

# KAS

Enero de 2018 ISSN 2322-9896

## Papers No. 36

La acción de tutela como  
mecanismo de protección  
de derechos en los  
procesos electorales



Konrad  
Adenauer  
Stiftung



**moe**  
Misión de Observación Electoral



## Fundación Konrad Adenauer - Misión: Democracia

### Quiénes somos

- Somos una fundación política alemana allegada a la Unión Demócrata Cristiana, CDU (por sus iniciales en alemán).
- Libertad, justicia y solidaridad son los principios hacia los que se orienta el trabajo de la Fundación Konrad Adenauer, KAS.
- A través de más de 70 oficinas y proyectos en más de 120 países contribuimos por iniciativa propia a fomentar la democracia, el Estado de derecho y la economía social de mercado.

### Sobre la KAS en Colombia

- Desde hace casi 40 años trabajamos en cooperación con instituciones estatales, partidos políticos y organizaciones de la sociedad civil del país.
- Fomentamos la democracia, con principios de pluralidad, Estado de derecho y justicia social.
- Aportamos a la construcción de paz en el país y a fortalecer el respeto a los derechos humanos.
- Promovemos una economía social y ecológica de mercado.

## Serie KAS Papers | Justicia Electoral

### Objetivo

Estudiar el funcionamiento de las autoridades que toman decisiones administrativas y judiciales en temas electorales, con el fin de elaborar propuestas y recomendaciones que permitan aumentar su capacidad, eficiencia y respeto por las garantías de los interesados en los procesos electorales.

3 documentos

3 universidades colombianas

Bogotá, Bucaramanga y Cali



Universidad del  
Rosario

Mecanismos de  
participación ciudadana

Bogotá



Universidad  
Industrial de  
Santander



Escrutinios

Bucaramanga



Misión de Observación Electoral



UNIVERSIDAD DE  
SAN BUENAVENTURA  
CALI



Acreditación Institucional  
DE ALTA CALIDAD

Acción de tutela en  
temas electorales

Cali

### ¿Para quiénes?

- Tomadores de decisión en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial
- Autoridades judiciales de nivel nacional y territorial
- Investigadores, profesores, estudiantes
- Partidos políticos, candidatos y ciudadanía en general

### Contacto:

[www.kas.de/kolumbien/es](http://www.kas.de/kolumbien/es)  
[www.facebook.com/KASColombia](https://www.facebook.com/KASColombia)



## Presentación

En esta serie de *KAS Papers*, la Misión de Observación Electoral, MOE, y la Fundación Konrad Adenauer, KAS, Colombia, se unen de nuevo para facilitar la generación de tres documentos de análisis que aportan a la comprensión de algunas dimensiones institucionales de la justicia electoral que afectan la calidad de la democracia colombiana.

Cada texto fue elaborado por autores vinculados a destacadas universidades en Bogotá, Bucaramanga y Cali, en el marco del Observatorio de Justicia Electoral coordinado por la MOE. De esta manera, se presentan los documentos:

- Los escrutinios en Colombia: análisis desde una perspectiva comparada
- Mecanismos de participación ciudadana: ¿renovación de los escenarios de participación?
- La acción de tutela como mecanismo de protección de derechos en los procesos electorales

El objetivo de esta serie es contribuir a fortalecer el trabajo de las autoridades de la organización electoral para que aumenten su capacidad de gestión frente a las competencias que les han sido establecidas legal y constitucionalmente.

Es importante tener en cuenta que de acuerdo con el Índice de Democracia de la Unidad de Inteligencia de *The Economist*, para 2016, Colombia obtuvo un puntaje de 6,67 sobre 10; es decir, es una democracia imperfecta, en donde a pesar de tener elecciones justas y libres y respetarse las libertades civiles, existen debilidades significativas en distintos aspectos. Así mismo, el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional le otorga a Colombia un puntaje de 37 sobre 100 y el Latinobarómetro muestra que 48,9% de sus encuestados dicen encontrarse no muy satisfechos con el funcionamiento de la democracia en el país.

Este es solo un acercamiento parcial que permite inferir que la democracia colombiana tiene mucho por mejorar. Además, de manera cada vez más latente, se evidencia el debilitamiento de la democracia participativa en términos de los mecanismos tradicionales, anomalías en los procesos electorales y pérdida de confianza en la justicia.

Esperamos que estos análisis y sus recomendaciones sean de gran provecho para el público lector y que contribuyan a garantizar el fortalecimiento de la democracia colombiana.

**Alejandra Barrios**

Directora

Misión de Observación Electoral, MOE

**Hubert Gehring**

Representante

Fundación Konrad Adenauer en Colombia



# KAS Paper

## Editor KAS Paper

Dr. Hubert Gehring

Representante, KAS Colombia

## Coordinación editorial

María Francisca Cepeda

Coordinadora de Proyectos, KAS Colombia

[www.kas.de/kolumbien/es](http://www.kas.de/kolumbien/es)

## Coordinador de proyecto

Javier Revelo Rebolledo

Misión de Observación Electoral

## Diseño y diagramación

Opciones Gráficas Editores Ltda.

## Corrección de estilo

Marcela Manrique Cornejo

## Impresión

Opciones Gráficas Editores Ltda.

[www.opcionesgraficas.com](http://www.opcionesgraficas.com)

Impreso en Colombia

Enero de 2018

## Autores facilitadores

**Daniela Alvarado Rincón:** investigadora Observatorio de Justicia Electoral de la MOE.

**Óscar Danilo Sepúlveda Rodríguez:** investigador Observatorio de Justicia Electoral de la MOE.

**Marlon Pabón Castro:** investigador Observatorio de Justicia Electoral de la MOE.

**Luz Elena Figueroa Gómez:** docente de tiempo completo, coordinadora de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de San Buenaventura de Cali.

**Asistentes de investigación:** Daniela Ocampo Cabrera, Rosa Camila Montoya Salazar, Juan Camilo Restrepo Ordóñez y Manuel Eduardo Forero Leuro, estudiantes e integrantes de la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Buenaventura de Cali.

Esta publicación se realizó gracias a la cooperación entre la Fundación Konrad Adenauer, KAS, y la Misión de Observación Electoral, MOE.

Las opiniones, los comentarios y las posiciones que contiene este KAS Paper constituyen las posturas del (de los) autor (autores) y no comprometen, ni necesariamente representan, el pensamiento de la KAS ni de la MOE. Prohibida la reproducción y la comunicación pública total o parcial, sin la autorización previa y expresa de los titulares.





## Introducción

Uno de los puntos importantes de discusión al interior de la Asamblea Nacional Constituyente se dio en torno a la creación de mecanismos eficaces para la protección de los derechos fundamentales, lo cual es una consecuencia de considerar que la Carta Política es una norma jurídica<sup>1</sup>. La Constitución de 1991 en su artículo 86 consagró la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales y su eficacia ha permitido evidenciar situaciones de violación de derechos y hacerles frente, a través de las órdenes impartidas por los jueces. Esta acción es, sin duda, uno de los principales mecanismos que introdujo la Constitución para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas. Gracias a la tutela, muchos individuos y colectivos en situación de vulnerabilidad han logrado que sus derechos sean protegidos a través de órdenes impartidas por un juez de la República. El electoral es uno de los muchos campos en los cuales es posible interponer una acción de tutela con el fin de frenar acciones u omisiones de autoridades públicas –y en ciertos casos de particulares– que vulneren o amenacen los derechos de las personas.

Uno de los cuatro aspectos principales de discusión de la Asamblea Nacional Constituyente se centró en fortalecer la democracia, lo cual implicó reflexionar sobre el principio democrático y los mecanismos de participación política (Maldonado, 2006). El desarrollo del principio democrático en el país se sustenta en el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución, que indican que Colombia es un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana y otras garantías constitucionales, cuyo fin, entre otros, es la participación de todos en la

<sup>1</sup> Esta transformación del derecho constitucional se hizo presente en la segunda mitad del siglo XX, en América Latina y Europa Continental (Botero, 2006).



toma de decisiones que afecten la vida económica, política, administrativa y cultural de los colombianos. Lo anterior muestra que la participación de los ciudadanos colombianos no se limita formalmente a elegir a quienes, en contiendas electorales, pretenden ocupar cargos de elección popular. Los derechos fundamentales de participación de los colombianos se dan sobre la conformación, el ejercicio y el control del poder político, como una amplia gama de garantías, frente al clásico derecho universal al sufragio.

Según la Corte Constitucional, la participación democrática es un principio que define la estructura del Estado; en una democracia participativa, a diferencia de una democracia representativa, el derecho a la participación política no se limita al voto. La democracia participativa implica dos aspectos adicionales: la ampliación



de escenarios de participación y el reconocimiento del pluralismo político, el cual es definido por la Corte como “la necesidad de incorporar al debate democrático las diferentes tendencias ideológicas existentes en la sociedad, al igual que las distintas vertientes de identidad social y comunitaria, entre ellas las derivadas de perspectivas de género, minorías étnicas, juventudes, etc.”<sup>2</sup>. Igualmente, según la Corte, en la democracia participativa se aprecian dos etapas: la primera es el acto de elección ejercido mediante el sufragio y la segunda es el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder político, mediante diversas herramientas, como la revocatoria de mandato, la iniciativa popular, la interposición de la acción de inconstitucionalidad, el acceso a cargos públicos, el control mediante veedurías ciudadanas, entre otros.

Desde la perspectiva de estas etapas de la democracia participativa, se centra el presente análisis. La participación democrática, además de ser un principio que define al Estado, es un derecho fundamental, el cual consiste en el derecho de todo ciudadano “a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (artículo 40), por lo que frente a cualquier amenaza o vulneración a este derecho podrá acudir a la acción de tutela, como mecanismo de protección. Ante la ineficacia de las otras vías judiciales, la acción de tutela contribuye a la protección de los derechos políticos en tiempos electorales, lo cual es un requisito para el buen funcionamiento de la democracia. De nada sirve que la gente vote, si cuando lo hace es víctima de todo tipo de abusos. Existen entonces buenas razones para creer que entre la acción de tutela y el fortalecimiento de la democracia existe un círculo virtuoso, según el cual la democracia constitucional se consolida con la protección de los derechos ciudadanos que garantizan los jueces.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2011.

*El electoral es uno de los muchos campos en los cuales es posible interponer una acción de tutela con el fin de frenar acciones u omisiones de autoridades públicas –y en ciertos casos de particulares– que vulneren o amenacen los derechos de las personas.*

Sin embargo, no siempre todas las cosas buenas vienen juntas. Algunos han negado la existencia de este círculo virtuoso y han criticado la procedencia de la acción de tutela en temas electorales, ya que estaría introduciendo distorsiones injustificadas al funcionamiento adecuado de la democracia. Hoy se sabe que los políticos también han tratado de utilizar la tutela de forma abusiva, lo cual termina minando el principio democrático –en lugar de materializarlo–. Estas preocupaciones deben ser consideradas y escuchadas con atención.

Con el fin de contribuir a este debate de interés público, el presente documento estudia cómo se ha utilizado la acción de tutela en temas electorales con el fin de presentar algunas propuestas que permitan potenciar sus beneficios y minimizar sus riesgos. Inicia con una descripción sintética de las características centrales de la acción de tutela en Colombia, continúa con un balance tanto de la jurisprudencia constitucional como de la regulación del tema en otros países, y termina con unas breves conclusiones y recomendaciones.



## 1. La acción de tutela en Colombia

Antes de presentar los resultados centrales del estudio, esta sección desarrolla las características básicas de la acción de tutela en el país. La Carta Política de 1991 regula los aspectos básicos de esta acción, cuyo fin es la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas. De esta forma, según la Constitución, "toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública" (artículo 86).

Este artículo condensa las características básicas de la acción de tutela, las cuales han sido desarrolladas por los decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000. Dichas características permiten comprender la popularidad de la acción: la tutela no solo busca promover la protección de los derechos, sino que también es una acción judicial bastante incluyente, ágil y eficaz.

Primero, la razón de ser de la acción de tutela es proteger los derechos fundamentales de las personas. Por eso, definir qué se considera como "derecho fundamental" es crucial para establecer el ámbito de acción de la tutela. Debido a que los derechos políticos son claramente fundamentales, en este documento basta mencionar que la Corte Constitucional ha interpretado de forma amplia la expresión "derechos constitucionales fundamentales" del artículo 86 y ha aceptado que el listado formal de la Constitución no es taxativo<sup>3</sup>.

Segundo, la acción de tutela es bastante incluyente, pues es un mecanismo de fácil acceso. A diferencia de la gran mayoría de acciones judiciales, la tutela puede ser presentada por todas las personas sin que sea necesario contratar a un abogado. Quien esté interesado en interponer una acción de tutela solo debe presentar un escrito con muy pocas formalidades. Ahora bien, si la persona no sabe leer o escribir, el juez está obligado a recibir la acción de tutela de forma verbal (Decreto 2591 de 1991, artículo 14). La tutela es entonces un mecanismo incluyente, puesto que su acceso es sencillo y tiene muy pocas formalidades. En temas electorales esto implica que cualquier persona, sea ciudadano o candidato, puede acudir ante un juez de la República si considera que sus derechos están siendo vulnerados o amenazados durante el proceso electoral.

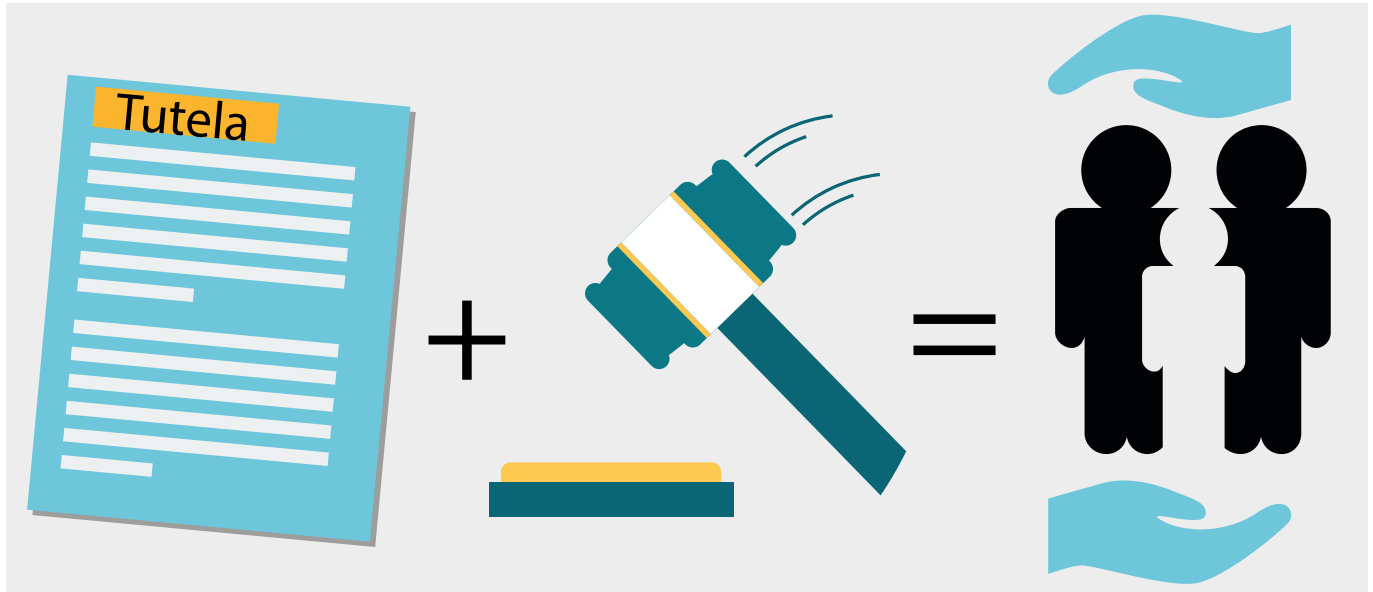
Tercero, además de su carácter incluyente, la acción de tutela es bastante ágil, ya que los jueces deben dictar fallo a los diez días de recibida la solicitud (Decreto 2591 de 1991, artículo 29). Ninguna acción judicial en Colombia permite obtener una respuesta de fondo tan rápido<sup>4</sup>. La agilidad de la acción de tutela se explica, en buena medida, porque el procedimiento es bastante simple, tiene pocas etapas, es preferente y asigna un rol activo al juez, que puede no solo decretar pruebas sin esperar a que el accionante las pida, sino también vincular al proceso a las personas que considere necesario. En materia electoral, la agilidad de la tutela parece aún más importante debido a los ritmos acelerados del calendario electoral.

Por último, al fin garantista, al carácter incluyente y a la agilidad de la tutela, se suma su eficacia. Las decisiones de un juez de la República deben ser cumplidas de

<sup>3</sup> Al respecto, véanse Corte Constitucional, sentencias C-018 de 1993 y C-134 de 1994.

<sup>4</sup> El juez puede incluso decretar medidas provisionales si lo considera necesario y urgente para proteger el derecho amenazado (Decreto 2591 de 1991, artículo 7).





forma inmediata so pena de ser sancionado (Decreto 2591 de 1991, artículos 27 y 52). El incidente de desacato es el principal mecanismo para garantizar el cumplimiento de una tutela, el cual no es infalible porque hay quienes lo desobedecen.

Ahora bien, para racionalizar el uso de la tutela y evitar posibles abusos del derecho, el legislador y la Corte Constitucional han limitado la procedencia de la tutela en varios sentidos. Así, por ejemplo, la tutela no procede si: a) se busca proteger derechos que no son fundamentales (carácter específico); b) existe otro recurso o medio de defensa judicial (carácter subsidiario)<sup>5</sup>; c) el daño producto de la violación del derecho ya fue consumado; d) se trata de actos generales, impersonales y abstractos; y e) la misma persona interpuso más de una acción de tutela por los mismos hechos (Decreto 2591 de 1991, artículos 6 y 38).

Antes de terminar esta sección, es necesario mencionar que la Corte Constitucional, la intérprete autorizada

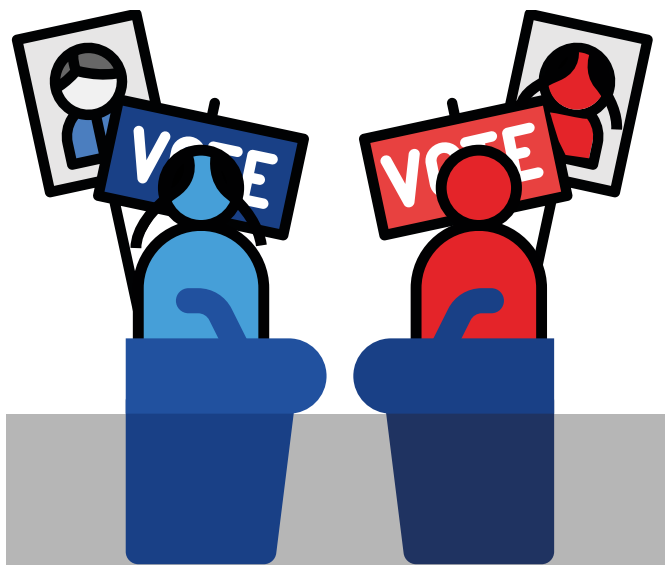
<sup>5</sup> El Decreto 2591 de 1991 solo admite una excepción: que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

de la Constitución, se encarga de definir el alcance y los límites tanto de los derechos como de la acción de tutela. Así, la Corte no es un tribunal de instancia: recibe todas las tutelas del país y se pronuncia sobre algunas de ellas (Constitución de 1991, artículos 86, 241:9).

En conclusión, la acción de tutela es uno de los mecanismos más incluyentes, ágiles y eficaces que introdujo la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas, lo cual por supuesto incluye las posibles violaciones a los derechos fundamentales – generalmente los derechos políticos– durante el proceso electoral.

## 2. Análisis jurisprudencial

Este apartado estudia las decisiones de la Corte Constitucional que se refieren a la protección de derechos políticos en el marco de procesos electorales. El propósito es proponer una mirada crítica frente al uso –o abuso– de la acción por medio del estudio de los problemas jurídicos recurrentes en la jurisprudencia.



La recolección de información inició con un análisis exploratorio para identificar los conceptos claves. Después se buscaron las sentencias en el motor de búsqueda especializado vLex y se hizo un análisis preliminar para establecer qué decisiones realmente tenían relación con los temas. También se incluyeron decisiones citadas en las sentencias que el buscador vLex no encontró (ver anexos 1 y 2 para más detalles).

Además, en la selección de sentencias se tuvieron en cuenta tres criterios. Primero, únicamente se escogieron sentencias de la Corte Constitucional, pues es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional. Segundo, fueron excluidas las tutelas relacionadas con los mecanismos de participación ciudadana y otras formas de participación (v.gr., juntas directivas o asambleas de copropietarios). Finalmente, a pesar de que al inicio se presentan todas las sentencias, el análisis se enfoca en los problemas jurídicos recurrentes. Hay temas que fueron excluidos ya sea porque no han tenido un desarrollo sistemático en la jurisprudencia o porque fueron consecuencia de alguna coyuntura<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Por ejemplo, la controversia suscitada alrededor del carácter de los periodos de alcaldes y gobernadores fue zanjada con la expedición del Acto Legislativo 02 de 2002.

En total se analizaron cien sentencias, que aquí se abordan según el momento de los sucesos: antes o después de la jornada electoral.

## 2.1. La acción de tutela antes de las elecciones

En esta sección se agrupan los problemas jurídicos relacionados con los momentos previos a la jornada electoral. Se clasificaron las cuarenta y tres sentencias en seis grupos según el tipo de problema jurídico (ver Tabla 1).

Tabla 1. Ejes temáticos y número de sentencias encontradas para etapa preelectoral

Tema	Cantidad de sentencias
Expedición de cédulas de ciudadanía	13
Inscripción de cédulas	2
Organización electoral	10
Libertad de expresión y campaña electoral	8
Inscripción de candidaturas	6
Partidos y movimientos políticos	4
<b>Total</b>	<b>43</b>

Fuente: buscador especializado vLex. Elaboración: Misión de Observación Electoral, MOE.

### 2.1.1. Expedición de cédulas de ciudadanía

La cédula de ciudadanía es un documento muy importante debido a que permite identificar a las personas, facilita el ejercicio de derechos civiles al acreditar la ciudadanía y desarrolla el principio de Estado social de derecho al viabilizar el ejercicio del derecho a la participación<sup>7</sup>. Si contar con este documento es una condición necesaria para el ejercicio de los derechos políticos, su no expedición por parte de la Registraduría podría constituir

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencias C-511 de 1999 y T-929 de 2012.



una violación de derechos, particularmente ante la inminencia de un certamen electoral.

La postura de la Corte Constitucional ha cambiado y, con el tiempo, se ha vuelto mucho más garantista. Así, en la Sentencia T-532 de 2001, la Corte indicó que la demora en la expedición de la cédula no era una limitación injustificada de los fundamentales porque la Registraduría tenía dificultades en la adopción del programa de implementación tecnológica, carencia de los insumos necesarios y estaba ocupada preparando la jornada electoral de 2002. Si bien la Corte no tuteló los derechos de los accionantes, exhortó a la Registraduría a poner en marcha una política que le permitiera de manera oportuna prestar el servicio público de cédulación, evitando así una limitación en el derecho a la participación de los ciudadanos.

Poco después la Corte cambió su postura dado el número de acciones interpuestas por los mismos hechos<sup>8</sup>. En estos pronunciamientos, el Tribunal resaltó que la contraseña era provisional e insuficiente para el ejercicio de ciertos derechos, que el documento de identificación era fundamental en el funcionamiento de la sociedad y que un presunto desorden administrativo no era excusa<sup>9</sup>. A pesar de que las elecciones ya habían pasado, la Corte tuteló los derechos de los accionantes<sup>10</sup>, puesto que la violación a los derechos políticos no dependía del calendario electoral. Los derechos políticos son verdaderas potencialidades que deben estar disponibles en cualquier tiempo y escenario, de tal forma que la ciudadanía pueda participar en los distintos mecanismos de participación. Por eso, la Corte también ha planteado que en los casos de demora en la expedición de documentos de

identificación no se requiere la acreditación del “daño causado”, pues la mera potencialidad del perjuicio a los derechos políticos es suficiente<sup>11</sup>.

En estas decisiones, mucho más garantistas, la Corte planteó de forma enfática que el término razonable que tenía la Registraduría para expedir una cédula era de un año, considerando que las contraseñas tienen una vigencia de seis meses y que, vencida la contraseña, el ciudadano puede solicitar una constancia por seis meses adicionales<sup>12</sup>.

Es importante mencionar antes de terminar esta sección que los debates sobre la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos son excepcionales<sup>13</sup>. La Corte acepta que no existe otro medio de protección judicial al cual puedan acudir los demandantes.

## 2.1.2. Inscripción de cédulas sin efectos

El ejercicio de los derechos políticos depende de la inscripción previa de cédulas ante la Registraduría. El Consejo Nacional Electoral, CNE, es la entidad encargada de evitar el fraude electoral en este momento (trashumancia) y, en ejercicio de esta función, ha dejado sin efectos la inscripción de cédulas de municipios enteros. En la revisión de jurisprudencia únicamente se encontraron dos pronunciamientos que estudian si estas decisiones son una violación de los derechos políticos.

En el primer caso, la Corte negó la tutela y respaldó la decisión del CNE, que había dejado sin efectos la inscripción de cédulas en el municipio de Castilla La Nueva (Meta). El CNE dispuso, en aquel entonces, que los

8 Corte Constitucional, sentencias T-964 de 2001, T-1028 de 2001, T-1078 de 2001, T-118 de 2002, T-136 de 2002, T-1058 de 2002, T-512 de 2002.

9 Corte Constitucional, Sentencia T-1078 de 2001.

10 Corte Constitucional, sentencias T-607 de 2002 y T-1050 de 2002.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-497 de 2006.

12 Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 2013.

13 Al respecto, véase Corte Constitucional, Sentencia T-497 de 2006.



*La Corte Constitucional ha determinado que la acción de nulidad electoral es la vía idónea para cuestionar un acto administrativo expedido por el Consejo Nacional Electoral, si las elecciones ya ocurrieron. Empero, si las elecciones están próximas a ocurrir, la acción de tutela puede proceder como mecanismo transitorio.*

accionantes podían votar en donde la cédula fue expedida. La Corte planteó que la tutela era improcedente por considerar que existían otros mecanismos judiciales de defensa, como la acción de nulidad, con la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de la decisión<sup>14</sup>. Ahora bien, la Corte criticó al CNE porque a los ciudadanos les estaba prohibido votar en donde no residieran. Por eso, pese a que la Corte negó la tutela, advirtió al CNE que tomara medidas para evitar el fraude, pero agotando todos los medios probatorios, a partir del principio de la buena fe.

Sin embargo, la Corte tomó la decisión opuesta cuando se demandó una decisión similar en la mitad del calendario electoral. Según la Corte, la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio, porque permite impedir un perjuicio irremediable (las elecciones estaban muy cerca) y la suspensión provisional del acto administrativo, dentro del proceso de nulidad electoral,

no es un mecanismo eficaz. De esta forma, tuteló los derechos de los accionantes que acreditaron su residencia en el municipio<sup>15</sup>.

La Corte entonces en estas dos decisiones planteó que la acción de nulidad electoral es la vía idónea para cuestionar el acto administrativo expedido por el CNE; existe otra vía judicial distinta de la acción de tutela. Ahora bien, si las elecciones ya ocurrieron, la ciudadanía deberá utilizar la acción de nulidad y no la acción de tutela. Empero, si las elecciones están próximas a ocurrir, la acción de tutela puede proceder como mecanismo transitorio.

### 2.1.3. Inscripción de candidaturas

Las controversias sobre violaciones de derechos en la inscripción de candidaturas han girado alrededor de: a) la inscripción de candidatos a circunscripciones especiales étnicas y b) la exigencia de contragarantías sobre las pólizas obligatorias para los candidatos de grupos significativos de ciudadanos (en adelante, GSC) por parte de las aseguradoras.

#### Inscripción de candidaturas étnicas

Sobre el proceso de inscripción de candidatos a circunscripciones especiales étnicas, se distinguieron dos problemas jurídicos.

Primero, se resolvió la pregunta de si la inscripción a curules especiales de candidatos que no cumplen con las calidades subjetivas para representar a las comunidades étnicas violaba los derechos a la igualdad (artículo 13, CP) y a la conformación, el ejercicio y el control del

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-469 de 1992.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-182 de 1995.



poder político (artículo 40, CP). Las calidades para acceder a las curules étnicas son distintas a las ordinarias, pues se busca garantizar que los elegidos representen adecuadamente los intereses de dichas minorías (Constitución, artículo 171.5; Ley 649 de 2001, artículos 2 y 3). Los requisitos son objetivos y subjetivos. El elemento objetivo permite evaluar circunstancias verificables de los candidatos (v.gr., que hayan ejercido un cargo de autoridad tradicional en su comunidad) y el elemento subjetivo se refiere a la identidad del individuo, es decir, si se siente parte de la colectividad. Mientras que el elemento objetivo es relativamente fácil de probar, el subjetivo ha sido objeto de muchas controversias.

Las decisiones T-123 de 2007 y T-161 de 2015 estudiaron demandas de líderes y afrodescendientes, respectivamente, que exigían la revocatoria del acto de inscripción expedido (CNE) al considerar que los candidatos no pertenecían a las comunidades que supuestamente buscaban representar. En estas sentencias, la Corte identificó varias reglas importantes sobre la procedencia de la tutela en los procesos electorales.

En relación con la legitimación por activa, la Corte reiteró que tanto los dirigentes como los miembros individuales de las colectividades étnicas están legitimados para presentar una acción de tutela contra un acto violatorio de sus derechos<sup>16</sup> y aseguró que no es necesario ser candidato de la comunidad para buscar la protección de los derechos de la misma<sup>17</sup>.

La Corte también señaló que el acto de inscripción de candidatura es de trámite o preparatorio. Por eso, el control judicial tiene lugar en el proceso de nulidad

electoral cuando se demanda el acto definitivo que declara la elección. La tutela no es, en principio, un mecanismo idóneo para controvertir los actos de inscripción, pues existe una acción especial para la defensa del derecho a elegir y ser elegido<sup>18</sup>. Sin embargo, agregó que los actos de trámite podrán ser objeto de control excepcional a través de la tutela cuando el Estado ha actuado por fuera de todo referente legal, la actuación administrativa no ha finalizado, exista inminencia de un perjuicio irremediable y se cumpla con el principio de inmediatez.

A pesar de seguir los mismos parámetros, la Corte llegó a conclusiones diferentes en las dos sentencias. En la primera<sup>19</sup> declaró improcedente la acción al constatar que los accionantes no habían cumplido con el requisito de inmediatez: la tutela en contra del acto de inscripción fue presentada cuatro meses después de las elecciones y justo antes de que se expidiera el acto de elección. En la segunda<sup>20</sup> sentencia, la tutela fue declarada procedente toda vez que se presentó de forma inmediata a la inscripción de los candidatos: no existía un acto definitivo para interponer una acción de nulidad electoral. Si se exigía a los accionantes esperar hasta la expedición del acto de elección, se podría configurar un perjuicio irremediable.

El segundo problema jurídico tiene que ver con el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, que prohíbe a los partidos políticos con personería inscribirse a las circunscripciones étnicas. Originalmente, la Ley establecía en un inciso de ese artículo que los partidos políticos étnicos sí podían inscribir candidatos en estas curules. Sin embargo, en Sentencia C-490 de 2011, la Corte declaró inconstitucional dicha excepción, porque no se había surtido la consulta previa.

16 En la sentencia T-305 de 2014, la Corte también reconoció que las organizaciones creadas para defender los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo pueden interponer tutelas a nombre de dichas comunidades.

17 Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 2015.

18 Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2007.

19 *Ibíd.*

20 Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 2015.



En dos ocasiones, movimientos indígenas demandaron la interpretación que las autoridades electorales hacían de dicha disposición legal<sup>21</sup>. Según el CNE y la Registraduría, ningún partido político, incluso aquellos constituidos para la representación de minorías étnicas, podía inscribir candidatos a las circunscripciones especiales. Pese a que los hechos eran idénticos, la Corte decidió de formas distintas. En el primer caso, declaró improcedente la acción pues nunca se probó que el accionante había solicitado la inscripción de la candidatura y que la autoridad electoral se había negado a inscribirla<sup>22</sup>. En el segundo caso, la Corte estableció que la acción de tutela era procedente contra conceptos o interpretaciones de la autoridad electoral si estos constituían una amenaza a derechos políticos fundamentales<sup>23</sup>. Por eso, la Corte le ordenó a la Registraduría y al CNE que, cuando fuera el momento, aceptara la inscripción del partido político accionante.

De este aparte es importante resaltar dos aspectos. Primero, por regla general la acción de tutela es procedente cuando se involucran sujetos de especial protección constitucional como las comunidades étnicas. Segundo, la Corte ha aceptado la procedencia de la acción incluso contra decisiones no vinculantes de la autoridad electoral: en la Sentencia T-232 de 2014, la tutela procedió en contra de un concepto.

### **Problemas relacionados con pólizas obligatorias para candidatos de grupos significativos de ciudadanos, GSC**

En Colombia se admite que ciudadanos y grupos de ciudadanos presenten candidaturas sin el aval de partidos políticos con personería jurídica, siempre y cuando

*La tutela no es un mecanismo idóneo para controvertir los actos de inscripción, pero aplica para los actos de trámite si el Estado ha actuado por fuera de todo referente legal, la actuación administrativa no ha finalizado, haya inminencia de un perjuicio irremediable y se cumpla con el principio de inmediatez.*

con el acto de inscripción, constituyan una póliza de seriedad de la candidatura. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la exigencia, por parte de las aseguradoras, de una contragarantía para expedir las pólizas de seriedad de los candidatos de GSC.

En dos oportunidades se interpuso acción de tutela en contra de una entidad financiera y de las autoridades electorales que condicionaban la expedición de la póliza de seriedad a la constitución de un CDT por el cien por ciento del valor de la póliza. A pesar de que se trataba de hechos idénticos, la Corte tomó decisiones diferentes en cada caso. Si bien se declaró hecho superado (los accionantes constituyeron el CDT para poder inscribir a sus candidatos), en uno de los procesos, el Tribunal consideró que la constitución de contragarantías era parte de la libertad contractual de las entidades financieras, por lo que no juzgó vulnerados el derecho de elegir y ser elegido de los accionantes<sup>24</sup>. En el otro proceso, en cambio, estimó que dicha exigencia era un requisito desproporcionado que no cumplía con ningún fin constitucional y que ponía en riesgo los derechos de participación política de elegir y ser elegido<sup>25</sup>.

21 Corte Constitucional, sentencias T-232 de 2014 y T-305 de 2014.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-305 de 2014.

23 Corte Constitucional, Sentencia T-232 de 2014.

24 Corte Constitucional, Sentencia T-769 de 2015.

25 Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2016.



Esta controversia evidencia la incapacidad del CNE para controlar conductas de agentes privados que potencialmente afectan la participación política. Para enfrentar el problema de las contragarantías, el CNE expidió la Resolución 299 de 2015, en la que sin embargo, exhorta y no obliga a las entidades financieras a prescindir de tal tipo de exigencias. Reglamentar esta clase de situaciones debería ser una función de la autoridad electoral y no de los jueces constitucionales.

#### 2.1.4. Actuaciones de la organización electoral

La tutela también se ha utilizado para denunciar actuaciones u omisiones de la organización electoral. Los hechos más frecuentes están relacionados con dificultades en el ejercicio del voto por parte de sujetos de especial protección constitucional, como personas con discapacidad<sup>26</sup>, reclusos en cárceles<sup>27</sup> y antiguos reclusos que buscaban la rehabilitación de sus derechos políticos<sup>28</sup>. En estos casos, la procedibilidad de la tutela fue clara pues se denunciaban conductas de servidores públicos y no resoluciones o conceptos de la administración<sup>29</sup>, con lo que se probó de forma más fácil la inminencia del riesgo y la inexistencia de otros mecanismos judiciales.

Los demás casos en los que la Corte se ha referido a la organización electoral involucran problemas con los tarjetones y formularios. En una oportunidad la Registraduría fue cuestionada porque no incluyó en el tarjetón electoral a candidatas con gorras y sombreros<sup>30</sup>. En otra, porque permitió la inscripción de un candidato que hacía uso de logotipos con fotografías<sup>31</sup>, a pesar de

26 Al respecto, revisar Corte Constitucional, sentencias T-446 de 1994, T-487 de 2003 y T-473 de 2003.

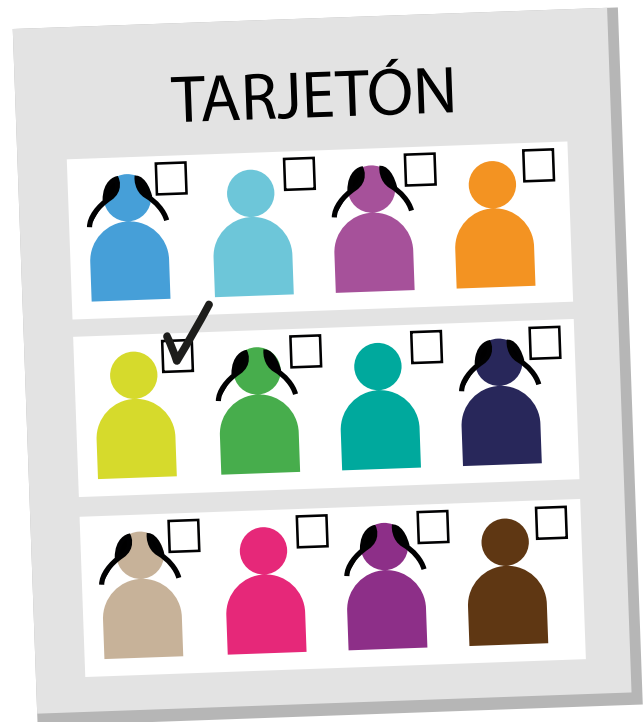
27 Corte Constitucional, Sentencia T-324 de 1994.

28 Corte Constitucional, sentencias T-466 de 1994 y T-580 de 1994.

29 Aquí nos referimos a la clásica diferencia entre hechos y actos de la administración.

30 Corte Constitucional, Sentencia T-040 de 1998.

31 Corte Constitucional, Sentencia T-582 de 2006.



que el CNE restringía la utilización de este tipo de emblemas. Si bien se declaró el hecho superado, el Tribunal estableció que debe darse un trato igualitario a los candidatos en la identificación en el tarjetón y que el uso de atuendos específicos debe ser permitido, pues protege la identidad de los candidatos ante el electorado.

También se estudió la denuncia de un ciudadano que consideraba que los formularios E10 (lista de sufragantes) y E11 (lista y registro de votantes), expedidos por la Registraduría en el año 1998, violaban el derecho al voto secreto y autónomo<sup>32</sup>. La Corte negó la tutela pues encontró que ninguno de los formatos mencionados permitía que los jurados conocieran el sentido del voto de los ciudadanos.

De las decisiones de tutela relacionadas con las actuaciones de las autoridades electorales es posible extraer

32 Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 1998.



*La procedibilidad de la tutela en casos de actuaciones u omisiones de la organización electoral fue clara, pues se denunciaban conductas de servidores públicos y no resoluciones o conceptos de la administración.*

por lo menos tres conclusiones generales. Primero, el derecho al sufragio tiene carácter fundamental, que debe cumplir con cuatro principios clásicos: ser universal, igual, directo y secreto. Estas características son parte del núcleo esencial del derecho y, en consecuencia, su cumplimiento puede ser reclamado a través de la acción de tutela<sup>33</sup>.

Segundo, el derecho al sufragio tiene un contenido prescricional porque el Estado, además de no hacer, debe crear las condiciones necesarias para el ejercicio del voto<sup>34</sup>. Por esto la Corte ha insistido en que la eficacia presupuestal no puede ser usada para excusar la labor de la organización electoral. Los sobrecostos o el agotamiento del sistema no son razones válidas para anular la posibilidad de que un ciudadano ejerza efectivamente su derecho al sufragio. Por ejemplo, en las decisiones

<sup>33</sup> Esta conclusión fue expuesta de manera extensa en la Sentencia T-261 de 1998 y fue reiterada en las decisiones T-487 de 2003 y T-473 de 2003.

<sup>34</sup> Esta idea se recoge principalmente en la decisión T-324 de 1994.

T-324 de 1994, T-487 de 2003 y T-473 de 2003, se decidió que la Registraduría debía poner puestos de votación en los centros carcelarios y expedir tarjetas electorales en sistema braille.

Tercero, el Estado está obligado a implementar medidas para eliminar las barreras que tienen comunidades con debilidad manifiesta (por ejemplo, personas discapacitadas o grupos étnicos).

## **2.1.5. Límites a la libertad de expresión y campañas electorales**

Durante la etapa preelectoral también se han resuelto problemas que involucran el derecho a la libertad de expresión. Las tutelas provienen en mayor medida de candidatos a algún cargo de representación popular y se dirigen contra cuatro clases de actores: i) medios de comunicación<sup>35</sup>; ii) demás candidatos en la contienda electoral<sup>36</sup>, iii) otros particulares<sup>37</sup>; y iv) administraciones locales<sup>38</sup>. A continuación, se desarrollan las subreglas principales para cada tipo de actor.

### **Medios de comunicación**

Cuando las reclamaciones se dirigen contra los medios de comunicación, se distinguen, a su vez, dos tipos de afectaciones: al derecho a la honra/buen nombre y a los principios de pluralismo e imparcialidad.

Del primer tipo son representativas las sentencias T-135 de 2014 y T-775 de 2005. En estas decisiones, candidatos demandaban segmentos periodísticos que presuntamente

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencias T-484 de 1994, T-059 de 1995, T-775 de 2005 y T-135 de 2014.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, sentencias T-144 de 1994 y T-959 de 2006.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1140 de 2001.

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-317 de 1994.





hacían afirmaciones injuriosas en su contra. Las dos decisiones reiteraron subreglas que son aplicables en otros temas: i) la solicitud de rectificación al medio de comunicación como requisito de procedibilidad de la tutela; ii) los límites del derecho a la libertad de prensa; y iii) la necesidad de proteger el discurso político, de modo que sus limitaciones deben someterse a un examen más estricto.

El segundo tipo de afectación tiene que ver con la relación entre los medios de comunicación y quienes aspiran a un cargo de elección popular. En dos ocasiones<sup>39</sup> varios medios fueron denunciados por no cumplir con los principios de pluralismo e imparcialidad. Para resolver ambos casos, la Corte empleó la regla de “pluralismo razonable”, que intenta conciliar dos extremos: la concentración de poder y la total imparcialidad del medio,

por un lado, y la posible censura si se le obliga a divulgar opiniones de algún candidato determinado, por el otro. En últimas, se procura que los medios no excluyan arbitrariamente ciertas posturas políticas.

Usando dicha regla, en decisión T-484 de 1994 se concluyó que el noticiero demandado descartó legítimamente la participación de algunos candidatos en el debate presidencial, pues eligió solo a los que más apoyo popular tenían (medido por las encuestas). En cambio, en sentencia T-059 de 1995 estableció que una emisora vulneraba el principio de pluralismo al emitir únicamente propaganda política de un candidato y negarse, sin ningún tipo de justificación, a transmitir la de su contendiente.

## Candidatos en competencia

Los criterios sobre medios de comunicación se emplearon de forma similar cuando los demandados eran *candidatos en competencia*<sup>40</sup>. En dichos procesos se exigía, además, que el accionante evidenciara una condición de subordinación o indefensión. La decisión T-144 de 1994, por ejemplo, declaró improcedente una acción por considerar que el rechazo público de un candidato al apoyo político del accionante no generaba ninguna de estas condiciones. En la Sentencia T-959 de 2006, la Corte encontró que el accionante no contaba con medios de defensa para controvertir declaraciones deshonrosas y así se probó el estado de indefensión. En general, la jurisprudencia ha aceptado que las campañas electorales tienen un elemento de controversia y confrontación radical. Sin embargo, se exige a los promotores un mínimo de responsabilidad con los contenidos que difunden, sobre todo si se están imputando conductas criminales.

39 Corte Constitucional, sentencias T-484 de 1994 y T-059 de 1995.

40 Corte Constitucional, sentencias T-144 de 1994 y T-959 de 2006.



## Otros particulares

Sobre la relación entre libertad de expresión y *particulares* en elecciones, solo se conoce una decisión. La Sentencia T-1140 de 2001 resuelve el caso de un centro comercial que no dejó que una campaña política recogiera firmas dentro del inmueble. La Corte resolvió que el dueño podría restringir actividades políticas dentro de su propiedad, ya que un bien abierto al público no lo convierte en un bien público.

## Administraciones locales

Finalmente, cuando las acciones se ejercen en contra de las *autoridades locales*, la Corte ha defendido la atribución de los alcaldes de conservar el orden público. Más aún, se ha señalado que la limitación a la propaganda electoral por parte de dichas autoridades no puede interpretarse como censura, sino como aplicación de medidas administrativas y policivas que obligan a velar por el mantenimiento de la ciudad<sup>41</sup>.

### 2.1.6. Partidos y movimientos políticos

La Constitución de 1991 garantiza el derecho que tiene todo ciudadano de constituir, organizar y desarrollar partidos, movimientos y agrupaciones políticas, sin más límites que los requisitos constitucionales consagrados en los artículos 107 y 108. En este contexto, la acción de tutela también ha sido utilizada para defender los derechos de los partidos y movimientos políticos. En cuatro decisiones analizadas, la Corte estableció subreglas sobre; i) la procedencia de la acción cuando se vulneran derechos fundamentales de las organizaciones políticas; y ii) los límites del derecho a fundar movimientos y partidos políticos.

41 Corte Constitucional, Sentencia T-317 de 1994.

Frente a la procedibilidad de la acción de tutela vale la pena resaltar dos reglas. Primero, la Corte señaló que los miembros de una organización política no están habilitados *automáticamente* para representar judicialmente al movimiento a pesar de que un mismo hecho vulnere los derechos de la organización y los de sus miembros<sup>42</sup>. Un militante podrá interponer una tutela a favor del partido o movimiento solo cuando su calidad de miembro le produzca una afectación particular y concreta de un derecho<sup>43</sup>. Segundo, en decisión T-1329 de 2001, el Tribunal argumentó que la acción era procedente para defender los derechos de una organización cuya personería jurídica había sido negada por el CNE. Según la Corte, cuando este tipo de decisiones se toman cerca de la jornada electoral ponen en riesgo los derechos de participación de la organización.

En relación con los límites del derecho a fundar movimientos y partidos políticos, la Corte dispuso que: i) el reconocimiento de la personería jurídica no es la única forma para gozar de ese derecho; y ii) que este derecho tiene límites en la obligación de participar en las elecciones sin confundir al electorado, es decir, presentando las opciones políticas con claridad y transparencia. Con base en este argumento, la Corte validó la decisión del CNE de negar la personería a dos organizaciones políticas pues se confundía al electorado. En efecto, en los dos movimientos, el representante legal, quienes firmaron el acta constitución y quienes firmaron las planillas para reconocer la personería jurídica eran las mismas personas<sup>44</sup>.

42 Esta subregla se fija en la Sentencia T-959 de 2006 y se reitera en la decisión T-411 de 2017. En la última sentencia, por ejemplo, se declaró improcedente la acción, debido a que el demandante exigía revocar actos del CNE y del Consejo de Estado en los que ni siquiera había participado.

43 El ejemplo citado por la Corte es la Sentencia T-959 de 2006, en la que un miembro de la Unión Patriótica demandó la campaña presidencial de Álvaro Uribe Vélez, pues se hacían acusaciones graves en contra de los militantes de dicho movimiento. En esta ocasión se negó la procedibilidad frente a los derechos de la organización política, pero se aceptó para la defensa de los derechos a la honra y buen nombre del miembro individualmente considerado.

44 Además, cuando se recogieron las firmas no se aclaraba para cuál de los dos movimientos se solicitaba el apoyo. Corte Constitucional, Sentencia T-1329 de 2001.



## 2.2. La acción de tutela después de las elecciones

En este acápite se estudian aquellos casos en que la tutela se empleó contra decisiones que ponían en riesgo el ejercicio del cargo de elección popular, ya sea porque se demandaba el acto por medio del cual una persona era declarada electa, o porque al desempeñar sus funciones, se iniciaba contra el servidor público un proceso de carácter fiscal o disciplinario.

Aunque se encontraron sentencias sobre otros temas, no se profundizó en ellos porque no existía sistematicidad en las decisiones (como en el caso de posesión, inviolabilidad de opiniones, control penal o escrutinios) o porque son temas ya resueltos (como las controversias sobre los periodos de alcaldes y gobernadores). En la Tabla 2 se presentan estos resultados.

**Tabla No. 2. Ejes temáticos y número de sentencias encontradas para etapa electoral**

Tema	Cantidad de sentencias
Acción de nulidad electoral	27
Control fiscal y disciplinario	23
Periodos de alcaldes y gobernadores*	3
Escrutinios*	1
Control penal*	1
Inviolabilidad de opiniones*	1
Posesión*	1
<b>Total general</b>	<b>57</b>

Fuente: buscador especializado vLex. Elaboración: Misión de Observación Electoral, MOE.

\*Temas en los que no se profundizó.

*La nulidad electoral se ha considerado una acción pública que materializa un derecho político pues busca proteger el interés general y puede ser impulsada por cualquier persona.*

### 2.2.1. La tutela en contra de sentencias y la acción de nulidad electoral

La Corte Constitucional también ha conocido tutelas interpuestas contra sentencias de nulidad electoral. Antes de exponer las cuestiones relevantes de estas, se presenta una breve introducción a la procedencia tanto de la acción de nulidad electoral como de las tutelas contra sentencias.

La acción de nulidad electoral es el mecanismo judicial que tienen todas las personas para lograr que la jurisdicción contencioso administrativa declare la nulidad de los actos de: i) elección por voto popular o cuerpos electorales; ii) nombramiento expedido por entidades y autoridades públicas; y iii) llamamiento para proveer vacantes en corporaciones públicas (Constitución, artículo 237; Ley 1437 de 2011, artículo 139). Su objetivo es salvaguardar el orden jurídico y el interés general desde una perspectiva objetiva, lo cual quiere decir que el control jurisdiccional se limita a confrontar el acto cuestionado con las normas jurídicas invocadas y el concepto de la presunta violación<sup>45</sup>.

Asimismo, ha sido considerada una acción pública que materializa un derecho político (Constitución, artículo 40, numeral 6), debido a que busca proteger el interés general y puede ser impulsada por cualquier persona<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Esto quiere decir que la acción de nulidad no tiene como fin la salvaguarda de un derecho subjetivo específico, como el debido proceso. Al respecto, ver Corte Constitucional, Sentencia C-473 de 2013.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 30 de enero de 2014; magistrado ponente: Alberto Yepes Barreiro; radicado 11001-03-28-000-2013-00061-00.



Sin embargo, la acción solo puede ser presentada en los treinta días siguientes a la publicación del acto administrativo. La acción de nulidad electoral tiene causales tanto generales como específicas.

Tabla 3. Causales de la acción de nulidad electoral

Causales generales	Causales especiales
<p>La acción de nulidad procede si el acto administrativo se expidió</p> <ul style="list-style-type: none"><li>● Con infracción de las normas en que debería fundarse</li><li>● Sin competencia</li><li>● En forma irregular</li><li>● Con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa</li><li>● Mediante falsa motivación</li><li>● Con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.</li></ul>	<p>Causales objetivas:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>● Se ejerció cualquier tipo de violencia sobre los electores o las autoridades electorales.</li><li>● Se destruyeron los documentos, elementos o el material electoral. También cuando se ejerció cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones.</li><li>● Los documentos electorales contienen datos contrarios a la verdad o han sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.</li><li>● Los votos emitidos en la respectiva elección se computaron con violación del sistema establecido para la distribución de curules o cargos.</li><li>● En circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción.</li></ul> <p>Causales subjetivas:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>● Se elijan candidatos sin requisitos o que están inhabilitados.</li><li>● El candidato incurra en doble militancia política.</li><li>● Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.</li></ul>

Fuente: elaboración de la Misión de Observación Electoral, MOE, con base en la Ley 1437 de 2011 (artículo 275).

Por otra parte, contra la sentencia definitiva procede el recurso de revisión de forma excepcional<sup>47</sup>. También es posible interponer acciones de tutela si se desconocen derechos fundamentales. Según la Corte Constitucional, la acción de tutela contra sentencias debe cumplir con unos requisitos generales y especiales.

Los requisitos generales son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta con la tutela sea de relevancia constitucional.
- b. Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.
- c. Que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (inmediatez).

<sup>47</sup> Algunas de las situaciones que hacen procedente el recurso extraordinario de revisión son, por ejemplo, que la sentencia se haya dictado con base en documentos falsos o adulterados, que exista nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y respecto a la cual no procede recurso de apelación, que la sentencia sea contraria a una anterior que constituye cosa juzgada entre las partes del proceso en que fue dictada, que se haya dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia, entre otros (Ley 1437 de 2011, artículo 250).



- d. Si se alega una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales.
- e. Que se identifiquen de manera razonable los hechos que generaron la vulneración, los derechos vulnerados y se hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible.
- f. Que no se cuestionen sentencias de tutela, acciones de inconstitucionalidad o de nulidad por inconstitucionalidad<sup>48</sup>.

El accionante debe demostrar además que la providencia judicial incurre en por lo menos uno de los siguientes supuestos especiales<sup>49</sup>:

- a. Defecto orgánico: el funcionario que profiere la providencia carece de manera absoluta de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto: el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido o con un excesivo ritualismo.
- c. Defecto fáctico: el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación de la norma en la que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo: se presenta cuando se decide con base a normas inexistentes o inconstitucionales. También cuando hay una contradicción evidente entre los fundamentos y la decisión de la providencia.

<sup>48</sup> Al respecto, véanse, por ejemplo, Corte Constitucional, sentencias SU-391 de 2016 y T-429 de 2011.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005, reiterada por la Sentencia SU-050 de 2017.

## NULIDAD ELECTORAL



- e. Error inducido: el funcionario judicial es víctima de un engaño por parte de terceros, que conduce a la violación de derechos fundamentales.
- f. Falta de motivación: no se señalan los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión y que son el pilar de la legitimidad de la decisión.
- g. Desconocimiento del precedente: el juez aplica una ley limitando el alcance de un derecho que es establecido por la Corte Constitucional.
- h. Violación directa de la Constitución.

Si la sentencia que se demanda fue proferida por una alta corte y no por cualquier juez, la Corte Constitucional ha establecido que, además de los requisitos generales y especiales ya señalados, es necesario que exista una anomalía de tal magnitud que exija la imperiosa intervención del juez constitucional<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-573 de 2017.



Con este breve resumen, los siguientes párrafos estudian las sentencias de tutela revisadas por la Corte Constitucional en relación con sentencias de nulidad electoral.

## 2.2.2. Tutela en contra de sentencias de nulidad electoral

Por regla común, la tutela contra sentencias de nulidad electoral no ha sido concedida. De las veintisiete sentencias revisadas, los accionantes solo triunfaron en cuatro casos. En gran medida esto se debe a que las personas pretenden utilizar la acción como una instancia adicional para debatir temas propios del proceso de nulidad.

En términos generales, hay dos tipos de razones que llevaron a la Corte a negar las tutelas: el incumplimiento de requisitos generales de procedibilidad y la inexistencia de vulneración de derechos en las sentencias de nulidad electoral.

### Incumplimiento de requisitos generales de procedibilidad

Sobre este tipo se encontraron subreglas respecto a tres temas: i) legitimación por activa de sujetos ajenos al proceso de nulidad electoral; ii) ineficacia de los recursos de súplica y revisión; y iii) aplicación del principio de inmediatez.

**Legitimación por activa de terceros.** La Corte ha tenido posturas contrarias sobre la posibilidad de que proceda la tutela cuando es presentada por terceros que no participaron en la nulidad electoral. En dos ocasiones<sup>51</sup>

51 La Sentencia T-1232 de 2004 se originó en que varios votantes interpusieron acción de tutela en contra de una sentencia del Consejo de Estado que excluía del escrutinio unas mesas de votación donde habían ejercido su derecho al sufragio. La Corte consideró que los accionantes no intervinieron en el proceso de nulidad electoral a pesar de que tuvieron la oportunidad. De forma similar, en la decisión

negó la procedibilidad, pues consideró que no puede alegarse la vulneración de los derechos propios con fundamento en la vulneración de los derechos de un tercero<sup>52</sup>. Además, nunca se probaron situaciones que imposibilitaran la participación de los actores en el proceso electoral.

En las sentencias T-780 de 2006 y T-830 de 2012, decidió algo diferente. En estas sentencias, la Corte encontró que los terceros podían solicitar la tutela de sus derechos, ya que los demandantes habían votado por los funcionarios relacionados. Debido a que la decisión de nulidad afectaba sus derechos políticos, los ciudadanos están legitimados para interponer tutelas "como electores interesados en la transparencia del sufragio y en la necesidad de proteger su voluntad política manifestada en las elecciones correspondientes"<sup>53</sup>. En todo caso es evidente que se ha ido ampliando la posibilidad de que quienes no intervinieron en los procesos de nulidad electoral presenten acciones de tutela en las sentencias. Este hecho puede ser negativo, en la medida que esta acción es excepcional y se debería activar sólo para proteger los derechos concretos vulnerados por la decisión judicial.

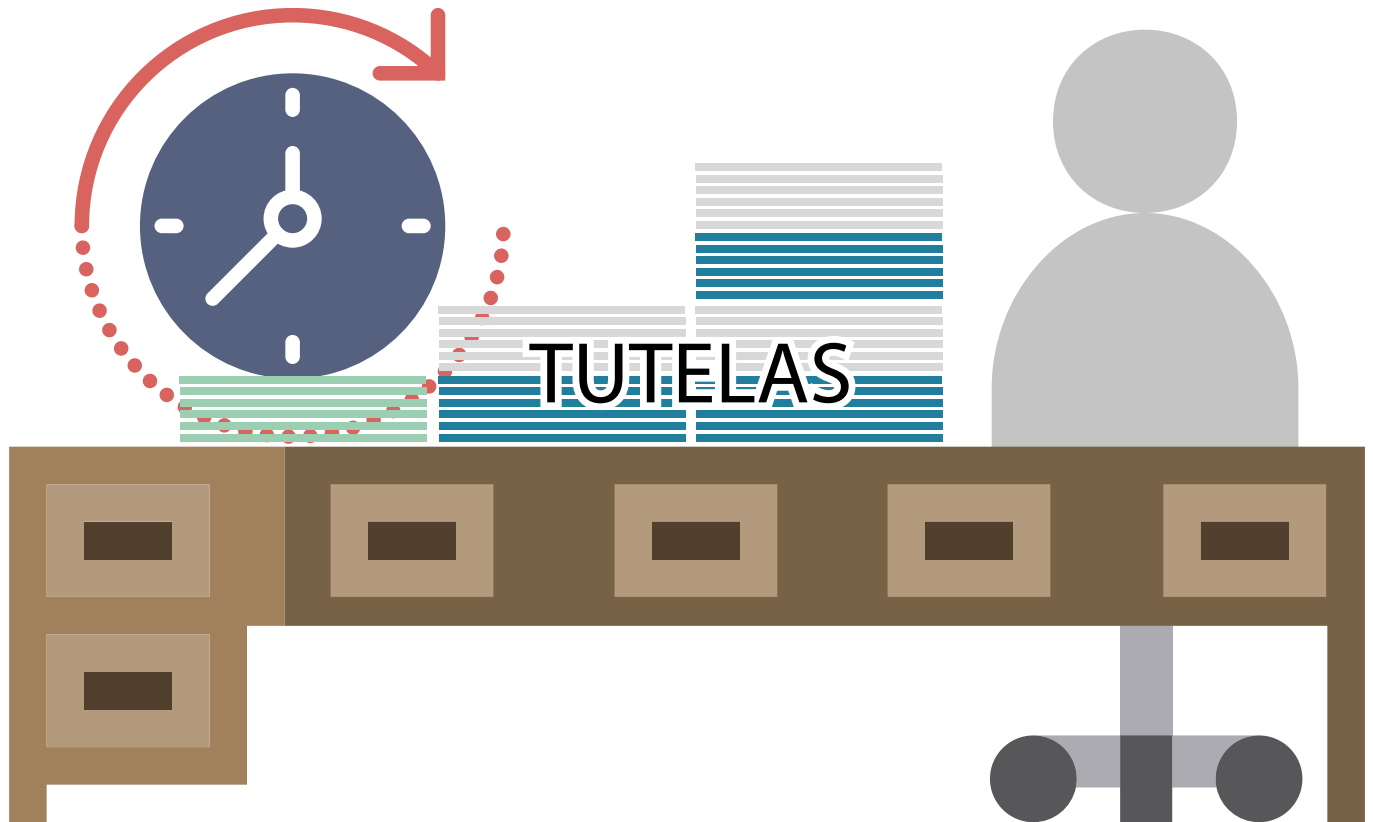
**Ineficacia de los recursos de súplica y revisión.** En algunas sentencias, la Corte declaró la procedibilidad de la tutela porque encontró que los recursos extraordinarios de súplica y revisión no eran efectivos para proteger a los accionantes<sup>54</sup>. Por un lado, era imposible encuadrar

T-510 de 2006, los demandantes pretendían que se dejara sin efecto una sentencia de la Sala Quinta del Consejo de Estado, mediante la que se anuló una mesa de votación por una presunta suplantación electoral debido a un error cometido por la Registraduría Nacional del Estado Civil y, de esa manera, se ordenara un nuevo escrutinio.

52 Las únicas excepciones son que quien no fue parte del proceso demuestre que actuó como apoderado o agente oficioso de quien sí lo hizo, o hubo problemas serios en la notificación de la iniciación del proceso.

53 Corte Constitucional, Sentencia T-830 de 2012.

54 Corte Constitucional, sentencias T-978 de 1999, T-960 de 2003, T-336 de 2004, T-284 de 2006, T-125 de 2010, T-343 de 2010, T-419 de 2011, T-082 de 2011, SU-399 de 2012, SU-400 de 2012, T-830 de 2012 y T-079 de 2014.



en las causales de estos recursos las violaciones de derechos que se alegaban. Además, no se podía pedir la suspensión provisional. Por ejemplo, en las decisiones T-960 de 2003 y T-336 de 2004 se encontró que el recurso de revisión no era eficaz en comparación con la acción de tutela para evitar que, por un nuevo escrutinio, se posesione o ejerza un alcalde o gobernador diferente al que fue elegido en la elección.

**Inmediatez.** De acuerdo con la Corte, la acción debe ser interpuesta en un término razonable y proporcionado a partir de la sentencia de nulidad electoral que vulneró el derecho fundamental. Esa razonabilidad se mide en cada caso según la urgencia manifiesta de proteger el derecho<sup>55</sup>. Por ejemplo, en decisión T-082 de 2011 no tuteló los derechos de una candidata a la Cámara de Representantes porque: i) nueve meses después de la

sentencia de nulidad electoral no es un plazo razonable para presentar la tutela; y ii) no había prueba que justificara su inactividad.

### **Inexistencia de vulneración de derechos fundamentales por parte de las sentencias de nulidad electoral**

La Corte empleó dos clases de argumentos para negar la vulneración de derechos fundamentales en las sentencias de nulidad electoral: i) imposibilidad de la tutela para sanear problemas del procedimiento de la acción electoral; y ii) funciones del juez electoral.

**Imposibilidad de la tutela para sanear problemas del procedimiento de la acción electoral.** En varias oportunidades, la Corte Constitucional determinó que la acción de tutela no era procedente para reabrir debates

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005.



estrictamente procesales, como pretender que el juez aplicara obligatoriamente un antecedente jurisprudencial para la adopción de la decisión<sup>56</sup> o que se le atribuyera la calidad de demandado a quien no la tiene según la ley<sup>57</sup>. Pero especialmente, la Corte ha sido enfática en señalar que la tutela no es procedente para presentar argumentos<sup>58</sup> o alegar el incumplimiento de requisitos de procedibilidad de la acción de nulidad electoral<sup>59</sup> cuando estos no fueron expuestos en el proceso y sin que existan razones para justificar la omisión o el descuido del accionante.

**Funciones del juez electoral.** Los accionantes también cuestionaban excesos u omisiones de los jueces al decidir las demandas de nulidad electoral al menos en tres momentos: interpretación, valoración de las pruebas y aplicación del ordenamiento jurídico.

- **Interpretación.** No toda discrepancia interpretativa implica el desconocimiento de derechos, menos si la interpretación puede ser admisible jurídicamente. Por ello, solo existirá vía de hecho si se prueba que la interpretación del juez fue abiertamente contraria a las normas que se debían aplicar en el proceso<sup>60</sup>. Esta subregla se aplicó incluso cuando se interpretaban inhabilidades, en las que se supone que el juez tiene un margen más estrecho por ser limitaciones a derechos<sup>61</sup>. Únicamente en dos casos se concedió la tutela por esta causa. En el primero, la Corte concluyó que

56 Corte Constitucional, Sentencia T-830 de 2012. Un antecedente jurisprudencial tiene un carácter orientador para el juez, al presentar algunas similitudes desde los hechos y por contener algunos puntos de derecho para resolver el caso objeto de estudio.

57 Corte Constitucional, Sentencia T-644 de 2013.

58 Corte Constitucional, Sentencia T-033 de 2007.

59 Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 2014.

60 Corte Constitucional, sentencias T-978 de 1999, T-870 de 2006, T-332 de 2006 y T-493 de 2009.

61 Corte Constitucional, sentencias T-167 de 2006, T-343 de 2010, SU-399 de 2012 y SU-400 de 2012.

*Los pronunciamientos de la Corte contribuyeron a corregir una tendencia en los jueces de primera y segunda instancia que declaraban improcedente la tutela o la negaban, argumentando que no existía contra sentencias. La Corte revisó estos casos y analizó el fondo del asunto.*

el juez hizo una interpretación excesivamente formalista de un requisito, ocasionando el archivo del proceso<sup>62</sup>. En el segundo<sup>63</sup>, se protegieron los derechos del accionante pues, al interpretar una inhabilidad, el juez administrativo optó por la posición más restrictiva del derecho a ser elegido.

- **Valoración probatoria.** La Corte fue enfática en establecer que solo los casos en que las valoraciones probatorias son irrazonables, arbitrarias, manifiestas y tengan una incidencia en la decisión, permiten la revisión del juez de tutela. Esta subregla protege la autonomía judicial ya que el juez tiene libertad para ponderar y sopesar las pruebas con sujeción al principio de la sana crítica. Cuando los accionantes no pudieron demostrar que las sentencias de nulidad incurrieron en reales defectos, la Corte negó el amparo<sup>64</sup>.

62 Corte Constitucional, Sentencia T-1160 de 2003.

63 Corte Constitucional, Sentencia T-284 de 2006.

64 Corte Constitucional, sentencias T-300 de 2003, T-960 de 2003, T-377 de 2009, T-419 de 2011 y SU-950 de 2014.





- **Aplicación de normas.** En dos ocasiones la Corte Constitucional amparó los derechos de los ciudadanos que alegaron irregularidades cometidas por el juez electoral al momento de aplicar el ordenamiento jurídico. En la Sentencia T-252 de 2004, se protegieron los derechos alegados pues con base en una norma derogada sobre edad de retiro forzoso para cargos de elección popular y el desconocimiento de la Sentencia C-351 de 1995, se declaró la nulidad de la elección de un alcalde. Esta situación hacía necesaria la protección de los derechos, pues con la sentencia de nulidad se daba un tratamiento diferente al tutelante respecto de otros alcaldes, sin que hubiera una justificación razonable para ello. Por otra parte, en la decisión T-125 de 2010 se tutelaron los derechos porque el juez aplicó una causal de nulidad sin que en el caso concreto se dieran los hechos que permitieran fundamentar esta decisión.

Para finalizar esta sección, es importante realizar algunos comentarios. En primer lugar, se observa que la Corte Constitucional ha conservado el carácter excepcional de la sentencia contra providencias judiciales expedida en el proceso de nulidad electoral. En aquellos casos en que procedió, consideramos que la intervención de la Corte se justificaba porque se vulneraban derechos fundamentales ya fuera por un exceso de ritualismo procesal o por el desconocimiento del ordenamiento jurídico. Los pronunciamientos de la Corte también contribuyeron a corregir una tendencia que se daba en los jueces de tutela de primera y segunda instancia que declaraban la improcedencia de la tutela o la negaban bajo el argumento de que no existía la tutela contra sentencias. La Corte revisó estos casos, analizó el fondo del asunto y sentó doctrina porque permitía avanzar en una interpretación más garantista de los derechos, pero teniendo en

cuenta principios como la seguridad jurídica y la autonomía judicial.

### 2.2.3. Control fiscal y disciplinario de personas elegidas por voto popular

En esta sección se analizan las tutelas en contra de sanciones disciplinarias o fiscales de funcionarios que han sido elegidos popularmente. De las veintitrés sentencias encontradas, diecinueve se refieren al control disciplinario y cuatro al control fiscal. Es importante resaltar que la Corte negó diecinueve de las veintitrés acciones interpuestas bien porque la tutela era improcedente o porque no se encontró una vulneración de derechos fundamentales. Estos datos sugieren que la Corte tiende a negar las tutelas en estos casos, lo cual muestra a su vez que el abuso de la acción por parte de los funcionarios no ha sido permitido.

En términos generales, se identificaron dos etapas: antes y después de las sentencias T-544 de 2004 y SU-712 de 2013, que es cuando se cuestiona por primera vez la competencia sancionatoria de la Procuraduría para restringir derechos políticos de personas que han sido elegidas por voto popular.

#### Primera etapa

En la primera etapa, la Corte construyó varias subreglas sobre la procedencia de la acción y sobre la declaración de vías de hecho.

Primero, en relación con la procedencia de la acción de tutela, el Tribunal aplicó las reglas generales. En general se ha decidido que la acción de tutela es improcedente para estudiar actos que imponen sanciones disciplinarias o fiscales, pues los funcionarios cuentan con otro medio de defensa que es la acción de nulidad



y restablecimiento del derecho<sup>65</sup>. Ahora bien, la tutela procedería de manera excepcional si se comprueba la existencia de un perjuicio irremediable. Todas las decisiones coinciden al plantear que la sanción disciplinaria en sí misma no constituye un perjuicio irremediable. La tutela también es improcedente cuando se alega la vulneración del derecho al buen nombre como resultado del inicio de una investigación<sup>66</sup>.

En relación con los funcionarios de elección popular, la Corte concluyó que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable cuando las sanciones administrativas o fiscales contra los funcionarios se ejecutan *durante* el ejercicio del cargo de elección popular. En varias sentencias<sup>67</sup>, estableció que se configura un perjuicio irremediable si la sanción disciplinaria "conlleva la imposibilidad jurídica para el afectado de acceder a cargos públicos"<sup>68</sup>. El derecho político de desempeñar cargos de elección popular se ejerce en momentos constitucionalmente preestablecidos, que no pueden ser sustituidos o postergados<sup>69</sup>. En consecuencia, la suspensión en el cargo de un funcionario elegido por voto popular afecta los derechos políticos del actor y de los ciudadanos, pues se perturba la gobernabilidad misma del territorio<sup>70</sup>.

Con base en este precedente, se concedió la tutela en las sentencias T-1093 de 2004, T-1102 de 2005, T-1039 de

65 Ejemplos de esto son las decisiones T-525 de 1997, T-1631 de 2000, T-562 de 2002 y T-544 de 2004.

66 En la decisión T-954 de 2005 la Corte reiteró que el buen nombre "no se ve afectado por la apertura o la tramitación de un proceso disciplinario, ni por la imposición de una sanción disciplinaria que se encuentra en firme, pues la percepción de la comunidad surge de los actos propios del peticionario y el ejercicio legítimo del poder disciplinario del Estado".

67 Corte Constitucional, sentencias T-1093 de 2004, T-1102 de 2005, T-960 de 2005, T-1039 de 2006, T-107 de 2006, T-105 de 2007, T-191 de 2010 y SU-712 de 2013.

68 Corte Constitucional, Sentencia T-1093 de 2004, fundamento jurídico 3.5.

69 Corte Constitucional, sentencias T-107 de 2006 y T-778 de 2005.

70 *Ibid.*



2006, T-105 de 2007 y SU-712 de 2013. Todos estos casos tienen en común que las sanciones de destitución e inhabilidad se ejecutaron cuando aún estaba en curso el periodo para el cual los funcionarios fueron elegidos.

Por el contrario, cuando la sanción no ponía en riesgo el ejercicio del cargo, la Corte declaró la tutela improcedente. Por ejemplo, en la Sentencia T-960 de 2005 no se verificó un perjuicio irremediable, pues el funcionario solo había sido sancionado con multa y suspensión de cuarenta y cinco días<sup>71</sup>. En sentido similar, en la decisión

71 A este respecto, en la sentencia se señaló que "el simple hecho de la imposición de una sanción disciplinaria, sin que la misma dé lugar a la inhabilidad para ejercer cargos públicos, no configura un perjuicio irremediable".



T-191 de 2010, se negó la procedibilidad porque para la época de la sanción, el accionante ya no se desempeñaba como alcalde y tampoco estaba abierta una contienda electoral. Esta tendencia se comprueba también en las decisiones T-832 de 2003, T-215 de 2000, T-649 de 2007, T-629 de 2009 y T-161 de 2009. Con excepción de una sentencia<sup>72</sup>, estos casos tienen en común que la sanción se impuso después de que el funcionario elegido por voto popular cumpliera su periodo.

En segundo lugar, la Corte también aclaró su precedente en relación con las vías de hecho en actos disciplinarios o fiscales que sancionan a servidores públicos de elección popular. Además de la procedencia, es necesario que se configuren ciertos requisitos para declarar una vía de hecho.

En dos ocasiones, el Tribunal reconoció la existencia de vías de hecho en decisiones de la Contraloría. En un caso, porque una seccional regional reabrió una investigación que la Contraloría General ya había cerrado<sup>73</sup>. La Corte señaló que la competencia de la Contraloría es prevalente: cuando el nivel central asume un proceso, las autoridades territoriales no pueden adelantar más investigaciones por los mismos hechos. En la otra ocasión, anuló la sanción impuesta porque aplicó una norma que había sido declarada inexecutable<sup>74</sup>. La Contraloría había juzgado al funcionario con base en un nivel de responsabilidad (culpa leve) que la Sentencia C-619 de 2002 había prohibido para los procesos fiscales.

Ahora bien, en la mayoría de decisiones en contra de sanciones disciplinarias, la Corte respetó la autonomía e independencia de la Procuraduría General de la

Nación<sup>75</sup>. Para negar las tutelas<sup>76</sup>, el Tribunal recurrió a elementos claves que distinguen la aplicación del debido proceso en el campo penal y en el disciplinario. Algunos elementos se refieren a que: i) las conductas de la responsabilidad disciplinaria tienen como fundamento los deberes de los servidores públicos; y ii) dado que las faltas no son cerradas, sino que se remiten a muchas normas, la Procuraduría tiene un amplio margen para definir cuando una conducta es típica y si existe culpa. Bajo estos principios, la Corte decidió que no existían vías de hecho cuando se modificaban los pliegos de cargos o se discutían cuestiones relacionadas con la graduación de la sanción. Tampoco concedió las tutelas cuando los accionantes alegaban que habían sido juzgados dos veces por los mismos hechos. La Corte reiteró que las competencias penales, disciplinarias y fiscales son autónomas, pues cumplen funciones diferentes en el ordenamiento jurídico.

En solo dos sentencias se declaró la vía de hecho por violación de derechos fundamentales en una sanción disciplinaria. En la Sentencia T-629 de 2009 se probó que la Procuraduría archivó un proceso y revocó su propia decisión sin el consentimiento del investigado. Además, que el acto de suspensión provisional se había emitido arbitrariamente, es decir, sin ningún sustento probatorio o argumentativo. En el otro caso, la Sentencia T-1039 de 2006, se anuló la sanción de destitución e inhabilidad dado que la Procuraduría acogió una interpretación gravosa y extensiva de una causal de inhabilidad.

Es evidente que la Corte ha sido bastante estricta a la hora de anular las sanciones que la Procuraduría impone a funcionarios elegidos por voto popular. Esta tendencia

72 La sentencia T-215 de 2000 no accedió a estudiar el caso, aun cuando se demandaba un acto de suspensión provisional del cargo.

73 Sentencia T-525 de 1997.

74 Sentencia T-832 de 2003.

75 En estos casos debe hacerse un "juicio de corrección y no de validez". Corte Constitucional, Sentencia T-1093 de 2004.

76 Corte Constitucional, sentencias T-418 de 1997, T-1631 de 2000, T-1093 de 2004, T-544 de 2004, T-1102 de 2005, T-954 de 2005, T-530 de 2009, SU-712 de 2013, T-976 de 2014 y T-516 de 2014.



## Sistema Interamericano de Derechos Humanos



es positiva, pues los servidores públicos están acudiendo a la tutela con la esperanza de reabrir el debate sancionatorio.

### Segunda etapa

La segunda etapa inició con las sentencias T-544 de 2004 y SU-712 de 2013, que cuestionaron por primera vez la facultad de la Procuraduría para sancionar a funcionarios elegidos por voto popular. Dos congresistas alegaron que la Procuraduría no tenía competencia para investigarlos, pues las únicas instancias de control disciplinario eran el Consejo de Estado (acción de pérdida de investidura) y el control ético-disciplinario establecido en el Reglamento del Congreso. El argumento más sólido fue que la competencia de la Procuraduría no es

compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos. Según el artículo 23.2 de la Convención, los derechos políticos de funcionarios elegidos por voto popular solo pueden ser restringidos por un juez penal.

Sin embargo, la Corte defendió la competencia de la Procuraduría para investigar disciplinariamente a los funcionarios elegidos por voto popular. Según el Tribunal, la Convención Americana tiene pautas no obligatorias para regular los derechos políticos y la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado<sup>77</sup>. Esta sentencia plantea que el control disciplinario tiene varias imperfecciones, pero reconoce que la Corte Constitucional no es competente para enmendarlo.

Esta controversia tomó más fuerza en 2013, cuando el entonces alcalde de Bogotá, Gustavo Petro, fue destituido. En respuesta a una solicitud de Petro, la CIDH decretó medidas cautelares y consideró urgente la suspensión de las medidas de destitución e inhabilidad del mandatario al considerar que no se habían respetado los parámetros de la Convención<sup>78</sup>. Estos hechos impulsaron a cientos de ciudadanos a presentar acciones de tutela para proteger los derechos políticos del Alcalde y los propios. En las sentencias T-976 de 2014 y T-516 de 2014, la Corte concluyó que los electores no tenían legitimación por activa para interponer estas acciones, pues, por un lado, el único sujeto y objeto de protección de las medidas cautelares era Gustavo Petro y, por el otro, la imposición de una sanción disciplinaria no vulnera per se el derecho de participación en la conformación, el ejercicio y el control del poder político de quien sufragó por esa persona en las elecciones<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-712 de 2013.

<sup>78</sup> CIDH, Resolución 5/2014, medida cautelar 374-13, 18 de marzo de 2014.

<sup>79</sup> Para un análisis crítico, ver Uprimny, 2014.



*La tutela ha sido efectiva para defender derechos en el ámbito electoral, pero sus alcances varían según el momento: distinguiendo entre antes de las elecciones, cuando la tutela cumple a cabalidad su función, y después de las mismas, periodo en el que la Corte ha definido requisitos estrictos para mantener las decisiones judiciales de lo contencioso administrativo.*

La controversia sigue vigente y es indispensable una reforma institucional que cumpla los requisitos establecidos por la Convención Americana. De lo contrario, las tutelas contra sanciones disciplinarias por parte de los funcionarios elegidos popularmente seguirán aumentando.

\*\*\*

Este análisis jurisprudencial muestra que la acción de tutela ha sido un mecanismo efectivo para defender los derechos en el ámbito electoral. Sin embargo, los alcances de la protección varían según el momento.

Primero, antes de que las elecciones ocurrieran, la acción de tutela cumplió a cabalidad su función, ya que

protegió los derechos constitucionales en casos en los cuales no existían realmente otros medios judiciales de defensa. Este hecho muestra la incapacidad de las autoridades que tienen competencias electorales para garantizar el goce pleno y efectivo de los derechos. Como se pudo observar, la Corte Constitucional ha prevenido e instado en múltiples ocasiones tanto al Consejo Nacional Electoral como a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que sus actuaciones sean compatibles con el orden constitucional.

Segundo, la situación es diferente después de las elecciones, puesto que la ciudadanía está utilizando la acción de tutela para abrir una instancia judicial adicional, lo cual desvirtúa su naturaleza y propósito constitucional. En este momento se han interpuesto acciones de tutela en contra de sentencias de nulidad electoral y en contra de decisiones de control disciplinario y fiscal. A pesar de que el riesgo existe, es posible observar que la Corte Constitucional ha evitado que se materialice al establecer requisitos estrictos encaminados a mantener las decisiones judiciales emitidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

### **3. La acción de amparo en temas electorales: perspectiva comparada**

Esta sección analiza cómo Costa Rica, Perú y México han regulado el tema. En particular, se estudian: i) la existencia o no de una acción específica para asuntos electorales y las características generales de la regulación; ii) la naturaleza de los actos y actuaciones que pueden ser revisados (decisiones administrativas y/o jurisdiccionales); iii) los ciudadanos que están legitimados para hacer uso de la acción de amparo y qué derechos que se protegen; y iv) la autoridad competente para resolver los recursos de amparo. Se escogieron estos tres países debido a las fortalezas de su andamiaje



institucional porque tienen órganos electorales autónomos y especializados, que concentran desde la resolución de conflictos partidistas hasta decisiones sobre la declaratoria de las elecciones. Al finalizar esta sección, se extraen algunas conclusiones para el caso colombiano.

### 3.1. Costa Rica

El recurso de amparo electoral en Costa Rica es de creación jurisprudencial. De esta forma, la Sala Constitucional de ese país advirtió sobre: i) el vacío que existía en relación con la protección de los derechos políticos; ii) la competencia exclusiva del Tribunal Superior de Elecciones, TSE; y iii) la intervención residual de la Sala Constitucional (Matarrita, 2016)<sup>80</sup>. Este Tribunal distinguió el recurso de amparo que tienen los ciudadanos para solicitar la protección de derechos de aquellos relacionados con las acciones u omisiones de naturaleza electoral. Según la Sala, tal distinción garantiza la autonomía del TSE. La preocupación principal estaba relacionada con las posibles violaciones de derechos cometidas por los partidos políticos ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial. El TSE asumió la competencia para resolver este tipo de reclamos y puntualizó que sus facultades no podían ser limitadas por la inexistencia de un claro mandato legal (Matarrita, 2016).

Este desarrollo jurisprudencial permitió que en 2009 el Congreso estableciera los parámetros legales del recurso de amparo electoral, RAE (Ley 8765, Código Electoral). Este recurso tiene tres características centrales:

1. Naturaleza: el RAE es reconocido no solo como un mecanismo de tutela, sino como un derecho fundamental en sí mismo.

<sup>80</sup> La Sala Constitucional solo interviene cuando el TSE declina su competencia.

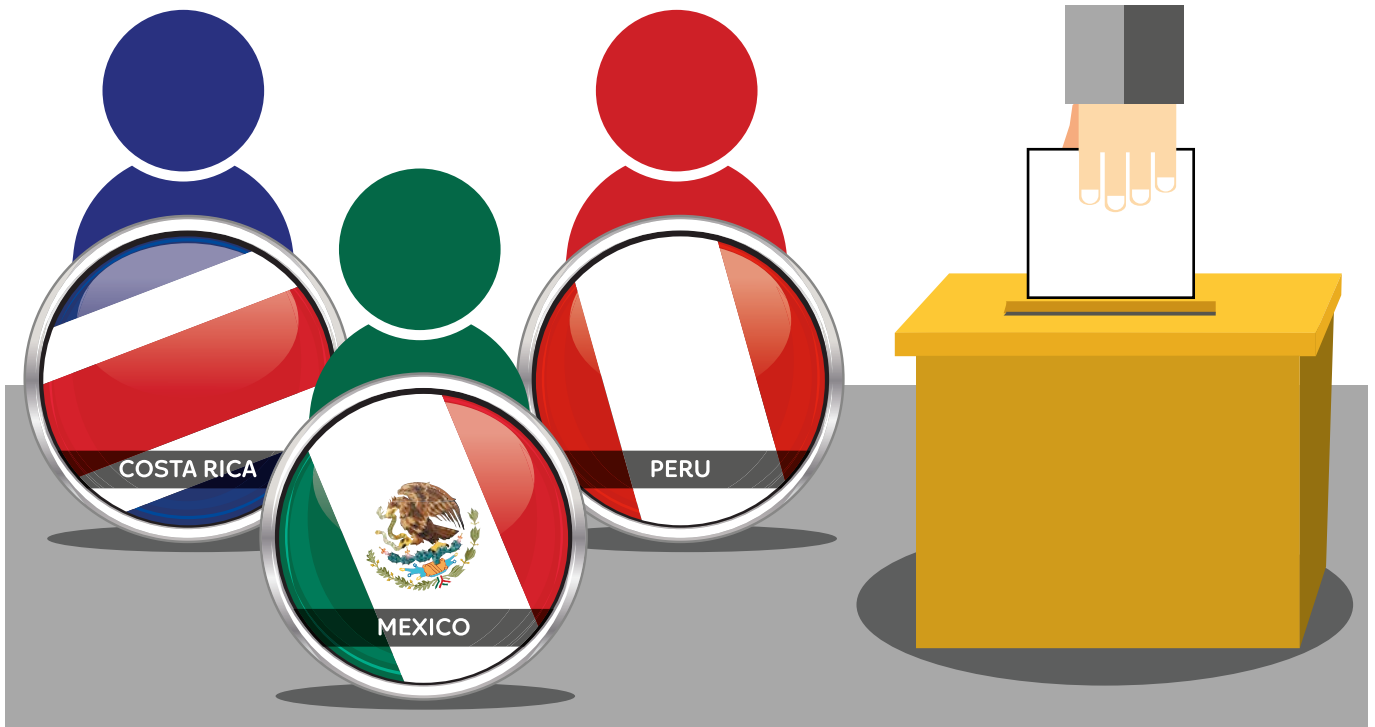
2. Actores autorizados: este recurso puede ser promovido por la persona afectada o por un tercero<sup>81</sup>.
3. Derechos protegidos: el RAE está llamado a proceder contra toda acción u omisión que vulnere o ponga en riesgo los derechos y libertades de carácter político-electoral, ya sea por decisiones de los partidos políticos, o cualquier sujeto de naturaleza pública o privada, cuya posición afecte los mencionados derechos, como también en aquellos casos en los que se observen actuaciones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas (Ley 8765, artículo 225).

Sobre este último punto, es importante resaltar que a través de esa figura procesal se suele cuestionar las decisiones tomadas por los partidos políticos, v.gr., selección de candidatos, acuerdos tomados por las asambleas partidarias. En menor medida la acción también ha servido para controvertir resoluciones emitidas por el órgano electoral y sus dependencias, como también las actuaciones de algunos de los agentes encargados del desarrollo electoral (Matarrita, 2016)<sup>82</sup>.

En conclusión, en Costa Rica se dejó en manos del Tribunal Supremo Electoral la facultad de conocer la acción para la protección de los derechos políticos para evitar un choque entre dos órganos judiciales. Si bien el Código Electoral es muy amplio, se observa que el mecanismo sirve principalmente para proteger a la ciudadanía de las decisiones de los partidos.

<sup>81</sup> En este último escenario se necesita que el afectado ratifique los actos o acciones que están vulnerando sus derechos políticos.

<sup>82</sup> No obstante, se excluyen los reclamos frente a las resoluciones emitidas por los organismos electorales inferiores, esto es, las oficinas regionales del Registro Civil y Registro Electoral, frente a las cuales existe el recurso de apelación electoral (Ley 8765, artículo 225).



### 3.2. Perú

En Perú ha habido mucha resistencia a aceptar que la acción de amparo pueda ser utilizada para controvertir las decisiones de los órganos electorales. La Constitución de 1993 estableció que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, JNE, no son susceptibles de revisión (artículo 142)<sup>83</sup>. En años posteriores, el Congreso expidió las siguientes leyes que reafirmaron esta prohibición constitucional:

- Ley 26486 de 1995: “en materias electorales, de referéndum o de otras consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna” (artículo 23).

- Ley 26859 de 1997: “contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral, no procede recurso alguno ni acción de garantía ni acción ante el Tribunal Constitucional” (artículo 36).

Pero todo esto empezó a cambiar gracias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, que criticó la imposibilidad jurídica de cuestionar las resoluciones del JNE. Después de constatar una clara violación de derechos por parte del JNE, la CIDH conminó al Estado peruano a “adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de 1993 y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25 (1) de la Convención, contra las decisiones del JNE que vulneren las garantías a la participación política por parte de los ciudadanos”<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> La Constitución también plantea que en los casos de referendos o de otros tipos de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final y definitiva (artículo 181).

<sup>84</sup> CIDH, Informe 119 de 1999, caso 11.428, Susana Huguchi Miyagawa versus Estado de Perú.



Sin embargo, el Estado peruano hizo caso omiso a las recomendaciones de la CIDH y expidió la Ley 27972 de 2003, que establece lo siguiente: "la resolución del Jurado Nacional de Elecciones es definitiva y no revisable en otra vía en materia de vacancia del cargo del alcalde o regidor" (artículo 23).

En esta misma época el Tribunal de Garantías Constitucionales empezó a aceptar la posibilidad de utilizar el amparo para controvertir decisiones judiciales del JNE. Según el Tribunal, la Constitución no contempla "zonas exentas de control constitucional", menos si los actos que se cuestionan vulneran los derechos de los ciudadanos<sup>85</sup>. En 2003, el Tribunal Constitucional planteó que si bien la revisión judicial de las resoluciones emitidas por el JNE no está permitida, dicho criterio solo puede considerarse válido en tanto esa entidad no afecte los derechos o quebrante los principios esenciales del ordenamiento constitucional<sup>86</sup>.

En dicho contexto, el Código procesal constitucional admitió la posibilidad de recurrir las resoluciones del JNE cuando existiera una clara contravención a los postulados de la Constitución (Ley 28237 de 2004, artículo 5.8). A pesar de este gran avance, el mismo Congreso aprobó una ley que de nuevo excluyó las decisiones del JNE del control constitucional que hace el Tribunal Constitucional (Ley 28642, que modifica el artículo 5.8 de la Ley 28237). Esta última norma fue demandada, alegando la necesidad de poder contar con un recurso efectivo que frenara actos lesivos a los derechos de participación política. El Tribunal Constitucional<sup>87</sup> accedió a las pretensiones y declaró la inconstitucionalidad de la norma, por la vulneración del derecho de acceso a la justicia como

manifestación del derecho al debido proceso. Además señaló que era una medida regresiva a la luz de la jurisprudencia internacional y las obligaciones del Estado derivadas del caso Susana Higuchi Miyagawa versus Perú.

De esta manera, el Tribunal Constitucional de Perú autoreconoció su competencia para amparar los derechos de los ciudadanos frente a las acciones del JNE, a través del recurso de amparo electoral.

### 3.3. México

México también ha restringido el uso del amparo en materia electoral desde mediados del siglo XIX (Morón, 2005). La Ley de Amparo de 1936 establece que el juicio de amparo es improcedente "contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral" (artículo 73, fracción VII). La improcedencia de la acción de amparo en temas electorales se explica por: i) la aplicación de la tesis "Vallarta", en honor al Ministro de la Suprema Corte que defendía el aislamiento de los jueces de la política; ii) el uso del argumento "topográfico" que implica que los derechos político-electorales no son defendibles por el juicio de amparo al no ubicarse dentro del primer capítulo de la Constitución relativo a las "garantías individuales"; y iii) un reconocimiento a la autonomía y especificidad del campo electoral, así como de sus instituciones y normatividad (Ackerman, 2011).

Por mucho tiempo la ciudadanía no tenía un recurso para cuestionar los posibles abusos de la autoridad electoral, lo cual generaba muchas inquietudes por la estrecha relación de la autoridad electoral con los partidos políticos. La apertura democrática que inició en la década de los noventa en el país facilitó un rediseño profundo de su órgano electoral: en 1996 se creó el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,

85 STC 1941-2002-AA/TC, caso Almenara Bryson.

86 STC 2366-2003-AA/TC, caso Espino Espino.

87 STC 00007-2007-PI/TC, caso Colegio de Abogados del Callao. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2007-AI.html>.





TEPJF, junto con un sistema de medios de impugnación contra los actos y resoluciones electorales (Constitución, artículo 41, sección VI). En esta época también se estableció que el Tribunal Electoral “en forma definitiva e inatacable” resuelva las impugnaciones contra actos y resoluciones que violen los derechos políticos a votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica con el fin de tomar parte en los asuntos políticos del país.

La acción de amparo mexicana es entonces improcedente para cuestionar las resoluciones o declaraciones de las autoridades electorales (Ley de Amparo; Constitución, artículo 61, sección XV). La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que la improcedencia del amparo se puede dar en cualquiera de los siguientes supuestos (Figueroa, 2017):

- i. La norma jurídica reclamada es parte de un cuerpo normativo de denominación electoral.
- ii. El acto o resolución enjuiciados provienen de una autoridad formalmente electoral.
- iii. El contenido material de la norma, acto o resolución impugnado, es electoral o versa sobre derechos político-electorales.
- iv. Se pretende combatir la protección de derechos políticos que aun cuando puedan constituir un derecho fundamental, inciden sobre el proceso o contienda electoral.
- v. Su objetivo es controvertir las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Electoral en los asuntos de su competencia.

Si bien la acción de amparo es por regla general improcedente, en México existe el **juicio de protección**, que es una acción específica. Para que proceda esta acción, se requiere que: i) el accionante sea ciudadano;

ii) acuda al juez por sí mismo o a través de su representante legal, en forma individual; iii) haga valer presuntas violaciones a sus derechos político-electorales; y iv) haya agotado todas las instancias previas<sup>88</sup> y realizado las gestiones indispensables para ejercer el derecho político-electoral vulnerado (Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, artículos 79-85). Es importante resaltar que el Tribunal Electoral ha establecido que el juicio de protección no procede contra las sentencias de las salas regionales del Tribunal Electoral, ya que la Ley no lo contempla y se reitera que sus decisiones son definitivas e inatacables<sup>89</sup>.

En términos generales, el juicio de protección es un recurso sencillo para el ciudadano, pues solo requiere: i) identificar al actor y su domicilio; ii) suministrar los documentos que acrediten la personería jurídica (cuando sea necesario); iii) identificar el acto o resolución atacado (con sus responsables); iv) mencionar los hechos violatorios, las razones de la violación, las normas vulneradas, las pruebas que se desean aportar o las que solicitan que se practiquen (Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, artículo 9).

En conclusión, en México también ha habido mucha resistencia para aceptar que la acción de amparo proceda en temas político-electorales. La opción se ha abierto poco a poco mediante la introducción del juicio de protección, que es una acción específica para estos temas.

<sup>88</sup> Este requisito dependerá de la situación que puede estar vulnerando el derecho político. Por ejemplo, en los problemas de cedulação e inscripción en el censo electoral, se deberá agotar la instancia administrativa (artículo 81). Si se alega que una acción de un partido político vulnera derechos, deberán agotarse las instancias de solución de conflictos dispuestas por la organización política (artículo 80, numeral 3).

<sup>89</sup> Excepcionalmente se permite que estas sentencias puedan ser recurridas mediante el recurso de reconsideración cuando se ha determinado la no aplicación de una ley electoral.



### 3.4. Colombia en perspectiva comparada

En Colombia no existe un recurso de tutela especial en materia electoral, lo cual implica –como se argumentó en la sección anterior– que la Corte Constitucional ha buscado proteger los derechos políticos de los ciudadanos. A diferencia de Perú y Costa Rica, en Colombia las tutelas se interponen por regla general en contra de autoridades de tipo administrativo y no judicial. Tanto Costa Rica como Perú cuentan con órganos electorales judiciales, lo cual ha implicado que se busque proteger las decisiones de sus jueces. La jurisprudencia constitucional en los dos casos ha fijado criterios para lograr una armonización entre el carácter definitivo de las sentencias y la necesidad de contar con un mecanismo judicial para la protección de los derechos.

Esta diferencia ayuda a comprender por qué la procedencia de la tutela en temas electorales poco se cuestiona en Colombia. Ahora bien, es importante recordar que la Corte Constitucional en Colombia también ha aceptado la posibilidad de interponer tutelas contra providencias judiciales, lo cual es menos pacífico.

Finalmente, un aspecto positivo del ordenamiento jurídico colombiano es que la acción de tutela es conocida por un juez constitucional y no por un juez electoral (como en México). Esto permite una interpretación más amplia y garantista de los derechos políticos, que conlleva a una verdadera constitucionalización del derecho electoral.

## 4. Conclusiones y recomendaciones

En Colombia, a diferencia de otros países, no se ha creado un mecanismo especial para la protección de los derechos en materia electoral debido a la efectividad que ha demostrado la acción de tutela. Sin embargo, del

estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha evidenciado que la protección en cada una de las etapas del proceso electoral requiere de una reacción diferente. Por ejemplo, durante el periodo preelectoral, que incluye actos previos al día de las elecciones, como la inscripción de candidaturas, el acceso a financiación, la inscripción de cédulas, entre otros, se requeriría una intervención más oportuna por parte del juez constitucional. En este momento el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable es más alto, la respuesta de las autoridades no es oportuna y no existen mecanismos adecuados para cuestionar las decisiones de las autoridades electorales.

Durante esa primera parte del ciclo electoral, el riesgo para la vulneración de derechos es mayor, debido a que las decisiones son tomadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el CNE. La naturaleza administrativa del CNE, cuyos pronunciamientos se realizan a través de resoluciones, ha dejado ver falta de consistencia y uniformidad para resolver las controversias, situación que no solo genera inseguridad jurídica, sino que como bien lo ha reiterado la Corte Constitucional, sus actuaciones no son compatibles con el ordenamiento constitucional.

En este sentido, durante la etapa preelectoral, la intervención del juez debería ser más garantista, atendiendo criterios como la naturaleza de las decisiones que se cuestionan y la oportunidad para resolver la posible vulneración.

Situación contraria sucede en el periodo poselectoral, cuando el juez constitucional debe actuar de manera más restrictiva por al menos dos razones. En primer lugar, porque se cuestionan decisiones judiciales sobre las cuales se presume el debido proceso y, además, son proferidas por un juez imparcial y especializado. En segundo lugar, porque se podría estar frente a un abuso de la figura para abrir una instancia judicial adicional mediante la interposición de tutelas.



# KASPaper

Sin embargo, a pesar de estos riesgos, creemos que es inconveniente restringir por completo la intervención del juez constitucional en sede de tutela. Por el contrario, como sucede en varios de los países que se revisaron, se debería avanzar en el establecimiento de unos criterios más estrictos para no permitir que los ciudadanos abusen de este mecanismo.

Ahora bien, en Colombia se ha usado la tutela como mecanismo para proteger los derechos ciudadanos de los abusos cometidos por las autoridades electorales y de las sanciones disciplinarias y fiscales impuestas por autoridades de tipo administrativo. Esto deja ver que la tutela no es la fuente de los problemas. Es necesario adecuar los diseños institucionales de tal forma que los riesgos para los derechos sean mínimos y solo así se puede hacer de la tutela un mecanismo excepcionalísimo.

Una medida en esta dirección podría ser el establecimiento de un sistema de justicia especializado en lo electoral que permita cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, a la par que contribuya a impartir justicia de manera más pronta y efectiva en relación con los actos de carácter electoral. Se avanzaría de esta manera en una distribución coherente de tareas que disminuya las contradicciones entre autoridades electorales y redunde en una resolución oportuna de los conflictos electorales.

Aunado a lo anterior, es indispensable en estos momentos avanzar en la consolidación de autoridades electorales independientes y autónomas, que adopten decisiones en el ámbito electoral compatibles no solo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino con los estándares internacionales aplicables en cada caso.



## Referencias

- Ackerman, J. (2011). Elecciones, amparo y garantías individuales. En E. Ferrer y M. González, *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia* (Vol. I, págs. 1-30). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Botero, C. (2006). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Figueroa, M. (2017). La protección constitucional de los derechos político-electorales y el juicio de amparo. En E. Ferrer y A. Herrera, *El juicio de amparo en el centenario de la constitución mexicana de 1917, pasado, presente y futuro* (Vol. Tomo III, págs. 190,196,197). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Matarrita, M. (2016). *La gestión del recurso de amparo electoral* (23 ed.). Costa Rica: Instituto de Formación y Estudios en Democracia y Tribunal Supremo de Elecciones.
- Maldonado, D. B. (2006). *La Constitución multicultural*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores.
- Morón, O. (2005). El debate Iglesias - Vallarta: ¿Nada ni nadie sabe de la Constitución? *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado desde: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/view/17090/15300>.
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (1 de noviembre de 2017). [www.registraduria.gov.co](http://www.registraduria.gov.co). Recuperado desde: <http://www.registraduria.gov.co/-Glosario-electoral,225-.html>.
- Uprimny, R. (19 de enero de 2014). Más sobre la destitución de Petro. *La Silla Vacía*. Recuperado el 22 de noviembre de 2017, desde: <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/mas-sobre-la-destitucion-de-petro-46454>.



## Anexo 1. Relación tema y sentencias encontradas para la sección sobre la acción de tutela antes de las elecciones

Tema	Sentencias			
Expedición de cédulas	T-1028/02	T-1136/01	T-469/92	T-607/02
	T-1050/02	T-118/02	T-497/06	T-963/08
	T-1058/02	T-305/94	T-512/02	T-964/01
	T-1078/01	T-426/13	T-532/01	
Inscripción de candidaturas	T-117/16	T-123/07	T-161/15	T-232/14
	T-305/14	T-769/15		
Libertad de expresión y campaña electoral	T-059/95	T-135/14	T-317/94	T-775/05
	T-1140/01	T-144/94	T-484/94	T-959/06
Organización electoral	SU-221/15	T-324/94	T-473/03	T-580/94
	T-040/98	T-446/94	T-487/03	T-582/06
	T-261/98	T-466/94		
Partidos y movimientos políticos	T-1329/01	T-378/06	T-411/17	T-661/13

Fuente: buscador vLex y referencia en cascada. Elaboración: Misión de Observación Electoral, MOE.



## Anexo 2. Relación tema y sentencias encontradas para la sección sobre la acción de tutela después de las elecciones

Tema	Sentencias			
Acción de nulidad electoral	SU-399/	12 T-1160/03	T-332 /06	T-644/13
	SU-400/12	T-1232/04	T-334/06	T-780/06
	SU-950/14	T-125/10	T-343/10	T-830/12
	T-033/07	T-167/06	T-377/09	T-864/07
	T-045/93	T-254/04	T-419/11	T-960/03
	T-079/14	T-284/06	T-493/09	T-978/99
	T-082/11	T-300/03	T-510/06	
Control fiscal y disciplinario	SU-712/13	T-161/09	T-516/14	T-649/07
	T-1039/06	T-1631/00	T-525/97	T-832/03
	T-105/07	T-191/10	T-530/09	T-954/05
	T-107/06	T-215/00	T-544/04	T-960/05
	T-1093/04	T-418/97	T-562/02	T-976/14
	T-1102/05	T-507/11	T-629/09	
Control penal	T-1137/04			
Escrutinios	T-510/06			
Inviolabilidad de opiniones	T-405/96			
Periodos de alcaldes y gobernadores	T-1080/05	T-201/06	T-895/05	
Posesión	T-778/05			

Fuente: buscador vLex y referencia en cascada. Elaboración: Misión de Observación Electoral, MOE.



