

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA AL AMPARO DE LA TUTELA *

Investigadores

Mónica Aristizábal Botero**, Beatriz Londoño Toro***,
Oscar José Dueñas****, María Teresa Palacios*****,
María Teresa Carreño*****

Asistentes de investigación *****

Inés Miryam Escobar Builes, Irma González D.,
María Edith Ospina Giraldo, Any Cabas, Camilo Arias,
Amira Pacheco y Diana Carolina Hernández

(Grupos de Investigación en Derecho y Sociedad de la Universidad de Manizales y en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario)

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación: “Enfoques epistemológicos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia del derecho a la participación política” de los grupos en Derecho y Sociedad, de la Universidad de Manizales, y Derechos Humanos, de la Universidad del Rosario.

** Docente Universitario y miembro de la Red de Grupos de Investigación Jurídica y Socio jurídica. Docente investigadora de la Universidad de Manizales. Abogada, Universidad de Caldas, 1993; Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Caldas, 1995; Especialista en Finanzas Públicas, ESAP, 1998. Magíster en Educación Docente. Ponente en temas de Derecho Público y sobre la enseñanza del Derecho. Miembro de la Academia Colombina de Jurisprudencia. *dereco@umanizales.edu.co*

*** Docente Universitario y miembro de la Red de Grupos de Investigación Jurídica y Socio jurídica. Docente investigadora de la Universidad del Rosario, directora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos en la Universidad del Rosario. Abogada, Universidad Pontificia Bolivariana, 1984; Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1986; Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1986. *blondono@urosario.edu.co*

**** Docente Universitario y miembro de la Red de Grupos de Investigación Jurídica y Socio jurídica. Profesor de la Universidad del Rosario. Abogado de la Universidad del Rosario; Especialización y Maestría en Gestión Social, Universidad Alcalá de Henares. Miembro de la Academia Colombina de Jurisprudencia.

***** Docente Universitario y miembro de la Red de Grupos de Investigación Jurídica y Socio jurídica. Joven investigadora Universidad del Rosario. Abogada, Universidad del Rosario. Especialista en Derechos Humanos, ESAP, 2006.

***** Docente Universitario y miembro de la Red de Grupos de Investigación Jurídica y Socio jurídica. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales, directora del Centro de Investigaciones de la misma Facultad. Abogada, Universidad de Manizales, 1985; Magíster en Educación y Desarrollo Humano, convenio CINDE - Universidad de Manizales, 2004. Estudiante del Doctorado de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud del mismo convenio. Ponente en temas de Informática Jurídica, Participación y Enseñanza del Derecho. *cis@umanizales.edu.co*

***** Estudiantes de derecho Universidad de Manizales y Universidad del Rosario.

REVISTA DE DERECHO

Nº 27, Barranquilla, 2007

ISSN: 0121-8697

Resumen

En la investigación sobre “Enfoques epistemológicos de la Corte Constitucional en los fallos de tutela –período 1992 a 2005– sobre el Derecho Fundamental a la Participación Política” encontramos que los derechos más invocados fueron el derecho a elegir y ser elegido¹, el acceso a cargos públicos², el derecho al voto³ y el derecho a participar en la conformación de partidos y movimientos políticos⁴.

No encontramos que fueran invocados los derechos a revocar el mandato, a participar en plebiscitos o consultas populares.

Colombia cuenta con una rica consagración constitucional que excede el simple derecho al sufragio y que otorga al ciudadano colombiano gran diversidad de competencias que le permiten una actuación más activa frente a los asuntos del Estado, no obstante el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del derecho a la participación política se ha dado de manera tangencial.

El método escogido fue de tipo comprensivo e interpretativo.

Palabras claves: Corte Constitucional, participación política, sentencia de tutela, epistemología jurídica.

Abstract

In the investigation about “Epistemology focus of the Constitutional Court about the tutela fails in the period 1992-2005, on the Fundamental Right to the Political Participation” we found that the rights involved were the right to elect and the right to be elected, the access to public jobs, the right to the vote and the right to conform political parties and movements.

We did not find that the rights to resign the mandate, to participate in plebiscites and popular consults were mentioned.

Colombia counts with a rich constitutional consagracion which exceeds the simple right to vote and concedes the Colombian citizen to a great diversity of competences which allows them to a very more active role before the State matters, thus the jurisprudential development and the doctrinal right to the right in the political participation has been happening in a tangible way.

The method chosen was of the comprehensive and imperative kind.

Key words: Constitutional Court, political participation, tutela’s verdict, juridical epistemology.

¹ Sentencias T- 470 de 1992, T- 269 de 1997, SU- 640 de 1998, T- 040 de 1998, T-469 de 1992, T-045 de 1993, T- 383 de 1993, T- 1337 de 2001, SU- 168 de 1999, T- 516 de 2001, T- 1050 de 2002.

² T- 507 de 1992, T- 040 de 1998, T- 045 de 1993, T- 418 de 1993, T- 003 de 1992, SU- 622 de 2001, T- 374 de 2001.

³ T- 469 de 1992, T- 487 de 2003, T- 473 de 2003.

⁴ T- 439 de 1992, T- 040 de 1998.

INTRODUCCIÓN

Es innegable la importancia que representa en los estados democráticos el derecho a la participación política, derecho que pertenece a la categoría de los derechos de primera generación. En razón a ello y a la existencia de pocos estudios sobre este derecho fundamental, los Grupos de Investigación en “Derechos Humanos” de la Universidad del Rosario y “Derecho y Sociedad” de la Universidad de Manizales realizamos una alianza⁵ para desarrollar la investigación “Enfoques epistemológicos de la Corte Constitucional en los fallos de tutela –período 1992-2005– sobre el Derecho a la Participación Política.”

El proyecto de investigación tiene varias aristas: Epistemología, ideología y hermenéutica de segundo nivel, algunas precisiones sobre el derecho a la participación política, un rastreo histórico de la participación en Colombia, la dimensión de los derechos a la participación política en la Constitución, una amplia caracterización del universo de sentencias estudiadas y, finalmente, los enfoques epistemológicos de la Corte Constitucional. No obstante lo anterior, advertimos al lector que en este escrito sólo nos referiremos a los enfoques epistemológicos y en otros trabajos abordamos los demás temas.

Con todo, en la primera parte de este trabajo se presentan algunos elementos referidos al anteproyecto, tales como los objetivos trazados y cumplidos, la pregunta de investigación y un resumen del proceso metodológico; en una segunda parte trataremos los hallazgos en las sentencias estudiadas y las conclusiones más importantes.

1. ASPECTOS REFERIDOS AL PROYECTO

La idea de esta investigación fue motivada por el nuevo contexto sociojurídico colombiano, en virtud del cual la Constitución de 1991 hace tránsito de una democracia representativa a una participativa, con lo cual se amplía el espacio de participación de los ciudadanos.

⁵ En el equipo participaron profesores de ambas universidades y un selecto grupo de estudiantes en calidad de asistentes de investigación.

La Carta brinda nacientes opciones y posibilidades para tomar parte en las decisiones y en los procesos políticos de la sociedad a través de la consagración de una amplia gama de derechos políticos; entre ellos pueden ubicarse, a manera de ejemplo, los enunciados en los artículos⁶ 40 y 103.

Las funciones dadas a la Corte Constitucional son clara muestra del espíritu democrático y participativo del constituyente; su tarea esencial radica en que es la guardiana de los derechos fundamentales, los cuales a través de la tutela cobran eficacia jurídica ante violaciones provocadas por el Estado o por los particulares.⁷

Trazamos y alcanzamos como objetivos del proyecto comprender los aspectos históricos y de derecho comparado de la participación política, así como su relación con los derechos humanos. Quisimos además extractar algunos elementos que caracterizan las acciones de tutela⁸ y, por último, reconocer la postura epistemológica de la Corte Constitucional en el tema de la participación política.

El equipo investigador partió del supuesto según el cual la Corte a través de sus sentencias se inspira en enfoques filosóficos del derecho. Y más precisamente, en los enfoques formalistas y antiformalistas, a saber:

Con base en el enfoque formalista, la instancia constitucional aplica un sistema jerárquico de fuentes del derecho, el cual se representa en una organización simple; allí no entran en juego las subcategorías constitucionales de principios, valores o subreglas, menos aun, análisis que se muevan sobre conflictos entre unos y otros.

⁶ Tales artículos disponen de una amplia gama de artículos para hacer efectivo el derecho de participación, en la conformación, ejercicio y control del poder político; así, los ciudadanos tienen derecho a elegir y a ser elegidos, a tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, iniciativas normativas y legislativas, a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos libremente, difundir sus ideas, programas, a revocar el mandato, a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, entre otros.

⁷ El artículo 241, numeral 9, consagró como competencia de la Corte revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

⁸ Las sentencias seleccionadas fueron las de tutela, cuya pretensión principal fuese el derecho a la participación política, y a partir de allí se identificaron los enfoques epistemológicos en que se inspira la Corte Constitucional en sus decisiones.

A partir de un enfoque antiformalista, la Corte sopesa derechos de mayor y de menor valor, pondera ejercicios de ciudadanía, contrasta principios con valores, principios con derechos, derechos con valores jurídicos, y unos y otros con la necesidad de plantear subreglas de derecho. La postura antiformalista se basa además en una hermenéutica que reexamina la norma a la luz del reconocimiento de una sociedad abierta a valores y derechos jurídicos concurrentes y a la necesidad de preservar los derechos civiles y políticos en una democracia débil como la nuestra.

El método utilizado fue de tipo comprensivo e interpretativo, el cual se sustenta en la lógica de las Ciencias Sociales o la lógica de la situación para los asuntos sociales, planteada por Karl R. Popper. Ello implica hallar la postura epistemológica imperante en las sentencias de tutela de la alta instancia jurídica cuando revisa las decisiones judiciales. El análisis se centra en las consideraciones usadas por la Corte y, en especial, de la *ratio decidendi*. Luego se explicitan sus posturas de pensamiento jurídico en dos sentidos, formalistas o antiformalistas.

La lógica de la situación es un método puramente objetivo que el mismo Popper califica de método objetivamente comprensivo; por lo tanto, el trabajo consistió en analizar las decisiones de los magistrados constituidos en sala, para entender y explicar su concepción jurídica a partir de lo que dictaminan en los fallos.

La “comprensión” objetiva radica en que la situación queda analizada con la suficiente amplitud como para desvirtuar apariencias y hallar las posturas epistemológicas imperantes en las sentencias, tomando como base las reconstrucciones teóricas a partir de categorías.

El trabajo se diseñó en tres fases: exploratoria, de análisis de la construcción argumentativa y una fase de interpretación. Destacamos de la tercera fase, que evidenciamos aspectos interesantes como:

De las sentencias analizadas, el 14% corresponde a sentencias de unificación (SU) y el 86% de la muestra a sentencias de tutela (T). El 86% de los accionantes interponen la tutela a nombre propio, es decir, sin apoderado, y el restante 14% lo hace por intermedio de éste.

El 38% de los accionantes corresponde a personas particulares, seguido de los alcaldes, con un porcentaje del 19%, los candidatos a alcaldes,

candidatos a concejales, senadores, presidentes de partidos políticos, concejales, miembros de partidos políticos, personeros, contralores y procuradores delegados para asuntos étnicos corresponden a un 5% cada uno.

El 52% de los accionantes son hombres y apenas un 29% es del sexo femenino, y el restante 19% corresponde a grupos heterogéneos.

Es la Registraduría Nacional del Estado Civil la entidad contra la que se interpone el mayor número de acciones, con un porcentaje del 24%, seguida por los gobernadores, con un 24%, los alcaldes y el Concejo Nacional Electoral, con un porcentaje del 10% cada uno, en tanto que el Concejo de Estado, el delegado de la Registraduría Nacional del Estado Civil, los particulares (ecos de la miel), el DAS, el Tribunal Administrativo, el Senado de la República y la Cámara de Representantes con un 5% cada uno.

En cuanto a los derechos garantizados frente al derecho a la participación política tenemos: En lo atinente al derecho al voto, las veces que se invocó se garantizó el 75%. En lo referente a los derechos a elegir y a ser elegido, las veces que se invocaron se garantizaron el 50%. En relación con el derecho a ejercer cargos públicos, las veces que se invocó se garantizó el 66%. En lo que respecta al derecho al ejercicio del control político, las veces que se invocó se garantizó el 100%. En lo referente al derecho a la cedula, las veces que se invocó se garantizó el 75%.

En el derecho a participar en referendos, a formar parte en partidos y movimientos políticos, a difundir sus ideas y a tener iniciativa popular, ninguno de los casos fue tutelado. En cuanto al derecho a difundir propaganda política, las veces que se invocó se garantizó el 87.5%. Por último, en cuanto al derecho a revocar el mandato, a participar en plebiscitos, en consultas populares, a constituirse en partidos o en agrupaciones políticas y en cabildos, no fueron invocados en ninguna ocasión.

Con relación a los derechos y principios fundamentales invocados por los accionantes se obtuvo los siguiente resultados: El 38% de los derechos invocados se relaciona con el artículo 40 de la Constitución Política, y el 62% restante pertenece a otros derechos, dentro de los cuales se destaca el derecho a la igualdad, con el 23%, el debido proceso, con

el 21%, el derecho al trabajo, el libre desarrollo de la personalidad y la libre expresión, con el 5% cada uno y, finalmente, el derecho a la libre reunión, con solo un 3%.

2. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA AL AMPARO DE LA TUTELA

Como lo dimos a conocer de manera precedente, en este apartado nos centraremos en las posturas epistemológicas de la Corte Constitucional halladas en las sentencias estudiadas. Presentamos un muy breve resumen de los hechos y de las consideraciones de la Corte junto con su la ubicación epistemológica a partir de perspectivas formalistas y antiformalistas del derecho.

Como suponemos que quienes accedan a este texto están familiarizados con la bifurcación que presentamos, no abordaremos teóricamente el tema, y más bien, si el lector desea ahondar, lo invitamos a revisar el texto del profesor Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces*,⁹ o el texto completo de la investigación que próximamente será publicado.

Para este trabajo seleccionamos sólo seis de los fallos de tutela, con su correspondiente enfoque epistemológico. En principio se presentan tres formalistas y luego tres antiformalistas.

Iniciamos con la sentencia T-305, de 1994. Los hechos se resumen en que los habitantes del Vichada solicitan se les tutele sus derechos para que se realizaran los trámites de cedulaación en sus respectivos territorios; los petentes recibieron respuesta que no satisfizo sus expectativas, y tampoco la Registraduría ha adelantado gestiones para llevar a cabo el proceso de cedulaación en sus comunidades.

Sobre esta tutela planteada, la Corte consideró que la Registraduría Nacional no ha omitido la solicitud de cedulaación de los indígenas del Vichada,¹⁰ porque no existe una reglamentación que les dé tratamiento especial en cuanto a la expedición de cédulas de los miembros de las

⁹ LEGIS editores, 2000.

¹⁰ Frente al decisión de la honorable Corte, el equipo investigador considera respetuosamente que sí existió una violación a los derechos de igualdad como de participación de las comunidades

comunidades indígenas. Por consiguiente, sus miembros deben acudir al lugar donde el propio Estado presta este servicio y solicitarlo, cumpliendo los interesados con las exigencias establecidas para ello.

No obstante en la decisión haberse prevenido al señor registrador nacional del Estado Civil para que en lo sucesivo dé respuesta oportuna a peticiones como éstas, la Corte nos recordó en su pronunciamiento que el derecho a participar en la vida política del país¹¹ es un derecho constitucional fundamental.

Con lo acá expuesto por la Corte para decidir, se ubica una postura formalista ante la no protección de la solicitud de cedulación de los miembros de las comunidades indígenas del Vichada, pues si bien es preciso indicar que no existe un régimen especial en cuanto a la expedición de sus cédulas, éstas son comunidades minoritarias en condiciones especiales por el asentamiento lejano de sus viviendas respecto a los lugares propios que tiene establecido el Estado para prestar el servicio de cedulación, documento necesario para una de las formas de participar en política.

Para esta decisión primó la legalidad sobre las condiciones fácticas del pueblo indígena, fue una interpretación restrictiva y al amparo de la validez jurídica, antes que de preservación de la democracia participativa.

En cuanto a la sentencia SU - 640 de 1998, un ciudadano entabló acción de tutela contra el Consejo de Estado, por cuanto estima que éste vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a ejercer sus derechos políticos, al suspender provisionalmente algunos apartes de la Resolución 062 de 1996,¹² expedida por el Consejo Nacional

indígenas del Vichada, pues en virtud a su condición de grupos que constituyen una minoría en nuestro país deben tener un tratamiento especial, y en el caso *sub examine*, los servicios de cedulación debieron prestarse a aquellas comunidades por sus condiciones de asentamiento, y con ello facilitarles ejercer su derecho a la participación política que otorga la Constitución.

¹¹ La participación se da, por ejemplo, mediante la constitución de partidos políticos, la iniciativa en las corporaciones públicas y la intervención en las elecciones.

¹² El Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución 062 de junio de 1996, a través de la cual se amplió el período de ejercicio del alcalde de Fresno (Tolima), en el cual se estableció que el

Electoral, por medio de la cual se extendió a tres años su período como alcalde de la ciudad de Fresno (Tolima).

La Corte Constitucional tuteló el derecho, y en la parte resolutoria de la sentencia declaró que tanto el auto de suspensión provisional como la sentencia de nulidad dictada por la sala plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, dentro del proceso S-712, constituyen una vía de hecho, vulneratoria del derecho fundamental a ser elegido.

La *ratio decidendi* tiene su soporte principal en que en todos los casos en que se presente vacancia absoluta del cargo de la autoridad local, sea éste gobernador o alcalde, se debe convocar a nuevas elecciones. Otro punto central radicó en que el período constitucional de los mismos mandatarios que los sustituyen, por causa de elección popular, es individual de tres años y no por el tiempo que falta, tal como lo dispone la Constitución.

La tesis se centra entonces en que siempre que se elige popularmente a un nuevo alcalde o gobernador, éste desempeña su posición durante el término establecido por la Constitución, es decir, tres años, ya que su período es individual.

Con todo, la Corte falló en el sentido de reconocer que se viola el derecho a la igualdad del alcalde de Fresno, por cuanto al aplicársele el criterio del Consejo de Estado se lo exceptúa de tratamiento genérico que ha de garantizar a todos los alcaldes municipales electos con posterioridad a las elecciones generales de 1995. La suspensión provisional de la resolución del Consejo Nacional Electoral, determinada por el Consejo de Estado, vulnera los derechos al debido proceso, a la igualdad y a la participación política del alcalde de Fresno.¹³

período de los alcaldes elegidos popularmente era de tres años, independientemente de la causa que hubiera generado la convocatoria de las elecciones, data de junio de 1996.

¹³ Por lo demás, la decisión del Consejo de Estado examinada por la Corte es violatoria de la cosa juzgada constitucional en detrimento de los derechos fundamentales de un ciudadano elegido como alcalde de un municipio, al igual que de los derechos de sus electores, lo que entraña una vía de hecho, situación susceptible de protección por la vía de la tutela.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional fue formalista al propender en la sentencia por conservar su connotación normativa y su poder de imperio contra todo acto u omisión de los poderes constituidos.

La Corte aplicó *stricto sensu* el texto constitucional que determinaba un período de tres años para los gobernadores y alcaldes, pues para ello el texto del artículo 314 en cuestión encerraba el contenido necesario para la solución del problema jurídico. En esta sentencia se apeló básicamente a los principios constitucionales de supremacía e integridad de la Constitución Política, el de soberanía popular, autonomía territorial, vigencia de la ley en el tiempo, validez y aplicación de la ley y, por último, el de la prevalencia de la regla constitucional.

Finalmente, para la perspectiva formalista consideramos la sentencia T-374 de 2001. El resumen de los hechos lo podemos circunscribir en que la actora, en enero de 1999, en su condición de concejala de Montelíbano, junto con otros siete concejales decidió integrar una coalición mayoritaria de respaldo al alcalde, razón por la cual para garantizar la solidez de la misma se le exigió que entregara una carta de renuncia a su condición de concejala sin fecha determinada. Dicha misiva fue autenticada por el notario único, en presencia del alcalde, a quien se le entregó en custodia la referida carta de renuncia.

Posteriormente, en el período de sesiones extraordinarias convocadas en noviembre de 1999, y tras integrar una nueva coalición mayoritaria con otros siete concejales, la actora fue elegida presidenta de la corporación para el período de sesiones del 2000.

Manifiesta que con el fin de sancionarla por haberle retirado su apoyo a la administración fue utilizada la carta de renuncia abierta que había entregado a comienzos de año,¹⁴ para hacerla aparecer renunciando a su investidura de concejala y, por ende, a su condición de presidenta del Concejo para el año 2000. Y en efecto, se le aceptó la renuncia.

¹⁴ Considera la actora que además de violársele el derecho al debido proceso y al ejercicio de sus derechos políticos, también se le violó el derecho a la defensa, toda vez que en el acto administrativo mediante el cual se le aceptó su supuesta renuncia se señala que contra ese acto no proceden los recursos de la vía gubernativa. Con ello solicita la tutela como mecanismo transitorio, pues mientras se resuelven los procesos ordinarios inevitablemente habrá vencido el período para el cual fue elegida y, por lo tanto, se presentará un perjuicio irremediable.

Las consideraciones constitucionales se sustentan en que a la Corte no le compete entrar a estudiar la tacha que expone la demandante. Se trata de un asunto probatorio que desborda por completo la competencia de la justicia constitucional, pues no se discute la eventual violación de un derecho, sino la verdad o falsedad de lo que consta en el documento.

Por lo tanto, la Corte asumió la validez y verdad del documento de renuncia. En estas condiciones, el problema constitucional se aborda en la sentencia desde la perspectiva de determinar si la aceptación de una renuncia puede implicar la violación de los derechos fundamentales al trabajo y a la participación política.

Luego a la luz de la definición de los derechos políticos realizada por lo misma Corte en una sentencia anterior,¹⁵ pasa la instancia jurídica a referirse al caso concreto en el sentido de poner de presente que la demandante no solicita la protección de su derecho al sufragio, tampoco al de ser elegida porque ya lo fue, ni menos al de participar en referendos y plebiscitos o de ejercer acciones públicas en defensa del orden jurídico, y aclara que más bien su pretensión se dirige a que se respete su derecho a desempeñar cargos públicos.

Con base en lo anterior, la *ratio* se sustenta en que no es posible violar el derecho a ocupar cargos públicos cuando el Estado se limita a aceptar una renuncia. La libertad se despliega de maneras diversas a través del ordenamiento. El derecho a ocupar cargos públicos supone el derecho a renunciar al cargo, pues constituye desarrollo de la libertad de la persona decidir si permanece o no en un cargo. En este orden de ideas, por principio la decisión sobre la permanencia en un cargo, o en un puesto de trabajo, no puede restringirse o impedirse. En estas condiciones, la actuación de las autoridades demandadas, antes que configurarse en una violación de sus derechos políticos fundamentales, supone el cumplimiento del deber jurídico de respeto por el ejercicio de su libertad.

¹⁵ “Son derechos de esa categoría el del sufragio, el de ser elegido, el de desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, el de participar en referendos y plebiscitos y, desde luego, el de ejercer acciones públicas, como la de inconstitucionalidad, en defensa del orden jurídico, todos los cuales están en cabeza de los nacionales, quienes los pueden ejercer únicamente a partir de la adquisición de la ciudadanía.”

De otra parte, no obstante que la resolución 750 del 20 de diciembre de 1999 dispusiera que contra ella no procedía recurso alguno, la demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue tramitado. Así las cosas, se encuentra probado que la alegada violación del derecho de defensa no se presentó.

La Corte sintetizó su conclusión en que la tutela como mecanismo transitorio de protección supone la existencia, y no se demostró, de la amenaza o violación de su derecho fundamental, por ello no resulta legítimo acudir a este medio de defensa.¹⁶

En el presente caso, la postura formalista de la Corte se circunscribe en el análisis detallado de la regla procedimental de derecho de la necesidad de la prueba sobre la violación del derecho de defensa y la circunstancia de que se derivaría un perjuicio irremediable.

Con todo lo anterior podríamos recapitular la postura epistemológica formalista de la Corte Constitucional cuando quiera que basa su decisión en la regla de derecho, sea ésta de rango constitucional o legal, para lo cual su pronunciamiento se torna declarativo, es decir, proclama sobre el caso *sub examine* lo contemplado por la normativa.

A partir del enfoque formalista, la instancia constitucional aplica un sistema jerárquico de fuentes del derecho, el cual se representa en una organización simple; allí no entran en juego las subcategorías constitucionales de principios, valores o subreglas, menos aun, análisis que se muevan sobre conflictos entre unos y otros.

La alta instancia constitucional mediante el paradigma formalista va contrastando los hechos y las decisiones de las autoridades, con la Carta Fundamental, la ley orgánica o estatutaria, pasa por la ley o el reglamento, y con ello es suficiente para fallar.

¹⁶ También la Corte especifica que la eventual violación del derecho de defensa únicamente podría ser producto de la negativa de la justicia contenciosa administrativa de tramitar una demanda contra la resolución y que la tutela transitoria únicamente opera para la protección de derechos constitucionales fundamentales, mientras los procesos ordinarios se resuelven, a fin de evitar un perjuicio irremediable, nunca para que se compruebe un hecho del cual podría derivar una eventual violación de tales derechos.

Es altamente formalista el enfoque epistemológico en las sentencias cuando se deja primar la legalidad sobre las condiciones fácticas especiales, legalidad que torna la decisión muy restrictiva y en detrimento de la democracia participativa.

Por último, queda también un *imprinting* formalista, en la medida en que se considera la regla como respuesta suficiente y precisa para resolver el problema jurídico planteado, y el trabajo interpretativo se circunscribe a una respuesta casi que técnica y unívoca.

Para terminar recogeremos algunos elementos de corte antiformalistas.

Para analizar la perspectiva antiformalista comenzamos con la sentencia T-439 de 1992. En ésta, un militante del Partido Comunista, y a partir de 1988 miembro del movimiento político Unión Patriótica, interpuso acción de tutela contra las autoridades y organismos de seguridad del Estado para que se le protegieran varios derechos, entre ellos, el derecho a la participación política, contemplado en el artículo 40 de la Constitución.

El accionante fue tildado de guerrillero por algunas autoridades y personas del municipio debido a sus actividades políticas; en cierta ocasión, tropas del Ejército Nacional adscritas al Batallón desarrollaron un tiroteo en su casa, luego la allanaron y sacaron de la vivienda a los habitantes de la misma (padres, hijos, un trabajador, un hermano y su esposa). Como consecuencia de esos hechos se vio forzado a huir (por segunda ocasión), esta vez fuera del país, sin que hasta el momento haya podido regresar a su lugar de origen.

Sobre este particular la Corte manifestó que para que se determine la hipótesis constitucional de la amenaza de los derechos fundamentales del actor se requiere la confluencia de elementos subjetivos y objetivos o externos: el temor del sujeto que ve peligrar sus derechos fundamentales y la convalidación de dicha percepción mediante elementos objetivos externos, cuya significación es la que ofrecen las circunstancias temporales e históricas en que se desarrollan los hechos.¹⁷

¹⁷ Con ello quiere significar la alta instancia jurídica que el criterio constitucional para evaluar la existencia de amenazas a los derechos fundamentales es racional, es decir, supone la creación de un parámetro de lo que una persona, en similares circunstancias, podría razonablemente esperar.

La Corte en su providencia aceptó que se había producido una violación manifiesta del derecho a la intimidad personal y familiar en su modalidad de la inviolabilidad del domicilio por parte de las fuerzas militares, al no existir orden de autoridad competente para proceder a limitar tales derechos, y requirió a los jueces de tutela para que tuvieran una especial sensibilidad por los derechos fundamentales y su efectiva protección.

Así, la Corte insistió en que se debe apreciar las circunstancias del caso en su temporalidad e historicidad concretas, entre ello, para el caso *sub examine*, ser un militante del partido político Unión Patriótica, para concluir si la acción de la autoridad podría racionalmente percibirse como amenazante para una persona colocada en condiciones similares.

Concluyó la Corte con la decisión de tutelar los derechos a la vida, la integridad y otros e igualmente la libertad de participación política. Ordenó la protección inmediata para él y sus familiares de sus derechos fundamentales.

La decisión de la Corte parte de principios antiformalistas, ya que se está exigiendo a las autoridades que no basen su decisión en simples argumentos lógicos o probabilísticos y que aprecien las circunstancias del caso en su temporalidad e historicidad, hechos que son muy amenazante para una persona colocada en similares condiciones.

Continuamos con la sentencia T-634, proferida en 1999. Este caso se refiere a la creación del municipio de Pueblo Bello. Los actores consideran que la ordenanza que le da vida jurídica al ente municipal atenta contra derechos fundamentales del pueblo indígena arahuaco, porque para la conformación del municipio de Pueblo Bello no se realizó la consulta previa al mencionado pueblo indígena, pese a que parte del territorio del nuevo municipio ha sido reconocido como territorio indígena.

En esta sentencia la Corte consideró que las entidades territoriales gozan de derechos¹⁸ y de cierta autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley.¹⁹

¹⁸ Son derechos de los entes, por ejemplo, gobernarse por autoridades propias, ejercer las

La *ratio decidendi* se centró en dos aspectos: el primero, que lo principal es respetar el ámbito territorial (artículo 246), el cual incluye los resguardos indígenas. El segundo aspecto fue más de orden histórico y sociológico, en el sentido de que es explicable que dentro de un Estado coexistan diferentes agrupaciones humanas con diferentes sentimientos, culturas, mitos, imaginario colectivo, etc., que deben respetarse, de ahí que constitucionalmente se reconoce como principios el pluralismo (art. 1º C.P.) y la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, y como derechos sociales, económicos y culturales, los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica (art. 72 C.P.), habida cuenta de que enriquecen la cultura nacional, e inclusive la cultura universal, porque los indígenas tienen como eje de la vida a la naturaleza.²⁰

Para concluir, la instancia constitucional manifestó que no era justo que se afectara o que desapareciera esa cultura indígena, como tampoco que se afectaran sus derechos colectivos y que ellos, "como toda cultura, está ubicada en la superestructura de las sociedades, y en ocasiones cumple funciones que el propio Estado descuida".

Aunque la Corte Constitucional no tuteló el derecho de los accionantes²¹, sí precisó en la argumentación la importancia del papel que desempeñan los pueblos indígenas en nuestra sociedad, y manifestó

competencias que les correspondan, administrar los recursos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales (art. 287 C.P.).

¹⁹ Inicia la argumentación la Corte afirmando que la Carta de 1991 viene a constitucionalizar los resguardos al ubicarlos dentro de los derechos sociales, económicos y culturales (artículo 63). Es así como en el mencionado Título "De la organización territorial" ubica los resguardos al lado de los territorios indígenas, al estipular en el artículo 329: "Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable", de lo cual se deduce a primera vista que los resguardos indígenas son más que simplemente una tierra o propiedad raíz.

Para efecto de que no se dé el contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, infirió la Corte que la Constitución le otorga derechos al territorio del resguardo como una entidad que expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana y es parte de la cultura. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple "tierra" y algo menos que "Territorio indígena"; es decir, que no son términos iguales.

²⁰ Ese solidarismo indígena alrededor de la naturaleza se contrapone al economicismo liberal del modelo de Estado liberal que proyectaron las revoluciones burguesas.

²¹ La tutela no se concedió como mecanismo transitorio, dado su carácter residual, debido a que existen otras vías judiciales, como son la acción popular y la contencioso-administrativa.

que no es justo, en ningún momento, que se afecte, o lo que es peor, se menoscabe, esa cultura indígena importante como parte esencial también de la cultura nacional.

La tendencia epistemológica es antiformalista porque ahonda en la cuestiones teóricas del solidarismo, de la importancia que tiene la cultura en el ámbito social, la necesidad del respeto por los principios constitucionales del pluralismo y la diversidad étnica y cultural para resolver desde una perspectiva teleológica y finalista del derecho.

Finalmente, presentamos la sentencia T- 487 de 2003, en la que se suscita la acción en contra del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil por la violación del derecho al voto secreto, a la igualdad, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la participación. La pretensión no es otra que se ordene la elaboración de tarjetas electorales en sistema braille, necesarias para que las personas invidentes ejerzan el derecho al voto.

Un dato importante de esta tutela es que el actor sufre ceguera y que en las elecciones de 2002 hubo falta de tarjetones electorales en sistema braille y que, como consecuencia de ello, no pudo ejercer su derecho al voto secreto porque deben votar con la ayuda de un acompañante.

La *ratio decidendi* se sustenta en los artículos 13, 16, 20, 40, 47, 54, 68, 258, 266 y 265 de la Constitución. En esta sentencia la Corte parte de la competencia de las autoridades electorales para diseñar y determinar la forma como deben ser impresas las tarjetas electorales y adoptar las medidas pertinentes para garantizar la participación ciudadana.

Reconoce la Corte que los discapacitados, entre ellos los limitados visuales, requieren de tratamientos y tratamiento especiales que obliga al Estado a promover la igualdad real de estas personas, la eliminación de las barreras jurídicas, promoviendo programas que remedien, compensen, reduzcan o corrijan las circunstancias de debilidad manifiesta y propiciar su desarrollo humano, su integración social, para que sus condiciones sensoriales no constituyan un impedimento para el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La decisión constitucional, como puede apreciarse, promueve la igualdad real, reconociendo la autonomía e integración que algunos li-

mitados visuales que han adquirido capacitación en braille,²² cuyo efecto primordial en este caso les permite ejercer su derecho fundamental al voto de manera autónoma y en secreto, al igual que los videntes.

La Corte Constitucional ante el vacío de la ley,²³ que no prevee suficientes medios para hacer efectiva el derecho a la participación política mediante el voto secreto de los invidentes, adopta un enfoque antiformalista, pues se ve avocada a establecer estos medios, a crear derecho a través de la jurisprudencia, para garantizar el voto secreto, ordenando a la Registraduría Nacional del Estado Civil que disponga tarjetas electorales en el sistema braille.

En esta providencia se marca un hito de interpretación, en la medida que esta sentencia resulta progresista y con una perspectiva altamente garantista del derecho al voto de los discapacitados visuales. Con la decisión se supera el vacío legal y la Corte muestra una postura de reexaminación de la norma superando las omisiones en que incurre el legislador, para acudir a principios de la confianza legítima, igualdad material, la preservación del derecho al voto secreto y la necesidad de incorporar a todos los ciudadanos en la vida pública.

Podemos concluir que la Corte Constitucional adopta principios epistemológicos antiformalistas básicamente cuando actúa como creadora de derecho, catalogado así su trabajo por unos autores, o dicho de otro modo, cuando hace hermenéutica más garantista o sustentada en bases axiológicas de manera preponderante, sin circunscribirse solamente a la fuerza de la ley.

¿Qué significa lo anterior? Actuar con preponderancia de hermenéutica axiológica o, llamada de otra forma, con un enfoque antiformalista, quiere decir que el juez constitucional no basa su decisión en simples argumentos lógicos o probabilísticos, sino que, por el contrario, hace un trabajo profundo de apreciación de circunstancias temporales, históricas y de reparación, cuando hay lugar a ello. Falla con argumentos que

²² La instancia constitucional condicionó el fallo a que se debe manifestar al momento de inscribir la cédula por parte del elector, que demande la tarjeta electoral especial, para que la Registraduría provea la tarjeta electoral en alto relieve para el día de las elecciones.

²³ Ley 163 de 1994.

ahondan en las cuestiones teóricas y resuelve desde una perspectiva teleológica y de finalística antropocéntrica (individuo y sociedad) del derecho.

Así, la Corte es generosa en elementos axiológicos y trasciende al Estado social de derecho, para extraer el espíritu de la juridicidad y poder dar solución a aquellos casos en los que la simple norma resulta insuficiente.

Con base en un enfoque antiformalista, la Corte sopesa derechos de mayor y de menor valor, pondera ejercicios de ciudadanía, contrasta principios con valores, principios con derechos, derechos con valores jurídicos, y unos y otros con la necesidad de plantear subreglas de derecho.

La postura antiformalista se basa además en una hermenéutica que reexamina la norma, a la luz del reconocimiento de una sociedad abierta a valores y derechos jurídicos concurrentes y a la necesidad de preservar los derechos civiles y políticos en una democracia débil como la nuestra.

CONCLUSIONES

El desarrollo jurisprudencial y doctrinal del derecho a la participación política se ha dado de manera tangencial. En Colombia, el actual texto de 1991 cuenta con una rica consagración constitucional que excede el simple derecho al sufragio y que otorga al ciudadano colombiano gran diversidad de competencias que le permiten una actuación más activa frente a los asuntos del Estado.

Es de anotar que en gran parte de los casos analizados fue invocada la acción de tutela como mecanismo de protección transitorio, pero la Corte fue cuidadosa a la hora de conceder el amparo de los derechos, debido a que un buen número de casos los accionantes perseguían la protección del derecho de elegir y ser elegido desconociendo el carácter residual de la figura. Los derechos más invocados en las jurisprudencias tomadas como referencias fueron los siguientes: derecho a elegir y ser elegido, derecho a ejercer cargos públicos, derecho al voto, derecho a conformar partidos y movimientos políticos. El 86% de los accionantes interpuso la tutela a nombre propio, sin apoderado judicial, y el 14% restante lo

hizo por intermedio de apoderado judicial. Es el sexo masculino, con un porcentaje del 52%, el que utiliza con mayor frecuencia la herramienta de la tutela para la defensa de sus derechos a la participación política, en tanto que el sexo femenino lo hace sólo en el 29% de los casos. El mayor vulnerador del derecho a la participación política es el Estado a través de sus instituciones públicas, situación paradójica en un Estado social de derecho. Junto al derecho de la participación política también se vulneran otros derechos fundamentales, como el de la igualdad y el debido proceso.

De la misma manera como los accionantes invocan protección de sus derechos fundamentales, también lo hacen de los principios fundamentales, y en especial los de la dignidad humana, la autonomía de las entidades territoriales y la diversidad étnica y cultural.

En relación con los derechos de participación política invocados, sin importar si fueron garantizados o no,²⁴ tenemos que: (i) Siempre se garantizó el derecho al ejercicio del control político. (ii) Los derechos a difundir propaganda política, al voto, a ejercer cargos públicos, a la cedulación, las veces que se invocaron fueron garantizados en la mayoría de los casos. (iii) En cuanto al derecho a elegir y a ser elegido, las veces que se invocó se garantizó el 50% y no se tuteló el restante 50%. (iv) El derecho a participar en referendos, a formar parte en partidos y movimientos políticos, a difundir sus ideas y a tener iniciativa popular, ninguno de los casos prosperó. (v) Nunca fueron invocados los derechos a revocar el mandato, a participar en plebiscitos, en consultas populares, a constituirse en partidos o en agrupaciones políticas.

En cuanto al enfoque epistemológico, en el 68% de los casos la Corte asume una posición formalista, ya que la instancia constitucional aplica un sistema jerárquico de fuentes del derecho, el cual se representa en una organización simple; allí no entran en juego las subcategorías constitucionales de principios, valores o subreglas, menos aun, análisis

²⁴ Derecho al voto, a elegir, a ser elegido, a ejercer cargos públicos, al ejercicio del poder político, a la cedulación, a revocar el mandato, a participar en plebiscitos, en referendos, en consultas populares, a constituir partidos, movimientos o agrupaciones políticas, a tener iniciativa popular, a participar en cabildos abiertos, a difundir propaganda política y otros.

sobre conflictos entre unos y otros. La alta instancia constitucional con base en el paradigma formalista va contrastando los hechos y las decisiones de las autoridades con la Carta Fundamental, la ley orgánica o estatutaria, pasa por la ley o el reglamento, y con ello es suficiente para fallar; también es altamente formalista el enfoque epistemológico en las sentencias cuando se deja primar la legalidad sobre las condiciones fácticas especiales, legalidad que torna la decisión muy restrictiva y en detrimento de la democracia participativa. En el restante 32% de los casos asume una posición antiformalista, y lo hace básicamente cuando actúa como creadora de derecho, catalogado así su trabajo por unos autores o, dicho de otro modo, cuando hace hermenéutica más garantista o sustentada en bases axiológicas de manera preponderante, sin circunscribirse solamente a la fuerza de la ley.

Referencias

- ABAD, Yupanqui, ANZOLA GIL, Marcela y otros (1996). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Editorial Biblioteca Jurídica Diké.
- AYALACORSO, C.M, ANZOLA GIL, Marcela y otros (1997). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Editorial Biblioteca Jurídica Diké.
- BUSHNELL, David (1997). *Colombia, una nación a pesar de sí misma: de los tiempos precolombinos a nuestros días*. Bogotá: Editorial Planeta.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2005). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Heliasta.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Segunda de Revisión. Sentencia de Tutela T- 439 del 2 de julio de 1992. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: T- 1088. www.ramajudicial.gov.co.
- Sala Segunda de Revisión. Sentencia de Tutela T- 305 del 5 de julio de 1994. Magistrado ponente: Dr. Antonio Carbonel. Expediente: T-32781. www.ramajudicial.gov.co.
- Sala Plena. Sentencia de Tutela SU- 640 del 5 de noviembre de 1998. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: T-164.746. www.ramajudicial.gov.co.
- Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela T- 634 del 30 de agosto de 1999. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-180391. www.ramajudicial.gov.co.
- Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela T-374 del 5 de abril de 2001. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expediente: T-321273. www.ramajudicial.gov.co.
- Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela T-487 del 11 de junio de 2003. Magistrado ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería. Expediente: T-614961. www.ramajudicial.gov.co.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. El derecho a la participación: "ordenamiento territorial, planeación y presupuestos participativos". Proyecto Colombia Terra Incógnita. Bogotá: Defensoría del Pueblo. Asdi.
- LÓPEZ, Medina Diego (2000). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.
- GUTIÉRREZ SANÍN, Francisco (1996). Dilemas y paradojas de la transición Participativa. *Análisis Político*, N° 29, Bogotá.
- LOSING, Norbert (2002). *La jurisdiccionalidad constitucional latinoamericana*. Traducción de Marcela Anzola Gil. Madrid: Conrad Adenauer Stiftung Editorial.
- LOZADALORA, Rodrigo (1982). *Identificación y Participación Política en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo.
- MEDINA, Medófilo & VELÁSQUEZ, Fabio E. (1998). *Nuevas formas de participación política*. Bogotá: Fescol.
- NARANJO Mesa Vladimiro (1995). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, 6ª edición. Bogotá: Temis.
- SALAZAR, Diego Renato (1998). *Constitución Política de Colombia*, comentada, 4ª edición. Bogotá.
- OCAMPO LÓPEZ, Javier (1995). *Historia Básica de Colombia*. Bogotá: Plaza y Janés.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando (2004). *Reforma política y referendo en Colombia dentro de los procesos de reformas de la Constitución de 1991*, 1ª ed. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- RESTREPO PIEDRAHÍTA, Carlos (1995). *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia* (comp.), 2ª edición. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta.
- TORRES BARRAZA, María Luisa (1998). *Género y cultura en América Latina: Cultura y Participación Política*, vol. I. México: Colegio de México.
- USAID (2001). *Investigación Derechos Fundamentales*, capítulo "Derecho a la Participación Política". Bogotá: Universidad del Rosario.
- VALENCIA, Saiz Ángel (1998). *Participación y Representación Política en las Sociedades Multiculturales*. Málaga: Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga.
- VIDAL PRADO, Carlos (1996). El Derecho de Participación Política y la Representación. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, N° 96, Medellín.