

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ

Bogotá D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008)

N° de Radicación: 2500023240002007-02399-01

Actor: JORGE ENRIQUE GÓMEZ MONTEALEGRE

ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN –

FALLO

Se decide la impugnación del actor contra la sentencia del 28 de noviembre de 2007 de la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que **DENEGÓ** la tutela.

ANTECEDENTES

a. La Solicitud

El señor Jorge Enrique Gómez Montealegre, en nombre propio, en escrito del 13 de noviembre de 2007 (fs. 1 a 3) instauró acción de tutela contra la Mesa Directiva del Senado de la República, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a tener directamente iniciativa en la corporación pública del Senado de la República, a conocer como colombiano la verdad, al reconocimiento de su personalidad jurídica, a la imparcialidad, a no ser discriminado y a recibir igual, con base en los hechos relevantes que se resumen así:

El 2 de mayo de 2007 se posesionó como Senador de la República el señor Vicente Blel Saad en reemplazo del señor Dieb Maloof, quien fue privado de su libertad. El señor Jorge Castro Pacheco, quien se encontraba de segundo en la lista, no aceptó el llamado.

El 4 de octubre de 2007 el Senador Blel fue llamado a indagatoria por la Corte Suprema de Justicia, diligencia que debía practicarse el 9 del mismo mes y año.

El Senador Blel renunció a su curul para ser juzgado por la Fiscalía General de la Nación, renuncia aceptada el 16 de octubre de 2007.

El 9 de noviembre de 2007 el actor acudió al Senado de la República con el fin de que la Mesa Directiva lo posesionara, teniendo en cuenta el régimen legal aplicable y con base en los resultados electorales obtenidos que lo ubican en el siguiente orden descendente de la lista por la que resultó elegido el señor Dieb Maloof.

La Presidente del Senado de la República a través de su asesora, le informó que no era posible que él se posesionara, toda vez que se había presentado el señor Vicente Blel para tomar posesión de la curul, que ante la inasistencia de la Presidente se fijó para el 13 de noviembre de 2007, hecho que para el actor es ilegal *“porque, el doctor BLEL SAAD, renunció para evadir la indagatoria y competencia de la Corte como está demostrado en la documentación que adjunto, dicho de otra manera el doctor BLEL, perdió la investidura de Senador por la renuncia, de un lado y, de otro, como ya la Corte se quitó el expediente, aparentemente, porque lo remitió para la fiscalía, ahora, nuevamente, en una jugada que afecta el principio de la moralidad administrativa, igualdad, eficacia, celeridad, imparcialidad, se pretende evadir ahora la competencia de la fiscalía y en ese ir y venir, dilatar el principio de la recta y cumplida justicia,*

reglados en el art. 209 de la Constitución, con lo cual la mesa directiva se hace partícipe”.

El actor solicitó *“Que se ordene a la doctora **NANCY PATRICIA GUTIERREZ**, Presidente de la Mesa Directiva del Senado se abstenga de posesionar, nuevamente, al doctor **VICENTE BLEL SAAD**, COMO SENADOR, hasta tanto no se falle esta tutela”.*

b. La Oposición

El Subsecretario General del Senado de la República, en escrito del 20 de noviembre de 2007 (fs. 15 y 16), luego de explicar la figura de la vacancia en sus modalidades de temporal y absoluta, indicó que *“cuando el Congresista que falte **temporal o absolutamente** hubiere sido elegido de una lista con voto preferente, como es el caso que nos ocupa, debe ser **llamado** a suplir la vacancia, el primer candidato no elegido en la misma lista, reordenada según la votación de cada candidato en orden sucesivo y descendente. () Los Presidentes de la Cámara y Senado, deben hacer el llamado a tomar posesión a los candidatos una vez se presente la vacancia temporal o absoluta y estos tan sólo tendrán los ocho días siguientes para tomar posesión so pena de perder la investidura”.*

En relación con los hechos de la demanda, señaló que el señor Vicente Blel Saad se posesionó como Senador de la República el 2 de mayo de 2007 para suplir la vacancia temporal dejada por el Senador Dieb Maloof, como consecuencia de la suspensión provisional de su condición hecha por la Mesa Directiva mediante Resolución N° 143 de 2007, teniendo en cuenta que el señor Jorge Castro Pacheco, se excuso de suplir provisionalmente la falta temporal existente.

El 8 de octubre de 2007 el Senador Blel envió un escrito indicando que no podía continuar sufriendo la falta temporal del Senador Maloof.

El 9 de octubre de 2007 el Senador Dieb Maloof renunció a su investidura y esta le fue aceptada, presentándose la falta absoluta.

En virtud de ello, la Mesa Directiva hizo el llamado definitivo a ejercer el cargo de Senador de la República al primer y segundo candidato de la lista, reordenada según la votación de cada candidato en orden sucesivo y descendente, correspondiéndole en primer lugar al señor Jorge Castro Pacheco, quien presentó excusa e incapacidad médica imposibilitándose para poder tomar posesión del cargo de Senador de la República y en segundo lugar, al señor Vicente Blel quien presentó incapacidad médica el 19 de noviembre de 2007, el cual no tomaría posesión del cargo, por el tiempo que dure la incapacidad. En consecuencia, corresponderá a la Presidencia del Senado de la República, proceder a hacer el llamamiento al siguiente candidato, una vez se obtenga el dictamen que será emitido por la Comisión de Ética.

c. La Providencia Impugnada

La Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 28 de noviembre de 2007 (fs. 116 a 137), **DENEGÓ** la tutela.

Luego de precisar la finalidad de la acción de tutela y de señalar el contenido de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados (a la igualdad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a conocer la verdad, a la imparcialidad y los derechos del ciudadano), relacionó uno a uno los documentos que obran en el informativo y concluyó que al actor no le han sido vulnerados sus derechos, toda vez que, luego de

producirse la vacancia definitiva de la curul por motivo de la renuncia presentada por el señor Dieb Maloof y aceptada por la Mesa Directiva, el señor Vicente Blel no tomó posesión del cargo y en todo caso, la Mesa no ha efectuado el llamado correspondiente en virtud de la no aceptación por parte del señor Jorge Castro Pacheco.

Entonces, no se puede considerar la violación cuando aún no se ha materializado el llamamiento a la persona que debe suplir la vacante definitiva según el artículo 134 de la Constitución Política, dirigiéndose a la persona que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, corresponda a la misma lista electoral, tal como fue dispuesto en el ordinal segundo de la Resolución N° 41 del 17 de octubre de 2007 de la Mesa Directiva del Senado de la República, por la cual se aceptó la renuncia del señor Dieb Maloof y se hizo el llamado al segundo de la lista, esto es, al señor Jorge Castro Pacheco.

d. La Impugnación

El actor **IMPUGNÓ** la anterior decisión (f. 140). Afirmó que hasta esa fecha persiste la violación de sus derechos fundamentales, toda vez que una vez presentado el retiro del señor Blel y aceptada la renuncia de la curul, se le debió llamar para ocuparla. Además, es de público conocimiento que la dimisión de los señores Maloof, Blel y Castro, obedece a su vinculación con el paramilitarismo, dejando a su partido sin representación y descomponiendo el Senado de la República.

e. El Trámite Procesal

En aplicación de los principios orientadores de esta acción, mediante auto de Ponente del 22 de febrero de 2007 (f. 168), se decretaron unas pruebas de oficio para verificar la existencia de los hechos alegados y

mejor proveer la decisión final. En cumplimiento de lo anterior, la Secretaría General libró los oficios números 981, 982 del 25 de febrero de 2008 (fs. 151 a 153). Las respuestas se recibieron en el Despacho de la Magistrada Ponente el 3 de marzo de 2008 (fs. 168 a 228).

CONSIDERACIONES DE LA SECCIÓN

La acción de tutela faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en ciertos casos. Dada su naturaleza subsidiaria, sólo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, o en su defecto, de manera transitoria, siempre que sea necesario para evitar un perjuicio irremediable.

El señor Jorge Enrique Gómez Montealegre solicita la protección de sus derechos fundamentales a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a tener iniciativa, a conocer como colombiano la verdad, al reconocimiento de su personalidad jurídica, a la imparcialidad, a no ser discriminado y a recibir igual trato, los cuales considera vulnerados por la Mesa Directiva del Senado de la República, en cuanto no ha sido llamado para llenar la vacante definitiva de la curul que ocupaba el señor Dieb Maloof, a raíz de su renuncia y de los llamados Vicente Blel y Jorge Castro Pacheco.

A su juicio, es él quien debe ser llamado porque el artículo 134 de la Constitución Política¹ dispone que *“Las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y*

¹ Artículo modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 3 de 1993.

descendente, correspondan a la misma lista electoral” y él ocupa el cuarto renglón en el orden de inscripción, después de los señores Dieb Maloof, Jorge Castro y Vicente Blel, respectivamente.

Derecho a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político.-

El artículo 40 de la Constitución Política dispone que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse (Subraya la Sala).

Este derecho es de naturaleza compleja ya que consagra su ejercicio desde por lo menos siete posibilidades. Tiene significaciones de naturaleza tanto objetiva como subjetiva y por ello, el constituyente lo contempló desde distintas sedes y a través de diversos mecanismos: El voto, el derecho de acción, la iniciativa legislativa, la revocatoria del mandato, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, etc. Diversas normas constitucionales dan alcance al ejercicio de este derecho, los artículos 1º, 3º, 103, 259, 263, entre otros².

Sobre el alcance del derecho a la participación política y la procedencia de la acción de tutela para exigir que la Mesa Directiva de una Corporación Pública proceda a llamar al que de conformidad con la

² "ARTÍCULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

"ARTÍCULO 3o. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece."

"ARTÍCULO 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan."

"ARTÍCULO 259. Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato. La ley reglamentará el ejercicio del voto programático."

"ARTÍCULO 263. Para todos los procesos de elección popular, los partidos y movimientos políticos presentarán listas y candidatos únicos, cuyo número de integrantes no podrá exceder el de curules o cargos a proveer en las respectiva elección.

Para garantizar la equitativa representación de los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, las curules de las corporaciones públicas se distribuirán mediante el sistema de cifra repartidora entre las listas de candidatos que superen un mínimo de votos que no podrá ser inferior al dos por ciento (2%) de los sufragados para Senado de la República o al cincuenta por ciento (50%) del cuociente electoral en el caso de las demás corporaciones, conforme lo establezca la Constitución y la Ley.

Cuando ninguna de las listas de aspirantes supere el umbral, las curules se distribuirán de acuerdo con el sistema de cifra repartidora.

La Ley reglamentará los demás efectos de esta materia."

Constitución y la ley tiene el derecho a ser llamado, la Corte Constitucional al decidir una acción similar a la del *sub lite*, indicó³:

“Cabe señalar que por ser el derecho de participación en el ejercicio y control del poder político, en sus diversas manifestaciones, de aplicación inmediata, su protección puede ser reclamada mediante la interposición de la acción de tutela. Esta Corporación desde sus inicios ha sostenido esta postura y para lo cual basta con citar la Sentencia T-003 de 1992, donde se precisó:

“El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.

Si ello es así, tal protección puede ser reclamada, en casos concretos, mediante el uso del mecanismo de la acción de tutela, concebida precisamente como medio idóneo para asegurar que los derechos trascienden del plano de la ilusión al de la realidad”.”

La Sala debe determinar si en el presente asunto, los derechos del actor han sido o no desconocidos, para lo cual es necesario indicar cuál es la forma de proveer las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas.

Forma de proveer las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas.-

Al tenor del artículo 134 de la Constitución Política⁴, las faltas absolutas o temporales de los Miembros de las Corporaciones Públicas deben

³ Sentencia T-1005 del 30 de noviembre de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

ser suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.

Conforme a esa norma, en el evento de presentarse una falta absoluta o temporal de un miembro de una corporación pública, la vacante debe ser suplida llamando a los candidatos no elegidos de su misma lista, en forma descendente y sucesiva y de acuerdo con el orden de inscripción, si se trata de listas sin voto preferente; o de la forma como se reordenó la lista, en los casos de listas con voto preferente⁵.

Según lo dispuesto en el artículo 261 de la Constitución Política⁶, por fuera de las establecidas en la ley, son faltas absolutas aquellas ocasionadas por: la muerte; la renuncia motivada y aceptada por la plenaria de la respectiva Corporación; la pérdida de la investidura; la incapacidad física permanente y la sentencia condenatoria en firme dictada por autoridad judicial competente. Por su parte, 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 doméstica debidamente probada y la fuerza mayor.

Por su parte, el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes, establece:

***“ARTÍCULO 278. REEMPLAZO.** La falta absoluta de un Congresista con excepción de la declaración de nulidad de la elección, a lo cual se atenderá la decisión judicial, autoriza al Presidente de la respectiva Cámara para llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción, y ocupar su lugar. En este evento el reemplazo deberá acreditar ante la Comisión de Acreditación Documental*

⁴ Modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 03 de 1993.

⁵ Así lo consideró también el Consejo Nacional Electoral en el Concepto N° 0409 de 2006.

⁶ Modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo N° 03 de 1993.

su condición de nuevo Congresista, según certificación que al efecto expida la competente autoridad de la organización nacional electoral.

Ninguna falta temporal del Congresista dará lugar a ser reemplazado.”

La disposición se limitaba al llamamiento por faltas absolutas de los congresistas y en eso coincidía con la Constitución Política de 1991, pero se expidió después el Acto Legislativo N° 3 de 1993 que lo hizo extensivo a las faltas temporales, de tal manera que ahora debe entenderse subrogado en ese sentido la Ley 5ª de 1992⁷.

Análisis del caso concreto.-

En el expediente está probado que:

1. Según certificación expedida por el Director de Censo Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil (fs. 102 y 103), el movimiento “Colombia Viva” en las elecciones realizadas el 12 de marzo de 2006 obtuvo en total 229.556 votos. Allí relaciona el total de votos obtenidos por los candidatos inscritos para el Senado de la República, período 2006-2010, de donde se destacan, en su orden descendente: HABIB MERHEG MARUN: 50.901 Votos. DIEB NICOLAS MALOOF CUSE: 44.764 Votos. JORGE DE JESÚS CASTRO PACHECO: 33.551 Votos. VICENTE BLEL SAAD: 32.989 Votos. JORGE ENRIQUE GOMEZ MONTEALEGRE: 31.961 Votos.
2. Según información de la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil (f. 4) aportada por el accionante y con base en los datos anteriores, el Movimiento Colombia Viva cuya lista tuvo voto preferente, obtuvo 2 curules para el Senado de la República,

⁷ Así lo consideró la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia PI-040 del 28 de mayo de 2002, M. P. Roberto Medina López.

período 2006-2010, la primera, del señor HABIB MERHEG MARUN y la segunda, del señor DIEB NICOLAS MALOOF CUSE.

3. Mediante la Resolución N° 143 del 2 de mayo de 2007 (fs. 47 y 48), la Mesa Directiva del Senado de la República suspendió en el ejercicio de la investidura congresional al señor Dieb Maloof y a otros dos congresistas, al considerar que la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista emitió dictamen favorable para ello, basada en la decisión judicial en firme tomada por la Corte Suprema de Justicia el 15 de febrero de 2007. En ese mismo acto, dispuso *“Llamar a suplir las vacancias temporales de los honorables Senadores DIEB MALOOF CUSE,..., a los primeros candidatos no elegidos en las listas, reordenadas según las votaciones de cada candidato, en orden sucesivo y descendente”*.
4. En comunicación del 25 de abril de 2007 (f. 46), el Secretario General (E) del Senado de la República le solicitó al señor Jorge Castro Pacheco que ante la suspensión del señor Dieb Maloof y por ende su vacancia temporal, *“nos informe si acepta dicha vacancia temporal, la cual debe entrar a suplir dentro del término de 8 días, por lo anterior le solicitamos acercarse a esta Secretaría con la documentación requerida para tomar posesión o en su defecto comunicación escrita donde manifieste las razones por las cuales no toma posesión”*.
5. Mediante escrito del 2 de mayo de 2007 (f. 50), dirigido a la Mesa Directiva del Senado de la República, el señor Jorge de Jesús Castro Pacheco se excusó de aceptar *“por motivos personales y familiares, que son exclusivamente de mi fuero interno y de estricta reserva. Por lo tanto, solicito sea llamado a ocupar el cargo y tomar posesión del mismo, al Doctor VICENTE BLEL, quien me sucede en la lista por el Movimiento COLOMBIA VIVA EN UNIDAD CRISTIANA.-”*

6. A través de la Resolución N° 146 del 2 de mayo de 2007, la Mesa Directiva del Senado de la República (fs. 51 y 52), resolvió: *“Llamar al doctor VICENTE BLEL SAAD, a desempeñar el cargo de Senador de la República a partir del día 02 de Mayo de 2007 hasta el momento que lo determine la autoridad judicial competente mediante providencia, en reemplazo del doctor DIEB MALOOF CUSE quien fue suspendido según dictamen de la comisión de ética el cual fue aceptado en la sesión plenaria del día 24 de abril del año en curso”*.
7. Ante la Presidente y el Secretario General del Senado de la República, el 2 de mayo de 2007 (f. 53), tomó posesión como Senador de la República, el señor Vicente Blel Saad en reemplazo del señor Dieb Maloof Cuse.
8. A través de escrito del 8 de octubre de 2007 (f. 57), el señor Vicente Blel Saad que desde el 2 de mayo de 2007 ocupaba la curul de Senador de la República, en reemplazo del señor Dieb Maloof, informó su decisión *“de no continuar asumiendo la suplencia temporal ... A raíz de mi designación como Presidente y Representante Legal del Movimiento Colombia Viva y con ocasión de las próximas elecciones populares del 28 de octubre ... Razón que me impide seguir cumpliendo con las obligaciones y deberes como Senador de la República”*.
9. La Presidencia del Senado de la República mediante la Resolución N° 036 del 9 de octubre de 2007 (fs. 79 y 80) aceptó la solicitud presentada por el Senador Vicente Blel.
10. Mediante escrito del 9 de octubre de 2007 (fs. 64 a 67), el señor Dieb Nicolás Maloof Cuse renunció a su investidura de Congresista.

11. A través de la Resolución N° 41 del 17 de octubre de 2007 (fs. 62 y 63), la Mesa Directiva del Senado de la República aceptó la dimisión del Senador Dieb Maloof *“por el resto del período para el cual fue elegido”* y dispuso *“Llamar a suplir la vacancia definitiva del cargo al primer candidato no elegido en la misma lista, reordenada según la votación de cada candidato, en orden sucesivo y descendente”*.
12. En comunicación del 16 de octubre de 2007 (f. 90), el Secretario General del Senado de la República le solicitó al señor Jorge de Jesús Castro Pacheco, informar si acepta *“asumir el Cargo como Senador de la República por el resto del período constitucional 2006-2010, la cual debe entrar a suplir dentro del término de 8 días, de acuerdo al artículo 296 inciso 7°. Por lo anterior le agradecemos acercarse a esta Secretaría con la documentación requerida para tomar posesión o en su defecto comunicación escrita donde manifieste las razones por las cuales no acepta el cargo. Cabe anotar que la vacancia que se presenta es de carácter definitivo y en consecuencia si no se demuestra la fuerza mayor deberá no aceptar el llamamiento de manera definitiva”*.
13. El señor Jorge de Jesús Castro Pacheco mediante comunicación del 30 de octubre de 2007 (f. 59) se excusó de aceptar el llamado *“por motivos de salud”*. Y solicitó *“sea llamado a ocupar el cargo y tomar posesión del mismo a quien me suceda en la lista de Colombia viva en unidad cristiana”*. Aportó copia del diagnóstico y del tratamiento médico a seguir del galeno Humberto Caiafa R., neurocirugía (f. 60).
14. En comunicación del 1º de noviembre de 2007 (f. 56), el Secretario General del Senado de la República le solicitó al señor Vicente Blel Saad *“por ser usted el siguiente en la lista, nos informe por escrito si acepta asumir el Cargo como Senador de la República por el resto del período, la cual debe entrar a suplir dentro del término de 8 días,*

de acuerdo al artículo 296 inciso 7°. Por lo anterior le agradecemos acercarse a esta Secretaría con la documentación requerida para tomar posesión o en su defecto comunicación escrita donde manifieste las razones por las cuales no acepta el cargo. Cabe anotar que la vacancia que se presenta es de carácter definitivo y en consecuencia si no se demuestra la fuerza mayor deberá no aceptar el llamamiento de manera definitiva”.

15. A través de escrito del 19 de noviembre de 2007 (f. 97), el señor Vicente Blel le informó al Senado de la República que *“no asumiré la curul como Senador de la República... Los quebrantos de salud que padezco me impiden ocupar el cargo, por lo cual, muy respetuosamente solicito sea llamado para tomar posesión del mismo, al candidato que en orden consecutivo sigue en la lista de nuestro partido, con base en la pasada contienda electoral realizada el 12 de marzo de 2006”*. Aportó copia de la incapacidad para laborar por 30 días otorgada por el médico Jairo Domínguez Guerra, otorrinolaringología (f. 98).

16. La Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República mediante oficio del 21 de noviembre de 2007 (fs. 106 y 107), dirigido a la Mesa Directiva de esta Corporación, le informó que en sesión de esa fecha, se aprobó la proposición que a continuación transcribió, relacionada con el caso planteado sobre la vacancia de la curul del Senador Dieb Maloof Cuse. De la proposición transcrita, se destaca: *“... que estudiadas las competencias que corresponden a esta célula congresual encontramos que la situación planteada..., no se adecua a las funciones asignadas por el Reglamento del Congreso a esta Comisión, toda vez que no estamos en presencia de un análisis respecto de conflicto de intereses, violación al régimen de inhabilidades o incompatibilidades, falta ética o de las previstas en el artículo 59 de la Ley 5ª de 1992. (...) proponemos considerar y aprobar que no corresponde a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del*

Senado de la República, resolver la situación planteada en relación con las vacancias temporales y definitivas de las curules de los doctores DIEB MALOOF CUSE...”, lo cual es, a su juicio, función exclusiva de la Mesa Directiva del Senado de la República, tal como lo indica la Constitución Política y el Reglamento del Congreso, en cuanto que una de sus competencias es la facultad indelegable de determinar cómo se resuelven las vacancias temporales o definitivas.

En cumplimiento del auto de ponente del 22 de febrero de 2008, al expediente se allegaron los siguientes documentos:

1. Oficio del 14 de noviembre de 2007 (f. 213) dirigido por el Secretario General del Senado de la República al Presidente de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista en la que le solicita informe las conclusiones que adopte esa Comisión y tome las decisiones que conforme a la Constitución y al Reglamento le corresponde, en relación con las vacancias de los Senadores Dieb Maloof Cuse y Luis Carlos Torres y la no aceptación de los llamados Jorge Castro Pacheco y César Negrete Mosquera, respectivamente.
2. Concepto N° 1.872 del 12 de diciembre de 2007 (fs. 170 a 178), M. P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que absolvió una consulta formulada por el Ministerio del Interior y de Justicia en relación con los efectos que pueda tener la excusa que presenta un congresista electo o “llamado” para no posesionarse en el término señalado por la Constitución. En especial preguntó sobre la posibilidad de que quien se excusó para acceder al cargo, pueda posteriormente hacerlo, supuestamente por haber superado los inconvenientes que inicialmente le impidieron posesionarse. La Sala atendió el cuestionario, así: *“1. Puede el Doctor Castro posesionarse hoy en día,*

aún cuando el término que fija la ley para ello ha precluido? En las ocasiones en que JORGE CASTRO PACHECO fue llamado a ocupar la curul, presentó las respectivas excusas para no hacerlo, cuya calificación y justificación definitiva podría determinarse a través de un eventual proceso de pérdida de investidura. Sin embargo, como la situación planteada en la consulta se refiere a un posible nuevo llamado, el término que fija la Constitución para tomar posesión no ha precluido. 2. Debe dársele posesión al tercer, cuarto o quinto renglón de la misma lista? En el caso que ocupa a la Sala y por las razones expuestas, deben ser llamados a tomar posesión en orden estricto, sucesivo y descendente, los candidatos del tercer y siguientes renglones. No puede llamarse al candidato que figura en el cuarto renglón por cuanto ya renunció a su investidura. 3. Se tipifica la fuerza mayor con las certificaciones médicas presentadas por los Doctores Blal Saad y Castro Pacheco? Adoptando la norma contenida en el artículo 183 de la Constitución Política y el artículo 90 de la Ley 5ª de 1992, bien puede afirmarse que las certificaciones médicas cumplen con los requerimientos teóricos para ser tipificadas como fuerza mayor”.

3. Escrito del 12 de diciembre de 2007 (fs. 221 y 222) presentado por el señor Jorge Castro Pacheco dirigido a la señora Presidente del Senado de la República “con el fin de que se ordene a quien corresponda permitirme tomar posesión del cargo como Senador de la República”. Adujo que le asistía el derecho y que no existía ningún impedimento de tipo legal que le imposibilitara asumir el cargo.
4. Resolución N° 072 del 18 de diciembre de 2007 (fs. 223 y 224), por medio de la cual la Mesa Directiva del Senado de la República dispuso “Llamar al doctor JORGE DE JESÚS CASTRO, a desempeñar el cargo de Senador de la República de manera definitiva, a partir del día 19 de diciembre de 2007 hasta el día 19 de julio de 2010, fecha de vencimiento del actual período constitucional 2006-2010”.

5. Comunicación del 13 de febrero de 2008 (f. 226) dirigida por el señor Jorge de Jesús Castro Pacheco a la señora Presidente del Senado de la República, a través de la cual presenta su renuncia irrevocable de su cargo, debido al llamamiento a indagatoria que efectuó la Corte Suprema de Justicia.
6. Resolución N° 090 del 19 de febrero de 2008 (fs. 227 y 228), por medio de la cual la Mesa Directiva del Senado de la República dispuso *“Aceptar la renuncia presentada ante la Mesa Directiva, por el Honorable Senador de la República, doctor JORGE DE JESÚS CASTRO PACHECO, a su investidura o representación popular ante el Senado de la República, por el resto del período Constitucional”*.

Acorde con las disposiciones aplicables a los anteriores hechos y en especial, conforme al artículo 134 de la Constitución Política, las vacancias absolutas o temporales de los Congresistas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción sucesiva y descendente, correspondiendo a la Mesa Directiva de la Corporación Pública respectiva, llamar a quien constitucional y legalmente debe asumir la curul.

Cuando se trata de una lista con voto preferente, el llamado a suplir la vacancia, es el candidato que siga en la misma lista, reordenada según la votación de cada candidato en orden sucesivo y descendente.

En el presente caso y tal como lo considera el actor, ante la renuncia aceptada del Senador Dieb Nicolás Maloof Cuse; el llamamiento y no aceptación del siguiente en la lista, el señor Jorge de Jesús Castro Pacheco; el llamamiento y no aceptación del siguiente en la lista, el señor Vicente Blel Saad, la Mesa Directiva debió llamar al candidato no elegido en la misma lista, reordenada según la votación de cada

candidato en orden sucesivo y descendente, esto es, al señor Jorge Enrique Gómez Montealegre.

La Sala considera que con base en las pruebas que obran en el plenario y en aplicación de las normas respectivas, el derecho fundamental a la participación política del señor Jorge Enrique Gómez Montealegre está siendo desconocido por parte de la Mesa Directiva del Senado de la República, pues para él se materializó la posibilidad de ser llamado a ocupar la curul frente a la vacancia definitiva por renuncia del señor Dieb Nicolás Maloof Cuse, la renuncia del siguiente llamado, el señor Jorge de Jesús Castro Pacheco y la no aceptación del subsiguiente llamado, el señor Vicente Blel Saad.

De otra parte, el tema de la fuerza mayor a que se refiere el numeral 7° del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992⁸ tiene efectos en relación con la pérdida de investidura, mas no con el llamamiento a ocupar el cargo, tal como lo señala el párrafo primero de la mencionada disposición.

Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia del 28 de noviembre de 2007 de la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar, amparará el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político del señor Jorge Enrique Gómez Montealegre.

⁸ “ARTÍCULO 296. CAUSALES. La pérdida de la investidura se produce:

1. Por violación del régimen de inhabilidades.
2. Por violación del régimen de incompatibilidades.
3. Por violación al régimen de conflicto de intereses.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobadas.
6. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura.
7. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

PARÁGRAFO 1°. Las dos últimas causales no tendrán aplicación, cuando medie fuerza mayor.

PARÁGRAFO 2°. <Parágrafo INEXEQUIBLE>.”

En consecuencia, ordenará a la Mesa Directiva del Senado de la República que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, llame al señor Jorge Enrique Gómez Montealegre a ocupar la curul vacante actualmente, originada en el Movimiento “Colombia Viva” por la renuncia del señor Dieb Nicolás Maloof Cuse.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE, por las razones expuestas, la providencia impugnada, esto es, la sentencia del 28 de noviembre de 2007 de la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar: **AMPÁRASE** el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político del señor Jorge Enrique Gómez Montealegre. En consecuencia:

1. **ORDÉNASE** a la Mesa Directiva del Senado de la República que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, llame al señor Jorge Enrique Gómez Montealegre a ocupar la curul vacante actualmente, originada en el Movimiento “Colombia Viva” por la renuncia del señor Dieb Nicolás Maloof Cuse.
2. **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA
– Presidente de la Sección –

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ
– Ausente con excusa –

ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN

FALLO

El señor Jorge Enrique Gómez Montealegre solicita la protección de sus derechos fundamentales a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a tener directamente iniciativa en el Senado de la República, a conocer como colombiano la verdad, al reconocimiento de su personalidad jurídica, a la imparcialidad, a no ser discriminado y a recibir igual trato, que considera vulnerados por la Mesa Directiva del Senado de la República, en cuanto no lo ha llamado para llenar la vacante definitiva de la curul que ocupaba el señor Dieb Maloof, ante la renuncia de éste y de los llamados Vicente Blel y Jorge Castro Pacheco. A su juicio, es él quien debe ser llamado, pues como se trata de una lista con voto preferente, el llamado a suplir la vacancia, es el candidato que siga en la misma lista, reordenada según la votación de cada candidato en orden sucesivo y descendente.

La Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (M. P. Fredy Ibarra Martínez), **DENEGÓ** la tutela.

La Sala **REVOCA**, **AMPARA** el derecho fundamental a la participación política del señor Jorge Enrique Gómez Montealegre y **ORDENA** a la Mesa Directiva del Senado de la República que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, llame al señor Jorge Enrique Gómez Montealegre a ocupar la curul vacante actualmente, originada en el Movimiento “Colombia Viva” por la renuncia del señor Dieb Nicolás Maloof Cuse.

Apoderados:

Accionante: en nombre propio.

Accionada: Saúl Cruz Bonilla.

A.