



Radicado: 11001-03-15-000-2019-01604-01
Demandante: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas

**CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2019-01604-01
Demandante: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS
Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA
Temas: Tutela contra providencia judicial. Nulidad Electoral

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Plena decide la impugnación presentada por José Manuel Abuchaibe Escolar¹ y Víctor Velásquez Reyes², terceros con interés, contra la sentencia del 2 de julio de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera, que resolvió:

“PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el doctor **HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En consecuencia, se le separa del conocimiento del mismo.

SEGUNDO: AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso, en la modalidad del *non bis in idem* y al acceso a la administración de justicia, del ciudadano **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En consecuencia,

DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida por la **Sección Quinta** de esta Corporación el 11 de abril de 2019, en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 (acumulado), por medio de la cual se declaró la nulidad de la elección del actor como senador de la República para el período 2018-2022.

TERCERO: ORDENAR a la **Sección Quinta** abstenerse de proferir sentencia en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 (acumulado), hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 19 de febrero de 2019, dictada por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura en el proceso de pérdida de investidura identificado con el número único de radicación 11001 03 15 000 2018 02417 00 (acumulado).

¹ Folio 503

² Folio 517



CUARTO: No tener como coadyuvantes a **NICOLAY DAVID ORLANDO ROMANOVSKY, EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ, HENRY GÓMEZ NIETO, ANIBAL CARVAJAL VÁSQUEZ, LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA y ALBEIRO BOHORQUEZ MANRIQUE**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: RECHAZAR por improcedentes los recursos interpuestos contra el auto que decretó la medida preventiva de suspensión de los efectos de la sentencia cuestionada.

SEXTO: NO ACCEDER a la solicitud del tercero interesado **VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES**, consistente en que se investigue disciplinariamente al apoderado especial de la acción de tutela y al actor.

(...).³

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas (en adelante Antanas Mockus), mediante apoderado, interpuso acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Quinta, por considerar vulnerado el derecho fundamental al debido proceso así como el principio de *non bis in idem* y el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“1. AMPARAR los derechos fundamentales del señor AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS al *non bis in idem* y al debido proceso (art. 29 CP), a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP), a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40-1 CP), así como los derechos de más de 500.000 ciudadanos que depositaron su confianza en él y lo eligieron senador de la República para el período constitucional 2018-2022).

2. DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 11 de abril de 2019, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de ANTANAS MOCKUS como senador de la República.

3. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Sección 5ª del Consejo de Estado que proceda a dictar una nueva providencia, ajustada a la Constitución y la Ley y respetuosa de los derechos fundamentales del señor ANTANAS MOCKUS.

4. Adoptar las demás medidas de protección constitucional que se consideren necesarias”.⁴

2. Hechos

Se advierten como hechos relevantes, los siguientes:

³ Folio 427 del expediente de tutela.

⁴ Folio 45 del expediente de tutela.



El señor Antanas Mockus se desempeñó como presidente y representante legal de la Corporación Visionarios por Colombia (en adelante Corpovisionarios) desde el 14 de julio de 2006 hasta el 16 de marzo de 2018.

El actor se inscribió como candidato al Senado de la República el 11 de diciembre de 2017, con el aval del partido político Alianza Verde. Resultó elegido Senador de la República para el periodo 2018-2022 en la jornada electoral del 11 de marzo de 2018.

Un grupo de ciudadanos, luego de la jornada electoral, le pidió al Consejo Nacional Electoral (en adelante CNE) que se abstuviera de declarar la elección del señor Antanas Mockus y que se excluyera del cómputo de los resultados electorales los votos por él obtenidos, con sustento en que el actor se encontraba inhabilitado para ser elegido según lo previsto en el artículo 179-3 de la Constitución Política, concretamente, por la celebración de dos contratos con entidades públicas seis meses antes de su elección.

El CNE, mediante resolución 1507 de 12 de julio de 2018, resolvió de forma negativa las peticiones antes reseñadas, decisión que fue confirmada por Resolución 1591 del 19 de julio de 2018.

En consecuencia, el CNE, mediante resolución 1596 del 19 de julio de 2018 y el formulario E-26SEN, declaró la elección del actor como Senador de la República.

Los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Eduardo Carmelo Padilla y Saúl Villar Jiménez solicitaron que se decretara la pérdida de investidura del Senador Antanas Mockus por considerar que se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la Constitución Política.

La Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, en sentencia de 19 de febrero de 2019⁵, resolvió *“denegar las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura del Senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.”*

De manera simultánea a la solicitud de pérdida de investidura, el partido político Opción Ciudadana y los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes y Nelsy Edilma Rey Cruz, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, solicitaron que se anule la elección del senador Antanas Mockus por considerar que incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la Constitución Política.

⁵ Radicado 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados)



La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante fallo del 11 de abril de 2019⁶, declaró la nulidad de la elección y, en consecuencia, ordenó la cancelación de la credencial de Senador de la República del actor con fundamento, concretamente, en que la representación legal de **Corpovisionarios** estaba radicada en cabeza del presidente y que el acto de delegación de las funciones al director ejecutivo, debía entenderse como un contrato de mandato o representación.

Que, en ese sentido, la celebración de contratos con el Estado se tenía como efectuada, directamente, por el representante legal, lo que dio lugar a que se configurara la causal de inhabilidad.

3. Fundamentos de la acción

El actor aseguró que la autoridad judicial demandada vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, así como el principio de *non bis in idem* y el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, por las siguientes razones:

Primer Cargo: defectos orgánico y procedimental

El defecto orgánico y procedimental por falta de competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado porque no podía pronunciarse de manera distinta a la decisión adoptada por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, que, en sentencia de 19 de febrero de 2019, denegó la solicitud de pérdida de investidura, de conformidad con lo previsto el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018⁷.

Sostuvo que el citado parágrafo tiene dos finalidades cuando una conducta da lugar a una acción electoral y a una solicitud de pérdida de investidura, la primera, evitar que existan sentencias contradictorias entre secciones del Consejo de Estado, y la segunda, garantizar el principio de *non bis in idem*, es decir, que una persona no sea investigada y condenada dos veces por los mismos hechos.

Por lo anterior, estima que la Sección Quinta del Consejo de Estado debió declarar cosa juzgada respecto del fallo proferido en el trámite de pérdida de investidura.

Que las razones expuestas por la autoridad judicial demandada para no estarse a lo resuelto por la sentencia de pérdida de investidura no son de recibo porque: i) el fallo al que se refiere la Ley 1881 de 2018, es al primero que se dicte no a uno

⁶ Radicado 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado) 11001-03-28-000-2018-00127-00 11001-03-28-000-2018-00130-00

⁷ Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones:
PARÁGRAFO. Se garantizará el non bis in idem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal.



ejecutoriado, ii) lo anterior porque, pese a que la sentencia de pérdida de investidura fue apelada, se encuentra en firme si se tiene en cuenta que absolvió al congresista.

Que la razón del argumento es porque si en segunda instancia se llegara a revocar la decisión y se decretara la pérdida de investidura, el congresista quedaría privado del derecho a la doble instancia, que fue, justamente, la garantía prevista en la Ley 1881 de 2018, en desarrollo de lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política y en normas internacionales.

Que, por tanto, la Sección Quinta debió, suspender el proceso de nulidad electoral por prejudicialidad, hasta que la Sala Plena del Consejo de Estado resolviera la apelación del fallo de pérdida de investidura y así asegurar la figura de la cosa juzgada y la garantía del *non bis in idem*.

Que, en esa medida, era necesario que la **Sección Quinta** solicitará el estudio del proceso en Sala Plena por importancia jurídica a la Sala Plena, debido a la trascendencia social de la controversia, si se tiene en cuenta que se trataba de "(...) *la elección del segundo senador más votado en el país (...)*" y en razón de la función unificadora de la Sala Plena que le hubiese permitido asumir el conocimiento del asunto para evitar decisiones contradictorias entre las secciones y, además, para analizar libremente la apelación en curso, pues "(...) *si se admite que la sentencia de la Sección 5ª es válida, entonces la Sala Plena quedaría vinculada en la apelación del proceso de pérdida de investidura por las conclusiones de la sentencia de la Sección Quinta sobre la existencia de la inhabilidad*".

Segundo cargo: defecto sustantivo por interpretación extensiva de una causal de inhabilidad.

Según el actor, la autoridad judicial demandada dictó la providencia con desconocimiento del principio *pro homine* o *pro persona* y la hermenéutica restrictiva que tienen las causales de inhabilidad. Lo anterior, porque las inhabilidades deben ser interpretadas siempre de forma restrictiva, es decir, sin analogías ni extensiones como ocurrió en el presente asunto, en el que la Sección Quinta del Consejo de Estado hizo una interpretación extensiva de la inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la Constitución Política, al determinar que no puede ser congresista quien aparentemente sea representante legal de una corporación privada sin ánimo de lucro que celebra contratos con entidades estatales dentro de los 6 meses anteriores a la elección, a pesar de que esa persona no hubiera gestionado ni celebrado los contratos. Por tal razón, estima que la demandada inventó una nueva causal de inhabilidad.

Se refirió a sentencias de la Corte Constitucional que analizaron la anterior postura, concretamente, a la sentencia T-284 de 2006, en la que esa Corporación dejó sin efecto una decisión proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la que efectuó una interpretación extensiva y no permitida para esta clase de procesos.



Tercer cargo: defecto fáctico por error protuberante en la valoración probatoria.

Sostuvo que el fallo cuestionado se dictó de manera contraria a lo que demostraban las pruebas aportadas, pues la documental acreditaba que el actor aparecía formalmente como representante legal de Corpovisionarios e, igualmente, evidenciaban que no intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas y que no celebró contratos en interés propio o de terceros con entidades públicas en los 6 meses anteriores a la elección.

La sentencia cuestionada le dio un alcance diferente a los estatutos de Corpovisionarios y a la delegación hecha por el actor al Director Ejecutivo de esa corporación, pues, determinó que ésta no era válida y, por ende, concluyó que los contratos fueron celebrados directamente por el señor Antanas Mockus al estimar que el director ejecutivo fungió como un mandatario personal del demandante y no como representante de Corpovisionarios.

En escrito de adición, el apoderado del actor manifestó que no se cuenta con ningún recurso judicial para oponerse a la sentencia impugnada. Dijo que interponer un incidente de nulidad resultaría insuficiente porque los argumentos de la tutela no corresponden a ninguna de las causales previstas en el artículo 133 del CGP.

Que tampoco procede el recurso extraordinario de revisión porque las únicas dos causales previstas en el artículo 250 del CPACA, que aparentemente se enmarcarían en el caso propuesto, serían las de los numerales 5 y 8 en virtud de los cargos contra la sentencia enjuiciada por defecto orgánico y procedimental, pero que las mencionadas causales no resultarían procedentes porque la primera se refiere a la nulidad originada en la sentencia que, al ser interpretada armónicamente con el artículo 208 *idem*, permite inferir que solo procede para las causales taxativas señaladas en el CGP, y la segunda alude a la cosa juzgada, distinto a lo invocado en el escrito de tutela, es decir, la prejudicialidad.

Agregó que no se podrían examinar por la vía del recurso extraordinario de revisión los defectos sustantivo y fáctico, que son propios de la acción de tutela.

4. Trámite previo

El Consejo de Estado, Sección Primera, mediante auto del 23 de abril de 2019, admitió la acción de tutela y ordenó notificar a las partes y a los terceros interesados en el resultado del proceso.⁸

Posteriormente, en auto del 15 de mayo de 2019, la ponente en primera instancia, decretó la medida cautelar elevada por el actor y, en consecuencia, ordenó:

⁸ Folio 55 del expediente de tutela.



SUSPENDER los efectos de la sentencia proferida el 11 de abril de 2019, en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 (acumulado), por medio de la cual se declaró la nulidad de la elección de **ANTANAS MOCKUS** como senador de la República para el período 2018-2022 y se ordenó cancelar la credencial que lo acredita como Congresista, hasta que se resuelva la presente acción de tutela.

5. Oposición

El doctor Alberto Yepes Barreiro, como magistrado del Consejo de Estado, Sección Quinta y ponente de la decisión cuestionada, solicitó se declare declarara la improcedencia de la acción de tutela, con sustento en los siguientes argumentos:

Lo pretendido por el actor es utilizar la acción de tutela para cuestionar la legalidad de un fallo de nulidad de única instancia con el fin de modificar la decisión de anulación de la elección de congresista, para lo que no está instituida dicha acción.

Dijo que no se incurrió en los defectos orgánico y procedimental alegados por el actor. Que, en la sentencia atacada, se expusieron las razones por las que el fallo de primera instancia del proceso de pérdida de investidura no vinculaba a la Sala Electoral, en especial, el análisis sobre la aplicación del parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881, del cual esa Sala concluyó que no se configuraban los presupuestos de la figura de la cosa juzgada porque al momento de resolver la demanda de nulidad electoral, el fallo de pérdida de investidura no se encontraba en firme.

Que el primer fallo al que se refiere el artículo 1º de la Ley 1881 es aquel que hace tránsito a cosa juzgada y, por ende, se trata del que cobró firmeza y ejecutoriedad y que aceptar lo contrario sería darle una interpretación errada a la norma con el único fin de favorecer al actor.

Que darle ese sentido a la norma, además, sería sujetar siempre a la nulidad electoral al proceso de pérdida de investidura si se tiene en cuenta los plazos para resolver la última.

Que si la intención legislador hubiera sido que la nulidad electoral se suspendiera hasta que se resolviera de manera definitiva la pérdida de investidura, así lo habría dispuesto de manera expresa y no se hubiera referido a la cosa juzgada.

Dijo que, de acuerdo con el artículo 264 de la Constitución Política, el proceso electoral debe fallarse dentro de los seis meses siguientes al de la radicación de la demanda, por lo que resulta sin sentido el argumento del actor de que se dictó un fallo apresurado y agregó que del artículo 271 del CPACA no se puede entender, necesariamente, que la Sección Quinta deba llevar asuntos a la Sala Plena cuando una misma situación da origen a la nulidad electoral y a la pérdida de investidura y destacó que, en ese asunto, no se solicitó que la demanda electoral fuera asumida por la Sala Plena.



Contrario a lo que sostiene el actor, el recurso de apelación contra la sentencia que denegó la pérdida de investidura no activa automáticamente la competencia de la Sala Plena para conocer de la demanda de nulidad electoral con miras a evitar contradicciones, pues justamente la Ley 1881 previó la figura de la cosa juzgada.

Además, sostuvo que:

- No se violó el principio *non bis in idem* porque el caso del actor aún no ha sido decidido en pérdida de investidura, es decir, que no pueda hablarse de un “doble juzgamiento” ni ha sido sancionado dos veces por el mismo hecho, máxime si se tiene en cuenta que el proceso de nulidad electoral no tiene naturaleza sancionatoria.
- No se configuró el defecto sustantivo. En la decisión atacada se dejó claro que, jurídicamente, el negocio se entendía celebrado por el representante legal de la ESAL, debido a que la delegación no tenía la potestad de despojarlo de esa calidad.
- La providencia cuestionada no es caprichosa y no hizo una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad, simplemente.
- No se incurrió en defecto fáctico porque no se le restó efecto útil a la delegación, sino que se entendió que esta no podía impedir la configuración de la inhabilidad.
- Que del análisis probatorio la Sala consideró que independientemente del nombre que la Corporación haya querido asignarle a la posibilidad de entregar a otro la representación legal de la entidad sin ánimo de lucro, lo cierto es que desde la perspectiva jurídica y, en especial, del derecho civil, la acción de un particular de entregarle a otra una función o tarea que está a su cargo para que este último la ejecute como si hubiese sido a él a quien se le invistió de tal posibilidad, se denomina mandato y, por ello, así lo calificó la Sala Electoral.
- Enfatizó que las pruebas no fueron valoradas defectuosamente, sino que de ellas no se derivaron las conclusiones que el actor pretende que se les dé y que tal situación no configura el defecto fáctico alegado.

La magistrada de la Sección Quinta del Consejo de Estado, doctora Rocía Araujo Oñate pidió que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que carece del requisito de relevancia constitucional porque no se acredita la afectación o vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor



Que en el trámite de la nulidad electoral el actor gozó de todas las garantías constitucionales del debido proceso, incluida la de presentar las pruebas y controvertir las que se presentaron en su contra.

Los cargos formulados por el actor pueden ser examinados mediante el recurso extraordinario de revisión y señaló que el actor también contó con la posibilidad de promover un incidente de nulidad contra la sentencia cuestionada.

Alegó que no se acreditaron los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias de Altas Corporaciones, señalados en la sentencia SU-573 de 2017 de la Corte Constitucional y que no se cumplió con la carga argumentativa suficiente para abordar el estudio del defecto fáctico de la providencia reprochada, pues el actor se limitó a señalar que no se valoraron adecuadamente los estatutos de **Corpovisionarios** ni el acto de delegación del representante legal.

Que, en caso de habilitarse el mecanismo, debe negarse el amparo porque la Sección Quinta sí era competente para proferir la sentencia enjuiciada tal y como se expuso en dicha providencia.

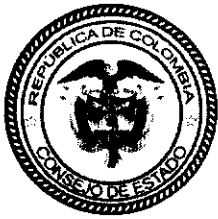
La Sección Quinta fijó una regla de interpretación concediéndole prevalencia al interés general y no del particular del elegido o nombrado.

Destacó que la providencia cuestionada no realizó una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad, simplemente aplicó la misma a la luz de la jurisprudencia reiterada de la Corporación, la valoración conjunta y razonable de las pruebas aportadas y la debida aplicación de las normas sobre personas jurídicas sin ánimo de lucro, su inscripción en el registro mercantil y la importancia que tiene para todos los efectos legales que se tenga como representante legal a la persona que aparece en aquél.

6. Sentencia impugnada

El Consejo de Estado, Sección Primera, mediante sentencia del 2 de julio de 2019, amparó el derecho fundamental al debido proceso del actor y, en consecuencia, dejó sin efectos el fallo de nulidad electoral del 11 de abril de 2019, proferido por el Consejo de Estado, Sección Quinta y le ordenó que se abstuviera de proferir una nueva decisión hasta que resolviera el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 19 de febrero de 2019, dictada por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura.

El juez de primera instancia determinó, concretamente, que la actuación de la Sección Quinta "(...) es contraria a las garantías que conforman el debido proceso, especialmente, el principio del *non bis in idem*, por cuanto al adoptar una decisión de fondo sin haberse proferido sentencia de segunda instancia en el proceso de pérdida de investidura, desconoció la prerrogativa prevista en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881, esto es, la de garantizar la coherencia de las decisiones judiciales y evitar decisiones contradictorias."



Como sustento de la decisión, de manera previa se refirió al alcance del párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, y precisó:

“1. El párrafo del artículo 1° de la Ley 1881 establece que el **«primer fallo»** que se profiera, bien sea dentro del medio de control de pérdida de investidura o del de nulidad electoral, hará tránsito a cosa juzgada respecto del otro proceso, en relación con el análisis objetivo, pues el juicio sobre el aspecto subjetivo de la conducta del Congresista será exclusivo de la pérdida de investidura.

2. En el caso que se examina, el **«primer fallo»** fue proferido por la Sala Primera Especial de Decisión el 19 de febrero de 2019 y en el mismo se denegaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada contra el congresista **ANTANAS MOCKUS**, con fundamento en que no se configuró la violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política. Posteriormente, la **Sección Quinta** dictó la sentencia aquí enjuiciada, mediante la cual anuló la elección del Congresista, al hallar probada la causal de violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política.

3. La **Sección Quinta**, como ya se indicó, consideró que al no estar en firme la sentencia del proceso de pérdida de investidura no era posible *« decretar la ocurrencia de la cosa juzgada en el caso de la referencia »*. En consecuencia, procedió a proferir sentencia en la cual resolvió declarar la nulidad de la elección del Senador **ANTANAS MOCKUS**, aduciendo que la existencia de ese primer fallo no incidía en la controversia a resolver.

4. Frente a ello, la Sala advierte que, de cara al principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, lo que debió considerar el fallador de instancia fue que ya se había dictado el primer fallo en el tiempo, lo que comportaba el supuesto de la norma para dar aplicación a la garantía del *non bis in idem* allí prevista, con miras a evitar la contradicción de dos decisiones judiciales basadas en los mismos supuestos de hecho y de derecho, como en efecto ocurrió en el caso concreto.

Lo anterior con fundamento en los siguientes razonamientos:

Como ya se indicó, al aplicar un método de interpretación el operador judicial se rige por el principio de supremacía constitucional. Este principio⁹, como lo ha indicado la Corte Constitucional, posee tres funciones: una función *jerárquica*, que impide predicar normas que tengan un nivel superior a la Constitución y, además, que sirve de parámetro para la validez del ordenamiento jurídico; una función *directiva*, para la interpretación jurídica de las normas a partir de una comprensión que resulte compatible con la Constitución; y una función *integradora*, por cuanto la Constitución establece los valores fundantes del Estado democrático y social de derecho que constituyen el fin último de la aplicación de derecho y la interpretación jurídica subyacente¹⁰.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-054 de 2016, en la que se explica ampliamente el principio de supremacía constitucional y el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

¹⁰ Acerca del principio de supremacía constitucional, la Corte, en la sentencia C-054 de 2016, estableció: *«El artículo 4° de la Constitución establece el principio de supremacía constitucional, a partir de dos reglas definidas. La primera, que confiere a la Constitución el carácter de norma de normas, lo que impone su*



En consecuencia, del postulado de la supremacía constitucional se derivan consecuencias significativas para la labor interpretativa del juez, la cual será válida en cuanto resulte compatible con las previsiones de mayor jerarquía que prevé la Norma Superior y útil para hacer eficaces los principios que prescribe la Constitución.

En este orden, la comprensión natural y obvia del precepto normativo que se planteó como problema jurídico por el juez accionado, suponía establecer, en ese caso particular, que la expresión «el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada» no significaba que la sentencia del proceso de pérdida de investidura estuviese ejecutoriada, sino que existía una garantía a favor del congresista que no podía ser desconocida, toda vez que se configuró el supuesto de la norma que imponía su aplicación, esto es, que el proceso simultáneo ya tenía fallo de primera instancia. Ello sumado al hecho de que la parte segunda del párrafo analizado dejó a salvo la primacía del proceso sancionatorio sobre el proceso electoral, en cuanto a la configuración objetiva de la causal, y de que el texto de la Ley 1881 tuvo como inspiración garantizar, entre otros, el principio *del non bis in idem* para con ello evitar decisiones contradictorias y dar coherencia al ordenamiento jurídico».¹¹ (se subraya)

7. Impugnación

Mediante auto del 9 de julio de 2019, la Sección Primera del Consejo de Estado concedió la impugnación interpuesta por José Manuel Abuchaibe Escolar y Víctor Velásquez Reyes, terceros con interés en el resultado de la acción de tutela.

José Manuel Abuchaibe Escolar alegó que el actor no acreditó el requisito de subsidiariedad si se tiene en cuenta que tiene otro medio de defensa como es el recurso de revisión por la causal 5 del artículo del artículo 250 del CPACA.

Dijo que no se interpuso como mecanismo transitorio y que, además, no se acreditó el perjuicio irremediable.

Que la causal citada procede porque se alega una nulidad de la sentencia y que, además, el demandante pudo interponer una solicitud de nulidad.

Luego, argumentó que la sentencia cuestionada no violó el *non bis in idem* porque el caso del señor Antanas Mockus no ha sido definido de manera definitiva en el proceso de pérdida de investidura y que, además, debe tenerse en cuenta que el proceso electoral no es de carácter sancionatorio como sí lo es el primero mencionado.

máxima condición jerárquica en el sistema de fuentes de derecho. La segunda, que determina una regla interpretativa según la cual ante la incompatibilidad entre las normas constitucionales y otras de inferior jerarquía, prevalecen aquellas». Y en la sentencia C- sostuvo: «Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado: La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados». (Resaltado fuera del texto).

¹¹ Folio 476



Afirma que el fallo de pérdida de investidura “no estaba finiquitado” y que entender que es el primer fallo no ejecutoriado sería desconocer la realidad procesal colombiana. Por ende, insistió en que el primer fallo debe ser el ejecutoriado.

Víctor Velásquez Reyes afirmó que la sentencia impugnada desconoce normas internacionales que prevén el *non bis in idem* que se refieren a condenas o absoluciones por sentencias en firme.

Se refirió a la naturaleza de los medios de control de nulidad electoral y de pérdida de investidura y precisó que el primero es contra el acto de elección (naturaleza objetiva) y el segundo contra la conducta de la persona (naturaleza Subjetiva).

Advirtió que la acción de tutela es improcedente porque el actor cuenta con el recurso de revisión y porque para el momento de la interposición la sentencia de nulidad no estaba en firme.

Que no se acredita el requisito de relevancia constitucional porque no se acredita la vulneración de un derecho fundamental.

- **Solicitud de importancia jurídica**

La Sección Cuarta, luego de deliberar sobre el proyecto de sentencia puesto a consideración por el magistrado ponente, en sesión del 2 de octubre de 2019, estimó que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debe asumir el conocimiento de la acción de tutela, en segunda instancia, por considerar que el asunto reviste importancia de jurídica.

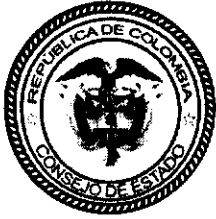
En auto del 22 de octubre de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, asumió el conocimiento de la acción de tutela ejercida por el señor Antanas Mockus para decidir sobre:

- Poder del juez constitucional para estudiar de fondo asuntos que le competen, por disposición normativa, al juez natural.
- Alcance de la figura del *non bis in idem* en procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018.

- **Impedimentos**

Los magistrados Hernando Sánchez Sánchez y Julio Roberto Piza Rodríguez manifestaron impedimento para conocer del presente asunto, los cuales se declararon fundados en providencias del 2 de julio de 2019 y 22 de julio de 2019, respectivamente.

Los magistrados Alberto Montaña Plata y Nicolás Yepes Corrales manifestaron impedimento para conocer del presente asunto, los cuales se declararon infundados en providencia del 22 de octubre de 2019.



Además, no participan en la Sala los magistrados de la Sección Quinta Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rocío Araujo Oñate y Carlos Enrique Moreno Rubio porque integraron la sala que profirió la sentencia cuestionada en la acción. Igualmente, no participan los magistrados de la Sección Primera Nubia Margoth Peña Garzón, Oswaldo Giraldo López y Roberto Augusto Serrato Valdés porque integraron la sala que profirió el fallo de tutela de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

A la sección cuarta del Consejo de Estado le corresponde resolver en segunda instancia la presente acción de tutela, en virtud de la impugnación presentada contra la sentencia proferida por la sección primera de esta corporación, conforme con los artículos 13 y 25 del Acuerdo 080 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema Jurídico

El problema jurídico planteado en la impugnación es si la acción de tutela, en el presente caso, es procedente o no; si cumple o no con los requisitos de procedencia de la acción contra providencias judiciales emitidas por órganos de cierre, específicamente si se acreditan las exigencias de relevancia constitucional y subsidiariedad.

3. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en casos concretos y excepcionales.

Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. La acción de tutela contra providencias judiciales

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcional, se reconoce la procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta de los derechos constitucionales fundamentales.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 31 de julio de 2012, Exp. 2009-01328-01, aceptó la acción la tutela contra providencia judicial y acogió el criterio de la procedencia excepcional, para lo cual aplicó la metodología desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para estudiar si, en un caso concreto, procede o no el



amparo solicitado, mediante el empleo de las causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela. Las primeras habilitan el estudio constitucional y deben cumplirse en su totalidad; las segundas implican la procedibilidad del amparo y sólo se requiere la configuración de uno de ellos.¹²

Los requisitos generales son: *"a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b. Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible; f. Que no se trate de sentencias de tutela."*¹³

Los requisitos especiales de procedencia¹⁴, por su parte, son: (i) Defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido o por exceso ritual manifiesto; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; (viii) violación directa de la Constitución (negritas fuera de texto).

Además de los anteriores requisitos, la Corte Constitucional en sentencia SU-050 de 2017, reiterada en sentencia SU-573 de 2017, fijó otros requisitos adicionales cuando se trate de acciones de tutela contra providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

"la tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión".

De acuerdo con lo anterior, en el caso de tutelas contra sentencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en atención a que *"dichos organismos*

¹² Sentencia SU-573/17 del 14 de septiembre de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹³ Sentencia T-429/11 del 19 de mayo de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Sentencia C-590 de 2005, recopilada en la SU-636 de 2015 y reiterada en la SU-573 de 2017.



judiciales son los llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones”, se exige además que se trate de una providencia que i) riña de manera abierta con la Constitución Política y ii) que sea definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límite de un derecho fundamental o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad.

En todo caso, como la procedencia de la tutela contra sentencias de alta corte es excepcional, la interpretación de los requisitos generales y de los defectos específicos de la providencia debe ser restrictiva, a la luz de los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso de amparo y exige un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la providencia judicial objeto de la acción.

Dicha exigencia, además de procurar que se haga un uso adecuado de este importante instrumento, resguarda el debido proceso y la independencia judicial e impide que al juez de tutela le sea asignada una controversia de carácter legal bajo la apariencia de la vulneración de un derecho fundamental.

5. Requisito de la relevancia constitucional como presupuesto general de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Para empezar, la Sala estudiará si la presente acción de tutela cumple con el requisito de relevancia constitucional. Dicho presupuesto de procedencia tiene como finalidad: (i) proteger la autonomía e independencia judicial y (ii) evitar que el juez de tutela se inmiscuya en asuntos que le corresponde resolver a otras jurisdicciones.

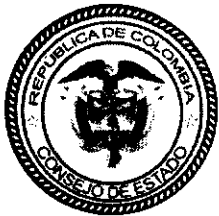
Frente a la relevancia constitucional, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado ha considerado necesario examinar dos elementos cuando la tutela no es presentada contra una alta corporación judicial, a saber:

i) Que el actor cumpla su carga argumentativa, en donde justifique suficientemente la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que para ello “no basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”.

ii) Que la acción de tutela no se erija en una instancia adicional al proceso ordinario en el cual fue proferida la providencia acusada, puesto que este mecanismo especial constitucional está constituido para proteger derechos fundamentales y no discutir la discrepancia que el actor tenga frente a la decisión judicial.

6. Caso concreto.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, procede la Sala a verificar, en segunda instancia, si la solicitud de amparo cumple los requisitos generales de procedencia



de la acción de tutela contra providencia judicial de alta corte, específicamente los de relevancia constitucional y de subsidiariedad.

Si el impugnante tiene razón y no se cumplieron dichas exigencias, no estará habilitado el estudio constitucional. Por el contrario, si se superan los requisitos generales de procedibilidad deberá analizarse si se incurrió en defecto orgánico o procedimental.

Al revisar el escrito de tutela puede verificarse que el accionante sustentó su pretensión de dejar sin efecto la sentencia del 11 de abril de 2019, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en que la alta corte vulneró su debido proceso y el principio del non bis in ídem, porque se debió aceptar como cosa juzgada el fallo proferido en primera instancia dentro del trámite de pérdida de investidura.

Según el accionante, el "primer fallo" al que se refiere la Ley 1881 de 2018 es el primero que se dicte, no uno ejecutoriado y aunque la sentencia de pérdida de investidura fue apelada, se encuentra en firme porque absolvió al congresista.

La sentencia de tutela impugnada acogió el planteamiento hecho por el accionante y consideró:

"En el caso que se examina, el «primer fallo» fue proferido por la Sala Primera Especial de Decisión el 19 de febrero de 2019 y en el mismo se denegaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada contra el congresista ANTANAS MOCKUS, con fundamento en que no se configuró la violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política. Posteriormente, la Sección Quinta dictó la sentencia aquí enjuiciada, mediante la cual anuló la elección del Congresista, al hallar probada la causal de violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política.

(...) Frente a ello, la Sala advierte que, de cara al principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, lo que debió considerar el fallador de instancia fue que ya se había dictado el primer fallo en el tiempo, lo que comportaba el supuesto de la norma para dar aplicación a la garantía del non bis in ídem allí prevista, con miras a evitar la contradicción de dos decisiones judiciales basadas en los mismos supuestos de hecho y de derecho, como en efecto ocurrió en el caso concreto.

(...) En este orden, la comprensión natural y obvia del precepto normativo que se planteó como problema jurídico el juez accionado, suponía establecer, en ese caso particular, que la expresión «el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada» no significaba que la sentencia del proceso de pérdida de investidura estuviese ejecutoriada, sino que existía una garantía a favor del congresista que no podía ser desconocida, toda vez que se configuró el supuesto de la norma que imponía su aplicación, esto es, que el proceso simultáneo ya tenía fallo de primera instancia. Ello sumado al hecho de que la parte segunda del párrafo analizado dejó a salvo la primacía del proceso sancionatorio sobre el proceso electoral, en cuanto a la configuración objetiva de la causal, y de que el texto de la Ley 1881 tuvo como



inspiración garantizar, entre otros, el principio del non bis in ídem para con ello evitar decisiones contradictorias y dar coherencia al ordenamiento jurídico.”

El juez de tutela concluyó, en primera instancia, que la Sección Quinta del Consejo de Estado vulneró el debido proceso del accionante, específicamente el *non bis in ídem*, “por cuanto al adoptar una decisión de fondo sin haberse proferido sentencia de segunda instancia en el proceso de pérdida de investidura, desconoció la prerrogativa prevista en el parágrafo del artículo 1o de la Ley 1881, esto es, la de garantizar la coherencia de las decisiones judiciales y evitar decisiones contradictorias.”

Esta Sala, al revisar el fallo de tutela, encuentra que el accionante y el *a quo* concibieron la acción de tutela como una instancia adicional al proceso de nulidad electoral y en lugar de plantear una contradicción directa con una norma o una jurisprudencia constitucional, en realidad manifiestan un desacuerdo con la interpretación y aplicación que hizo la Sección Quinta del Consejo de Estado respecto de la Ley 1881 de 2018.

Los fundamentos de esta acción pretenden discutir aspectos que no fueron desatendidos por el juez natural. Como puede verse, el actor de tutela plantea unos argumentos con los que pretende discutir nuevamente un asunto del que ya se ocupó de manera expresa la sección quinta en su sentencia de nulidad electoral.

En la práctica el accionante utiliza la tutela como si fuese una instancia adicional, planteando discrepancias frente a la interpretación de orden legal que hizo el juez competente.

En efecto, la sentencia de nulidad electoral objeto de tutela se pronunció expresamente sobre el alcance del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 en los siguientes términos:

Respecto a la materialización de la cosa juzgada

No escapa a esta Sección, que en esta Corporación además del proceso de la referencia cursa demanda de pérdida de investidura contra el señor Antanas Mockus, la cual se funda en similares supuestos fácticos y jurídicos a los que aquí se analizarán. En este contexto, antes de examinar las inhabilidades endilgadas al demandado corresponde establecer si es viable dar aplicación al parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, el cual dispone:

"ARTÍCULO 1. El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los Congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.

Se observará el principio del debido proceso, conforme al artículo 29 de la Constitución Política.



PARÁGRAFO. *Se garantizará el non bis in ídem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal."*

Según la norma en cita cuando una conducta dé lugar tanto a la pérdida de investidura como a la nulidad electoral, el primer fallo que se produzca en alguno de estos medios de control hará tránsito a cosa juzgada -en lo compatible- respecto del otro. Así las cosas y como la presunta inhabilidad del señor Antanas Mockus dio origen tanto a una demanda de nulidad electoral como a una de pérdida de investidura es menester establecer si debe decretarse el acaecimiento de esta situación.

Consultado el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI se encontró que el día 19 de febrero de 2019, la sala especial de pérdida de investidura del Consejo de Estado profirió sentencia de primera instancia dentro del radicado N° 11001-03-15-000-2018- 02417-00 (acumulado) adelantado contra el señor Antanas Mockus, la cual fue notificada a las partes el día 4 de marzo de 2019. Igualmente, en dicho sistema consta que los accionantes presentaron recurso de apelación contra esa decisión, el cual fue concedido el día 20 de marzo de 2019 y fue admitido el 29 de ese mismo mes y año, sin que a la fecha se encuentre resuelto.

En este contexto, la Sala estima que no es posible decretar la ocurrencia de la cosa juzgada en el caso de la referencia, comoquiera que la sentencia antes aludida aún no se encuentra en firme, toda vez que la pérdida de investidura está a la espera de la resolución del recurso de apelación presentado.

Debe recordarse que la cosa juzgada presupone la existencia de una sentencia en firme y debidamente ejecutoriada, ya que solo en ese escenario puede predicarse que determinado caso ya fue objeto de "juicio por parte de un tribunal con competencia para ello y en aplicación de las normas procedimentales y sustantivas pertinentes ."

Así lo ha reconocido el máximo tribunal constitucional al definir este principio, en los siguientes términos:

"La cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto. Como institución, la cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada, destacándose la sustancial importancia para la convivencia social al brindar seguridad jurídica, y para el logro y mantenimiento de un orden justo, que pese a su innegable conveniencia y gran trascendencia social no tiene carácter absoluto."



En consecuencia, como en el caso concreto la sentencia que resolvió la pérdida de investidura está a la espera de que se resuelva la segunda instancia y, por ende, no se encuentra ejecutoriada, es claro para la Sala Electoral que no puede predicarse la existencia de la cosa juzgada lo que en efectos prácticos significa que es totalmente viable para esta Sección examinar de fondo el asunto de la referencia.

En otras palabras, como a la fecha no existe sentencia en firme que obligue a la Sala Electoral a estarse a lo resuelto en la pérdida de investidura, la Sección Quinta está facultada para proceder al análisis de las inhabilidades endilgadas al demandado con total autonomía."

Como puede verse, la Sección Quinta del Consejo de Estado no pasó por alto el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018. Por el contrario, luego de referirse a la citada norma la interpretó, acudiendo incluso a precedentes de orden constitucional, y llegó a una conclusión con la que simplemente está en desacuerdo el accionante y el fallador de tutela de primera instancia.

La Sala Plena considera que la interpretación realizada por el juez de nulidad electoral respecto al alcance del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 es razonable por cuanto se trata de una decisión proferida dentro de la órbita de la autonomía del juez competente, que no puede ser estudiada a través de la acción de tutela. Mucho menos está autorizado para volver a analizar lo ya resuelto.

Esta Sala reitera que no es suficiente que el accionante haya invocado el derecho al debido proceso y la vulneración del principio del *non bis in idem*. Porque, en el presente caso, no justificó suficientemente la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales.

El actor no justificó que la sentencia proferida por la sección encargada del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo riña de manera abierta con la Constitución Política o que sea definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional. Al contrario, el fallo de tutela, en primera instancia, invocó jurisprudencia constitucional que resulta compatible con las conclusiones de la sección quinta en la providencia objeto de tutela.

De otra parte, el accionante reprocha que la sección quinta del consejo de estado dictó la sentencia de nulidad electoral con desconocimiento del principio *pro homine* y la hermenéutica restrictiva que tienen las causales de inhabilidad. En su opinión, la Sección Quinta del Consejo de Estado no interpretó adecuadamente la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la Constitución Política, y decidió de manera contraria a lo que, según él, demostraban las pruebas aportadas.

Frente a ese aspecto la Sala insiste en que la procedencia de la tutela contra sentencias de alta corte es excepcional, por lo que la interpretación de los requisitos generales de procedencia es restrictiva. Para verificar la relevancia constitucional del asunto se exige un mayor rigor para fundamentar la tacha que se le atribuye a la providencia judicial objeto de acción.



Al respecto, cabe recordar lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia SU-400/12 al reconocer la competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para interpretar la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la constitución y las pruebas de los hechos que la subsumen, en un asunto con elementos similares al caso sub examine concluyó:

“(...) la Sección Quinta del Consejo al adelantar actividad interpretativa de la causal de inhabilidad dispuesta en el artículo 179-3 de la Constitución se apoya en la definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para desentrañar el significado de los vocablos “intervención”, “gestión” y “negocio” que hacen parte del supuesto de hecho normativo, para darle un alcance a la causal de inhabilidad que esta Sala sin entrar a efectuar un escrutinio exhaustivo encuentra razonable. Más aun cuando dicho alcance se fundamenta en una lectura de los debates que llevaron a los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente a incluir esa causal de inelegibilidad en la Constitución, y de las finalidades perseguidas con la prohibición, como la de evitar la ruptura del equilibrio con los demás candidatos.

Ahora bien, no corresponde a la Corte Constitucional entrar a cuestionar interpretaciones que el órgano de cierre en la materia encuentra ajustadas a su comprensión del orden jurídico y a la definición de sus competencias. No podría esta Corte por ejemplo, entrar a cuestionar las razones que llevan a la Sección Quinta a efectuar una supuesta interpretación extensiva o restrictiva de la causal de inhabilidad, o a entrar a juzgar, por ejemplo, que cualquier deseo o interés pretendido ante la entidad pública por el aspirante al Congreso a través de su actividad, tiene o no la capacidad de desplegar su influencia o poder, al punto de trascender al electorado con la consiguiente inducción de la voluntad popular en su favor. Esas son precisamente las competencias de la Sección Quinta como máximo juez de lo contencioso electoral.

En conclusión, esta Sala considera que la interpretación de la Sección Quinta de la causal de inhabilidad de los congresistas dispuesta en el artículo 179-3 constitucional, como quedó expuesto en los numerales anteriores no es irrazonable, implausible o abiertamente contraria a la Constitución. Tal interpretación se soporta en una lectura razonable de la potencialidad de las conductas adelantadas por Perea Albarracín de haber operado una ruptura de la igualdad con los demás candidatos en la contienda electoral y una afectación a la transparencia de las elecciones.”

Si se invoca una errada interpretación de la norma por parte de un órgano de cierre es necesario que se plantee que hubo una hermenéutica contra legem, esto es que se alegue una interpretación inaceptable, irrazonable o desproporcionada, o bien que desconozca postulados constitucionales. Requisitos que se echan de menos en el presente caso, pues no es suficiente la discrepancia con la interpretación que hizo la sección quinta del consejo de estado.

El planteamiento del accionante es propio de ser resuelto por el juez de nulidad electoral, si se quiere por el juez de pérdida de investidura, que es en uno y otro caso el Consejo de Estado por expreso mandato constitucional. Pero sus argumentos no justifican que se requiera la intervención del juez de tutela.



La Sala considera que lo pretendido por el actor es prolongar la discusión acerca del alcance de la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, pese a que el juez competente realizó el respectivo análisis de hecho y de derecho.

Más allá de que esté o no de acuerdo con la sección quinta, el juez de tutela no puede preferir su propia interpretación de las normas que regulan el asunto, salvo que evidencie una arbitrariedad o una clara y manifiesta afectación de los derechos fundamentales, para lo cual, es condición previa la carga argumentativa que lo advierta, para proceder al estudio de la acción.

En este orden de ideas, los planteamientos del accionante no tienen la relevancia constitucional suficiente para habilitar la intervención del juez de tutela y por tanto se incumple con la causal general de procedencia de la acción.

7. Requisito de subsidiariedad como presupuesto de procedencia de la acción de tutela en el presente caso.

Como se indicó previamente, cuando la tutela se dirige contra una providencia judicial es requisito de procedencia el haber hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- de que disponga el afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable.

En el caso en estudio, también se puede constatar que carece del requisito de subsidiariedad, requisito éste de procedibilidad de la acción de tutela, como se explica a continuación:

Según el apoderado del actor, no se cuenta con ningún recurso judicial para oponerse a la sentencia impugnada porque no se dan las causales previstas en el artículo 133 del CGP.

Que tampoco procede el recurso de revisión porque las únicas dos causales previstas en el artículo 250 del CPACA, que aparentemente se enmarcarían en el caso propuesto, serían las de los numerales 5 y 8 en virtud de los cargos contra la sentencia enjuiciada por defecto orgánico y procedimental, pero que las mencionadas causales no resultarían procedentes porque la primera se refiere a la nulidad originada en la sentencia que, al ser interpretada armónicamente con el artículo 208 *idem*, permite inferir que solo procede para las causales taxativas señaladas en el CGP, y la segunda alude a la cosa juzgada, distinto a lo invocado en el escrito de tutela, es decir, la prejudicialidad.

Al respecto, es pertinente recordar que el CPACA en el Libro Segundo, Título VI, Capítulo I, consagra que el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de



lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁵, que se debe interponer dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia¹⁶ y, como causales de revisión, consagra las siguientes:

"Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:

1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.

3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.

4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.

5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.

6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.

7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.

8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada."¹⁷

En consecuencia, la Sala precisa que, si pretende cuestionar una sentencia proferida por el Consejo de Estado, el actor de tutela debe acreditar que agotó el recurso extraordinario de revisión cuando se dan las causales establecidas en la ley. De lo contrario la acción de tutela resulta improcedente.¹⁸

Dicha exigencia, además de procurar que se haga un uso adecuado de ese importante instrumento de la acción de tutela, resguarda el debido proceso y la

¹⁵ Ley 1437 de 2011, artículo 248

¹⁶ Ley 1437 de 2011, artículo 251

¹⁷ Ley 1437 de 2011, artículo 250

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 110010315000201503386-01, M.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez



independencia judicial e impide que al juez de tutela le sea asignada una controversia de carácter legal bajo la argucia de la vulneración de un derecho fundamental.

En el presente asunto, como se precisó, el actor alega que la Sección Quinta del Consejo de Estado vulneró el derecho al debido proceso por incurrir defecto orgánico y procedimental por falta de competencia porque no podía pronunciarse de manera distinta a la que ya había adoptado la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura.

En este caso, para la Sala, contrario a lo afirmado por el actor, toda vez que se alega falta de competencia del fallador y violación al principio de cosa juzgada, tales planteamientos son susceptibles de estudio a través del recurso extraordinario de revisión por cuanto se identifican con las causales previstas en los numerales 5º y 8º del artículo 250 del CPACA. Sin embargo el actor no utilizó dicho mecanismo de defensa judicial.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela instaurada no cumple el requisito de subsidiariedad y como se indicó previamente tampoco atiende la exigencia de relevancia constitucional, se impone revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar declararla improcedente.

El efecto de esta decisión es que la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, dictada el 11 de abril de 2019 dentro del proceso identificado con el número 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado), recobre sus efectos.

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

FALLA

1. **Revocar** la sentencia del 2 de julio de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar:
2. **Declarar** improcedente la acción de tutela ejercida por el ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.
3. **Enviar a la Corte Constitucional** para su eventual revisión.
4. **Notifíquese a las partes** por el medio más expedito posible.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,



La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

[Handwritten signature]

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

Salvo voto

SALVO EL VOTO

[Handwritten signature]
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

[Handwritten signature]
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Salvo voto

[Handwritten signature]
MILTON CHAVES GARCÍA

[Handwritten signature]
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

[Handwritten signature]
GUSTAVO CUELLO IRIARTE
Conjuez

[Handwritten signature]
JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓNEZ
Conjuez

Salvo voto

[Handwritten signature]
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

[Handwritten signature]
HENRY JOYA PINEDA
Conjuez

[Handwritten signature]
MARÍA ADRIANA MARIN
Salvo voto

[Handwritten signature]
ALBERTO MONTAÑA PLATA
SALVO VOTO

[Handwritten signature]
MARINO OSPINA MENA
Conjuez

MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO
Conjuez

Ausente con excusa

[Handwritten signature]
CESAR PALOMINO CORTÉS
Aclaración de voto

[Handwritten signature]
CARMELO PERDOMO CUÉTER
SALVO VOTO



Radicado: 11001-03-15-000-2019-01604-01
Demandante: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas

Jorge Octavio Ramirez Ramirez
JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Julieta Rocha Amaya
JULIETA ROCHA AMAYA
Conjuez

Jaime Enrique Rodriguez Navas
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Guillermo Sanchez Luque
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Rafael Francisco Suarez Vargas
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Marta Nubia Velasquez Rico
MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO

Salvo voto

Aclaro voto

Gabriel Valbuena Hernandez
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Nicolas Yepes Corrales
NICOLÁS YEPES CORRALES

Salvo el voto

Aclaración