

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA Y DEMOCRACIA REPRESENTATIVA-Alcance/REPRESENTACION
COMO DERECHO POLITICO-Campo de acción

El concepto de democracia participativa envuelve y amplía el de democracia representativa. No hace desaparecer las características de esta última, sino que las reinterpreta con un criterio distinto de la relación entre poder, Sociedad y Estado. Con esta nueva mirada, no puede entenderse que el derecho político a elegir a los miembros de las Corporaciones públicas de decisión se agote únicamente con el ejercicio al voto. En la democracia participativa, debe también asegurarse que la expresión ciudadana tenga materialmente efectividad. La representación efectiva es por lo tanto una característica inescindible del derecho ciudadano al ejercicio del poder público a través de sus representantes. No puede aceptarse que una vez el ciudadano ha elegido, esa conformación del poder eventualmente deje de tener efecto por alguna circunstancia, y que frente a tal situación no exista un mecanismo para evitarla. Tal y como fue expresado en la sentencia de esta Corporación, la representación efectiva es un derecho político por la conexión conceptual que establece con el derecho a elegir y ser elegido, por el estrecho vínculo que establece con el fin político de conformación y ejercicio del poder por parte del ciudadano, establecido en la Constitución y por ser expresión de los mandatos y principios constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 3, 4 y 40. No es una excesiva extensión de los derechos políticos, como lo plantea el Consejo de Estado, sino que como ha sido visto, resulta necesaria para poder realizar y sobre todo concretar los principios de la democracia.

DERECHO A LA REPRESENTACION EFECTIVA-Fundamental/DERECHO A LA REPRESENTACION
EFECTIVA-Vulneración por ausencia de congresista secuestrado

Al identificar el derecho a la representación efectiva como un derecho político, debe entenderse que éste también tiene un carácter fundamental y que por tanto, en caso de no existir otro mecanismo idóneo de defensa judicial, puede ser protegido por medio de la tutela. La ausencia de un congresista en el seno de la institución, es la ausencia de una voz deliberativa. Y tal situación afecta la efectiva representación, pues la confianza depositada en el ciudadano elegido ha sido truncada.

VACANCIA TEMPORAL-Fuerza mayor por secuestro

Con base en el artículo 261, la fuerza mayor configura una falta temporal que debe ser suplida. Bajo los anteriores supuestos, la fuerza mayor no sólo justifica la ausencia del Senador, sino que también obliga a dar aplicación al artículo 261 de la Carta, declarando la vacancia temporal. En consecuencia, resultaba imperativo suplir esa falta con el candidato que según el orden de inscripción, de forma sucesiva y descendente corresponde a la misma lista electoral, tal y como lo dispone el artículo 134, para las faltas temporales o absolutas de los congresistas. La fuerza mayor que ha sido reconocida por el Senado de la República, justifica también dar aplicación a los artículos 134 y 261 de la Constitución y en consecuencia debió procederse a declarar la vacancia temporal. Con base en las consideraciones precedentes, la Sala concluye que con dicha actitud el Senado de la República vulneró el derecho a la representación efectiva. Como no existe un mecanismo idóneo de protección de este derecho fundamental, dado el corto periodo que le queda a la actual legislatura, resulta procedente el amparo por medio de la tutela a fin de evitar un perjuicio que puede llegar a ser irremediable.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Demostración que votó en la jornada electoral

La legitimidad para actuar del accionante en la búsqueda de su protección al derecho fundamental a la representación efectiva, podía ser probada tan sólo demostrando el ejercicio del derecho al voto. Tal forma de acreditar legitimidad, no es algo extraño o novedoso dentro de nuestro sistema jurídico, sino que por el contrario es el mismo criterio utilizado por la ley 131 de 1994 “Por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones”. En ella, por ejemplo, se estipula que para poder revocar el mandato de los elegidos por medio del mecanismo del voto programático, la convocatoria la puede hacer un porcentaje de los ciudadanos que “haya sufragado en la jornada electoral que escogió al respectivo mandatario”. Como puede observarse, la ley no llega al límite de exigir que cada uno de los sufragantes demuestre que votó por el candidato, pues esto desbordaría los límites de razonabilidad y proporcionalidad. Debido a que el voto es secreto, sería inconstitucional obligar a los ciudadanos a demostrar que han votado por un determinado candidato. De igual forma, concluir que de esa imposibilidad deriva también una indeterminación de la legitimidad para actuar en defensa del derecho a la representación efectiva, pone en riesgo la viabilidad de proteger de algún modo este derecho fundamental. Por tanto, el camino más razonable consiste en dar certeza a las afirmaciones del actor con base en el principio de la buena fe.

Esta Corporación ha sostenido que con base en el principio de armonización concreta, debe evitarse al máximo buscar la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o la restricción de otro. La protección del derecho a la representación efectiva del demandante, no puede afectar los derechos de la familia del Senador secuestrado. Y la única forma de lograr este cometido, será haciendo una excepción al principio general que prohíbe la doble erogación sobre un mismo cargo. La Corte prevendrá al Senado de la República para que siga cancelando los salarios a la esposa e hijos del Senador, sin perjuicio de los emolumentos que deba recibir quien se posesione temporalmente en la curul obtenida por la lista de este Senador, en razón al cumplimiento de sus funciones.

DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Carece de sentido en el caso decretar la nulidad por falta de notificación de terceros interesados/PRINCIPIO DE INSTRUMENTALIDAD-Alcance

Ya que los intereses de los terceros legítimamente interesados han sido protegidos por la tutela del Tribunal Superior de Bogotá, es de concluir que ningún sentido tendría decretar la nulidad de todo lo actuado en este proceso. Como repetidamente lo ha mencionado esta Corporación, las formas procesales tienen una íntima conexión con su fin de protección del debido proceso y de los derechos de las personas. Cuando este fin ha sido cumplido sin el concurso de la forma, resultaría absurdo deshacer todo lo hecho para cumplir un procedimiento que ya ha perdido sentido. Debe entenderse entonces que las formas están regidas por un principio de instrumentalidad, de manera tal que si su propósito, teleología u objetivo ha sido satisfecho, “por grave que parezca el vicio procesal, debe interpretarse que éste ha sido convalidado”. Esta posición muestra su pertinencia si además, puede apreciarse que la aplicación de esta forma contribuye a la vulneración de otros derechos fundamentales.

Resultaría un contrasentido proceder a decretar una nulidad cuando, por un lado, las pretensiones de los terceros legítimamente interesados han sido satisfechas y cuando, por otro, su estricta aplicación provocaría la vulneración definitiva de otro derecho fundamental. En el asunto que ahora se examina debe entenderse entonces que el vicio de falta de notificación a terceros interesados ha sido saneado, al haberse protegido también los intereses de estos últimos.

Referencia: expediente T-551144

Actor: Feijoo Agudelo Hammer

Procedencia:

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Temas:

Derecho fundamental a la representación efectiva

Secuestro de Congresistas, derechos laborales y protección de su familia.

Principio de armonización concreta

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil dos (2002).

La Sala séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la acción de tutela N° T-551144 promovida por el señor Feijoo Agudelo Hammer contra el Senado de la República.

I- ANTECEDENTES

1. El señor Feijoo Agudelo Hammer interpuso el 5 de octubre de 2001, acción de tutela contra el Senado de la República, por considerar que éste ha vulnerado su derecho a la representación política. Afirma que en las elecciones realizadas el 8 de marzo de 1998, votó por la lista encabezada por el señor Luis Eladio Pérez Bonilla, quien resultó elegido para integrar ese cuerpo colegiado. Indica que el parlamentario fue secuestrado el 10 de junio de 2001, por lo cual considera que él y todos los que lo eligieron se han visto privados de su representación. Aduce que esa vulneración ha seguido extendiéndose en el tiempo, porque el Senado de la República no ha declarado la vacancia temporal por fuerza mayor, con la cual

podría llamarse al segundo de la lista que encabeza el parlamentario secuestrado.

2. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca admitió la acción de tutela y comunicó de su iniciación al presidente del Congreso, para que pudiera pronunciarse sobre las pretensiones planteadas. El Senado de la República, actuando por medio del jefe de la división jurídica de esa Corporación, respondió la demanda instaurada el día 11 de octubre de 2001. En su escrito afirma que la comisión de acreditación documental del Senado de la República, emitió un concepto en el cual concluyen que el secuestro es un hecho de fuerza mayor y que por tanto la ausencia al Congreso de un senador secuestrado está justificada. Adicionalmente, indica que de acuerdo al artículo 278 de la ley 5 de 1992, “ninguna falta temporal del congresista dará lugar a ser reemplazado”, e igualmente sostiene que el accionante no tiene legitimidad para interponer la tutela, porque en ningún momento le ha sido vulnerado algún derecho fundamental. Finalmente aduce que el actor sigue contando con representación, pues ésta la ejerce el Congreso en pleno e indica que si el actor no lo considera así, de todas maneras cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para lograr sus pretensiones.

Sentencias objeto de revisión.

3. Por sentencia del 23 de octubre de 2001, la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concedió la tutela interpuesta. Para esa Corporación, el accionante sí cuenta con legitimidad para solicitar el amparo al derecho a la representación. Justifica su posición señalando que “en el asunto bajo estudio, el tutelante afirma que votó por la lista encabezada por el señor Luis Eladio Pérez Bonilla, quien resultó electo, y demuestra que votó en las elecciones del 8 de marzo de 1998. Ante la afirmación señalada, y visto que el voto es secreto, y por ello resulta imposible verificar tal aserto, se hace necesario darle credibilidad, atendiendo el principio de la buena fe.”.

El Tribunal considera que el derecho de participación ciudadana consagrado en el artículo 40 superior, además de ser un principio y fin esencial del Estado social de derecho, es un derecho fundamental. A su juicio, su protección se justifica porque “mediante su aplicación se logra la representación y desde luego la participación en las decisiones estatales”. En el caso concreto, la primera instancia concluye que la tutela procede como mecanismo definitivo y autónomo, por no existir otro medio judicial de defensa para proteger los

derechos conculcados. En ese sentido, considera que debido a que el secuestro del Senador Pérez Bonilla es un caso de fuerza mayor y constituyó una vacancia temporal en el ejercicio del cargo, la Cámara de Representantes debió dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 261 de la Carta, modificado por el acto legislativo 3 de 1993. Por tanto concluye que el amparo procede y en consecuencia, ordena a la entidad accionada que llame al segundo de la lista electoral encabezada por el señor Luis Eladio Pérez Bonilla, para que lo supla en su tarea de representar a sus electores.

Debido a que con esa decisión podrían vulnerarse los derechos del secuestrado y su familia, el Tribunal exhortó al Senado para que evitara desatender las obligaciones que tiene con los parientes que dependen del Senador secuestrado. Pero en vista que pudo comprobarse que la esposa del secuestrado interpuso otra tutela ante el Tribunal Superior de Bogotá, se abstuvo de realizar otras precisiones respecto de los familiares del Congresista.

4. La anterior sentencia fue impugnada por el señor Marco Emilio Hincapié, apoderado del Senado de la República. Sostiene que no puede proceder la acción de tutela porque en ningún momento la institución que representa ha vulnerado el derecho a la participación democrática del señor Feijoo Agudelo Hammer, pues está probado que el actor ejerció este derecho cabal y libremente en el momento en que votó. Opina que el derecho a la participación democrática del actor, no puede extenderse hasta pretender que sea posesionado el segundo de la lista que conforma el Congresista Eladio Pérez Bonilla. Según su parecer, no existe legitimidad en el accionante para plantear esa pretensión, pues ésta debe demostrarse y no simplemente presumirse con base en el principio de la buena fe.

5. De igual forma, la esposa e hijos del parlamentario secuestrado, presentaron una solicitud de nulidad en relación con el pronunciamiento de primera instancia. Indican que no les fue comunicada la iniciación de la acción, aún cuando resultaba evidente que el fallo podría producirles un eventual perjuicio. Manifiestan que por esto no pudieron plantear argumentos con los cuales poder defender sus intereses.

Mencionan que aunque se enteraron tardíamente de la iniciación de la acción, hicieron llegar copia a la magistrada de un proceso de tutela que presentaron ante el Tribunal Superior de Bogotá. Indican que la remisión de tales documentos “se hizo con carácter meramente

informativo, sin que de ello pueda deducirse positiva intervención procesal orientada a controvertir los argumentos medulares de la tutela interpuesta por el señor Feijoo Agudelo, cuyo contenido, como se ha dejado ya ampliamente expuesto, en ningún momento se nos permitió conocer oportunamente.

6. De la impugnación correspondió conocer a la Sección Quinta del Consejo de Estado. En sentencia proferida el 14 de diciembre de 2001, esta Corporación decidió revocar la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar denegó la protección solicitada. Para el Consejo de Estado, de los derechos políticos contenidos en el artículo 40 de la Carta no pueden derivarse otros derechos, porque esto “conduce a extender con innecesaria amplitud los derechos políticos, como que se está admitiendo que el ciudadano puede intervenir en la integración directa de un poder del Estado y provocar el gasto público sin contar con el presupuesto nacional que conforma el plan económico de todo gobierno”.

Afirma de igual forma, que efectivamente está en entredicho el posible derecho de un ciudadano a ser llamado a formar parte del Congreso. Pero sostiene que es un tercero, quien sin legitimación, decide representarlo. Adicionalmente, sostiene que no existe la más mínima información seria sobre una deficiente marcha del Congreso, que permita afirmar que el accionante no está siendo representado.

Por último, argumenta que debido a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, la tutela es improcedente. Indica que cuando existan faltas absolutas o temporales de congresistas, éstas deben ser resueltas posesionando al candidato que en forma sucesiva y descendente corresponda a la misma lista electoral. Señala que el camino adecuado para lograr lo anterior, consiste en pedir a la mesa directiva de la respectiva corporación que proceda a decretar la vacancia. Y en caso de obtener una respuesta negativa, considera que existen otros mecanismos de defensa como acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

1. Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991.

El asunto bajo revisión.

2. El actor considera que el Congreso de la República ha vulnerado sus derechos a la participación política, porque con el secuestro del señor Luis Eladio Pérez Bonilla perdió representación en ese cuerpo legislativo. El Senado de la República considera que la ausencia del Senador está justificada, por ser un hecho de fuerza mayor. Aduce también que el actor carece de legitimidad para plantear las pretensiones con las cuales basa su demanda, y señala que en esa Corporación sigue contando con representación, por lo cual concluye que no ha sido vulnerado ningún derecho fundamental.

3. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, estima que la efectiva representación es un derecho político de carácter fundamental. Considera que con la ausencia de un Senador existe una vulneración a este derecho, por lo cual se hace procedente conceder el amparo. Precisa igualmente que para demostrar legitimidad, el accionante tan sólo debe demostrar que ejerció su derecho al voto, hecho que resulta ser suficiente si es interpretado desde el principio constitucional de la buena fe.

4. Por el contrario, la Sección Quinta del Consejo de Estado considera que la legitimidad del accionante debe demostrarse y no presumirse. Estima que debido a que no puede determinarse claramente la existencia del supuesto derecho político fundamental en cabeza del accionante, el amparo es improcedente. Adicionalmente, menciona que en ningún momento ha sido vulnerado un derecho político fundamental, pues pudo demostrarse que el Senado de la República no impidió al actor el ejercicio de sus derechos políticos. Estima finalmente que de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 constitucional no pueden deducirse otros, porque sería extender su interpretación hasta tal punto que daría a los ciudadanos la facultad de intervenir en la integración directa de un poder del Estado.

Conforme a lo anterior, el presente caso plantea varios problemas jurídicos que la Corte debe resolver. Primero, si la representación de los ciudadanos en el Congreso es un derecho político de carácter fundamental. Segundo, si la ausencia de un Senador afecta la representación política de los ciudadanos. Tercero, si cualquier ciudadano puede tener legitimidad para pedir su protección. Y cuarto, qué camino debe tomarse cuando la protección de un derecho fundamental produce de forma antijurídica, la vulneración de otro derecho con el mismo carácter fundamental.

En la sentencia T-1337 de 20011, recientemente proferida por esta Corporación, fue analizado un caso que tuvo similares supuestos fácticos al presente. Esta Corporación procederá entonces, a reiterar la jurisprudencia expresada en esa sentencia.

El derecho a la representación efectiva como derecho político de carácter fundamental.

5. Uno de los principios que conforman el núcleo conceptual de la democracia participativa es, tal y como lo consagró el artículo 2 Superior, “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.” Y una de las características esenciales del nuevo modelo político inaugurado por la Constitución de 1991, consiste en reconocer que todo ciudadano tiene derecho no sólo a conformar el poder, como sucede en la democracia representativa, sino también a ejercerlo y controlarlo, tal y como fue estipulado en el artículo 40 constitucional.

6. Esta Corporación ha expresado que el nuevo modelo filosófico de la Carta, reconoce la necesidad de la intervención directa y continua del ciudadano en el poder político². En la sentencia C-585 de 19953 la Corte precisó que la participación democrática no es sólo un sistema de toma de decisiones sino que es también “un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo y la tolerancia. El concepto de democracia participativa no comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos, consultas populares, revocación del mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán significativamente en el rumbo de su vida”.

7. A la par con lo anterior, en nuestro actual régimen político sigue conservándose la figura de la representación. En efecto, el artículo 3 Superior declara que “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce de forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”. Sin embargo, esta figura heredada de la democracia representativa, debe ser interpretada con los principios de la democracia participativa. En este sentido, debe entenderse que existen ciudadanos que tienen una titularidad del poder público que deriva de la voluntad popular⁴ y adicional a lo anterior, que quienes eligen y configuran ese poder público no agotan el ejercicio de sus derechos políticos con la elección de representantes, sino que expansiva y continuamente amplían su ámbito de ejercicio al control y activo del poder.

8. Vistas así las cosas, puede observarse que el concepto de democracia participativa envuelve y amplía el de democracia representativa. No hace desaparecer las características de esta última, sino que las reinterpreta con un criterio distinto de la relación entre poder, Sociedad y Estado. Con esta nueva mirada, no puede entenderse que el derecho político a elegir a los miembros de las Corporaciones públicas de decisión se agote únicamente con el ejercicio al voto. En la democracia participativa, debe también asegurarse que la expresión ciudadana tenga materialmente efectividad.

9. La representación efectiva es por lo tanto una característica inescindible del derecho ciudadano al ejercicio del poder público a través de sus representantes. No puede aceptarse que una vez el ciudadano ha elegido, esa conformación del poder eventualmente deje de tener efecto por alguna circunstancia, y que frente a tal situación no exista un mecanismo para evitarla. Tal y como fue expresado en la sentencia T - 1337 de 2001, la representación efectiva es un derecho político por la conexión conceptual que establece con el derecho a elegir y ser elegido, por el estrecho vínculo que establece con el fin político de conformación y ejercicio del poder por parte del ciudadano, establecido en la Constitución y por ser expresión de los mandatos y principios constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 3, 4 y 40. No es una excesiva extensión de los derechos políticos, como lo plantea el Consejo de Estado, sino que como ha sido visto, resulta necesaria para poder realizar y sobre todo concretar los principios de la democracia.

10. Como reiteradamente ha considerado esta Corporación, porque es por medio de los derechos políticos como son realizados los mandatos constitucionales y democráticos, éstos tienen carácter fundamental⁵. Si no fuera así, no tendría efectividad el principio contenido en el artículo 2 constitucional, que le impone al Estado el deber de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan. Al respecto, resulta pertinente recordar lo afirmado por esta Corporación en la sentencia T - 045 de 19936:

“Los derechos políticos de participación, consagrados en el artículo 40 de la Carta, y dentro de los cuales se encuentra el de “elegir y ser elegido”, hacen parte de los derechos fundamentales de la persona humana. Los derechos de participación en la dirección política de la sociedad constituyen una esfera indispensable para la autodeterminación de la persona, el aseguramiento de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo. La sociedad construye al Estado y organiza el ejercicio del poder político; en esta capacidad

constitutiva del orden político radica la esencialidad de los derechos políticos de participación.”

En consecuencia, al identificar el derecho a la representación efectiva como un derecho político, debe entenderse que éste también tiene un carácter fundamental y que por tanto, en caso de no existir otro mecanismo idóneo de defensa judicial, puede ser protegido por medio de la tutela.

La ausencia de un congresista, vulnera el derecho fundamental a la representación efectiva.

11. Podría pensarse que la ausencia de un sólo congresista, no afecta la representación política de los ciudadanos. De hecho, es cierto que el Congreso sigue funcionando y cumpliendo sus actividades, tal y como lo manifiesta el representante del Senado de la República. Sin embargo, de la actividad continua del Congreso, no puede deducirse la inexistencia de una vulneración al derecho a la representación efectiva del ciudadano que ha votado por alguna persona determinada.

12. Cuando los ciudadanos eligen a otro para que forme parte del legislativo, confían en que éste actuará y participará directamente en la toma de decisiones. Es cierto que el tipo de representación que ejercen los Congresistas tiene ciertas características especiales, de forma tal que frente a ella no procede el mecanismo de la revocatoria del mandato por no haber sido elegidos por medio del voto programático, y sus opiniones y votos tienen carácter inviolable⁷. Pero estas peculiaridades no riñen con la posibilidad de que los ciudadanos ejerzan un continuo control de las funciones del elegido, sino que por el contrario, esta vía posibilita materializar un principio y mandato constitucional. Si no fuera así, los electores quedarían convertidos tan sólo en sujetos pasivos de las acciones de la respectiva Corporación que conformaron, con lo cual se contrariarían no sólo los principios de la democracia participativa sino también los del mismo gobierno democrático representativo⁸.

“La representación entonces, implica en un primer momento, la conformación del poder político ejercida por los ciudadanos a través de la elección, que a la luz del artículo 40 Superior, es manifestación de un derecho político fundamental. Sin embargo, la representación no se agota allí sino que involucra también el derecho a que el Estado

mantenga la integridad del cuerpo representativo.

(...)

Esto porque el derecho político de participación, de acuerdo a como lo prevé el artículo 40 superior, no incluye únicamente la conformación del poder. De la misma disposición se colige que en el derecho mencionado también está involucrado su ejercicio, que en el caso que se analiza, toma realidad a través de la efectiva representación. Existe por tanto una conexión inescindible entre el derecho a la participación y la representación efectiva, pues en los casos en que esta última falta, el primero comienza a perder uno de sus elementos conceptuales: el ejercicio del poder.”

14. El mismo pensamiento inspiró al Constituyente, cuando decidió consagrar la figura de la vacancia para los miembros de las Corporaciones Públicas. No interpretó la representación efectiva como un problema simplemente porcentual, sino que consideró que la ausencia tan sólo de un miembro en esas Corporaciones debía ser solucionada. En tal sentido estipuló en el artículo 134 de la Constitución, modificado por el artículo 1º del acto legislativo No. 3 del 15 de diciembre de 1993 que “las faltas absolutas o temporales de los miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral”. La vacancia a su vez, quedó regulada en el artículo 261 superior, modificado por el artículo 2º del acto legislativo No. 3 de 1993, norma que dispone: “las faltas absolutas o temporales serán suplidas por los candidatos que según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral (...) son faltas temporales las causadas por: la suspensión del ejercicio de la investidura popular, en virtud de decisión judicial en firme; la licencia sin remuneración; la licencia por incapacidad certificada por médico oficial; la calamidad domestica debidamente probada y la fuerza mayor” (subraya la Sala)

15. Con base en la normatividad superior antes citada, pierden todo sentido las razones presentadas inicialmente por el Jefe de la división jurídica del Senado de la República, quien considera que no procede el amparo porque según el artículo 278 de la ley orgánica 5 de 1992, “ninguna falta temporal del congresista dará lugar a ser reemplazado”. Elementales criterios de interpretación de las leyes, como son la prevalencia de la ley superior sobre la inferior, y de la posterior sobre la anterior, hacen concluir sin asomo de duda, que la

normatividad aplicable es la Constitución, modificada por aquel acto legislativo que en 1993 transformó sus artículos 134 y 261. Debido a que la ley 5 de 1992 reproducía parcialmente un texto constitucional que fue modificado y dado que el actual contraría el anterior mandato, debe entenderse que esa reproducción realizada por la ley 5 de 1992 ya no tiene fuerza normativa alguna.

16. La Sala concuerda con los argumentos esgrimidos por la comisión de acreditación documental del Senado de la República, quien considera que el secuestro del Senador Luis Eladio Pérez Bonilla constituye una fuerza mayor que justifica su ausencia. Así lo ha entendido y manifestado esta Corporación, entre otras, en la sentencia T-015 de 19959:

“Considera la Corte que la naturaleza misma de este abominable y atroz delito coloca a la víctima del secuestro frente a un estado de indefensión, imposibilitándolo para expresar su voluntad, y por ende, para el cumplimiento de sus obligaciones laborales en relación con el patrono, en virtud de una situación que configura la fuerza mayor. Como consecuencia de ello, el secuestro mal puede conducir a la terminación de la relación laboral, ni puede afectar el derecho que éste tiene a percibir en cabeza de su cónyuge y demás beneficiarios, los salarios y prestaciones correspondientes”.(...)

Es pues, la noción de fuerza mayor la que debe aplicarse en este asunto, pues a causa de la misma se produjo la interrupción del servicio por parte de quien estaba en pleno ejercicio de sus actividades laborales. (subraya la Sala)”

Posición que fue reiterada en la sentencia T 1337 de 200110, que analizó el tema concreto de secuestro de congresistas:

“Debe entonces recordarse, que no es con los criterios del Código Civil como ha de interpretarse la Constitución, norma de normas. En este caso en concreto, escapa a los criterios de razonabilidad el sostener que el secuestro, al ser un hecho de “posible ocurrencia” deba ser totalmente previsible. Por el contrario, partiendo del presupuesto de que es el Estado quien debe “proteger a todas las personas residentes en Colombia en su honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” (Art. 2 CN) el secuestro es un fenómeno tan irresistible como imprevisible. En el caso concreto de los senadores, el mismo Estado brinda medidas especiales de seguridad previendo precisamente su mayor vulnerabilidad. Cuando esas protecciones no son suficientes, el individuo se encuentra ya en

el campo de la imprevisibilidad. Una afirmación en contrario supondría que el Estado demanda a los ciudadanos una excesiva exigencia de autoprotección, que desborda las fronteras de la proporcionalidad.”

17. Con el mismo argumento, debe concluirse también que con base en el artículo 261, la fuerza mayor configura una falta temporal que debe ser suplida. Bajo los anteriores supuestos, la fuerza mayor no sólo justifica la ausencia del Senador, sino que también obliga a dar aplicación al artículo 261 de la Carta, declarando la vacancia temporal. En consecuencia, resultaba imperativo suplir esa falta con el candidato que según el orden de inscripción, de forma sucesiva y descendente corresponde a la misma lista electoral, tal y como lo dispone el artículo 134, para las faltas temporales o absolutas de los congresistas.

18. El señor Fabio Granada Loaiza, segundo renglón de la lista que conformaba el señor Luis Eladio Pérez Bonilla, solicitó el día 20 de septiembre de 2001 ser llamado a ocupar la curul, como consecuencia de la falta temporal del Senador secuestrado, tal y como obra en el expediente a folios 72 y ss. El presidente del Senado de la República, en respuesta al oficio presentado, el día 8 de octubre de 2001 decidió no acceder a tal solicitud, por considerar que la ausencia del Senador Luis Eladio Pérez estaba justificada.

19. La fuerza mayor que ha sido reconocida por el Senado de la República, justifica también dar aplicación a los artículos 134 y 261 de la Constitución y en consecuencia debió procederse a declarar la vacancia temporal. Con base en las consideraciones precedentes, la Sala concluye que con dicha actitud el Senado de la República vulneró el derecho a la representación efectiva. Como no existe un mecanismo idóneo de protección de este derecho fundamental, dado el corto periodo que le queda a la actual legislatura, resulta procedente el amparo por medio de la tutela a fin de evitar un perjuicio que puede llegar a ser irremediable.

Legitimidad del accionante para solicitar el amparo.

20. El Consejo de Estado revocó el amparo concedido por la Sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aduciendo que el accionante carecía de legitimidad para solicitar el amparo. Según esa autoridad judicial, éste es un tercero sin legitimación para pretender posesionar al segundo de la lista, que es sobre quien recae directamente un interés.

Sobre este punto, resulta igualmente necesario reiterar el estudio que esta Corporación realizó en la sentencia T - 1337 de 2001. En ese momento, la Corte consideró que la legitimidad para actuar del accionante en la búsqueda de su protección al derecho fundamental a la representación efectiva, podía ser probada tan sólo demostrando el ejercicio del derecho al voto.

21. Tal forma de acreditar legitimidad, no es algo extraño o novedoso dentro de nuestro sistema jurídico, sino que por el contrario es el mismo criterio utilizado por la ley 131 de 1994¹¹ “Por la cual se reglamenta el voto programático y se dictan otras disposiciones”. En ella, por ejemplo, se estipula que para poder revocar el mandato de los elegidos por medio del mecanismo del voto programático, la convocatoria la puede hacer un porcentaje de los ciudadanos que “haya sufragado en la jornada electoral que escogió al respectivo mandatario” (artículo 7). Como puede observarse, la ley no llega al límite de exigir que cada uno de los sufragantes demuestre que votó por el candidato, pues esto desbordaría los límites de razonabilidad y proporcionalidad. Debido a que el voto es secreto, sería inconstitucional obligar a los ciudadanos a demostrar que han votado por un determinado candidato.

22. De igual forma, concluir que de esa imposibilidad deriva también una indeterminación de la legitimidad para actuar en defensa del derecho a la representación efectiva, pone en riesgo la viabilidad de proteger de algún modo este derecho fundamental. Por tanto, el camino más razonable consiste en dar certeza a las afirmaciones del actor con base en el principio de la buena fe, tal y como lo entendió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En efecto, en el escrito de tutela el actor Hammer Feijoo Agudelo, menciona que “En las elecciones verificadas el día 8 de marzo de 1998, fue elegido como Senador de la República el doctor Luis Eladio Pérez Bonilla, debate electoral en el que voté por la lista encabezada por el doctor Pérez Bonilla (Fls 1 y ss.)” (subraya la Sala). Y de igual forma, a folio 13 del expediente de esta tutela, obra un documento expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, en el cual los registradores especiales de Santiago de Cali hacen constar que “el señor Feijoo Agudelo Hammer, identificado con cédula de ciudadanía No. 94.396.488 de Cali - Valle sufragó en los comicios electorales realizados el 8 de marzo de 1998, en la Zona 01, Puesto 01, mesa 0023 (Escuela Benjamín Herrera)”. Por tanto, ese documento y las afirmaciones del accionante son prueba suficiente de su legitimidad para solicitar la protección del derecho fundamental a la representación efectiva.

Los derechos de la familia del secuestrado

23. Sin embargo, la Corte también observa que como consecuencia del amparo que se conceda al peticionario sobre su derecho efectivo a la representación política, los derechos de la familia del secuestrado pueden verse afectados de forma antijurídica. En efecto, al amparar el derecho a la representación efectiva, deberá procederse a la posesión del segundo de la lista que encabeza el Senador secuestrado, y en consecuencia, el salario destinado para esa curul deberá ser cancelado al Senador que lo reemplace temporalmente. Como en nuestro régimen legal no puede hablarse de la existencia de una doble erogación del tesoro sobre un mismo cargo público, la familia del Senador secuestrado dejaría de percibir los emolumentos que corresponden a su esposo y padre, con lo cual verían afectada su subsistencia.

24. Bajo estos aspectos, puede pensarse que la única salida viable consista en decidirse por el amparo de alguno de los dos derechos involucrados. Sin embargo, es posible pensar otra salida, de forma tal que pueda armonizarse una protección conjunta. En efecto, esta Corporación ha sostenido que con base en el principio de armonización concreta, debe evitarse al máximo buscar la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o la restricción de otro. Tal fue el pensamiento expresado por esta Corporación en la sentencia T - 425 de 1995¹² en donde afirmó:

“[e]l intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad”.

Por las anteriores consideraciones, la Corte prevendrá al Senado de la República para que siga cancelando los salarios a la esposa e hijos del Senador Luis Eladio Pérez, sin perjuicio de los emolumentos que deba recibir quien se posesione temporalmente en la curul obtenida

por la lista de este Senador, en razón al cumplimiento de sus funciones.

26. Contrario a lo que podría pensarse, esta decisión evita un perjuicio al tesoro público que eventualmente sería más gravoso si fueran desconocidos de antemano, los derechos que tiene la esposa e hijos del Senador Luis Eladio Pérez. Nada les impediría acudir con posterioridad a la jurisdicción contenciosa, para solicitar una indemnización de perjuicios por una decisión antijurídica del Estado. Como procederá a verse, los derechos del Senador Luis Eladio Pérez y su familia ya han sido protegidos por medio de una tutela concedida por el tribunal de Bogotá. Y la decisión que en esta sentencia se adopte, no puede ir en contravía de ese fallo.

La nulidad planteada ante el Consejo de Estado.

27. La señora Angela Rodríguez de Pérez, esposa del Senador secuestrado, presentó al Consejo de Estado una solicitud de nulidad sobre el pronunciamiento de primera instancia. Indica que nunca le fue comunicada la iniciación de la acción de tutela, a pesar de tener un interés directo en el fallo. Menciona que efectivamente, al ser tutelado el derecho a la representación, ella y su familia fueron afectados con la sentencia, pues dejaron de percibir los salarios del congresista que por derecho venían devengando.

28. De acuerdo con el artículo 13 inciso final del Decreto 2591, “quien tenga un interés legítimo en el resultado del proceso, puede intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud” e igualmente de acuerdo con el artículo 16 inciso final, el juez deberá notificar a las partes o intervinientes sobre el contenido de las decisiones tomadas. En estricto sentido, la norma no exige que el juez notifique de la iniciación del proceso a los terceros legítimamente interesados. Sin embargo, la Corte ha considerado que este es un requisito que no puede ser soslayado por los jueces de tutela. En consecuencia, en los casos en los cuales los terceros interesados no han sido notificados de la iniciación de la acción de tutela, debe declararse la nulidad de todo lo actuado, pues ha existido respecto de éstos una violación a su debido proceso¹³.

29. Como fue expuesto por la Corte en auto del 3 de octubre de 2001¹⁴, si bien en la acción de tutela es permitido un margen de informalidad, no se desprende de allí un desconocimiento total de las formas mínimas con las cuales busca salvaguardarse el debido proceso y los derechos de otras personas. En el caso que estudia la Sala, se ve con

extrañeza que en el proceso no fueron vinculadas la esposa y los hijos del Senador secuestrado, quienes claramente tienen un interés directo en el resultado del fallo. El Consejo de Estado, ante quien presentaron un escrito pidiendo la nulidad, no resolvió en ninguno de los apartes de su sentencia la solicitud impetrada. Tales hechos serían elementos suficientes para concluir que en el presente caso debe ser decretada la nulidad de todo lo actuado. Pero proceder de esta manera, impediría definitivamente la protección efectiva del derecho a la representación. Por tanto es necesario indagar si existe otro mecanismo con el cual solucionar la indebida notificación a los terceros interesados.

30. En la solicitud de nulidad presentada ante el Consejo de Estado, la Señora Angela Rodríguez de Pérez actuando en su propio nombre y en representación de sus hijos, pudo plantear sus pretensiones. En su escrito argumentan que con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sufrieron una afectación patrimonial, por cuanto dejaron de cancelarles los emolumentos de su esposo y padre. La Corte concluye de acuerdo a ese escrito, que el legítimo interés en el presente proceso de tutela de la esposa e hijos del Senador secuestrado, tiene un carácter patrimonial que como pasa a explicarse, ya ha sido protegido.

En efecto, la esposa e hijos del señor Luis Eladio Pérez, interpusieron una tutela ante el Tribunal Superior de Bogotá solicitando el amparo a sus derechos a la vida y el mínimo vital. Esa Corporación concedió el amparo argumentando que el Estado debe proteger a quienes por su condición física o económica están en circunstancias de debilidad. En consecuencia, ordenó al Congreso de la República que continuara cancelando los salarios y prestaciones a que tiene derecho el Senador Luis Eladio Pérez.

31. Ya que los intereses de los terceros legítimamente interesados han sido protegidos por la tutela del Tribunal Superior de Bogotá, es de concluir que ningún sentido tendría decretar la nulidad de todo lo actuado en este proceso. Como repetidamente lo ha mencionado esta Corporación, las formas procesales tienen una íntima conexión con su fin de protección del debido proceso y de los derechos de las personas. Cuando este fin ha sido cumplido sin el concurso de la forma, resultaría absurdo deshacer todo lo hecho para cumplir un procedimiento que ya ha perdido sentido.

32. Debe entenderse entonces que las formas están regidas por un principio de

instrumentalidad¹⁵, de manera tal que si su propósito, teleología u objetivo ha sido satisfecho, “por grave que parezca el vicio procesal, debe interpretarse que éste ha sido convalidado”¹⁶. Esta posición muestra su pertinencia si además, puede apreciarse que la aplicación de esta forma contribuye a la vulneración de otros derechos fundamentales.

Resultaría un contrasentido proceder a decretar una nulidad cuando, por un lado, las pretensiones de los terceros legítimamente interesados han sido satisfechas y cuando, por otro, su estricta aplicación provocaría la vulneración definitiva de otro derecho fundamental. En el asunto que ahora se examina debe entenderse entonces que el vicio de falta de notificación a terceros interesados ha sido saneado, al haberse protegido también los intereses de estos últimos.

33. En consecuencia, esta Sala procederá a proteger el derecho a la representación efectiva en el poder político, previniendo al Senado de la República para que no desproteja los derechos patrimoniales de los familiares del Senador secuestrado, que fueron amparados en la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

III. DECISION.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Y en su lugar, CONFIRMAR la sentencia del día veintitrés de octubre de dos mil uno, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda.

Tercero. Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T 1337 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

2 Cf. Sentencia C-011 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 M.P. Hernando Herrera Vergara.

4 Cf. SU 748 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes.

5 Sentencias T - 439 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T 045 de 1993 M.P. Jaime Sanín Geiffenstein entre otras.

7 Sentencia SU- 047 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-062 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

8 Al respecto puede consultarse, PITKIN, Hanna Fenichel, El concepto de representación,, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985 pg. 257

9 M.P. Hernando Herrera Vergara

10 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

11 Diario Oficial No. 41.351, de 9 de mayo de 1994

12 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

13 A 058 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, A-011 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, A 028 de 1997 M.P. José Gregorio Hernandez, A 030 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, A 030 de 2000. M.P. Alvaro Tafur Galvis, T 1020 de 1999 M.P. Fabio Morón Díaz, Auto del 4 de octubre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

14 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

15 Sobre el principio de instrumentalidad de las formas, pueden consultarse las sentencias C - 737/01, T - 307 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T - 1337 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. De igual forma la sentencia T - 889 DE 2001 M.P. Manuel José Cepeda.

16 T 1337 de 2001 M.P. Rodrigo Uprimny