

Sentencia SU.858/01

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE PERDIDA DE INVESTIDURA-Existencia de medio alternativo de defensa/RECURSO DE REVISION CONTRA SENTENCIA DE PERDIDA DE INVESTIDURA-Procedencia/CONGRESISTA-Violación del régimen de incompatibilidades

En el presente caso es claro que el demandante cuenta con un medio de defensa judicial expresamente previsto en la ley, para controvertir la sentencia judicial que decreta la pérdida de la investidura, por ser violatoria del debido proceso y con la virtualidad de brindar plena protección al derecho de ejercicio de cargos públicos, en razón a que como resultado de la decisión de la revisión, el Congresista puede ser reintegrado a su curul y rehabilitado en su capacidad para ser nuevamente elegido, sin perjuicio de la reparación patrimonial que pueda obtener. En el presente caso el actor tiene abierta la posibilidad de interponer el recurso extraordinario especial de revisión para obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso que se habría violado por la sentencia del Consejo de Estado que ordenó la pérdida de su investidura como Congresista. A través de ese medio se plantearía la controversia sobre el debido proceso, en términos idénticos a los que constituyen el presupuesto para resolver la presente acción de tutela, al punto que un pronunciamiento del juez constitucional dejaría sin oficio al juez competente. Los dos procesos, el extraordinario especial de revisión y el de tutela tendrían identidad de causa petendi y de petitum, y resulta claro que no puede haber, sobre la misma causa, dos pronunciamientos judiciales concurrentes.

Referencia: expediente T-402633

Accionante: Edgar José Perea Arias

Demandado:

Consejo de Estado

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil uno (2001).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

SENTENCIA

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T-402633, instaurado por Edgar José Perea Arias, en contra del Consejo de Estado.

I. ANTECEDENTES

1. La Solicitud

El actor, a través de apoderado judicial, mediante escrito de noviembre 1 de 2000, interpuso acción de tutela ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, en contra del H. Consejo de Estado, por cuanto considera que sus derechos de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a escoger profesión u oficio y a informar, expresar y difundir su pensamiento y opinión, han sido vulnerados por la actuación de la autoridad demandada por medio de la cual se decretó la pérdida de su investidura como Senador de la República.

2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

Por disposición del Magistrado ponente, mediante comunicación de noviembre 2 de 2000, se informó al H. Consejo de Estado que se había iniciado el trámite de la acción de tutela interpuesta en su contra por el peticionario.

En la misma comunicación se solicitó el envío de copia íntegra del proceso por pérdida de investidura AC-10203.

3. Oposición a la demanda

No obra en el expediente escrito de oposición por parte de la autoridad demandada o de terceros eventualmente afectados.

En respuesta a la solicitud del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, el H. Consejo de Estado, mediante comunicación de noviembre 9 de 2000, remitió copia del expediente AC-10203, proceso de pérdida de investidura adelantado contra el Congresista Edgar José Perea Arias.

4. Los hechos

4.1. El señor Edgar José Perea Arias fue elegido Senador de la República para el período 1998-2002.

4.2. Con anterioridad a su elección se desempeñaba, mediante contratos, como locutor y comentarista deportivo para algunas empresas de radio y televisión.

El señor Perea cumplió dichas actividades en distintas ocasiones, de manera regular, en las temporadas deportivas de boxeo y fútbol, correspondientes a los años 1998, 1999 y 2000. En el curso de algunas de las transmisiones leyó mensajes comerciales.

Por estas actividades el señor Perea Arias no recibió remuneración ni compensación económica alguna. Cuando en desarrollo de las mismas debió desplazarse a diferentes ciudades o países, asumió sus propios costos.

4.4. En mayo de 2000 la ciudadana Ana Beatriz Moreno Morales, con fundamento en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, solicitó al H. Consejo de Estado que se decreta la pérdida de la investidura de congresista del senador Edgar José Perea Arias, por estimar que estaba incurso en la incompatibilidad prevista en el artículo 180, numeral 1, de la Constitución Política, esto es, la de desempeñar cargo o empleo público o privado.

4.5. El señor Perea Arias, mediante apoderado, se opuso a la anterior demanda, con base en los siguientes argumentos:

En numeral 11 del artículo 283 de la Ley 5 de 1992, está prevista como excepción a las

incompatibilidades de los congresistas la de participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas, y deportivas. Por consiguiente, “el ejercicio y el mantenimiento de la práctica de la narrativa deportiva por parte del Senador Perea Arias, no está prohibida por parte alguna...”

No tiene cargo o empleo público o privado, en dependencia distinta del Senado de la República.

No tiene vínculo laboral o relación de dependencia con las empresas citadas en la demanda o con ninguna otra y sus actividades como narrador las ha cumplido sin recibir remuneración.

Por el hecho de haber sido elegido Senador no se le puede impedir su oficio de narrador deportivo, el cual cumple por mera liberalidad y afición.

No existe incompatibilidad entre sus actividades como Senador y las que cumple como narrador deportivo, las cuales, estas últimas, no han interferido para que pueda desempeñarse como congresista ejemplar, con la más puntual asistencia a las sesiones.

4.6. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, mediante providencia de 18 de julio de 2000 decidió decretar la pérdida de la investidura del Senador Edgar José Perea Arias, por encontrar que se ha demostrado que incurrió en violación de la incompatibilidad establecida en el numeral 1º del artículo 180 de la Constitución Política, al haber ejercido su oficio de locutor y comentarista deportivo por la radio y la televisión, simultáneamente con su desempeño en el Congreso.

El H. Consejo de Estado fundamentó su determinación en las siguientes consideraciones:

- De conformidad con diccionarios generales y especializados y tal como se ha sostenido en jurisprudencia de la Corporación, los vocablos de cargo o empleo, pueden entenderse también como oficio.

- La interpretación del numeral 1 del artículo 180 de la Constitución, “... como

instituto autónomo constitucional que es, no puede llevarse a cabo exclusivamente desde el punto de vista del derecho laboral del Código Sustantivo del Trabajo, ni sobre los principios que informan esa disciplina, porque la esencia de la incompatibilidad es del orden disciplinario-político-constitucional y en razón de que la norma no estableció alguna condición con aquel alcance”.

- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la incompatibilidad del numeral primero del artículo 180 de la Constitución tiene dos claros objetivos: el de garantizar la dedicación exclusiva del congresista y la de precaver la posibilidad de un tráfico de influencias.

- Ha sostenido, del mismo modo esa Corporación que la mencionada incompatibilidad no está condicionada a que el empleo, cargo u oficio se desarrolle mediante vínculo jurídico, de manera remunerada y bajo dependencia o subordinación. Que para que la misma opere, el ejercicio de las señaladas actividades puede ser remunerado o gratuito, con vinculación jurídica o sin ella, bajo subordinación o con autonomía administrativa o técnica, en el tiempo libre del congresista o durante su jornada de trabajo.

- El estricto régimen de incompatibilidades al que están sometidos los congresistas impide que éstos pongan “... su contingente al servicio de empresas económicas, envueltas en la competencia comercial que generan algunas gestas deportivas...”, “... para evitar que los altos intereses políticos que deben representar los congresistas, resulten cruzados con la competencia comercial de intereses privados, aunque éstos sean ajenos a tales servidores.”

- “... [E]l demandado no participó en actividad deportiva alguna, sino que ejerció su oficio al servicio de empresas comerciales de radio y televisión, cuando llevó a cabo las transmisiones y comentarios deportivos relacionados antes, dentro de la programación y coordinación propias de tal tipo de eventos.”

5. Fundamento de la acción.

El peticionario fundamenta su pretensión en las siguientes consideraciones:

5.1. Cuando el Senador Perea ejerció su oficio de narrador deportivo por invitación de empresas privadas no ejerció cargo público o privado, porque, en el primer caso, no estuvo

investido de función pública, y en el segundo porque no se daban las condiciones de subordinación o dependencia, por un lado, y de remuneración, por otro, que son esenciales para que se configure una relación laboral en el sector privado.

5.2. Las incompatibilidades consagradas en cualquier normatividad son taxativas y restrictivas y no pueden configurarse por interpretación analógica. Sobre este particular, refiriéndose a las incompatibilidades de los Congresistas, la Corte Constitucional ha dicho que las mismas son de interpretación restrictiva y que solamente lo son en los términos en que lo establezca la Carta Política o la ley.

5.3. Es contraria a derecho la interpretación que el Consejo de Estado hace del numeral 1º del artículo 180 de la Constitución, en cuanto pretende establecer una exclusividad para la labor de los congresistas, sin que tal disposición esté en la Constitución o pueda derivarse razonablemente de ella.

5.4. En fallos anteriores el propio Consejo de Estado ha señalado que un congresista "... podría tener una dignidad, tarea o encargo con entes del sector privado, en tanto no se vea afectada su tarea como congresista, ni comprometida su responsabilidad en frente del pueblo que lo eligió por manera que pudiese terminar defendiendo o representando, al mismo tiempo, intereses privados y los públicos propios de su calidad de vocero popular"

5.5. No existe prueba de que el Senador Perea haya celebrado contrato de trabajo con quienes lo invitaron a narrar unos deportes, y las actividades que cumplió en desarrollo de esas invitaciones constituyen ejercicio de sus derechos de expresión y de libre desarrollo de la personalidad.

5.6. El Consejo de Estado se apartó del natural y lógico entendimiento de las normas que regulan las incompatibilidades de los Congresistas, esto es, los artículos 180 y 183 de la Constitución, la Ley 5ª de 1992, que en su artículo 282 establece las manifestaciones de las incompatibilidades y en el artículo 283 las excepciones para las mismas; el artículo 18 de la Ley 144 de 1994, sobre simultaneidad en el ejercicio de las funciones de parlamentario con las inherentes a las del cargo o empleo público o privado y el Decreto 1042 de 1978, que establece la noción de empleo.

5.7. Al reseñar, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el ámbito de los

derechos fundamentales que se estiman violados se encuentra que "... no puede violentarse (destruyéndolo) el principio fundamental de la libre expresión y desarrollo de la personalidad, estableciendo equivocadamente que la opinión pública (y si se quiere el periodismo) es un oficio que involucra una actividad que se contrapone e impide el ejercicio de las funciones de Congresista."

5.8. Además de los anteriores argumentos, otros expresados por los Consejeros que salvaron el voto, y que se sintetizan a continuación, confirmarían la existencia de una vía de hecho:

* Ante la ausencia de una definición cierta sobre lo que debe entenderse por cargo privado, y tratándose de un proceso sancionatorio, debió aplicarse el principio conforme al cual en caso de duda debe decidirse a favor del acusado.

* Si bien todo empleo y todo cargo involucra el concepto de oficio, no todo oficio es cargo o empleo.

* Cuando el cargo que un congresista desempeñe en el campo privado, no se desarrolla bajo subordinación o dependencia, no incurre en incompatibilidad si con su actividad privada no interfiere en su trabajo parlamentario.

* Es indispensable reflexionar y encontrar la justa medida entre la función de los congresistas y el ejercicio de sus derechos fundamentales.

5.9. Las actividades cumplidas por el Senador Perea como narrador no son incompatibles con sus funciones como Senador ni implican detrimento para éstas.

5.10. La invitación a narrar un evento deportivo implica, por la inercia de la narración, que la pauta comercial debe ser leída por quien se encuentra al micrófono, pero debe

tenerse en cuenta que la comercialización la hace quien invita y en su propio beneficio no en el de quien participa en la narración

6. Pretensión

Para la tutela de los derechos que estima vulnerados, el actor solicita que se revoque y se deje sin efecto alguno la sentencia de fecha 18 de julio de 2000 proferida por el H. Consejo de Estado y que decretó la pérdida de investidura del Senador Edgar José Perea Arias.

Del mismo modo solicita que, para evitar un perjuicio irremediable, se ordene al Presidente del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al señor Ministro del Interior que se abstengan de dar cumplimiento a la mencionada providencia del Consejo de Estado.

II. TRAMITE PROCESAL

1. Primera instancia

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, mediante Sentencia de noviembre 15 de 2000, decidió negar por improcedente la tutela interpuesta, con base en las siguientes consideraciones:

1.2. Con base en los parámetros que en torno a la vía de hecho judicial ha fijado la Corte Constitucional, es posible concluir que la sentencia demandada no incurre en vía de hecho por cuanto fue dictada por autoridad competente, dentro de un proceso judicial que respetó el ordenamiento jurídico que regula su ritualidad y en el cual las partes tuvieron la oportunidad de presentar y controvertir las pruebas. La autoridad demandada no solamente tuvo en cuenta todo el acervo probatorio arrojado al expediente, sino que lo valoró, en ejercicio de su autonomía funcional, razonablemente y aplicó la norma que le sirvió de fundamento dándole un alcance igualmente razonable, sin que se vislumbre, por ningún aspecto, un trámite procesal ni un fallo caprichoso ni mucho menos arbitrario.

2. Impugnación.

2.1. La sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca no fue impugnada por el actor, razón por la cual fue directamente remitida a esta Corporación para su eventual revisión.

2.2. En comunicación dirigida a los Magistrados de la Corte Constitucional el actor solicita que se proceda a la revisión del anterior fallo de tutela. En dicha comunicación reitera los argumentos en torno a la violación de sus derechos fundamentales y considera necesario un pronunciamiento de la Corte que produzca una doctrina constitucional en concreto en torno al proceso de pérdida de la investidura y las causales para la misma, así como sobre los "... límites concomitantes entre los derechos de libre desarrollo de la personalidad y la libre expresión, frente al de Participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, y, si se quiere, de éstos con el ejercicio del periodismo."

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

En este caso se discute si la sentencia del Consejo de Estado por medio de la cual se decretó la pérdida de la investidura de congresista de Edgar José Perea Arias constituye una vía de hecho judicial violatoria de sus derechos fundamentales.

3. Procedencia de la acción de tutela

3.1. Legitimación activa

El peticionario es persona natural que, a través de apoderado, actúa en su propio interés.

3.2. Legitimación pasiva.

La acción se interpuso frente a la actuación de una autoridad pública, como es el Consejo de Estado.

3.3. Derechos constitucionales violados o amenazados.

El actor solicita la protección de sus derechos constitucionales fundamentales de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a escoger profesión u oficio y a informar, expresar y difundir su pensamiento y opinión.

3.4. Existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales.

El apoderado del actor señala que la acción de tutela es el único medio de defensa a su disposición para controvertir la sentencia proferida por el Consejo de Estado, toda vez que el recurso especial de revisión, como el de súplica, por ser extraordinario, no constituye un medio eficaz e idóneo para salvaguardar los derechos pretendidos.

Señala que el mencionado recurso de revisión carece de idoneidad en el tiempo para salvaguardar los derechos pretendidos, especialmente el de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, puesto que “seguramente transcurriría el resto del período que el Senador PEREA debe ejercer, sin que se produjera decisión alguna por parte de la corporación”, motivo por el cual con la decisión atacada configuraría un perjuicio irremediable.

De conformidad con el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario son susceptibles del Recurso Extraordinario Especial de Revisión, interpuesto dentro de los cinco años siguientes a su ejecutoria. Dispone la citada norma que además de las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, procederá el recurso por falta del debido proceso y violación del derecho de defensa.

A su vez, de acuerdo con el numeral 10º del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446/98, corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado conocer del “... recurso extraordinario de revisión en los casos de pérdida de investidura de los Congresistas.” Agrega la norma que “[e]n estos casos, los Consejeros que participaron en la decisión impugnada no serán recusables ni podrán declararse impedidos por ese solo hecho.”

Sobre este particular, la Corte en Sentencia T-193 de 1995 afirmó la improcedencia de la acción de tutela por cuanto el recurso extraordinario de revisión constituía un medio idóneo y alternativo de defensa. Descartó también la Corte, en esa oportunidad, la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio. Por otra parte, en la sentencia T-162-98 la Sala Tercera de Revisión de la Corte había afirmado que, no obstante lo dispuesto en la sentencia T-193 de 1995 sobre que el recurso extraordinario de revisión constituía un medio alternativo e idóneo de defensa judicial, en la práctica tal recurso se había tornado inane, porque si bien el mismo se encuentra consignado en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, hasta el momento de proferir la sentencia, la ley no había establecido el juez competente para conocer del anotado recurso. El Consejo de Estado, en consonancia con ese criterio de la Corte, en auto de noviembre 11 de 1997, había manifestado que “[m]ientras el legislador no señale expresamente la competencia, le está vedado a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocer de un recurso extraordinario especial de revisión como el que ahora se interpone, por la sencilla razón de que la competencia debe ser expresamente atribuida por la ley, y solamente el legislador podrá señalar quien es competente para conocer del recurso extraordinario especial de revisión consagrado en el artículo 17 de la ley 144 de 1994...”

La observación de la Sala Tercera de Revisión se vio superada meses después, con la expedición de la Ley 446 de 1998 y encuentra la Corte necesario unificar la jurisprudencia sobre este particular.

Para ese efecto reitera la Corte lo dicho en la Sentencia C-162 de 1998: “La Corte Constitucional ha estimado, en múltiples sentencias, que la efectividad del medio alternativo de defensa frente a la acción de tutela debe ser examinada en concreto. En otras palabras, no basta que el otro medio de defensa se encuentre plasmado, en forma abstracta, en el ordenamiento jurídico, sino que debe, además, ofrecer la posibilidad de que, por su conducto, sea posible el restablecimiento cierto y actual de los derechos fundamentales que el demandante considera han sido amenazados o vulnerados.”

3.4.1. El Recurso Extraordinario Especial de Revisión como medio de defensa judicial frente a la acción de tutela.

En principio, de acuerdo con su naturaleza, el recurso extraordinario de revisión procede

sobre aspectos que, por diferentes circunstancias no pudieron ser considerados en el curso del proceso. Así, la doctrina lo ha diferenciado de la casación, en la medida en que mientras ésta ataca la sentencia por vicios inmanentes o internos al proceso, la revisión lo hace por motivos trascendentes o externos al mismo. Sin embargo, el recurso de revisión, tratándose de los procesos de pérdida de la investidura, ha sido previsto en la ley como especial, con la introducción de dos nuevas causales, la falta del debido proceso y la violación del derecho de defensa. Esas nuevas causales, que en realidad obedecen a un mismo instituto, el debido proceso, abren la posibilidad para que a través de la revisión se impugne la decisión de decretar la pérdida de investidura de un Congresista, por consideraciones que, en cuanto que tienen que ver con el debido proceso, son inmanentes al mismo. Así, el recurso de revisión se convierte en vía apta para resolver, no sólo asuntos externos y generalmente sobrevinientes al proceso, sino también aquellos que se deriven del error judicial en el curso mismo del proceso.

La Corte, en sentencia C-247 de 1997, al declarar exequible el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 - con excepción del literal c), que aludía a las previas declaraciones de las Cámaras, que habían sido halladas inexequibles según Sentencia C-319 del 14 de julio de 1994- manifestó que el recurso extraordinario especial, con las nuevas causales que consagra, constituye un mecanismo de impugnación de la sentencia condenatoria, que "... hace parte del derecho de defensa, toda vez que, existiendo como existen, las posibilidades de error judicial y las de fallos fundados en documentos, testimonios u otras pruebas que luego resultan falsos, o en hechos posteriormente desvirtuados, sería contrario a la idea misma de justicia que el afectado en tales eventos no pudiera obtener la reconsideración o el nuevo estudio del caso."

En ese fallo, en el que se decidió una demanda contra el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 por considerar el actor que el recurso extraordinario especial de revisión, con las nuevas causales previstas en la ley, se trataba "... de un privilegio exorbitante consagrado exclusivamente en favor del Congresista...", y una disposición contraria al carácter permanente que la propia Carta otorgó a la sanción de pérdida de la investidura, la Corte agregó:

"Aceptar que la Constitución prohíbe al legislador establecer el recurso extraordinario de que se trata implica convertir en irreversibles decisiones de trascendencia inocultable en cuanto

al ejercicio futuro de derechos constitucionales fundamentales (artículos 25 y 40 C.P.), partiendo del supuesto de la infalibilidad del juez, lo que resulta inaceptable cuando se pretende alcanzar el fin de un orden justo, propuesto por el Preámbulo de la Constitución Política.

Esta Corte ha señalado (Cfr. Sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992) que, por regla general, una vez agotadas todas las instancias y cumplidas todas las ocasiones de revisión de un proceso, debe llegarse a un momento definitivo, en el cual se adquiriera la certidumbre de que lo fallado no podrá volver a examinarse judicialmente, según el principio de seguridad jurídica en el cual se funda la cosa juzgada.

Pero es claro que ese estadio de última definición no excluye los recursos extraordinarios, menos todavía cuando el proceso -como en el caso que se considera- es tramitado y resuelto en única instancia, pues en tales eventos aumentan las posibilidades de equivocación del fallador y se hace indispensable, en guarda de los derechos fundamentales del condenado, brindarle la oportunidad de controvertir la sentencia.

Ello es todavía más claro cuando el fallo proferido implica la inhabilidad absoluta y permanente para volver a desempeñar en el futuro un cargo, como ocurre con la pérdida de la investidura.

Del hecho de que la Constitución misma no haya plasmado recurso alguno contra la sentencia que decreta la pérdida de la investidura no puede deducirse que esté impedido el legislador para establecerlo, menos todavía si se trata de uno extraordinario, fundado en causales constitucionales tan evidentes como la de haber incurrido la sentencia en falta al debido proceso.

Por el contrario, la norma demandada encuentra fundamento en el artículo 184 de la Carta Política, a cuyo tenor la pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado “de acuerdo con la ley”. Lo establecido en ésta es válido mientras no contraríe la Constitución, como en efecto no ocurre en este caso.

(...)

La norma separa las causales de “falta del debido proceso” y “violación del derecho de

defensa". En realidad, el segundo aspecto hace parte del primero, como lo consagra el artículo 29 de la Constitución, de tal manera que cuando el derecho de defensa es desconocido se viola necesariamente el debido proceso, que es un concepto genérico. Sin embargo, lo anotado no obsta para la exequibilidad del precepto, que precisamente encuentra su sentido y fundamento constitucional en la necesidad de brindar a quien es condenado la posibilidad de impugnar la sentencia cuando ella en sí misma constituye una vulneración de las garantías procesales.

El artículo decimoséptimo sublite será declarado exequible, con excepción del literal c), que alude a las previas declaraciones de las cámaras, halladas inexecutable según Sentencia C-319 del 14 de julio de 1994.

No sobra advertir que la presentación del recurso, cuyo carácter es extraordinario, no interrumpe la ejecución de la sentencia y, por lo tanto, la pérdida de la investidura ya decretada permanece vigente mientras se produce el fallo de revisión.

Las anteriores consideraciones permiten concluir que dentro del proceso de pérdida de investidura de los congresistas existe un medio de defensa idóneo para la protección del derecho al debido proceso y como resultado del cual el afectado puede obtener la restitución total de su derecho, o abrir la vía para la obtención de una reparación patrimonial compensatoria.

La particular naturaleza de este recurso extraordinario, que la ley define como especial, lo constituye en mecanismo adecuado para la defensa de los derechos fundamentales que resulten lesionados en un proceso de pérdida de investidura, por cuanto, como lo ha sostenido la Corte, tratándose de un proceso de única instancia, la ley ha previsto como causal de revisión una con rango constitucional, como es la violación del debido proceso, con el objeto de que, para la protección de los derechos fundamentales del condenado, se le brinde la oportunidad de controvertir la sentencia. En general, el recurso extraordinario de revisión no es una vía para que el afectado por una sentencia nuevamente plantee las cuestiones que fueron dilucidadas en el curso del proceso. El ámbito de la revisión está estrictamente demarcado por las causales taxativamente enunciadas en la ley. De manera que, por fuera de esas causales, el afectado no puede pretender la reapertura de controversias ya superadas. No obstante, en el Recurso Extraordinario Especial de Revisión

que la ley ha previsto para la pérdida de la investidura, la causal de violación del debido proceso claramente permite que en sede de revisión se controviertan los asuntos, que no obstante haber sido planteados durante el trámite de la instancia, comporten una decisión violatoria del debido proceso.

3.4.2. El medio de defensa judicial alternativo frente a los derechos invocados por el actor.

La violación de los derechos fundamentales que se citan por el actor tiene como presupuesto el desconocimiento del debido proceso, en la medida en que la misma se derivaría del hecho de haberse fundado la decisión de decretar la pérdida de la investidura en una causal no prevista en la Constitución. Por tratarse de materia propia del derecho sancionatorio, ese hecho, de producirse, constituiría, sin lugar a dudas, una violación del principio de tipicidad que hace parte del debido proceso. Sólo de establecerse que la decisión del Consejo de Estado se produjo en contravía de lo dispuesto en la Constitución o en la ley podría pretenderse que las limitaciones impuestas al actor constituyen violación de sus derechos fundamentales.

La Corte ha analizado el tema de la existencia del medio de defensa judicial alternativo, desde la perspectiva del derecho a ocupar un cargo público. Así, en la sentencia SU-544 de 2001 expresó:

“El segundo derecho presuntamente violado es el derecho a acceder a cargos y funciones públicas. Tal como se analizó en el fundamento 6 de esta sentencia, no es posible tutelar dicho derecho cuando su eventual violación deriva de la violación de otro derecho fundamental. En el presente caso se observa que la supuesta violación a este derecho es el resultado de una violación al derecho al debido proceso. También se ha concluido que el demandante podía acudir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa con el fin de lograr la protección de su derecho fundamental al debido proceso.

Ahora bien, debe destacarse, como se indicó en el fundamento 16.1.2, que mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es posible ordenar el reintegro de un servidor público arbitrariamente separado de su cargo o la indemnización plena. Es decir, salta a la vista que constituye un mecanismo eficaz de protección.”

Para fundamentar las anteriores afirmaciones, la Corte había manifestado lo siguiente:

“... únicamente cuando no está en discusión la titularidad del derecho subjetivo a ocupar el cargo público (T-294 de 1994), se puede considerar la existencia de una amenaza o violación del derecho fundamental, susceptible de protección por vía de tutela. Si la afectación proviene de la duda sobre la titularidad (T-045 de 1993) o de la violación de otro derecho fundamental (SU-250 de 1998), la consideración sobre una violación al derecho fundamental al acceso y desempeño de funciones públicas depende de que aquellas cuestiones sean resueltas de antemano.

....

El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones.

Esta conclusión, no obstante, debilita la posibilidad de protección mediante la tutela pues, es propio de la arbitrariedad la violación de normas superiores, es decir del principio de legalidad, frente a lo cual es competente la jurisdicción contencioso administrativa.

....

8. La protección de los derechos constitucionales no es un asunto reservado a la tutela. El ordenamiento jurídico en su integridad debe respetar los derechos constitucionales (C.P. art. 4) y todas las herramientas judiciales dispuestas por el legislador deben permitir su protección (C.P. art. 2).

En este contexto, se debe entender que los recursos judiciales ordinarios son los instrumentos preferentes a los cuales deben acudir los ciudadanos para lograr la protección de sus derechos. El juez está obligado a resolver el problema legal sometido a su consideración. Sin embargo, dicha solución no puede comprometer los derechos fundamentales de los asociados. Por el contrario, en el proceso ordinario se está en la obligación de garantizar la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5). De ahí que la tutela adquiera carácter subsidiario frente a los restantes medios de defensa

judicial.

9. En los términos del artículo 86 de la Constitución, no basta que en el caso concreto se presente una violación de los derechos fundamentales, sino que es menester, además, que la persona carezca de un medio de defensa judicial eficaz. La nota de eficacia del medio de protección judicial no puede apreciarse en abstracto y sin consideración de los derechos constitucionales fundamentales involucrados¹.

La necesidad de tener presente las circunstancias concretas y los derechos constitucionales involucrados, a efectos de analizar la eficacia del otro medio de protección judicial, explica el carácter subsidiario de la acción de tutela, que impone establecer si el ordenamiento jurídico no ha dispuesto un remedio judicial idóneo y específico para proteger el derecho. Por lo mismo -carácter subsidiario-, la tutela no tiene por objeto desplazar los diversos mecanismos de protección, sino fungir como último recurso -y, por lo mismo, sin restricciones normativas distintas a las normas constitucionales- para lograr la protección de los derechos fundamentales. La forma en que se han desconocido o puesto en peligro los derechos fundamentales, puede indicar la no idoneidad de los mecanismos ordinarios.”

En el presente caso es claro que el demandante cuenta con un medio de defensa judicial expresamente previsto en la ley, para controvertir la sentencia judicial que decreta la pérdida de la investidura, por ser violatoria del debido proceso y con la virtualidad de brindar plena protección al derecho de ejercicio de cargos públicos, en razón a que como resultado de la decisión de la revisión, el Congresista puede ser reintegrado a su curul y rehabilitado en su capacidad para ser nuevamente elegido, sin perjuicio de la reparación patrimonial que pueda obtener.

La misma consideración puede hacerse con respecto a la libertad de expresión y al derecho de libre desarrollo de la personalidad que el actor estima lesionados por la sentencia impugnada.

En efecto, el ejercicio de los cargos públicos implica para quienes lo asumen afrontar una serie de limitaciones que bajo la modalidad de prohibiciones e incompatibilidades se establecen por la propia Constitución y por la ley. De manera que no puede pretenderse que hay violación de la libertad de expresión o del libre desarrollo de la personalidad, cuando el evento que da lugar a tal pretensión resulta de la aplicación legítima de una de tales

limitaciones. Y, como se ha visto, en este caso, la controversia sobre la legitimidad de la limitación impuesta está vinculada inescindiblemente al análisis de la violación del debido proceso, que debe ventilarse por el medio judicial ordinario y no por la vía de la tutela.

Tampoco podría predicarse en este caso, por las mismas razones, la violación al derecho al trabajo o a escoger profesión u oficio, con independencia de lo que por el juez competente se resuelva sobre la violación del debido proceso.

No obstante lo anterior, el demandante sostiene que la decisión de la justicia contenciosa administrativa resultaría inoportuna, por tardía, para garantizar el goce de sus derechos constitucionales y que de ello se derivaría un perjuicio irremediable.

En este caso, la falta de idoneidad temporal alegada por el demandante impone estudiar si procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En la citada Sentencia SU-544 de 2001, la Corte ha recogido las consideraciones generales que han sido desarrolladas por la jurisprudencia constitucional en torno a la tutela como mecanismo transitorio. Dijo la Corte:

“Como lo ha explicado esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo excepcional que sólo puede ser empleado ante la ausencia de otro u otros instrumentos judiciales considerados principales u ordinarios. El carácter subsidiario de la acción de tutela condiciona el ejercicio del derecho público subjetivo que tienen las personas para acudir ante los jueces, en demanda de la protección prevista en el artículo 86 de la Carta Política.

Sin embargo, el constituyente permite que, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, la solicitud de tutela pueda ser presentada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La posibilidad de dar trámite a una petición de amparo como mecanismo transitorio requiere, en primer lugar, demostrar que es inminente un perjuicio irremediable para el derecho fundamental y, en segundo lugar, la existencia de otro mecanismo de defensa judicial. Este último, considerado como instrumento judicial principal u ordinario, deberá ser de una entidad tal que por sus características pueda ser homologado temporalmente, es decir, mientras se tutela “transitoriamente”. Estos elementos no pueden, nuevamente,

considerarse en abstracto, sino a partir de las condiciones propias del proceso.”

Tal como se ha sostenido de manera reiterada por la Corte, la tutela transitoria tiene como objeto la adopción de medidas de carácter temporal con el propósito de evitar un perjuicio irremediable. Tales medidas, sin embargo, no pueden privar de sentido al medio ordinario de defensa.

Así, en la mencionada Sentencia SU-544/2001, la Corte afirmó que se desnaturalizaría la tutela como mecanismo transitorio si se admitiese que la medida temporal de protección anule el proceso ordinario, pues en tal caso, la tutela se convertiría en mecanismo definitivo. Sobre el particular dijo la Corte: “De ahí que el alcance de la protección brindada mediante la tutela como mecanismo transitorio ha de ser eminentemente precario, básicamente suspensivo, salvo que, como ocurrió en la sentencia SU-039 de 19972, la causa de la violación sea una omisión o abstención, y que la realización del acto en nada incida en la solución final del proceso o que el remedio obtenible por la vía judicial alternativa sea manifiestamente inadecuado para proteger el derecho fundamental invocado”. Agregó la Corte que resulta claro “... conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, que el alcance de la medida cautelar no puede incidir y terminar por decidir, en una sede incompetente, la causa pretendi (sic) en el proceso ordinario.”

En el presente caso el actor tiene abierta la posibilidad de interponer el recurso extraordinario especial de revisión para obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso que se habría violado por la sentencia del Consejo de Estado que ordenó la pérdida de su investidura como Congresista. A través de ese medio se plantearía la controversia sobre el debido proceso, en términos idénticos a los que constituyen el presupuesto para resolver la presente acción de tutela, al punto que un pronunciamiento del juez constitucional dejaría sin oficio al juez competente. Los dos procesos, el extraordinario especial de revisión y el de tutela tendrían identidad de causa petendi y de petitum, y resulta claro que no puede haber, sobre la misma causa, dos pronunciamientos judiciales concurrentes.

Por consiguiente, encuentra a Corte que no están presentes en este caso los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

El proceso de pérdida de investidura es un proceso de rango constitucional, en la medida en

que es la propia Carta la que señala los supuestos de hecho, la consecuencia jurídica y el juez competente. De esta manera no puede el juez de tutela desplazar, para fallar en su lugar, al juez competente conforme a la Constitución y no siendo viable en este caso la tutela como mecanismo transitorio, la acción de tutela resulta improcedente.

Como quiera que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca negó, por improcedente y previo análisis del fallo del Consejo de Estado, la tutela, tal decisión habrá de revocarse, para en su lugar declarar, por las razones expuestas en esta providencia, la improcedencia de la acción interpuesta por Edgar José Perea Arias contra el Consejo de Estado.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. Revócase el fallo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, por medio del cual resolvió negar la tutela interpuesta por Edgar José Perea Arias en contra del Consejo de Estado; y en su lugar, declárase la IMPROCEDENCIA de la acción, por existir otro medio de defensa judicial.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Naturaleza del proceso (Salvamento de voto)

Por que siempre me he separado del concepto de la Honorable Corte Constitucional, de que la acción de tutela no procede, por regla general, contra providencias judiciales; siendo sólo excepcionalmente procedente. El artículo 86 de la Constitución establece la procedencia de

la acción de tutela cuando los derechos constitucionales fundamentales han sido vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública. Este concepto de autoridad pública cobija a los jueces, quienes con su acción y omisión pueden vulnerar derechos fundamentales. En mi sentir el fallo de la Corte Constitucional, no respetó la Constitución y lo que hizo fue restringir el alcance de la misma.

PERDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA-Naturaleza del proceso (Salvamento de voto)

No es cierto que el proceso de pérdida de investidura sea de naturaleza jurídica administrativa, ya que su naturaleza es jurídica política; esto es lo que ha hecho que en otros sistemas jurídicos el competente para conocer de ellos no sea el juez contencioso administrativo, sino los jueces que manejan conceptos políticos, como es el Tribunal Constitucional; por esta razón si bien es cierto que el legislador ha atribuido hoy al Honorable Consejo de Estado los procesos de revisión de la pérdida de investidura, no es extraño que mañana pueda atribuirlo a otros jueces. Esta necesidad es mayor, si se tiene en cuenta que por mandato del legislador el actual recurso de revisión procede ante los mismos jueces y lo que es más grave no existen ni impedimento ni recusación de los jueces que intervinieron en la pérdida de investidura. La garantía del debido proceso no implica solamente que exista otro procedimiento y otra acción, sino también que el juez que ya ha conocido de la misma materia, se separe del conocimiento del asunto y que entre, otro juez, que no tiene preconcepto sobre el caso, a fallar el asunto.

CONGRESISTA-Incompatibilidad por desempeño de cargo o empleo público o privado (Salvamento de voto)

En el caso concreto que nos ocupa, la Constitución en el artículo 180 numeral primero creó una incompatibilidad para los congresistas al prohibirles desempeñar cargo o empleo público o privado. Como se sabe las normas sobre incompatibilidades e inhabilidades, deben ser expresas; no existen incompatibilidades por analogía; deben ser interpretadas restrictivamente y no permiten la interpretación extensiva. El Honorable Consejo de Estado, violó estos principios y creó una norma que la Constitución no trae, como incompatibilidad; cual es la de desempeñar oficios privados; de esta manera usurpó funciones, del constituyente o por lo menos del legislador, ya que si bien es cierto todo cargo o empleo implica un oficio, no es cierto que todo oficio implica necesariamente un cargo o empleo. Por

la vía del oficio todos los congresistas terminaron perdiendo la investidura, ya que la gran mayoría realizan oficios privados; por ejemplo, conducir vehículos, criar ganado, escribir, pintar, etc.; de tal manera que un Hobby puede asimilarse a oficio y ocasionar la pérdida de investidura. Por la vía de los oficios se puede terminar en una verdadera cacería de brujas o de congresistas.

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE PERDIDA DE INVESTIDURA-Procedencia por violación del principio de igualdad en aplicación de la ley (Salvamento de voto)

El Honorable Consejo de Estado violó el principio de igualdad, en la aplicación de la ley, ya que en casos similares de congresistas que expresan su opinión, en otros medios de comunicación masiva, como la prensa o la televisión no ha declarado la pérdida de investidura; por lo que dió un trato discriminatorio al Senador Perea. No se entiende como la prensa escrita o la televisión pueden ser de “mejor familia” que la radio. Tampoco es aceptable el argumento de que en el caso del Senador Perea existía propaganda comercial ya que la televisión, como los periódicos también involucran la propaganda comercial; para nadie es un secreto que el gran negocio de los periódicos no es la venta del mismo sino la propaganda que venden incluidos los avisos clasificados y si el Senador leyó alguna cuña eso lo hace acreedor a una sanción moral pero nunca a una sanción penal.

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE PERDIDA DE INVESTIDURA-Violación de derechos fundamentales por el Consejo de Estado (Salvamento de voto)

Con el fallo del Honorable Consejo de Estado se violaron varios derechos fundamentales del Senador Perea; en primer lugar, el de expresar y difundir libremente su opinión, el derecho político a ser elegido y al trato igual. La Corte Constitucional como guardia de los derechos fundamentales, debió reconocerlo así y tutelarlos aún contra una sentencia del Honorable Consejo de Estado.

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD-Aplicación (Salvamento de voto)

TEST DE RAZONABILIDAD-Intensidad (Salvamento de voto)

Cuestionamientos parecidos podemos hacernos en relación con el concepto de intensidad del test (leve, mediano o estricto); ¿Quién determina la intensidad del test? ¿Porqué a unas

materias se aplica un test leve o uno estricto?. Sobre este tema podríamos seguir preguntando ad infinitum. El suscrito magistrado, siempre se ha opuesto a que la Corte Constitucional se “case con la tesis de que a ciertas materias se aplique de antemano un test de una intensidad determinada”; por ejemplo: Que a las materias económicas se aplique un test leve de razonabilidad, ya que eso compromete a la Corte y la pone andar un camino que después no puede deshacer y le impide examinar con objetividad cada caso concreto. De aceptar que a todas las materias económicas hay que aplicarles el mismo test de intensidad, hay que aceptar también que todas tienen la misma importancia; lo que no es cierto, ya que hay algunas materias económicas que tienen más importancia que otras.

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PERDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA-Violación de derechos fundamentales (Salvamento de voto)

En el caso concreto que nos ocupa el análisis de razonabilidad que hizo el juez de tutela sirvió para encubrir la violación de los derechos fundamentales que había hecho en su fallo el Honorable Consejo de Estado; y el juicio de razonabilidad que hizo el Honorable Consejo de Estado en su providencia sirvió para crear una norma que la constitución no preveía y que nunca estableció, como es la prohibición de desempeñar oficios.

Referencia: expediente T-402633

Accionante:

Edgar José Perea Arias

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, salvo mi voto en la presente sentencia, por las razones que a continuación se indican:

1. Por que siempre me he separado del concepto de la Honorable Corte Constitucional, de que la acción de tutela no procede, por regla general, contra providencias judiciales; siendo sólo excepcionalmente procedente. El artículo 86 de la Constitución establece la procedencia de la acción de tutela cuando los derechos constitucionales fundamentales han sido vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública. Este concepto de autoridad pública cobija a los jueces, quienes con su acción y omisión pueden vulnerar derechos fundamentales. En mi sentir el fallo de la Corte Constitucional, no respetó la Constitución y

lo que hizo fue restringir el alcance de la misma.

En el derecho comparado es claro que la mayoría de las sentencias de la Corte Constitucional (tanto alemana como española), son precisamente contra providencias judiciales. No es extraño que los jueces, puedan con sus providencias violar derechos fundamentales. En los sistemas jurídicos donde para poder interponer una tutela, hay que agotar previamente la vía judicial, como sucede por ejemplo en España, es lógico que se permite la tutela contra decisiones judiciales y la regla general es que la tutela procede contra sentencias de los jueces.

2. No es cierto que el proceso de pérdida de investidura sea de naturaleza jurídica administrativa, ya que su naturaleza es jurídica política; esto es lo que ha hecho que en otros sistemas jurídicos el competente para conocer de ellos no sea el juez contencioso administrativo, sino los jueces que manejan conceptos políticos, como es el Tribunal Constitucional; por esta razón si bien es cierto que el legislador ha atribuido hoy al Honorable Consejo de Estado los procesos de revisión de la pérdida de investidura, no es extraño que mañana pueda atribuirlo a otros jueces. Esta necesidad es mayor, si se tiene en cuenta que por mandato del legislador el actual recurso de revisión procede ante los mismos jueces y lo que es más grave no existen ni impedimento ni recusación de los jueces que intervinieron en la pérdida de investidura. La garantía del debido proceso no implica solamente que exista otro procedimiento y otra acción, sino también que el juez que ya ha conocido de la misma materia, se separe del conocimiento del asunto y que entre, otro juez, que no tiene preconcepto sobre el caso, a fallar el asunto.

3. En el caso concreto que nos ocupa, la Constitución en el artículo 180 numeral primero creó una incompatibilidad para los congresistas al prohibirles desempeñar cargo o empleo público o privado. Como se sabe las normas sobre incompatibilidades e inhabilidades, deben ser expresas; no existen incompatibilidades por analogía; deben ser interpretadas restrictivamente y no permiten la interpretación extensiva. El Honorable Consejo de Estado, violó estos principios y creó una norma que la Constitución no trae, como incompatibilidad; cual es la de desempeñar oficios privados; de esta manera usurpó funciones, del constituyente o por lo menos del legislador, ya que si bien es cierto todo cargo o empleo implica un oficio, no es cierto que todo oficio implica necesariamente un cargo o empleo. Por la vía del oficio todos los congresistas terminaron perdiendo la investidura, ya que la gran

mayoría realizan oficios privados; por ejemplo, conducir vehículos, criar ganado, escribir, pintar, etc.; de tal manera que un Hobby puede asimilarse a oficio y ocasionar la pérdida de investidura. Por la vía de los oficios se puede terminar en una verdadera cacería de brujas o de congresistas.

4. El Honorable Consejo de Estado violó el principio de igualdad, en la aplicación de la ley, ya que en casos similares de congresistas que expresan su opinión, en otros medios de comunicación masiva, como la prensa o la televisión no ha declarado la pérdida de investidura; por lo que dió un trato discriminatorio al Senador Perea. No se entiende como la prensa escrita o la televisión pueden ser de “mejor familia” que la radio. Tampoco es aceptable el argumento de que en el caso del Senador Perea existía propaganda comercial ya que la televisión, como los periódicos también involucran la propaganda comercial; para nadie es un secreto que el gran negocio de los periódicos no es la venta del mismo sino la propaganda que venden incluido los avisos clasificados y si el Senador Perea leyó alguna cuña eso lo hace acreedor a una sanción moral pero nunca a una sanción penal. No es tampoco cierto que la única opinión que puede expresarse en el estado de derecho y que merece protección sea “la científica o seria” y que sólo pueden opinar y protegerse de las opiniones de nuestro gran premio nobel García Márquez o del científico Manuel Elkin Patarroyo; pues igual respeto y protección deben tener las opiniones deportivas, ya que la opinión pública es ayudada a formar tanto por los científicos como por los locutores deportivos. El día que no se proteja la opinión pública deportiva ese día está en peligro la democracia colombiana.

5. Con el fallo del Honorable Consejo de Estado se violaron varios derechos fundamentales del Senador Perea; en primer lugar, el de expresar y difundir libremente su opinión, el derecho político a ser elegido y al trato igual. La Corte Constitucional como guardia de los derechos fundamentales, debió reconocerlo así y tutelarlos aún contra una sentencia del Honorable Consejo de Estado.

6. En la providencia de tutela que se revisa, se observa que el juez de primera instancia, en este caso la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, no tutela con el argumento de que el Consejo de Estado había dado una aplicación razonable al numeral primero del artículo 180 de la Constitución. Sobre este criterio de lo razonable, es necesario que nos detengamos un poco ya que tanto los jueces de

tutela como la propia Corte Constitucional acuden con frecuencia al juicio de razonabilidad, para fundar sus fallos. El concepto de razonabilidad se ha convertido en la palabra “mágica”, que permite fundar cualquier decisión es el “abra cadabra” de los taumaturgos constitucionales; es el “abrete sésamo”, de la cueva mágica de Alibaba y los 40 ladrones; que permite esconder la gran carga ideológica que existe detrás de ese concepto y aclaro que estamos utilizando ideología en su sentido prístino; como una mentira que una sociedad se dice a si misma y en este caso que los constitucionalistas se echan a si mismos.

Precisamente a desmitificar esta ideología es que debemos detenernos en el análisis del concepto de razonabilidad que utilizó en este caso el juez de tutela.

7. Si bien es cierto las Cortes o Tribunales que hacen control de constitucionalidad han aplicado una técnica denominada “Test de razonabilidad del criterio de igualdad”, esta técnica se aplica no sólo al derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política de Colombia), sino a todos los demás derechos fundamentales. Se utiliza cuando una ley limita cualquier derecho fundamental y busca salvaguardar el contenido esencial de ese derecho.

8. Este método busca proteger los derechos fundamentales aún frente al propio legislador, ya que la posibilidad que este tiene de limitar los derechos fundamentales no es ilimitada. El Congreso sólo puede restringirlos, cuando estas restricciones se hacen en interés del bien común, es decir, cuando se pueden justificar con consideraciones razonables y objetivas del bien común (fin perseguido) y se compaginan con el principio de proporcionalidad. La limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo público perseguido. El medio tiene que resultar necesario o sea que no se hubiera podido elegir otro medio igualmente eficaz, pero que no afectara o lo hiciera en medida sensiblemente menor, el derecho fundamental.

Como se puede observar esta técnica, que como toda técnica es útil, no se puede recibir sin espíritu crítico, ya que encubre una serie de problemas que no podemos dejar pasar por alto y sobre los cuales queremos llamar la atención:

a. ¿Quién determina el fin perseguido?

b. ¿Quién determina que ese fin es más importante que otros fines?

a. Aceptando que el Estado tiene diversos fines ¿porqué se privilegia un fin frente a los otros?

b. ¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con otro fin?

Idénticas preguntas debemos hacernos ante el concepto de bien común, que es el fin que justifica la restricción de un derecho fundamental. ¿Que es el bien común? etc.

Similares cuestionamientos surgen ante el concepto de razonabilidad:

a. ¿Qué es la razonabilidad?;

b. ¿Quién determina lo razonable?;

c. ¿Cómo se resuelve el conflicto entre razones encontradas?;

d. ¿Qué es lo irrazonable?;

e. ¿Es lo razonable un concepto objetivo o un concepto subjetivo?;

f. ¿Es lo razonable un concepto valido en todo tiempo y lugar o, es un concepto histórico con unas limitaciones temporales y espaciales?.

Unos pocos ejemplos nos demuestran como lo razonable es un concepto histórico; Aristóteles, descubridor de la lógica, que no son más que las reglas del razonar correctamente, y que no puede ser acusado de irracional o de ser persona que no supiera razonar; sin embargo consideraba razonable que unos hombres fuesen esclavos de otros hombres.

La Suprema Corte de los Estados Unidos consideró durante más de 150 años que era razonable que los negros estuviesen separados de los blancos y que existiese el apartheid en las escuelas; y aún después de reconocer la igualdad entre negros y blancos se regía por el

principio de “iguales, pero separados”. Para la Corte Suprema era razonable al comienzo que negros y blancos no eran iguales y después cuando los consideró iguales, era razonable que los iguales estuviesen separados y sólo hasta el año 1954, en una celebre sentencia dió la razón a la familia Brown, para que los iguales no estuviesen separados. Estos dos ejemplos, muestran como el concepto de razonabilidad debe ser sometido a crítica constante.

Idénticos cuestionamientos podemos hacer respecto del concepto medio o de las características de este como son la eficiencia o la necesidad. ¿Qué es lo eficiente o ineficiente? ¿Qué es lo necesario o no necesario? etc.

9. Cuestionamientos parecidos podemos hacernos en relación con el concepto de intensidad del test (leve, mediano o estricto); ¿Quién determina la intensidad del test? ¿Porqué a unas materias se aplica un test leve o uno estricto?. Sobre este tema podríamos seguir preguntando ad infinitum.

El suscrito magistrado, siempre se ha opuesto a que la Corte Constitucional se “case con la tesis de que a ciertas materias se aplique de antemano un test de una intensidad determinada”; por ejemplo: Que a las materias económicas se aplique un test leve de razonabilidad, ya que eso compromete a la Corte y la pone andar un camino que después no puede deshacer y le impide examinar con objetividad cada caso concreto. De aceptar que a todas las materias económicas hay que aplicarles el mismo test de intensidad, hay que aceptar también que todas tienen la misma importancia; lo que no es cierto, ya que hay algunas materias económicas que tienen más importancia que otras; por ejemplo; no es lo mismo una ley que concede un subsidio a los veteranos de la guerra del Perú (de los cuales quedan muy pocas personas) que la ley que contiene el plan de desarrollo; en mi sentir a la segunda ley hay que aplicarle un test muy estricto. Igual razonamiento podemos hacer respecto de los Tratados Internacionales; no es lo mismo un tratado destinado al intercambio de revistas entre Colombia y Venezuela, que un tratado entre los mismos países que establezca la pena de muerte para quienes crucen la frontera sin la correspondiente visa; no hay duda de que en el segundo caso el test debe ser estricto aunque se trate, como en el primer caso, de un tratado internacional donde se podría aplicar un test más leve.

La intensidad de los test, que han sido producto de la experiencia constitucional norteamericana y que los ha clasificado en estricto, medio y leve, plantea también una serie

de interrogantes ¿Porqué sólo estas tres categorías divisorias y no otras; por ejemplo: porqué no un test estrictísimo o levísimo? ¿Porqué no otras categorías como medio estricto o medio leve? y lo que es más importante ¿Quién determina el test que se escoge; existen criterios objetivos para escoger el test o más bien el intérprete escoge subjetivamente un test y luego a posteriori trata de justificarlo?.

10. El juez constitucional no debe limitarse a señalar unas materias (económicas o de relaciones exteriores) y aplicar en consecuencia y de manera necesaria e ineluctable un test débil, ya que en primer lugar debe examinar los bienes jurídicos que se encuentran en juego o en conflicto y de conformidad con esos bienes es que debe hacer el control de constitucionalidad independientemente de que se encuentren en una materia económica o en una materia cultural.

En el caso concreto que nos ocupa el análisis de razonabilidad que hizo el juez de tutela sirvió para encubrir la violación de los derechos fundamentales que había hecho en su fallo el Honorable Consejo de Estado; y el juicio de razonabilidad que hizo el Honorable Consejo de Estado en su providencia sirvió para crear una norma que la constitución no preveía y que nunca estableció, como es la prohibición de desempeñar oficios.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

Salvamento de voto a la Sentencia SU.858/01

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIA DE PERDIDA DE INVESTIDURA-Procedencia por existir vía de hecho (Salvamento de voto)

Ha debido concederse la acción de tutela impetrada por el actor, pues, la situación fáctica y jurídica prevista por el legislador para la prosperidad del recurso extraordinario de revisión especial mencionado, podría ser discutible y finalmente denegada, por una parte; y, por otra, es lo cierto que aún existiendo ese recurso, ese medio judicial de impugnación luego de interpuesto supone un término que no es breve para su tramitación y que puede llevar a que, mientras tanto, se consume y tenga plena efectividad el atropello a los derechos

fundamentales cuya protección se solicita, ya que, como es evidente, el simple paso del tiempo llevará a que termine el mandato popular que al senador se le confirió por sus electores y, lo que es más grave, como consecuencia de la desinvestidura, tampoco podrá intentar siquiera elección alguna ni para el Congreso ni para otro cargo de representación popular. Así las cosas, la decisión de la Corte contenida en la Sentencia de la cual discrepo, aparece inane y, en cambio, deja en pie la violación de la Constitución.

En relación con lo resuelto en la Sentencia SU-858 de agosto 15 de 2001, con el respeto acostumbrado, me veo en la imperiosa necesidad de salvar el voto, por las razones que a continuación se exponen:

1ª. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de 18 de julio de 2000, decretó la pérdida de la investidura del Senador Edgar José Perea Arias por haber incurrido en violación del régimen de incompatibilidades de los congresistas, e invocó para ello la primera de las causales establecidas en el artículo 180 de la Constitución, en la cual se prohíbe a los congresistas el desempeño de cargo o empleo público o privado.

2ª. Interpuesta por el actor acción de tutela contra la aludida sentencia ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Cundinamarca, éste la denegó mediante fallo proferido el 15 de noviembre de 2000, y la Corte Constitucional al revisarlo declaró la improcedencia de la acción, por cuanto consideró que contra la sentencia que decretó la pérdida de la investidura del Senador Edgar José Perea Arias, este puede interponer el recurso extraordinario de revisión conforme a lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, que adicionó el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo para ese efecto.

3ª. Como se expuso por el suscrito magistrado en las sesiones de la Sala Plena correspondientes, las causales de pérdida de la investidura de los congresistas, en cuanto afectan el derecho político a elegir y ser elegido que otorga a los ciudadanos el artículo 40 de la Carta Política, son de derecho estricto, de orden público y de interpretación restrictiva, pues establecen una sanción que impide al afectado el ejercicio pleno de sus derechos políticos en el futuro y a perpetuidad.

4ª. Como aparece con absoluta claridad en el artículo 180 de la Carta se prohíbe a los

congresistas, mientras lo sean, el desempeño de “cargo o empleo público o privado”.

5ª. Pues bien en la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2000 mediante la cual se decretó la pérdida de la investidura del Senador Edgar José Perea Arias, de manera expresa se descarta que él hubiere desempeñado cargo o empleo público, pues es evidente que mientras actuó como miembro del Congreso no tuvo vinculación legal o reglamentaria como servidor público a ninguna entidad del Estado.

De la misma manera, en esa sentencia se da por sentado que el entonces Senador Edgar José Perea Arias, mientras lo fue, no estuvo vinculado por contrato de trabajo con ninguna empresa de televisión o de radiodifusión sonora para la transmisión de eventos deportivos.

No obstante, en la sentencia en referencia, se afirma que para el caso no importa ni tiene trascendencia averiguar si el inculpado celebró contrato de trabajo con alguna empresa para ese efecto, y, tampoco tiene relevancia jurídica, según ese fallo, que la transmisión de partidos de fútbol conforme a una programación preestablecida sea o no remunerada, ni si efectivamente se haya reportado algún beneficio de carácter económico por el Senador que fungía como locutor deportivo, pues, su calidad de miembro del Congreso no podía ponerse al servicio de una cadena televisiva o radial. Y, de allí se concluye que ha de imponerse la pérdida de la investidura por cuanto el congresista aludido puso “...su contingente al servicio de empresas económicas, envueltas en la competencia comercial que generan algunas gestas deportivas...”, circunstancia que lo hace incurso en el quebranto de la prohibición contenida en el numeral primero del artículo 180 de la Constitución y, por consiguiente, así resulta procedente decretar la pérdida de la calidad de congresista según lo establece el artículo 183-1 de la Carta.

6ª. A mi juicio, salta a la vista, sin necesidad de hacer ningún esfuerzo especial del razonamiento, que en la sentencia de 18 de julio de 2000 proferida por el Consejo de Estado en la cual se decretó la pérdida de la investidura del Senador Edgar José Perea Arias, se incurrió en una ostensible vía de hecho, razón por la cual era procedente la acción de tutela impetrada por el actor.

Descartada como lo fue en la sentencia aludida la violación de la prohibición de desempeñar cargo público por el Senador Perea, mientras lo fue, la pérdida de la investidura se fundamenta, entonces, en el desempeño de un cargo o empleo de carácter privado.

Pero ocurre que la propia sentencia afirma que el congresista en mención, conforme a lo que aparece en el expediente, no celebró contrato de trabajo para la trasmisión de partidos de fútbol u otros eventos deportivos en empresas de televisión o de radio, lo que indica que en ausencia de vínculo de carácter laboral no puede predicarse el desempeño de ningún cargo o empleo privado y, entonces, la consecuencia de ello, sería que por ese aspecto, tampoco opera la causal de pérdida de la investidura que se invocó para decretarla.

Y, sin embargo, se decretó. Para ello se acudió a una causal no prevista ni en la Constitución ni en la ley, bajo la afirmación de que la conducta del Senador en cuestión por la transmisión de algunos partidos de fútbol mientras tenía esa calidad, podía generar beneficios económicos a una empresa determinada, lo que, primero, no está demostrado; y, lo que es más importante, carece de sustento en la Constitución y en la ley.

Téngase en cuenta que todo cargo implica el desempeño de una labor, una actividad, un oficio, si se quiere. Pero no toda actividad, oficio, o labor implica el desempeño de un cargo o empleo. Así, bien puede un congresista, o cualquier otra persona, por afición, realizar actividades o labores de pintor, o de músico, o dedicarse al cuidado de las plantas, o de sus hijos o de sus nietos, o otras labores, sin ningún vínculo de dependencia contractual con nadie en el orden laboral, casos en los cuales a nadie se ocurriría pensar que se desempeña un cargo.

Ello quiere decir, entonces, que a punta de razonamiento abstracto y extensivo se creó por el Consejo de Estado en este caso una causal de desinvestidura para los congresistas no establecida en la Constitución y que, así creada sin ninguna competencia para el efecto, sin fundamento distinto se decretó la pérdida de la investidura del Senador Edgar José Perea Arias, lo que constituye una flagrante vía de hecho, máxime si se tiene en cuenta que, adicionalmente, en la misma sentencia se acepta que el Senador mencionado asistió a cien (100) de las ciento seis (106) sesiones de las Plenarias del Senado y a las seis (6) restantes dejó de asistir con excusa previa, y que igualmente estuvo presente en cincuenta (50) de las cincuenta y tres (53) sesiones de la Comisión Séptima del Senado a la cual pertenecía, lo que indica que fue estricto en el cumplimiento de su deber, y pone de manifiesto la iniquidad de decretarle la pérdida de la investidura.

7ª. Se afirma en la Sentencia SU-858 de 15 de agosto de 2001 por la Corte Constitucional,

que no es procedente la acción de tutela impetrada por el ciudadano mencionado, porque existe como vía judicial alterna la posibilidad de que se interponga por el actor el recurso extraordinario de revisión establecido por la Ley 144 de 1994, que conforme a lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, que adicionó el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, ha de tramitarse ante la Sala Plena del Consejo de Estado.

A mi juicio, insisto, ha debido concederse la acción de tutela impetrada por el actor, pues, la situación fáctica y jurídica prevista por el legislador para la prosperidad del recurso extraordinario de revisión especial mencionado, podría ser discutible y finalmente denegada, por una parte; y, por otra, es lo cierto que aún existiendo ese recurso, ese medio judicial de impugnación luego de interpuesto supone un término que no es breve para su tramitación y que puede llevar a que, mientras tanto, se consume y tenga plena efectividad el atropello a los derechos fundamentales cuya protección se solicita, ya que, como es evidente, el simple paso del tiempo llevará a que termine el mandato popular que al senador se le confirió por sus electores y, lo que es más grave, como consecuencia de la desinvestidura, tampoco podrá intentar siquiera elección alguna ni para el Congreso ni para otro cargo de representación popular.

Así las cosas, la decisión de la Corte contenida en la Sentencia de la cual discrepo, aparece inane y, en cambio, deja en pie la violación de la Constitución, por lo que salvo entonces el voto.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

1 Artículo 6 Decreto 2591 de 1991. Así mismo, este punto es una constante en la jurisprudencia de la Corte. Ver, entre muchas, la sentencia T-190 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz.

2 Caso comunidad U'WA contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc.