientos ciudadanos debido a su vocación de permanencia, circunstancia que resulta indiferente para efectos del reconocimiento de la personería jurídica, la cual depende –principalmente– de acreditar determinado respaldo popular²⁵, como se señala expresamente en el artículo 108 del Texto Superior, en los siguientes términos:

“El Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas (...). // También será causal de pérdida de la personería jurídica de los partidos o movimientos políticos si estos no celebran por lo menos durante cada dos (2) años convenciones que posibiliten a sus miembros influir en la toma de las decisiones más importantes de la organización política (...).”

²⁴ “Por la 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”.

²⁵ Al respecto, se puede consultar la Sentencia C-490 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Siguiendo lo establecido en los artículos 107 y 108 de la Carta, “*todos los ciudadanos [tienen] el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos*”, previendo que, en el caso en que ellos obtengan personería jurídica, quedan habilitados para inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular²⁶. Lo anterior, adquiere especial relevancia desde el punto de vista presupuestal, en la medida en que el Estado tiene el deber de concurrir al financiamiento de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y de las campañas electorales que se adelanten por candidatos por ellos avalados²⁷.

3.3.3. Ahora bien, en respuesta a los principios fundamentales de reconocimiento y protección de la diversidad étnica de la Nación colombiana, propia de su heterogeneidad cultural, la Constitución consagra un conjunto de reglas dirigidas precisamente a garantizar la participación de las comunidades indígenas y tribales en la definición de los asuntos públicos y en la defensa directa de sus intereses. Estas reglas se concretan tanto en la existencia de las circunscripciones especiales de minorías étnicas, como en el reconocimiento de la representatividad de los partidos y movimientos políticos de dichas comunidades de manera disímil al del resto de organizaciones de la sociedad.

El artículo 171 de la Carta Política, en lo atinente a las circunscripciones especiales de minorías étnicas, dispone que: “*Habrà un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas*”, cuya asignación de curules se regirá “*por el sistema de cuociente electoral*”. En todo caso, para poder participar en dicho proceso de elección, se requiere haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de alguna organización indígena, calidad que se acredita mediante certificado de esa organización, refrendado por el Ministro de Gobierno. Por otra parte, respecto de la Cámara de Representantes, el inciso 4 del artículo 176 de la Constitución, contempla expresamente la posibilidad de que la ley establezca una circunscripción especial para asegurar la participación, entre otros, de los grupos étnicos²⁸.

Del mismo modo, en lo que atañe a la regulación sobre el reconocimiento y conservación de la personería jurídica, el inciso 1 del artículo 108 de la Constitución, consagra un régimen excepcional a favor de las minorías étnicas, conforme al cual, para los citados efectos, “*bastará haber obtenido*

²⁶ Sobre este punto, el artículo 108 de la Constitución señala que: “*Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada por los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue*”.

²⁷ En la parte pertinente, el artículo 109 del Texto Superior establece que: “*El Estado concurrirá a la financiación política y electoral de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, de conformidad con la ley. // Las campañas electorales que adelanten los candidatos avalados por partidos y movimientos con personería jurídica o por grupos significativos de ciudadanos, serán financiadas parcialmente con recursos estatales*”.

²⁸ El aludido inciso contempla que: “*La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas*”.

representación en el Congreso”. En este sentido, mientras ordinariamente la personería jurídica de un partido o movimiento político depende de un amplio respaldo en las urnas, para los partidos que representan los intereses de las minorías étnicas bastará con el hecho de contar con representantes en el Poder Legislativo.

3.3.4. Estas reglas especiales guardan coherencia con los compromisos internacionales suscritos por Colombia. En este sentido, el Convenio 169 de 1989 de la OIT²⁹ establece, en el artículo 6, algunos elementos relevantes en torno a la participación de las comunidades indígenas. Así, para los efectos de esta sentencia, cabe destacar que el mencionado artículo comprende tres facetas diferentes. La primera, descrita en el literal a), que contempla la consulta previa³⁰, ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de esta Corporación y a la cual se dedicará el siguiente acápite de esta sentencia. La segunda, consagrada en el literal b), que le impone al Estado el deber de brindar a los pueblos indígenas y comunidades tribales –por lo menos– el mismo nivel de participación que se otorga a otros sectores de la población³¹. Y, la tercera, prevista en el literal c), que apunta a exigir la consagración de medios apropiados para asegurar el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de dichos pueblos³².

Según se deriva de lo expuesto, como mínimo de protección internacional, la segunda faceta no sólo se limita a exigir el otorgamiento de un mismo nivel de participación a los pueblos indígenas y comunidades tribales, sino que incluso al hacer uso de la expresión: *“por lo menos”*, insta a que se adopten medidas que permitan conferir un trato especial, en respuesta a la necesidad de asegurar su intervención en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de formular políticas y programas que les conciernan. Ello en respuesta a los deberes genéricos de garantía y promoción del Estado³³, respecto de una población que históricamente se encuentra en situación de debilidad manifiesta³⁴.

²⁹ Incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 21 de 1991.

³⁰ **“Artículo 6.** Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

³¹ **“Artículo 6.** Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (...) b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que los otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”.

³² **“Artículo 6.** Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (...) c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

³³ Convenio 169 de 1989, art. 2.

³⁴ Una lectura similar se deriva del control de convencionalidad realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras, en sentencia del 23 de junio de 2005, en donde afirmó que: *“La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola excepción de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino que requiere que el Estado*

En este orden de ideas, cabe destacar que el régimen de las circunscripciones especiales de minorías étnicas, así como el señalamiento de unos requisitos específicos para que los partidos o movimientos políticos que representan a dichas minorías adquieran y conserven su personería jurídica, hacen parte, precisamente, de los medios a través de los cuales se busca garantizar que esa participación sea efectivamente equivalente al del resto de la población, como se dispone en el literal b) del artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, a partir del uso de herramientas que promueven la obtención de una igualdad real y efectiva³⁵.

3.3.5. En suma, la participación y el pluralismo democrático, el principio de soberanía popular, y la heterogeneidad cultural, conllevan a que se reconozcan partidos y movimientos políticos de minorías étnicas, en los que la obtención y preservación de su personería jurídica, se somete a reglas de alcance disímil frente al de la generalidad de las colectividades políticas que representan a la sociedad. Esos mismos parámetros constitucionales explican la consagración de un régimen de circunscripciones especiales de minorías étnicas para las elecciones al Congreso de la República, que existe, esencialmente, para que dichos grupos puedan hacer presencia y concurren en los debates de una institución electiva responsable del manejo de lo público, cuyo ámbito de acción puede repercutir en el desarrollo de su identidad social y cultural, sus costumbres y su forma autogobierno. Por último, es claro que la previsión de este régimen, más allá de tener un origen constitucional, también responde a los compromisos internacionales que plantean la necesidad de fijar medidas que les permitan a esas minorías participar en la adopción de decisiones, al menos, por vía de acciones afirmativas, en las mismas condiciones que el resto de la población.

3.4. Aspectos centrales en torno a la consulta previa mencionados en las Sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011

3.4.1. En su jurisprudencia, esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades en torno a las características de la consulta previa. Para los efectos de esta sentencia, resulta pertinente reiterar algunos de sus aspectos, recalcando que su origen obedece tanto a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado³⁶, como a los principios de pluralismo y de guarda de la diversidad étnica y cultural plasmados por el Constituyente³⁷.

Dentro de este contexto, la consulta previa ha sido vista como un derecho específico de participación de las minorías étnicas, cuya exigibilidad se somete a

adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (...)". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 23 de Junio de 2005, Caso Yatama vs. Nicaragua.

³⁵ El inciso 2º del artículo 13 de la Constitución dispone: "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados".

³⁶ Convenio 169 de 1989, art. 6, lit. a)

³⁷ CP arts. 1, 2, 7, 329 y 330.

la necesidad de que existan medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se trata entonces de una de las formas de participación de dichas comunidades, más no la única, ya que –como se expuso en las anteriores consideraciones– también pueden hacerlo, al igual que el resto de colombianos, a través de la representación en el Congreso de la República. Lo anterior fue puesto de presente por esta Corporación en la Sentencia C-068 de 2013³⁸, en donde se indicó que la consulta previa es una forma específica de participación, sumada a otras posibles que se derivan, entre otros, de los artículos 2, 40 y 103 de la Constitución, pero que, a diferencia de estas últimas, guarda relación directa con la preservación de la identidad e integridad cultural de los pueblos indígenas y comunidades tribales.

3.4.2. Por su propia naturaleza, la consulta previa es un derecho fundamental radicado en cabeza de un cuerpo colectivo, esto es, los pueblos étnicos, que responde al carácter participativo de los Estados democráticos y al derecho de esas comunidades de autodeterminarse. Más allá de su consagración, como ya se dijo, en el literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de 1989³⁹, también aparece reseñado en los artículos 329 y 330 de la Constitución. El primero de ellos regula la conformación de las entidades territoriales indígenas e impone que al ser delimitadas se cuente con la participación de los representantes de dichos pueblos⁴⁰. Por su parte, el segundo señala varias reglas aplicables a los territorios indígenas, entre las cuales se destaca el deber de propiciar la participación de sus representantes, cuando quiera que se pretenda explotar sus recursos naturales⁴¹.

Lo anterior no significa que la aplicación de la consulta previa se restrinja a estos dos últimos casos, pues al tratarse de un derecho fundamental de las comunidades étnicas, lo relevante es que se produzca el supuesto que exige su aplicación, esto es, que se esté en presencia de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente. En este orden de ideas, en la citada Sentencia C-068 de 2013, esta Corporación indicó que: “[m]ás allá del nivel general de afectación que produce toda iniciativa legislativa, existe una afectación directa: ‘cuando la ley altera el estatus (...) de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios’. Esto significa que, para efectos de la consulta previa, es indiferente el efecto positivo o negativo de la medida legislativa propuesta”.

³⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³⁹ “**Artículo 6.** Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

⁴⁰ El primer inciso del artículo aludido dispone: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial”.

⁴¹ El párrafo del artículo 330 establece: “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

3.4.3. Al ser una consulta de naturaleza previa, por obvias razones, su práctica debe adelantarse con anterioridad a la adopción de las medidas administrativas o legislativas que afecten directamente a las comunidades⁴². De lo contrario, como se ha señalado por la jurisprudencia y lo ha previsto la ley, se presenta un vicio procedimental que tiene la entidad suficiente de afectar la validez de la determinación adoptada, sin que ello implique un juicio sobre su adecuación material o sustancial respecto de lo previsto en el Texto Superior⁴³.

3.4.4. Como se verá a continuación, esto fue precisamente lo que acaeció en las dos providencias que se relacionan con el asunto objeto de estudio, esto es, las Sentencias C-702 de 2010 y la C-490 de 2011. Por lo mismo, resulta necesario efectuar algunas breves consideraciones al respecto.

3.4.4.1. En primer lugar, en la Sentencia C-702 de 2010⁴⁴, la Corte se pronunció sobre demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 8, del artículo 2, del Acto Legislativo No. 01 de 2009, por el cargo de ausencia de consulta previa. Esta reforma constitucional contemplaba lo siguiente: “(...) *Los partidos y movimientos políticos que habiendo obtenido su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción*”.

En las consideraciones de la aludida providencia, se estableció que resultaba irrelevante si esta medida conllevaba beneficios o no para las comunidades indígenas, pues, lo cierto, era que las afectaba directamente y que, por lo mismo, tenía que haber sido consultada. En términos de la sentencia: “(...) *la sola lectura de la disposición superior impugnada pone de manifiesto que ella afecta en forma directa el derecho de las comunidades étnicas a elegir representantes para tal circunscripción especial consagrada a su favor por el constituyente de 1991; por lo tanto, toca de lleno con el derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política (...)[Así las cosas], la Sala detecta que la norma superior cuyo trámite de adopción ahora examina sí afecta en forma directa a las comunidades étnicas, por lo cual ha debido ser sometida a consulta previa, en las condiciones explicadas por la jurisprudencia de esta Corporación antes expuestas*”.

⁴² Resulta oportuno indicar que en la Sentencia C-702 de 2010, este Tribunal sostuvo que la obligación prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, se refiere a un *concepto genérico* de medidas legislativas, por lo que resulta aplicable a toda norma con fuerza de ley e incluso a las reformas constitucionales, entre otras razones, porque la participación de las minorías étnicas es un principio constitucional cuya maximización debe realizarse conforme al principio *pro homine*.

⁴³ Así, por ejemplo, el artículo 46 de la Ley 1437 de 2011 dispone que: “*Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas específicas, so pone de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar*”.

⁴⁴ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3.4.4.2. En segundo lugar, en la Sentencia C-490 de 2011⁴⁵, se revisó el proyecto de ley estatutaria que culminó con la expedición de la Ley 1475 de 2011⁴⁶. Para efectos de esta providencia, sólo hará referencia a lo indicado en torno al inciso 3 del artículo 28 que disponía lo siguiente: “(...) *En las circunscripciones especiales de minorías étnicas las inscripciones 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*”. El motivo por el cual se declaró la inexecutable del precepto en cita supuso el incumplimiento del requisito de la consulta previa, pues “(...) *la previsión contenida en el inciso tercero del artículo 28 del Proyecto afecta[ba] directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes (...)*”.

Con todo y respecto del caso concreto, es pertinente mencionar las consideraciones en torno al inciso 2 del mismo artículo, el cual, como ya se ha dicho, plantea la posibilidad de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica de inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos o corporaciones de elección popular, salvo aquellas correspondientes a las circunscripciones especiales de minorías étnicas. En criterio de este Tribunal, esta disposición no tenía que someterse a la exigencia de la consulta previa, ya que su destinatario “*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*”⁴⁷. Esto significa que, en criterio de la Corte, expresamente se consideró que la citada prohibición no cobija a los partidos y movimientos políticos de minorías étnicas.

3.4.5. En suma, para los efectos de esta sentencia, basta con señalar que la consulta previa es una manera específica de participación de las minorías étnicas, reconocida en la Constitución y en instrumentos internacionales. Se trata de un derecho fundamental que opera cuando se pretendan adoptar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente. La consecuencia de su no realización es que, por regla general, afecta la validez de la determinación adoptada, implicando, en el caso de las medidas legislativas, la posibilidad de obtener un fallo de inconstitucionalidad por vicios de procedimiento, con independencia de que se trate de un instrumento que favorezca o no a las comunidades. Esto fue precisamente lo que ocurrió en las Sentencias C-702 de 2010⁴⁸ y C-490 de 2011⁴⁹, en las que este Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de unas normas específicamente previstas para regular la forma de postulación de candidatos para las circunscripciones especiales de minorías étnicas, las cuales, a pesar de que incidían

⁴⁵ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁶ “*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*”.

⁴⁷ Énfasis por fuera del texto original.

⁴⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

directamente en dichas comunidades, no fueron consultadas oportunamente. A pesar de ello, en esta última providencia, al examinar la validez constitucional de lo previsto en la prohibición actualmente consagrada en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 20011, expresamente se indicó que la misma no está destinada a los partidos o movimientos políticos de minorías étnicas, sino a quienes no tienen dicha condición, razón por la cual no tenía que ser consultada.

3.5. Caso concreto

3.5.1. Como fue señalado con anterioridad, la presente causa se relaciona con el amparo de los derechos políticos, en especial el derecho a ser elegido (CP art. 40.1), del Senador Marco Aníbal Avirama, como representante y miembro del Partido Alianza Social Independiente (ASI), el cual obtuvo su personería jurídica en virtud del hecho de haber logrado una curul en el Congreso de la República por las circunscripciones especiales de minorías étnicas, conforme a lo previsto en el artículo 108 del Texto Superior.

Según se expuso en el acápite de antecedentes, las autoridades electorales demandadas (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil) negaron la inscripción del citado señor y de su partido político para las elecciones al Senado del presente año por la circunscripción especial indígena, al entender que no existía una norma específica que previera la participación de los partidos y movimientos políticos de minorías étnicas, por lo que a menos que se expidiese una regulación concreta sobre la materia, previo agotamiento de la consulta previa en la forma dispuesta en las Sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011, la situación descrita quedaba comprendida dentro la prohibición general consagrada en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, según el cual: *“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”*.

Al momento de definir el asunto objeto de controversia, se explicó que teniendo en cuenta que ya existía un amparo de los jueces de tutela de instancia y que, en virtud del mismo, las autoridades electorales dispusieron la participación del movimiento representado por el Senador Avirama, esto es, el Partido Alianza Social Independiente (ASI), esta Sala de Revisión se abstuvo de adoptar una medida cautelar sobre la materia, reconociendo que, en sede de revisión, se pueden retrotraer los efectos de un fallo de instancia, si ello es necesario para asegurar la supremacía e integridad del Texto Superior.

No obstante lo anterior, y pese al amparo de los jueces de instancia, no puede considerarse que se está en presencia de una carencia de objeto, pues es claro que respecto de la posibilidad de participación en la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas, cuando se trata de partidos y movimientos políticos que precisamente obtienen su personería

jurídica, por la consecución de una representación en el Congreso por dicha circunscripción especial, persiste la controversia constitucional en relación con la determinación de si, para tales efectos, es necesario que se expida una norma particular y concreta sujeta al trámite de consulta previa o si, por el contrario, a partir de los mandatos previstos en el Texto Superior, basta con realizar una interpretación conforme del sentido de la prohibición consagrada en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, como lo determinaron los jueces de instancia.

3.5.2. Desde esta perspectiva, en primer lugar, no cabe duda de que el caso sometido a decisión exige determinar si para efectos de asegurar la participación de los partidos y movimientos políticos de minorías étnicas en las elecciones al Congreso de la República, cuando se trata de elegir las curules previstas para las circunscripciones especiales de dichas minorías, se requiere de una regulación concreta y específica, como lo proponen las autoridades electorales demandadas, sujeta al trámite de consulta previa.

En efecto, según la organización electoral, al haber sido declarado inexecutable el inciso 3 del texto original del artículo 28 del proyecto de ley estatutaria que culminó con la expedición de la Ley 1475 de 2011, que autorizaba expresamente la postulación de candidatos para las circunscripciones especiales de minorías étnicas (i) a los partidos o movimientos que hubiesen obtenido su personería jurídica con fundamento en el régimen excepcional para dichas minorías o (ii) a las organizaciones sociales integradas por miembros de esas comunidades, se habría generado un vacío normativo que conllevaba a que los aludidos partidos o movimientos políticos con personería jurídica obtenida por la circunscripción para minorías étnicas, quedarán sometidos a la prohibición general consagrada en el citado inciso 2 del artículo 28 de la ley en cita.

De suerte que, en criterio de las citadas autoridades, la única alternativa para asegurar la intervención de ese sector en el proceso electoral, se limitaba a invitarlos a gestionar el adelantamiento del trámite de expedición de una ley ante el Ministerio del Interior, en el que se cumpliera con la exigencia de realizar la consulta previa. Esto fue precisamente lo que en varias ocasiones respondió el CNE a las peticiones formuladas por miembros del Partido ASI y que reiteró al momento de contestar la demanda de tutela interpuesta en su contra⁵⁰.

De lo anterior se desprenderían, al menos, tres consecuencias. La primera, el partido político ASI, que obtuvo su *personería jurídica* por alcanzar una curul en la circunscripción especial indígena en el Senado de la República⁵¹, no podría volver a participar en un proceso electoral para acceder a dicha circunscripción, a pesar de que, en el pasado, se consideró que debía reconocerse a su favor la aludida *personería*, por obtener una representación parlamentaria a nombre de esas comunidades étnicas, como lo dispone el

⁵⁰ Cuaderno 1, folios 34 a 39 y 40 a 45.

⁵¹ Cuaderno 1, folios 82 a 87.

artículo 108 de la Constitución. La segunda, para poder mantener la personería reconocida en el 2010, tendría que alcanzar, por lo menos, un 3% de votos válidos en las próximas elecciones a realizar para el Congreso de la República⁵², con un potencial electoral –según la Registraduría Nacional del Estado Civil– de más de 32.000.000 millones de ciudadanos habilitados para votar⁵³. Y, la tercera, en caso de querer aspirar en el próximo proceso electoral, quedaría sometido al régimen establecido para los grupos significativos de ciudadanos, con la obligación de adelantar un proceso de recolección de firmas y de constituir una póliza de seriedad.

La posición adoptada por la organización electoral y las consecuencias que de ella se derivan, en criterio de esta Sala de Revisión, conducen a un desconocimiento de lo previsto en los artículos 108 y 171 de la Constitución, con el efecto de cercenar el derecho de participación política del señor Marco Aníbal Avirama Avirama y, por ende, del Partido Alianza Social Independiente (ASI), con fundamento en las siguientes razones:

Para comenzar, el artículo 108 del Texto Superior señala la forma como los partidos y movimientos políticos adquieren su personería jurídica. Para el efecto, se consagran dos formas: (i) la *ordinaria*, consistente en obtener una votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en las elecciones de Cámara de Representantes o Senado; y la (ii) *excepcional*, prevista para las circunscripciones especiales de minorías étnicas y políticas, en las que basta haber obtenido representación en el Congreso⁵⁴. El otorgamiento de la personería jurídica, tanto para partidos y movimientos políticos minoritarios como no minoritarios, se traduce –como lo señala el inciso 3 del precepto constitucional en cita– en el derecho a inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción tiene que ser avalada por el representante legal del partido o movimiento político o por quien él delegue⁵⁵. Por lo demás, en el caso de la circunscripción especial indígena en el Senado de la República, los candidatos deberán “*haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el ministro de Gobierno*”, como lo señala el artículo 171 del Texto Superior.

⁵² Cuaderno 1, folios 31 a 34.

⁵³ Cuaderno 1, folio 46.

⁵⁴ “**Artículo 108.** El Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso. (...)”.

⁵⁵ “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue”.

Como se observa de lo expuesto, es la propia Constitución Política la que distingue entre partidos minoritarios y no minoritarios, previendo para los primeros un régimen excepcional de obtención de la personería jurídica, que se explica precisamente en la necesidad de asegurar su participación electoral en las circunscripciones especiales previstas para ellas, como lo es la de minorías étnicas, que incluye la circunscripción indígena en el Senado de la República. Para ello se habilita directamente por el Texto Superior la posibilidad de inscribir de candidatos (CP art. 108.3), sin excluir a ninguna circunscripción, con la obligación de acreditar algunas exigencias especiales, por ejemplo, en el caso de quienes aspiran a representar a la población indígena en el Senado (CP art. 171).

Desde esta perspectiva, en principio, es claro que el hecho de haber logrado representación en el Congreso por la circunscripción de minorías étnicas, constituye una circunstancia que por sí misma y al tenor de los citados preceptos constitucionales, legitima y habilita a dichas agrupaciones –como voceras de sus comunidades– para inscribir candidatos en su representación, cuya lógica permite entender que, por obvias razones, dicha inscripción se preferirá en aquellas circunscripciones destinadas a asegurar su participación.

Así las cosas, lo que la Constitución Política consagra en esta materia es una habilitación general, por virtud de la cual, salvo que el legislador imponga límites, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, los partidos y movimientos políticos minoritarios o no minoritarios, una vez obtenida su personería jurídica, quedan habilitados para inscribir candidatos a las distintas elecciones, sin necesidad de que exista una regulación concreta y específica que así lo disponga.

Por esta razón, en el caso bajo examen, no podían las autoridades electorales exigir adelantar un proceso legislativo (previo agotamiento de la consulta previa) dirigido a expedir una regulación puntual que determinará los parámetros de postulación de los partidos y movimientos políticos de minorías étnicas, cuando se trata de elegir las curules previstas para las circunscripciones especiales de dichas minorías, pues de hacerlo, como ocurrió en este caso, se pondría el riesgo el derecho de participación política del accionante y del Partido ASI, ante la existencia de una habilitación general de inscripción dada por la propia Constitución.

3.5.3. Desde esta perspectiva, y teniendo claro que no era exigible la expedición de una regulación particular sobre la materia, le correspondería a la Corte resolver el segundo problema jurídico planteado, esto es, si la organización electoral (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil), al aplicar el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, en el entendido de que la prohibición en él contenida cobija a todos los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, conculca el derecho político y fundamental de participación electoral del accionante, esto es, el derecho a ser elegido del señor Marco Aníbal Avirama y del Partido ASI.

Como previamente se dijo, si bien no es necesario la expedición de una regulación particular y concreta para permitir la inscripción de un candidato por los partidos y movimientos políticos de minorías étnicas, cuando se trata –entre otras– de elegir las curules previstas para las circunscripciones especiales de dichas minorías, en virtud de la habilitación general dada sobre la materia por las normas previstas en la Constitución (CP arts. 108 y 171), ello no es óbice para que el legislador imponga límites a dicha participación, siempre que los mismos se ajusten a los parámetros previstos en la Carta y respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En el presente caso, la organización electoral considera que los partidos y movimientos políticos de minorías étnicas, como lo es el Partido ASI, no pueden inscribir candidatos para participar en el próximo proceso electoral, en lo atinente a la elección de la circunscripción especial indígena en el Senado de la República, en virtud de la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, según la cual, como ya se dijo: *“Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrían 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”*.

Respecto de este punto, conforme se indicó en las consideraciones generales de esta providencia, lo primero que se debe señalar es que la interpretación realizada por las autoridades demandadas desconoce uno de los argumentos centrales de la Sentencia C-490 de 2011⁵⁶, en donde señaló que la prohibición contenida en el citado inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, no está destinada a los partidos o movimientos políticos de minorías étnicas, sino a quienes no tienen dicha condición, razón por la cual no tenía que ser consultada. En el fallo en cita se llegó a esta misma conclusión, al realizar el examen puntual de compatibilidad de la citada disposición respecto de los mandatos previstos en la Constitución, en los siguientes términos:

“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 respecto 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 las agrupaciones políticas de carácter minoritario.

⁵⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

A juicio de la Sala, esta disposición es armónica con los postulados constitucionales[,] (...) [pues] 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, comoquiera 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 conservan 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.”

Como se deriva de lo expuesto, a partir de la citada sentencia de constitucionalidad proferida por esta Corporación, la cual hace tránsito a cosa juzgada, es claro que la prohibición consagrada en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 se aplica exclusivamente para los partidos y movimientos políticos no minoritarios, pues su objetivo se encuentra –precisamente– en garantizar que la voluntad política de dichas minorías esté efectivamente representada, a través de quienes han asumido de forma permanente la defensa de sus intereses.

En este mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 18 de abril de 2013, al sostener que:

“Una interpretación sistemática de la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, indica que el legislador se orientó a impedir que los partidos o movimientos políticos con personería jurídica que no representaban los intereses de las minorías étnicas, resultaran postulando a su nombre candidatos para el Congreso, afectando de esta manera el derecho fundamental de las comunidades étnicas a elegir a aquellas personas con las cuales se puedan sentir identificadas.

Situación distinta es la de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que hubieren obtenido personería jurídica con ocasión de haber logrado representación en el Congreso por la circunscripción para minorías étnicas. Puesto que el haber logrado representación en el Congreso por esa circunscripción es la circunstancia que legitima a dichas agrupaciones políticas como voceras de las minorías étnicas y las habilita para inscribir candidatos en representación suya, mal podría ser, a la vez, condición que les impide inscribir candidatos para las elecciones en la respectiva circunscripción. La norma sería lógicamente contradictoria, y atentaría evidentemente contra los derechos constitucionales de representación y participación democrática de las minorías étnicas.

Concluye la Sala que la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011 está dirigida única y exclusivamente a aquellos partidos y movimientos políticos que adquirieron su personería jurídica por la circunscripción ordinaria, quienes en todo caso conservan la facultad de inscribir candidatos por la circunscripción internacional o por la circunscripción de minorías políticas, cuando la ley así lo establezca”⁵⁷.

Visto lo anterior, en criterio de esta Sala de Revisión, no cabe duda que desde que se expidió la Sentencia C-490 de 2011⁵⁸, se señaló que la prohibición allí consagrada respecto a la postulación de candidatos para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas, está dirigida única y exclusivamente a los partidos políticos no minoritarios, cuya personería jurídica se adquirió mediante el sistema ordinario de votación, esto es, el umbral del 3% en los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en las elecciones de Cámara o Senado.

De ahí que y bajo la lógica de entender que la citada limitación se explica como una forma de garantizar que las comunidades étnicas estén efectivamente representadas en las corporaciones públicas del orden nacional, a través de quienes pueden sentirse realmente identificadas, es innegable que se aparta

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: 18 de abril de 2013, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

⁵⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

de una interpretación conforme con la Constitución, la posición asumida por las autoridades electorales demandadas, cuya eventual aplicación no sólo conduciría al absurdo de impedir que candidatos que han sido avalados y elegidos por la circunscripción de minorías étnicas, al considerar sus electores que tienen la idoneidad para representar a dichos pueblos, no puedan aspirar a refrendar esa designación en un nuevo proceso electoral, sino que también implicaría un desconocimiento del derecho político y fundamental de participación electoral, al impedir la intervención de unas minorías en un proceso electoral, a través de los candidatos por ellas designados para tal fin, como ocurre, en este caso, respecto del señor Marco Aníbal Avirama y del Partido ASI, a quienes, de forma desproporcionada, se les pretende someter a las reglas de postulación de los grupos significativos de ciudadanos, negando el derecho de inscripción de candidatos que consagra el artículo 108 Texto Superior, en relación con los partidos y movimientos políticos con personería jurídica.

Adicional a lo expuesto, obsérvese como la posición adoptada por las autoridades electorales demandadas, también desconoce el mandato superior de protección de las minorías étnicas, como parte de la heterogeneidad cultural colombiana; así como las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de 1989 la OIT, en el sentido de que los Estados deben aplicar medidas que permitan la participación de las comunidades indígenas y pueblos tribales, por lo menos en las mismas condiciones respecto a otros sectores de la sociedad, respetando y promoviendo su identidad social y cultural. Lo anterior, como ya se dijo, por cuanto la interpretación propuesta por las autoridades que integran la organización electoral, conllevaría a que los partidos de minorías étnicas, que obtuvieron precisamente la personería jurídica por participar en una circunscripción especialmente reconocida para ellas, tuviesen que regirse bajo las mismas reglas que los partidos no minoritarios o grupos significativos de ciudadanos. Es decir, se generaría el absurdo de que partidos o movimientos a quienes se les reconoce una representatividad democrática importante y por ello la personería jurídica bajo unas reglas especiales, no pudieran entrar en la contienda política que define, básicamente, las curules correspondientes a la circunscripción especial en donde se exponen, desarrollan y defienden las posturas políticas de las comunidades que representan.

3.5.4. Así las cosas, comoquiera que ambas autoridades judiciales de instancia resolvieron amparar los derechos invocados por el señor Avirama, en su nombre y representación del Partido ASI, la Sala confirmará las decisiones adoptadas. Con todo, en relación con el Ministerio del Interior, se advertirá que en caso de que se decida expedir una regulación concreta y específica, respecto a la inscripción de listas o candidatos de partidos y movimientos que adquirieron su personería jurídica al haber obtenido una curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas, como se señaló en las Sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011, se deberá cumplir con la obligación de adelantar el proceso de consulta previa, respecto de las comunidades que puedan verse afectadas directamente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera 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 día 22 de agosto de 2013, por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que a su vez confirmó la decisión adoptada el 7 de junio de 2013, por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de amparar los derechos invocados por el señor Marco Aníbal Avirama Avirama.

Segundo.- ADVERTIR al Ministerio del Interior que en el caso de que se decida expedir una regulación concreta y específica, respecto a la inscripción de listas o candidatos de partidos y movimientos que adquirieron su personería jurídica al haber obtenido una curul en las circunscripciones especiales de minorías étnicas, como se señaló en las Sentencias C-702 de 2010 y C-490 de 2011, se deberá cumplir con la obligación de adelantar el proceso de consulta previa, respecto de las comunidades que puedan verse afectadas directamente.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General