



# Sentencia 01604 de 2019 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO AMDINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019)

CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Número único de radicación: 11001 03 15 000 2019 01604 00

ACCIÓN DE TUTELA

ACTOR: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

TESIS: Tutela contra providencia judicial-Defecto procedural. Ampara derecho fundamental al debido proceso, en la modalidad de non bis in ídem de congresista juzgado simultáneamente en proceso de pérdida de investidura y nulidad electoral, por cuanto, de acuerdo con el párrafo del artículo 10 de la Ley 1881, el «primer fallo» que se profiera entre los mencionados procesos hará tránsito a cosa juzgada respecto del otro. La falta de ejecutoria de la sentencia que resolvió la pérdida de investidura no puede servir de excusa para desconocer la justicia material y la seguridad jurídica, así como la prevalencia del derecho sustancial. Si el primer fallo se dictó en el proceso que tiene dos instancias, el otro proceso no puede finalizar hasta tanto no se resuelva la apelación, para así asegurar el efectivo ejercicio del derecho al non bis in ídem que previó el legislador en la citada disposición. Se ordena dejar sin efecto la decisión cuestionada y abstenerse de dictar sentencia hasta tanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en el proceso de pérdida de investidura identificado con el número único de radicación 2018 02417 00 (acumulado).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la acción de tutela instaurada por el actor, a través de apoderado, contra la sentencia de 11de abril de 2019, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>1</sup>.

### I. ANTECEDENTES

#### I. 1. La solicitud

El ciudadano AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS, a través de apoderado, presentó acción de tutela contra la Sección Quinta, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al non bis in ídem, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, presuntamente vulnerados con ocasión 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 del actor como Senador de la República para el período 2018-2022 y se ordenó cancelar la credencial que lo acredita como Congresista.

#### I.2. Hechos

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos:

1. El señor ANTANAS MOCKUS, previo a su inscripción como candidato al Senado de la República, fungió como presidente y representante legal de la entidad sin ánimo de lucro denominada CORPOVISIO NARIOS.
2. El día 11 de diciembre de 2017, el actor se inscribió como candidato al Senado con el aval del partido Alianza Verde.
3. El 11 de marzo de 2018 se llevaron a cabo las elecciones al Congreso de la República para el período 2018-2022, en el cual resultó electo.
4. Surtida la jornada electoral unos ciudadanos solicitaron al Consejo Nacional Electoral -en adelante CNE- que se abstuviera de declarar la elección del demandado en calidad de Senador de la República, por estar incurso en la inhabilidad prevista en el artículo 179, numeral 3, de la Constitución Política, esto es, por la celebración de dos contratos con entidades públicas, seis meses antes de su elección.
5. Mediante Resolución núm. 1507 de 12 de julio de 2018, el CNE resolvió de forma negativa las peticiones antes reseñadas, decisión que fue **Sentencia 01604 de 2019 Consejo de Estado**

confirmada en Resolución núm. 1591 de 19 de ese mes y año.

6. A través de la Resolución núm. 1596 de 2018 y del formulario E- 26SEN, el CNE declaró la elección del actor como Senador de la República.

7. Contra el acto que declaró la elección, los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Nesly Edilma Rey Cruz y el Partido Opción Ciudadana presentaron sendas demandas que fueron decididas en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 (acumulado)<sup>2</sup> en el sentido de anular la elección del Senador ANTANAS MOCKUS y cancelar la credencial que lo acredita como Congresista.

Para la decisión, la Sección Quinta arguyó que la representación legal de CORPOVISION ARIOS está radicada en cabeza del presidente y que el acto de delegación de las funciones al director ejecutivo, en realidad debe entenderse como un contrato de mandato o representación, por lo que la celebración de contratos con el Estado se tiene como directamente efectuada por el representante legal, lo que da lugar a que se configure la causal de inhabilidad.

8. Paralelamente, los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Eduardo Carmelo Padilla y Saúl Villar Jiménez solicitaron la pérdida de investidura del actor, con fundamento en la causal prevista en el artículo 179, numeral 3, de la Constitución Política, pues, en su criterio, el actor se encontraba inhabilitado para ser elegido congresista, por haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas y en la celebración de contratos dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

9. En sentencia de 19 de febrero de 2019, la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura resolvió «denegar las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura del Senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas».

### I.3. Fundamentos de la solicitud

#### I.3.1 Primer cargo: defecto orgánico y procedimental por falta de competencia de la Sección Quinta.

A juicio del accionante, la Sección Quinta no podía pronunciarse en forma distinta a lo decidido por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, la cual, en la sentencia de 19 de febrero de 2019 denegó la pérdida de investidura presentada en su contra.

Al respecto señala que de acuerdo con el párrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 15 de enero de 2018, « 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», cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una solicitud de pérdida de investidura de forma simultánea, 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.

Anota que el párrafo del citado artículo tiene dos finalidades, que consisten en: primero, evitar que existan sentencias contradictorias entre Secciones y Salas del Consejo de Estado; y, segundo, garantizar el non bis in ídem, como se puede leer de los antecedentes legislativos del Congreso<sup>3</sup>.

Que, en este orden, la Sección Quinta carecía de competencia para pronunciarse, pues debió esperar a que la Sala Plena resolviera el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia en el proceso de la pérdida de investidura, o remitir el proceso de nulidad electoral a la Sala Plena.

Aduce que la decisión censurada concluyó que no existía cosa juzgada porque la sentencia del proceso de pérdida de investidura no se encontraba ejecutoriada, lo cual, a su juicio, es incorrecto por las siguientes razones:

- Porque el artículo 1º de la Ley 1881 no señala que la sentencia que hace tránsito a cosa juzgada deba estar ejecutoriada, simplemente menciona "el primer fallo", que en este caso fue el de la pérdida de investidura. Por consiguiente, la única forma de respetar tanto el efecto de cosa juzgada como el principio non bis in ídem era suspender el medio de control electoral hasta tanto la Sala Plena desatara la segunda instancia de la pérdida de investidura.

- Porque la sentencia que resolvió en primera instancia la pérdida de investidura se encuentra materialmente en firme y ejecutoriada, debido a que si se efectúa una interpretación sistemática y finalística de la Ley 1881, entonces es posible inferir que es improcedente el recurso de apelación contra la sentencia absolutoria en esta clase de procesos, pues de lo contrario se haría nugatorio el derecho de los congresistas de impugnar una sentencia condenatoria, que es, precisamente, la finalidad de dicha norma, en armonía con el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>4</sup> y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup>, los cuales establecen el derecho a controvertir las sentencias condenatorias que se dicten en un proceso penal.

- Y porque era una obligación de la Sección Quinta llevar el proceso por importancia jurídica a la Sala Plena, en orden a la trascendencia social de la controversia, tratándose de «la elección del segundo senador más votado en el país, quien ya había sido absuelto en primera instancia en el proceso de pérdida de investidura» 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 que está en curso, pues «si se admite que la sentencia de la Sección Quinta es válida entonces la Sala Plena quedaría vinculada en la apelación del proceso de pérdida de investidura por las conclusiones de la sentencia... sobre la existencia de la inhabilidad».

I.3.2. Segundo cargo: defecto sustantivo por interpretación extensiva de una causal de inhabilidad.

Afirma el actor que está constitucionalmente proscrita la interpretación analógica, extensiva o teleológica de las inhabilidades, porque ello configura un defecto sustantivo en la medida en que restringe derechos fundamentales, como en este caso, el derecho a elegir y ser elegido.

Sostiene que con la interpretación extensiva que efectuó la Sección Quinta de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 Superior, se desconoció el principio pro homine o pro persona previsto en el artículo 80 del PIDCP, según el cual se debe preferir la interpretación más amplia cuando se trata de reconocer derechos y excluir la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer limitaciones al ejercicio de los mismos.

Asegura que, en virtud del mencionado principio, se impone que las inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos deban interpretarse en forma restrictiva, pues por su naturaleza implican la restricción del ejercicio de derechos.

Alude a diferentes sentencias de la Corte Constitucional que establecen la postura en mención y, concretamente, refiere la sentencia T-284 de 2006, en la que esa Corporación dejó sin efecto una sentencia proferida por la Sección enjuiciada, en la que efectuó una interpretación extensiva y no permitida para esta clase de procesos sancionatorios, violando el principio de legalidad.

Para referirse concretamente al presunto defecto sustantivo de la providencia reprochada, explicó que la Sección Quinta formuló el siguiente problema jurídico: «2. ¿El señor Antanas Mockus se encuentra incursa en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 Superior por la celebración de contratos? Específicamente, por la celebración de: i) El convenio de asociación Nº 10 de noviembre de 2017 celebrado entre la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y CORPOVISION ARIOS y ii) El convenio de asociación Nº 566 de 10 de noviembre de 2017 suscrito entre la UAESP y la referida corporación».

Indica que para resolver el planteamiento anterior, la sentencia consideró que aun cuando está demostrado que quien suscribió dichos convenios fue el director ejecutivo de CORPOVISIONARIOS, Henry Murraín, en realidad él no actuó a nombre de la Corporación sino como mandatario del presidente de la misma, de manera que ANTANAS MOCKUS sí estaba incursa en la causal de inhabilidad por haber «celebrado contratos con el Estado dentro de los 6 meses anteriores a la elección».

Que para arribar a tal conclusión, la Sección Quinta reconoció que existían dos interpretaciones, a saber : la formulada por la parte actora, según la cual el elemento objetivo de la inhabilidad no se desvirtúa por el hecho de que el contrato no haya sido firmado por el demandado, pues en todo caso en el expediente consta que el representante legal de CORPOVISIONARIOS era el señor ANTANAS M OCKUS; y, otra, la propuesta por la parte demandada que se refiere a que el senador no solo no celebró el contrato, sino, además, desde el año 2006 "delegó,, la facultad de representación en el director ejecutivo y por eso la inhabilidad no se materializó.

Que, finalmente, la providencia acoge la primera postura y al hacerlo «pone en igualdad de condiciones las posiciones de demandantes y demandado, obviando cualquier referencia constitucional y la salvaguarda que representaba para el demandado la interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad».

Resalta que con dicho proceder el juez accionado desplazó su análisis del marco de interpretación del estándar señalado por el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y se detuvo en la interpretación de normas de inferior jerarquía.

Al respecto, pone de presente que la providencia en cuestión elaboró una interpretación extensiva de los estatutos sociales de CORPOVISIONARIOS, que condujo a dos conclusiones erradas. La primera, que los miembros de la persona jurídica fueron los que, en el marco de la autonomía de su voluntad, determinaron que la representación legal de la Corporación recaería, únicamente, en el presidente. La segunda, que el señor Henry Samuel Murrain celebró los convenios antes estudiados, en virtud de la «delegación» hecha por el presidente, pero que esta delegación no fue más que un contrato de mandato que le permitió actuar en nombre y Representación del verdadero representante legal de CORPOVISIONARIOS.

Destaca que la sentencia reprochada hizo un análisis extensivo y analógico de la procedencia de la causal de inhabilidad referida a la celebración de contratos, pues aseguró que se requería la intervención personal y directa del demandado, para después afirmar que la delegación en el director ejecutivo en realidad fue un mandato, aun cuando se probó que el demandado no participó ni personal ni directamente en la celebración de los contratos debatidos.

Finalmente, sobre este cargo puntualiza que el fallo que resolvió el proceso de pérdida de investidura en primera instancia sí hizo referencia al carácter restrictivo de la causal de inhabilidad y a la prohibición de aplicaciones extensivas o analógicas, lo que le permitió concluir que la suscripción del contrato por el señor Henry Samuel Murrain, como director ejecutivo con facultad para contratar por CORPOVISIONARIOS, no implica la configuración de la inhabilidad, puesto que efectivamente no fue el demandado quien suscribió los convenios de asociación, aunado al hecho de que ostentara la condición de presidente de la entidad, por sí solo, tampoco la configura.

I.3.3 Tercer cargo: defecto fáctico por error protuberante en la valoración probatoria.

Alega el accionante que la Sección Quinta falló en contra de la evidencia probatoria, arribando a conclusiones contrarias a los hechos debidamente probados.

Expone que la Sala analizó los estatutos sociales de CORPOVISIONARIOS, las resoluciones de delegación de funciones emitidas por el presidente (003 de 2014 y 001 de 2016) y el certificado de existencia y representación legal, pruebas que determinaban que si bien formalmente el

representante legal de la Corporación era ANTA NAS MOCK US, lo cierto es que no celebró contratos en interés propio o de terceros, ni otra persona lo hizo a nombre de él.

Enuncia que de los estatutos de la Corporación se extrae que se permite delegar la representación legal de la entidad y también constituir apoderados, lo que significa que el deseo de los miembros de CORPOVISIONARIOS es permitir ambas posibilidades y no, como concluyó la providencia reprochada, que la representación legal recaía únicamente en el presidente.

En relación con el certificado de existencia y representación legal, anota que la Sección Quinta arribó a una conclusión distinta a la que allí aparece, esto es, que la representación legal puede ser ejercida por el director ejecutivo, siempre que medie un acto de delegación. En su lugar, el juez accionado determinó que no puede hablarse de una representación conjunta o simultánea, habida cuenta que los estatutos son claros en expresar que quien tiene la calidad de representante es el presidente y que cosa distinta es que aquel pueda delegar o entregar esa función a otro miembro de la entidad sin ánimo de lucro<sup>6</sup>.

Y frente a las resoluciones de delegación, indicó que expresan textualmente que el director ejecutivo firmará contratos a nombre de la Corporación y no a nombre de ANTANAS MOCKUS, como erradamente lo estableció la providencia en cuestión, pero, además, que el encabezado de dichas resoluciones es diáfano al señalar que se expide con fundamento en la facultad prevista en el numeral 5 del artículo 24 de los estatutos, es decir, la facultad de delegar en el director ejecutivo la representación legal, y no en la de constituir apoderados que, en todo caso, se encuentra en el numeral 6 ídem. No obstante, la Sección Quinta arribó a la conclusión de que el acto de delegación era en realidad el ejercicio de un mandato hacia un apoderado personal del presidente.

Agrega el actor que, a partir del material probatorio defectuosamente valorado, la sentencia incurre en las siguientes falacias:

Dice el fallo que «En efecto, fueron los miembros de la persona

jurídica los que, en el marco de la autonomía de su voluntad, determinaron que la representación legal de la corporación recaería, únicamente, en el presidente. Esta decisión analizada desde la perspectiva de la teoría organicista de la persona jurídica antes explicada, permite colegir que la voluntad de CORPOVISIONARIOS volcada en sus estatutos determinó que su representación sería ejercida por uno de sus órganos, esto es por el presidente», omitiendo mencionar que son los mismos estatutos los que en el numeral 5 del artículo 24 le permiten al presidente efectuar la delegación en otro órgano de la ESAL.

Otro yerro en el que, a juicio del actor, incurre la sentencia es en afirmar que «el director ejecutivo no tiene la representación legal, sino que esta es una mera posibilidad que se materializa bajo el acaecimiento de una condición, esto es, la delegación» ; es decir, que reconoce que existe una condición para que sea posible la delegación de la representación legal al interior de la persona jurídica, consistente en el acto de delegación, pero olvida valorar la resolución que precisamente acredita dicho acto, alegando que se trató de un mandato.

Y, por último, sostiene que la sentencia se equivocó al concluir que el director ejecutivo actuaba en nombre del presidente y no de la Corporación, a pesar de que textualmente la Resolución 001 de 2006 indica «Celebración de contratos: delegar en el director ejecutivo la celebración a nombre de la corporación, de los contratos (...».

I.3.4. En el escrito de tutela, el actor elevó solicitud de medida provisional, consistente en «suspender provisionalmente los efectos de la sentencia de nulidad como Senador de Ja República... hasta tanto se adopte la decisión definitiva a que haya lugar. Lo anterior ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues de no suspenderse la mencionada providencia podría ser ejecutada de inmediato, cesando mi representado en el ejercicio de sus funciones como Congresistas y tornado inocua la eventual protección de los derechos fundamentales invocados». <sup>7</sup>

I.3.5 En escrito de adición de la acción, radicado el 29 de abril del año en curso<sup>8</sup>, el apoderado del accionante manifestó que no se cuenta con ningún recurso judicial para oponerse a la sentencia impugnada.

Explicó que es improcedente el incidente de nulidad, por cuanto los argumentos de la tutela no corresponden a ninguna de las causales previstas en el artículo 13 3 del Código General del Proceso -CGP-<sup>9</sup>.

Asimismo, que tampoco procede el recurso de revisión, pues las únicas dos causales previstas en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA- <sup>10</sup> 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 procedural. Sin embargo, advierte que las mencionadas causales no resultan aplicables, la primera, porque se refiere a la nulidad originada en la sentencia que, al ser interpretada armónicamente con el artículo 208 ídem, permite inferir que solo procede para las causales taxativas señaladas en el CGP, y la segunda porque alude a la cosa juzgada, mientras que en el sub lite se invoca la prejudicialidad.

Agrega que tampoco se podrían examinar por la vía del recurso de revisión los defectos sustantivo y fáctico que fueron invocados en la tutela.

#### I.4. Pretensiones

«1. AMPAR AR los derechos fundamentales del señor AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS, al non bis in ídem 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 como 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 Quinta 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». <sup>11</sup>

## II. ACTUACIÓN PROCESAL

### II. 1. Admisión y trámite

Mediante proveído de 23 de abril de 2019<sup>12</sup> la Consejera ponente admitió la demanda y ordenó notificar a los Consejeros de la Sección Quinta del Consejo de Estado. Asimismo, dispuso la vinculación de los señores JOSÉ MANUEL ABUCHAI BE ESCOLAR, VÍCTOR VELÁSQUZ REYES, NÉSTOR EDILMA REY CRUZ; del partido político OPCIÓN CIUDADANA; y del CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, en calidad de terceros interesados.

### II. 2. Contestación

11.2. 1. El Consejero doctor ALBERTO YEPES BARREIRO<sup>13</sup> en calidad de ponente de la decisión cuestionada, adujo que la presente tutela es improcedente, por cuanto lo perseguido por el actor es revisar la legalidad de un fallo producido por el juez natural en el estricto marco de sus competencias.

Aseguro que no se configuró el defecto orgánico alegado por el accionante, por cuanto el en acápite 24 de la providencia enjuiciada se explicaron las razones que sustentaban que el fallo de primera instancia, que resolvió no decretar la pérdida de investidura del senador ANTANAS MOCKUS, no vinculaba a la Sección Quinta.

Al respecto indicó que la sentencia analizó la aplicación del párrafo del artículo 1º de la Ley 1881 y consideró que no se materializaban los presupuestos para que pudiera predicarse el acaecimiento de la figura de la cosa juzgada, teniendo en cuenta que al momento de resolver la demanda de nulidad electoral el fallo de pérdida de investidura aún no se encontraba en firme.

Precisó que la ejecutoriedad es una característica elemental en la comprensión de la cosa juzgada, por eso no hacía falta que el legislador la hubiera señalado expresamente en la norma en comento. Que, además, al disponer el artículo 1º de la Ley 1881 que «el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso», está expresando que no basta con que se produzca una sentencia, sino que es necesario que de aquella se pueda predicar la existencia de la cosa juzgada.

Añadió que «aceptar lo contrario no solo implicaría darle a dicha disposición una interpretación errada, cuyo único objeto es favorecer al tutelante, situación que, por supuesto, no es posible, sino que, además, consentiría que siempre la pérdida de investidura prime sobre la nulidad electoral, habida cuenta que el lapso que la ley dispuso para que se produjera el fallo de primera instancia en el marco de ese medio de control es mucho más breve que el de la nulidad electoral».

Sostuvo que el demandante confunde la prejudicialidad con la cosa juzgada, pues esta última es la figura prevista en el párrafo del artículo 1º de la Ley 1881. Que, en tal sentido, no puede hablarse de prejudicialidad entre los medios de control de nulidad electoral y pérdida de investidura, habida cuenta que son completamente distintos y, por consiguiente, el uno no depende del otro para ser decididos. Añade que «la nulidad electoral no depende indefectiblemente de la pérdida de investidura al punto que le corresponda esperar lo que ahí se decida, como erróneamente entiende el tutelante».

Agregó que si la intención del legislador hubiese sido que la nulidad electoral se suspendiera hasta que se resolviera íntegramente la perdida de investidura, así lo habría señalado expresamente y no se habría referido a la cosa juzgada.

Se refirió al argumento de «lo apresurado de la decisión» esgrimido por el accionante y aseguró que de acuerdo con el artículo 264 de la Constitución Política, el proceso electoral en única instancia debe fallarse dentro de los seis meses siguientes al de la radicación de la demanda, por lo que esa Sala de decisión se ajustó a dicho término.

Aclaró que no se desprende del artículo 271 del CPACA que la Sección Quinta deba llevar sus casos a la Sala Plena, cuando una misma situación de origen a la nulidad electoral y a la pérdida de investidura, pues lo que la norma establece es que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado puede dictar sentencia de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público, pero en el caso concreto ninguno de los sujetos procesales, ni siquiera el demandado, solicitó que la demanda electoral fuera asumida por la Sala Plena.

Alegó que, contrario a lo concluido por el tutelante, el estar pendiente de resolver el recurso de apelación contra la sentencia que denegó la pérdida de investidura no activaba automáticamente la competencia de la Sala Plena para conocer la demanda de nulidad electoral, con miras a evitar contradicciones, pues para ello, precisamente, la Ley 1881 previó la cosa juzgada.

Anotó que la sentencia de la Sección Quinta no incurrió en la violación del principio non bis in ídem, porque el caso del ciudadano ANTANAS MOCKUS aún no ha sido decidido en pérdida de investidura, es decir que no pueda hablarse de un "doble juzgamiento", así como tampoco puede hablarse de que el hoy tutelante ha sido sancionado dos veces por el mismo hecho, si se tienen en cuenta que el proceso de nulidad electoral no tiene carácter sancionatorio.

Respecto a la configuración del defecto sustantivo, argumenta que la sentencia reprochada encontró que jurídicamente el negocio se entendía celebra do por el representante legal de la ESAL, debido a que la delegación, que en realidad era un "mandato", no tenía la potestad de despojarlo de su calidad de representante legal y, por ende, debía entenderse que sí estaba inciso en la prohibición que se le atribuía.

Argumentó que la providencia enjuicia da se circunscribió a establecer si podía entenderse que el demandado había celebrado un contrato estatal dentro de los 6 meses anteriores a su elección, por interpuesta persona, lo que no implica que se haya extendido la inhabilidad ni se haya creado una nueva, como se pretende alegar en la presente tutela.

Que sobre esa cuestión, lo que la Sala concluyó es que el hecho de que el representante legal de CORPOVISIONARIOS haya delegado en el director ejecutivo de la corporación la representación legal y la suscripción de contratos de esa persona jurídica 1 no implicaba que aquél se despojara jurídicamente de las funciones que estatutariamente le fueron asignadas, ni mucho menos que el director ejecutivo actuara directamente, pues fue necesario que le delegaran la función para poder suscribir los contratos. Por ello, se entendió como si en la suscripción de aquellos negocios el delegante hubiese actuado directamente.

Añadió que no se trata, como pretende hacer ver el tutelante, de una conclusión caprichosa o extensiva, sino de una premisa que se desprendía del tenor mismo de los estatutos que señalaron que la representación recaía en el presidente y que el director podría serlo solo por delegación.

En relación con el defecto fáctico atribuido a la sentencia, la Sección Quinta arguyó que no es cierto que se haya considerado que la delegación no era válida, sino que en realidad se trató de un mandato del representante legal al director ejecutivo y, por consiguiente, este último actuaba en nombre y representación de quien sí tenía la posibilidad jurídica de contraer obligaciones a nombre de CORPOVISIONARIOS. Así pues, no es que se haya restado efecto útil a la delegación, sino que se entendió que esta no podía impedir la configuración de la inhabilidad.

Se refirió al argumento del accionante, según el cual la delegación no podía entenderse como un mandato, porque se efectuó en el marco de la potestad así denominada en los estatutos y no en la de conferir poderes que era autónoma de aquella. Al respecto, enunció 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.

Que, en efecto, en la sentencia se explica que aunque en la Resolución 001 de 2016 se especifica que con la delegación hecha por el representante se entiende que el director actúa a nombre de CORPOVISIONARIOS, ella no tenía la posibilidad de despojar a ANTANAS MOCKUS de su carácter de presidente y, por ende, de representante legal de esa corporación, siendo la única persona apta para obligarla ante terceros.

Enfatizó en que el certificado de existencia y representación legal sí fue debidamente valorado, debido a que se tuvo en cuenta que dicho documento aludía a la posibilidad que tenía el director de ejercer la representación legal por delegación, solo que concluyó que esta no implicaba que ANTANAS MOCKUS perdiera su calidad de representante legal, porque él y no otro era el presidente de CORPOVISIONARIOS y, por el contrario, el director solo podía ejercer como representante si el presidente así lo decidía .

Frente a la valoración de los Estatutos, mencionó que no es cierto que se hayan interpretado erróneamente, pues no se desconoció la facultad de delegar, sino que se concluyó que esa potestad no implicaba que el director ejecutivo fuera el representante legal directo de CORPOVISIONARIOS; luego, el accionante desconoce que según ese mismo documento quien es el representante es el presidente y el director solo podría ejercer esa facultad por delegación.

Agregó que las pruebas no fueron valoradas defectuosamente, sino que de ellas no se derivaron las conclusiones que el accionante pretendía, pero que ello de ninguna manera configura el defecto fáctico alegado.

Por último, sostuvo que el derecho a elegir, invocado como vulnerado, no es un derecho del que el accionante sea titular, sino que está en cabeza de los votantes que sufragaron por él, por lo cual es improcedente su amparo.

II. 2. 2. La Consejera doctora ROCÍO ARAÚJO OÑATE<sup>14</sup>, en calidad de integrante de la Sección Quinta, solicitó que se declare improcedente la presente acción de tutela.

Sostuvo que la acción carece del requisito de relevancia constitucional, por cuanto no se advierte una afectación o vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales reclamados por la parte actora, quien gozó en el trámite del proceso de nulidad electoral de la totalidad de las garantías constitucionales del debido proceso, incluida la de presentar las pruebas que considerara necesarias para defender la validez del acto de elección y controvertir las que se presentaron en su contra.

Que, por tanto, el accionante no acredita una afectación de dimensiones constitucionales, sino que propone un debate propio de la justicia ordinaria, referido a la validez del acto electoral.

Señaló que los cargos formulados por el actor son susceptibles de ser examinados por medio del recurso extraordinario de revisión y, además, también contaba con la posibilidad de promover un incidente de nulidad contra la sentencia, todo lo cual evidencia que la tutela es improcedente por la existencia de otros mecanismos de defensa judicial.

Resaltó 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 se refieren a «(i) el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales;

(ii) el cumplimiento de uno de los requisitos especiales de procedencia; y (iii) la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional».

Indicó que no se cumplió con la carga argumentativa suficiente que le permita al juez de tutela abordar el estudio del defecto fáctico de la providencia reprochada, pues el actor se ciñó a manifestar que no se valoraron adecuadamente los estatutos de CORPOVISIONARIOS ni el acto de delegación del representante legal.

Puso de presente que, en caso de considerarse que es procedente examinar el fondo del asunto, se debe denegar el amparo solicitado, habida consideración de que la Sección Quinta sí era competente para proferir la sentencia enjuiciada, pues si bien es cierto el párrafo del artículo 1º de la Ley 1881 establece que el primer fallo que se profiera entre los medios de control de nulidad electoral y de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada, también lo es que la sentencia proferida por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura el 19 de febrero de 2019 no está ejecutoriada y, por tanto, no podía predicarse la condición de cosa juzgada .

Expuso que no tiene cabida el argumento con el que el accionante pretende estructurar el defecto sustantivo, consistente en el desconocimiento del principio pro homine, por interpretación extensiva de una causal de inhabilidad, pues de acuerdo con la jurisprudencia de esa Sección «en tratándose del acto electoral, es menester antes que privilegiar el derecho del elegido, propender por la protección del derecho del elector, pues en él radica el sustento democrático de nuestras instituciones».

Que, en ese orden, la Sección Quinta fijó una regla de interpretación, de conformidad con la realidad normativa vigente, en la que no es posible tener como único aspecto para el análisis de los contenidos normativos de las prohibiciones, inhabilidades o incompatibilidades, los derechos del elegido -pro homine-, sino que es imperativo aplicar en cada caso otros principios que son fundamentales en el marco de un sistema democrático -pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores)- concediéndole prevalencia a estos últimos en garantía del interés general y no del particular del elegido o nombrado.

Por último, enfatizó que la providencia cuestionada no realizó una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad, sino que simplemente se 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, que en el caso de autos fue ANTA NAS MOCKUS.

11.2.3. La señora ANA MARÍA VILLALBA ARISMENDI<sup>15</sup>, como apoderada del tercero con interés directo CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, luego de rendir un informe sobre los hechos en los que se funda la presente acción, solicitó que se deniegue el amparo deprecado, en razón a que no se han vulnerado los derechos fundamentales del actor.

Agregó que carece de legitimación en la causa por pasiva, en cuanto que no es el órgano competente para satisfacer las pretensiones expuestas en el líbelo de la demanda.

### II.3. Coadyuvancia

II.3.1. NICOLAY DAVID ORLANDO ROMANOVSKY CAMACHO<sup>16</sup> en calidad de coadyuvante de la parte actora, solicitó que se amparen los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela.

Indicó que la providencia objeto de debate incurrió en un defecto orgánico y procedural, en razón a que la autoridad judicial accionada no estaba facultada para declarar la nulidad del acto de elección del señor ANTANAS MOCKUS. En primer lugar, porque en el Consejo de Estado cursa una demanda de pérdida de investidura en contra del actor por las mismas circunstancias fácticas que la providencia que ahora se reprocha, cuya decisión en primera instancia fue absolutoria y que resulta vinculante para el caso en concreto, pues de no ser así, se estaría privando el derecho a la doble instancia ; y, en segundo lugar, porque el asunto debió ser conocido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se evitara un choque de trenes entre las diferentes Secciones, haciendo incluso más ágil el proceso.

Además, refirió que se incurrió en un defecto sustantivo al estimar que se extendió el sentido de la restricción contenida en los numerales 2 y 3 del artículo 179 de la Constitución Política, lo que resulta inconstitucional teniendo en cuenta las limitantes interpretativas a las que están sujetos los operadores judiciales en materia de derechos políticos.

Adujo que la providencia acusa da incurrió en un defecto fáctico al concluir que el demandado intervino en la celebración de contratos de la Corporación CORPOVISIONARIOS, pues de las pruebas allegadas al proceso era posible evidenciar que se delegaron tales facultades en el director ejecutivo de esa entidad, H ENRY SAMU EL M URRAIN.

II.3.2. EDUA RDO CARM ELO PADILLA HERNÁNDEZ<sup>17</sup> en calidad de sujeto procesal del proceso de pérdida de investidura promovido contra ANTA

NAS MOCKUS, solicitó que se denieguen las pretensiones de la acción, por resultar temeraria.

Sostuvo que, contrario a lo expuesto por el actor, la Sección Quinta sí era competente para pronunciarse respecto de la acción de nulidad electoral; además, que no se vulneró el debido proceso en detrimento del principio de non bis in ídem, ya que se trata de dos acciones distintas, en razón a que la pérdida de investidura es de carácter sancionatorio y en ella se evalúa la conducta personal de congresista, por lo que resulta ser de responsabilidad subjetiva, mientras que la acción de nulidad electoral se dirige contra el acto administrativo de elección y su responsabilidad es de carácter objetiva.

Puso de presente que no se configuró la cosa juzgada en el asunto discutido, pues el proceso de pérdida de investidura se encuentra en trámite de segunda instancia, por lo que la decisión no está en firme.

Agregó que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, por cuanto al momento de la presentación de la tutela, la sentencia que declaró la nulidad del acto administrativo no estaba ejecutoriada y contra la misma es procedente el recurso extraordinario de revisión.

Finalmente, señaló que no se vulneraron los derechos fundamentales invocados por el actor y solicitó que se compulsen copias al Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que se investigue disciplinariamente al apoderado especial de la acción de tutela, esto es, al señor HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA, así como al señor ANTANAS MOCKUS, por las actuaciones contrarias a derecho.

II.3.3. HENRY GÓMEZ NIETO<sup>18</sup> como coadyuvante de la parte demandada, sostuvo que la decisión proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado se encuentra ajustada a derecho, por lo que solicitó que sean denegadas las pretensiones de la acción.

II.3.4. VÍCTOR VELASQUEZ REYES<sup>19</sup> en su condición de sujeto procesal dentro de la acción de nulidad electoral, solicitó que se deniegue el amparo solicitado, por cuanto no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados.

Adujo que la acción de tutela resulta temeraria, en primer lugar, porque que no es cierto que la autoridad judicial accionada haya carecido de competencia para pronunciarse respecto de la sentencia cuestionada y, en segundo lugar, porque no se vulneró el debido proceso.

Expuso que el actor presenta una confusión respecto de la pérdida de investidura y la acción de nulidad electoral, siendo procesos diferentes, en tanto que el primero es de carácter sancionatorio, en el cual se evalúa la conducta personal del congresista, por lo que es de responsabilidad subjetiva, mientras que el segundo no se dirige contra la persona sino contra el acto administrativo que declaró la elección, razón por la que la naturaleza de la responsabilidad es objetiva.

Añadió que la acción de nulidad electoral genera como consecuencia la desaparición del mundo jurídico del acto administrativo que declaró la elección, mientras que la pérdida de investidura provoca una incapacidad absoluta en la persona para poder.

Indicó que la Sección Quinta no desconoció la figura de la cosa juzgada en el asunto, en razón a que no existe sentencia ejecutoriada.

Agregó que la acción de tutela es improcedente, habida consideración que la providencia que anuló el acto administrativo de elección no está en firme y contra la misma procede el recurso extraordinario de revisión.

Por último, solicitó que se investigue disciplinariamente tanto al apoderado especial de la acción de tutela, esto es, al abogado H UMBERTO DE LA CALLE LOM BANA, como al actor, por haber incurrido en conductas contrarias a derecho.

II.3. 5. JOSÉ MANUEL ABUCHAIB E ESCOLAR<sup>20</sup>, en calidad de demandante del proceso de nulidad electoral, solicitó que se declarara la improcedencia de la acción, por carecer del requisito de subsidiariedad.

Sostuvo que el actor cuenta con el recurso extraordinario de revisión para discutir las inconformidades que expone en esta instancia constitucional, o si bien lo prefiere, también puede agotar el incidente de nulidad, el cual también resulta procedente para analizar el asunto.

Resaltó que lo pretendido con la acción de tutela de la referencia es revivir un debate que ya se surtió por el juez natural del asunto.

II .3.6. ANIBAL CARVAJAL VÁSQUEZ<sup>21</sup>, como coadyuvante de la parte actora, solicitó que se amparen los derechos fundamentales invocados en la presente acción.

Señaló que conforme al numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado colombiano tiene vedado permitir que funcionarios distintos al juez penal, restrinjan los derechos políticos de los ciudadanos, máxime de una persona que fue elegida por voto popular.

En ese orden de ideas, adujo que la autoridad judicial accionada desconoció lo expuesto en precedencia en la medida en que los derechos políticos del señor ANTANAS MOCKUS fueron restringidos a través de una decisión judicial dictada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y no por el juez penal.

II.3.7. La señora NELSY EDILMA REY CRUZ<sup>22</sup>, en calidad de parte actora en el proceso de nulidad electoral, solicitó que se declare la improcedencia de la acción por las siguientes razones: Manifestó que lo pretendido por el actor es revivir una discusión jurídica que ya fue resuelta en cumplimiento de la normativa aplicable y teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso.

Afirmó que el hecho de que la acción de nulidad electoral haya sido contraria a los intereses del accionante, no habilita al juez de tutela a analizar argumentos que ya fueron planteados por el juez natural del asunto, por lo que de contera, la acción de tutela de la referencia carece de relevancia constitucional.

Alegó que la acción constitucional carece del requisito de subsidiariedad, en razón a que no se agotaron los mecanismos idóneos de defensa que tenía el actor a su alcance para solicitar la protección de los derechos que considera vulnerados.

Respecto al primer cargo propuesto por el actor, refirió que la Sección Quinta de esta Corporación sí tenía competencia para conocer de la acción de nulidad electoral por medio de la cual el señor ANTANAS MOCKUS perdió su credencial.

Frente al segundo cargo expuesto en el escrito de tutela, indicó que de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente fue posible evidenciar que la representación legal de CORPOVISIONARIOS recaía exclusivamente en el presidente de esa Corporación, esto es, en el señor ANTANAS MOCKUS, por lo que el defecto sustantivo alegado no tiene vocación de prosperidad.

Y en cuanto al defecto fáctico alegado, adujo que no debía ser aceptado en esta instancia constitucional, debido a que el asunto ya fue objeto de estudio por parte de la autoridad judicial accionada, sin que se adviertan errores en la valoración probatoria.

II.3.8. LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA<sup>23</sup>, por conducto de apodera da judicial, solicitó su vinculación a la actuación judicial, como tercero interesa do, toda vez que también fue candidato al Senado para el mismo período del accionante y, como consecuencia de la nulidad de su elección, «se hace necesario establecer la recomposición del Senado de la República, excluyendo los votos obtenidos por la lista encabezada por el accionante», con el fin de garantizar su derecho a acceder a la curul de senador, de acuerdo con los resultados reconocidos por las autoridades electorales.

Sostuvo que la acción de tutela debe ser denegada por no existir vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

I. 3.9. ALBEIRO BOHORQUEZ MANRIQUE<sup>24</sup> manifestó que coadyuvaba en su totalidad los argumentos de la tutela, por considerar que la parte accionada incurrió en una vía de hecho. En sustento de lo anterior, se refirió a cada uno de los argumentos de la providencia enjuiciada y destacó que los mismos se apartan de una interpretación jurídica razonable y de un juicio valorativo adecuado de las pruebas.

#### II.4. Medida preventiva

En el auto admisorio de la tutela se denegó la solicitud de medida preventiva dirigida a dejar sin efecto la sentencia proferida por la Sección Quinta, con fundamento en que al momento de la presentación de la tutela, la providencia no se encontraba en firme, por lo que era claro que los efectos que se buscan suspender aún no se habían producido, lo que tornaba improcedente la medida deprecada.

El actor, mediante escrito visible a folio 73, solicitó nuevamente que se decretara la medida provisional consistente en la suspensión de los efectos de la sentencia cuestionada, petición que fue reiterada el 10 de mayo de los corrientes<sup>25</sup>.

Arguyó que las razones que sirvieron para denegar la medida ya no existen, y que se requiere acceder al decreto de la medida «ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues de no suspenderse la mencionada providencia podría ser ejecutada de inmediato, cesando mi representado en el ejercicio de sus funciones como Congresistas y tornado inocua la eventual protección de los derechos fundamentales invocados».

Mediante proveído de 15 de mayo del año en curso<sup>26</sup>, el Despacho sustanciador resolvió decretar la medida preventiva solicitada, con fundamento en que existían dos decisiones con conclusiones diferentes, una proferida en el medio de control de nulidad electoral que fue decidido por la Sección Quinta en la sentencia cuestionada, y otra dictada en el proceso de solicitud de pérdida de investidura, ambas basadas en acciones simultáneas y con fundamento en la misma conducta, lo que1 en una lectura preliminar, permitió colegir que pudo desconocerse el principio previsto en el parágrafo del artículo 10 de la Ley 1881, según el cual «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».

#### II.5. Recursos contra la providencia que decretó la medida preventiva

II.5.1. EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ y VÍCTOR VELASQUEZ REYES<sup>27</sup> interpusieron recurso de apelación con fundamento en que la providencia violó el derecho al debido proceso, porque no resolvió el fondo del asunto, sino que decretó una medida preventiva por fuera de los 10 días que la ley otorga para dictar sentencia, «obstaculizando el acatamiento de una sentencia que se profirió por la autoridad competente y con agotamiento del debido proceso y la participación de quien ahora pretende desconocer tanto la carta como el debido proceso electoral».

II.5.2. HENRY GÓMEZ NIETO<sup>28</sup> impugnó la decisión con el fin de que «se protejan nuestros derechos consagrados en los artículos 40, numerales 1 y 2, y 107 de la Constitución Política... el partido Alianza Verde cometió un delito político al avalar un inhabilitado a la elección 2018-2022, al cual se debe castigar con todo el peso de la ley».

Solicitó que se deje en firme la sentencia proferida por la Sección Quinta el 11 de abril de 2019 y que se «corra traslado a la Fiscalía General de la Nación para que ellos den inicio a la acción penal».

II.5.3 La apoderada de LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA<sup>29</sup> impugnó la decisión y adujo que la suspensión de los efectos de la sentencia proferida por la Sección Quinta afecta los derechos fundamentales de terceros quienes «a partir de las razones por las cuales se declaró la nulidad de la elección del accionante, tienen el derecho a ser elegidos y a ingresar al Congreso de la República como senadores, como sería el caso del Coronel Alfonso Plazas Vega».

Afirmó que la medida preventiva no puede ser decretada en Sala Unitaria, por cuanto la sentencia de nulidad fue proferida por todos los miembros de la Sección Quinta.

Por último, sostuvo que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, por cuanto el cese de las funciones del accionante como senador es una consecuencia atribuible exclusivamente a su conducta.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### III.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto<sup>1</sup> de conformidad con lo previsto en los artículos 2.2.3.1.2.1<sup>30</sup> y 2.2.3.1.2.4<sup>31</sup> del Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015<sup>32</sup>; 2º del Acuerdo número 377 de 11 de diciembre de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>1</sup> que regula la distribución de las acciones de tutela entre las Secciones; y 13 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019 de la misma Sala, que asigna a esta Sección el conocimiento de las acciones de tutela.

#### III.2. Cuestiones previas

##### III.2.1. Manifestación de impedimento

Mediante escrito de 25 de junio de 2019<sup>1</sup> visible a folios 425 y 426, el doctor HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ manifiesta estar impedido para actuar dentro del proceso de la referencia, por cuanto como magistrado integrante de la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura suscribió la sentencia de 19 de febrero de 2019 proferida dentro del proceso radicado bajo el número 11003 03 15 000 2018 02417 00 (acumulado), la cual tiene relación con la decisión a adoptar en la acción de tutela de la referencia, por lo que considera que se encuentra incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 6 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, el cual prevé:

"Causales de impedimento.

Son causales de impedimento:

(...)

6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiera participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar." (Negritas fuera del texto original).

A juicio de la Sala, el hecho manifestado por el doctor HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ constituye la causal de impedimento alegada, comoquiera que suscribió la sentencia de primera instancia en el proceso de pérdida de investidura adelantado contra el actor, el cual se alega como fundamento para cuestionar la sentencia objeto de censura que dio lugar a la acción constitucional que ahora ocupa la atención de la Sala.

Siendo ello así, se declarará fundado el impedimento manifestado por el doctor HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, para intervenir en el proceso de la referencia y, en consecuencia, se le separará del conocimiento de este asunto.

##### III. 2.2. Las solicitudes de coadyuvancia

De acuerdo con la posición de la Sección Primera del Consejo de Estado, los legitimados para intervenir en los procesos de acción de tutela cuando se discuten actuaciones judiciales, son todos aquellos sujetos que tuvieron la calidad de parte debidamente reconocida en dichas actuaciones.

Así, por ejemplo, cuando se ha solicitado el amparo de derechos fundamentales presuntamente vulnerados en sentencias proferidas por la Sección Quinta de esta Corporación en procesos electorales, esta Sala ha puesto de presente que la participación del interesado en el censo electoral no le otorga legitimación para actuar en la tutela, comoquiera que el objeto de esta es la protección de los derechos fundamentales de quienes se hicieron parte en el respectivo proceso electoral.

De acuerdo con la tesis de la Sala, si se pretende controvertir por vía de la acción de tutela la providencia judicial que resolvió una demanda electoral, es requisito indispensable haber sido parte del respectivo proceso, para que sea posible alegar la presunta vulneración con ocasión de las decisiones en él adoptadas.<sup>33</sup>

En este orden de ideas, la Sala procede a resolver las solicitudes de coadyuvancia con fundamento en la postura señalada y, en consecuencia, no tendrá como coadyuvantes a las siguientes personas que no fueron parte en el proceso judicial que se examina:

- NICOLAY DAVID ORLA N DO ROM ANOVSKY, por cuanto no acredita un interés legítimo en las resultas del proceso y sustenta su concurrencia en el interés de intervenir como ciudadano en el ejercicio y el control del poder político.

- EDUAR DO CARM ELO PADILLA HERNÁNDEZ, por cuanto no acredita un interés legítimo en las resultas del proceso y sustenta su concurrencia en la calidad de parte procesal de un proceso diferente al que aquí se examina.

- HEN RY GÓMEZ NIETO, por cuanto sustenta su vinculación en su calidad de «arquitecto víctima», sin acreditar un interés legítimo en las resultas del proceso.

- AN IBAL CARVAJAL VÁSQUEZ, por cuanto no acredita un interés legítimo en las resultas del proceso y sustenta su concurrencia en el interés de intervenir como ciudadano en el ejercicio y el control del poder político.

- LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA, por cuanto no acredita un interés legítimo en las resultas del proceso y sustenta su concurrencia en que también fue candidato al Senado para el mismo período del accionante, por lo que estima necesario «establecer la recomposición del Senado de la República, excluyendo los votos obtenidos por la lista encabezada por el accionante», con el fin de garantizar su derecho a acceder a la curul de senador, de acuerdo con los resultados reconocidos por las autoridades electorales.

- ALBEIRO BOHORQU EZ MA N RIQU E, por cuanto no acredita un interés legítimo en las resultas del proceso y sustenta su concurrencia en su calidad de miembro del Partido Alianza Verde.

En relación con la coadyuvancia de VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES, JOSÉ MANUEL ABUCHAI BE ESCOLAR y NELSY EDILMA REY CRUZ, la Sala estima que no es necesario reconocer dicha calidad, comoquiera que, en el auto admisorio de la tutela, fueron vinculados a las presentes diligencias en calidad de terceros interesados en las resultas del proceso.

Cabe resaltar, en relación con el ciudadano VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES, que no se accederá a su solicitud relativa a que se investigue disciplinariamente tanto al apoderado especial de la acción de tutela, como al actor, por haber incurrido en conductas Contrarias a derecho, por cuanto dicho reproche no fue argumentado ni se presentaron elementos de juicio que permitan a la Sala considerar que, en efecto, se deben compulsar copias a las autoridades disciplinarias.

### III.2.3. Decisión de los recursos contra la providencia que decretó la medida preventiva

Corresponde a la Sala pronunciarse respecto de los recursos interpuestos contra el auto que decretó la medida preventiva de suspensión de los efectos de la sentencia cuestionada.

Al respecto, es menester precisar que tanto la Jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada que el único recurso legalmente establecido dentro del trámite de una acción de tutela es la impugnación contra el fallo de primera instancia y, por lo tanto, aquellos recursos interpuestos contra las decisiones diferentes a esta resultan improcedentes.

Ello se desprende de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991<sup>34</sup>, el cual dispone:

«ARTICULO 31. IMPUGNACIÓN DEL FALLO. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.»

En tal sentido, la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 284 de 2014, sostuvo que el artículo 86 de la Constitución Política sólo previó la posibilidad de impugnar la decisión de fondo adoptada en primera instancia, dado el carácter preferente y sumario de la acción de tutela. La mención da sentencia indicó:

«30.1. El artículo 86 de la Constitución sólo contempla la posibilidad de interponer impugnación contra la decisión de fondo adoptada en primera instancia. El texto constitucional no faculta expresamente al legislador para crear recursos susceptibles de interponerse contra las demás decisiones judiciales que dispongan la protección inmediata de los derechos, pero tampoco se lo prohíbe de forma explícita. El Congreso cuenta ciertamente con una competencia general para reformar las leyes (CP art 150 núm. 1), pero esto no quiere decir que, en virtud suya, el legislador esté habilitado generalmente para consagrarse nuevos recursos contra otros actos judiciales en los procesos de tutela. Según la jurisprudencia de la Corte, el carácter "preferente y sumario" que la Constitución le atribuye al proceso de tutela (CP art 86) tiene entre otras implicaciones que se exigir que la decisión por la cual se imparte una orden de protección a los derechos fundamentales, quede en firme "a mayor brevedad posible". Esto lo dijo la Corporación para referirse a la decisión que pone fin a una instancia o al proceso de tutela. No obstante, la Corte considera que también es aplicable en general a otros actos judiciales susceptibles de adoptarse en el proceso de tutela, pero en particular se refiere perentoriamente a los que imparten órdenes de protección (si bien no definitivas) a los derechos».

Igualmente, a través del Auto 064 de 2004, esa misma Corporación señaló:

«[...] el Decreto 2591 en su punto permite la impugnación del fallo de primera instancia, y aunque la misma normatividad regula lo atinente al trámite que se sucede en esta Corte, en sede de revisión, no prevé que las decisiones que lo culminan puedan ser recurridas. Asunto que no admite duda si se considera que el Decreto 2067 de 1991 dispone que contra las sentencias de esta Corporación no procede recurso ni nulidad

alguna.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que, excepcionalmente, tienen cabida las solicitudes de nulidad por violación del artículo 29 de la Carta, pero esto no significa que el auto que las decide pueda ser recurrido, porque en aplicación del principio de celeridad, y en aras de la eficacia de las decisiones que restablecen los derechos fundamentales, lo decidido por el juez constitucional deberá cumplirse, sin dilación [...].»

De los apartes transcritos y de la normativa señalada en líneas anteriores, se colige que en el trámite de la acción de tutela el único recurso previsto, es el de impugnación frente al fallo de primera instancia, por lo que las impugnaciones interpuestas por los terceros interesados contra el auto de 15 de mayo de 2019, que decretó una medida preventiva, resultan improcedentes.

Por tal razón, la Sala procederá a rechazar por improcedentes los recursos interpuestos contra el auto que decretó la medida preventiva de suspensión de los efectos de la sentencia cuestionada.

### III.3. Problema jurídico

El problema jurídico que corresponde resolver a la Sala se centra en determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales al non bis in ídem, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, con ocasión 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 del acto de elección del actor como Senador de la República para el período 2018- 2022.

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: (i) acción de tutela contra providencia judicial; (ii) requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (iii) examen de la sentencia cuestionada; (iv) cargos de la acción de tutela; (v) defecto orgánico como causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (vi) defecto procedural como causal especial de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (vii) otros cargos de la demanda; y (viii) la decisión en el caso concreto.

#### III.3.1. La acción de tutela contra providencia judicial

Frente a la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala

Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012 (Expediente núm. 2009-01328, Actora: Nery Germania Álvarez Bello, Consejera ponente María Elizabeth García González), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica y con miras a unificar la jurisprudencia, consideró que es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, debiéndose observar al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.

En sesión de 23 de agosto de 2012, la Sección Primera adoptó como parámetros jurisprudenciales a seguir, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos que la misma o esta Corporación elaboren sobre el tema, lo cual fue reiterado en Sentencia de Unificación de la Sala Plena de 5 de agosto de 2014, (Expediente núm. 2012-02201-01, Consejero ponente: doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

En la mencionada sentencia, la Corte señaló los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, así:

«[...] Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional<sup>35</sup>.

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 íusfundamental irremediable<sup>36</sup>

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez<sup>37</sup>

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<sup>38</sup>

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<sup>39</sup>.

f. Que no se trate de sentencias de tutela<sup>40-41</sup>

... Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedural absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales<sup>42</sup> o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado<sup>43</sup>.
- i. Violación directa de la Constitución [...].»

### III.3.2. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

En el caso sub examine se cumple con el requisito de relevancia constitucional, por cuanto la tutela plantea, con suficiente carga

argumentativa, la vulneración de los derechos fundamentales al non bis in ídem, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, y a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, con ocasión de los defectos procedural, sustantivo y fáctico en que presuntamente incurrió la autoridad judicial acciona da; la sentencia se profirió el 11 de abril de 2019, en única instancia y la acción de tutela se presentó el día 23 del mismo mes y año, es decir, en un plazo razonable<sup>44</sup>; y la solicitud identifica los hechos y derechos que se estiman lesionados.

Aunado a lo anterior, no se estructuran las causales para la procedencia del recurso extraordinario de revisión, previstas en el artículo 250 del CPACA, habida consideración de que no se alega que exista una nulidad originada en la sentencia, ni tampoco que el fallo cuestionado sea contrario a otro anterior que constituya cosa juzgada.

### III.3.3. La sentencia cuestionada

A través de la providencia cuestionada, la Sección Quinta declaró la nulidad del acto de elección de AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS como Senador de la República para el período 2018- 2022 y ordenó cancelar la credencial que lo acredita como Congresista.

En síntesis, la decisión examina da señaló:

Que no es viable aplicar el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881, según el cual cuando una conducta de 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. Ello por cuanto no es posible decretar la ocurrencia de la cosa juzgada frente a una sentencia que no se encuentra en firme, toda vez que la decisión proferida por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura en el caso de ANTANAS MOCKUS fue objeto de impugnación, la cual, al momento de resolver la nulidad electoral, aún no se había decidido.

Que, en el caso particular, se dieron todos los elementos que configuran la inhabilidad prevista en el numeral 50 del artículo 275 del CPACA, a saber:

- Elemento objetivo: toda vez que el demandado tenía la calidad de representante legal de CORPOVISIONARIOS, lo que significa que él, o en su defecto quien él autorizara o delegara, podía suscribir válidamente los negocios jurídicos en nombre y representación de esa corporación. Ello por cuanto, según consta en

los estatutos y en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, la representación legal de la ESAL recaía exclusivamente en el presidente y esa dignidad era, precisamente, la que ostentaba el señor ANTANAS MOCKUS; por lo tanto, la delegación efectuada al director ejecutivo fue en realidad un mandato, lo que hacía que este actuara en nombre y representación de su mandante. Sobre el particular, la sentencia acotó:

«[...] El régimen de inhabilidades contemplado en la Constitución busca limitar el derecho a elegir y ser elegido con el propósito de salvaguardar otros derechos y principios transversales al Estado Democrático de Derecho tales como la igualdad y la transparencia. Especialmente, para prevenir que los negocios con el Estado pudieran erigirse como catapulta de los candidatos que los gestionaren o celebraren, el Constituyente

previó la inhabilidad mayoritariamente conocida como "gestión de negocios o celebración de contratos" en los siguientes términos:

"ARTICULO 179. No podrán ser congresistas: (...)

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5."

La jurisprudencia ha justificado la existencia de esta inhabilidad "de una parte, en la necesidad de evitar que el particular que gestiona o celebre el negocio, saque provecho de su aspiración popular para obtener un tratamiento privilegiado ante la entidad pública destinataria de las gestiones y, de otra, que la persona se muestre frente a la comunidad como una hábil negociadora de intereses con la Administración, en detrimento de la igualdad entre los candidatos a una elección popular".

Ahora bien, del tenor literal de la norma se desprende que dicha causal contiene en su redacción tres inhabilidades, de forma tal que, según esta disposición y a groso modo, no podrán ser elegidos Congresistas quienes:

i) Hayan intervenido durante los seis meses anteriores a la elección en la gestión de negocios ante entidades públicas en interés propio o favor de terceros.

ii) Durante ese mismo lapso [seis meses anteriores a la elección] hayan celebrado, con un interés propio o favor de terceros, contratos con entidades públicas.

iii) En el citado término hayan ejercido como representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.

Específicamente, en las demandas se argumenta la materialización de los eventos consagrados en la primera y segunda parte del numeral 3º del artículo 179 Superior, esto es de la gestión y la celebración de contratos, de lo cual se ocupará la Sala a continuación:

## 2.6 Respecto de la celebración de contratos

(...) está plenamente demostrado, de un lado, que CORPOVISIONARIOS celebró dos convenios de asociación con entidades públicas a saber: Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y la UAESP y, de otro, que los citados convenios fueron suscritos a nombre de la ESAL por el señor Henry Samuel Murrain.

(...)

En otras palabras, está acreditada la celebración del contrato estatal por parte de CORPOVISIONARIOS.

(...)

Decantado lo anterior, es menester examinar, de manera general, lo relacionado con las personas jurídicas o morales de derecho privado, comoquiera que en el caso objeto de estudio fue una de estas entidades la que celebró los convenios que, a juicio de los demandantes, dieron origen a la inhabilidad endilgada.

(...)

Para la legislación civil colombiana, la persona jurídica se representa a través de una persona natural- Representante Legal-, que personifica la capacidad de goce y de obrar otorgada a la organización; por consiguiente, el referido sujeto, en esa condición, no solo representa en todos los ámbitos a la persona moral, sino que, además, puede contraer obligaciones a su nombre. Se trata de una figura, a través de la cual las actividades de la persona natural se entienden imputadas a la persona jurídica, siempre y cuando se halle

Dentro de la competencia estatutaria concedida<sup>45</sup>

(...)

adquiere la calidad de representante legal bien la persona autorizada por la ley o bien aquella a los que los miembros de la persona jurídica les confieran tal carácter. Quiere decir lo anterior que, es a los integrantes de la corporación a quienes les corresponde determinar a quién o a quienes les otorga dicha calidad, es decir, el ordenamiento jurídico reconoce que para establecer en cabeza de quien recae la representación de

la persona jurídica es necesario acudir a la voluntad de los miembros de la persona jurídica vertida en los estatutos.

(...)

#### 2.6.2.1.2 La representación legal de la entidad que suscribió los contratos estatales

El anterior estudio resulta de suma relevancia para resolver el problema jurídico que examina la Sala, no solo porque en el sub examine está demostrado que los contratos que, a juicio de los demandantes dan cuenta de la inhabilidad, fueron suscritos por una persona jurídica sin ánimo de lucro, sino porque, además lo que está en duda es si el demandado tenía la calidad representante legal de la ESAL que los celebró.

(...)

##### a) La representación legal de CORPOVISIONARIOS

En el caso concreto, está acreditado que la entidad que celebró los contratos presuntamente inhabilitantes, esto es, CORPOVISIONARIOS es una persona jurídica sin ánimo de lucro, pues así se dispone en el artículo 2º de sus estatutos en los que, expresamente, se afirma "la entidad se constituye como una CORPORACIÓN sin ánimo de lucro de naturaleza civil". Sin embargo, lo que está en duda es ¿quién era el representante legal de esa corporación?

Para absolver este cuestionamiento corresponde examinar, de un lado y conforme al principio de supremacía estatutaria propia de las personas jurídicas, los estatutos de CORPOVISIONARIOS, y de otro, el certificado de existencia y representación legal de esa entidad (...).

(...)

Conforme al análisis de estas pruebas, para la Sala Electoral respecto a la representación legal de CORPOVISIONARIOS es evidente que:

i) Quien ostenta la representación legal de CORPOVISIONARIOS es el presidente, pues así lo disponen expresamente sus estatutos. No de otra manera se explica, de un lado, que dentro de las funciones de ese cargo se enliste, precisamente, la de la representación legal y, de otro, que en el certificado expedido por la Cámara de Comercio en el acápite relativo a la "representación" se aluda al presidente.

(...)

iii) Según la función Nº 5 de que trata el artículo 24 de los estatutos de CORPOVISIONARIOS el presidente puede "delegar" la facultad de representación en el director ejecutivo. Esta conclusión es de suma importancia, ya que no puede hablarse de una representación conjunta o simultánea entre los citados miembros de la corporación, habida cuenta que los estatutos son claros en expresar que quien tiene la calidad de representante es el presidente; cosa distinta es que aquel pueda "delegar" o entregar esa función a otro miembro de la ESAL.

(...)

##### b) La "delegación" de la representación legal

Decantado lo anterior, ataña a la Sala examinar la autorización de "delegación" entregada por la persona jurídica a su presidente, habida cuenta que el demandado fundó su defensa, precisamente, en el hecho de que "delegó" la representación legal de CORPOVISIONARIOS al director ejecutivo, y por consiguiente, a su juicio, se despojó de tal calidad. En tanto, para la parte actora esa supuesta delegación no puede tenerse como tal, debido a que no se registró en la Cámara de Comercio.

(...)

Lo primero que debe señalarse es que no es posible hablar de una "delegación" en los términos del artículo 211 de la Constitución o del artículo 9º de la Ley 489 de 1998, a través del cual se permite a determinados funcionarios "trasferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias." Lo anterior, toda vez que no estamos en el marco del derecho administrativo y en especial del escenario, según el cual un servidor público puede delegar sus competencias a otro.

(...)

Así las cosas, es claro que en este contexto "delegar" implica dar a [una persona o un organismo] un poder, una función o una responsabilidad a alguien para que los ejerza en su lugar o para obrar en representación suya. Según esta definición es claro que quien "delega" no pierde la titularidad de la responsabilidad, función o tarea encomendada lo que sucede es que la entrega a un tercero, para que este actué en su nombre y su representación como "delegatario".

Ahora bien, en el derecho público la delegación se materializa a través del respectivo acto administrativo, en tanto en el derecho privado la acción de "delegar" se cristaliza a través del contrato de mandato, debido a que es mediante este negocio jurídico que se permite que los particulares entreguen a otro el curso de las acciones, funciones y/o responsabilidades que están a su cargo (...). Debe tenerse en cuenta que, tal y como lo ha dispuesto la jurisprudencia el mandato es esencialmente representativo, de forma que el mandatario ejecuta, a nombre y en representación, del mandante las funciones, facultades, responsabilidades o negocios que, en principio, recaían en este; por ello, todo lo que el

mandatario haga se entiende como sí directamente lo hubiese efectuado el mandante.

Quiere decir lo anterior, que cuando los estatutos de CORPOVISIONARIOS permitieron al presidente "delegar" la representación legal de la ESAL al director ejecutivo, en realidad, le dieron autorización para que este, si así era su deseo, entregara a un tercero esa potestad. Sin que ello implicara que aquel dejara de ser representante legal, pues únicamente transmitía la función, pero no perdía su condición o cargo.

(...)

En este contexto, para la Sala la "delegación" contenida la Resolución Nº 01 de 2006, antes descrita, debe entenderse en realidad como un contrato de mandato o representación a través del cual el presidente (mandatario) le pidió al director ejecutivo (mandante) que ejercitara, en su nombre y representación, la representación legal de CORPO VISIONARIOS (negocio encomendado).

(...)

Por lo anterior, para la Sala Electoral el director ejecutivo de CORPOVISION ARIOS sí puede entenderse como un mandate del presidente de aquella entidad, toda vez que, aunque los estatutos le permitieron ser representante legal se lo consintieron si y solo si el presidente dentro de su autonomía decidía "delegarle esa facultad"; luego no puede asegurarse que se trate del órgano al que directamente se le facultó para exteriorizar la voluntad de la persona jurídica (...). Dadas las condiciones propias del mandato no puede asegurarse, como sostiene la parte demandada, que con él se trasladó la representación legal de CORPOVISION ARIOS del presidente al director ejecutivo debido a que, se insiste, este se caracteriza porque el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante, al punto que el "acto se considera ejecutado directamente por el representado y a su cargo quedan las obligaciones y derecho emergentes derivados del acto del representante"<sup>46</sup>.

Ahora, no escapa a la Sala que la "delegación" hecha por el demandado al director tiene carácter general y no tiene límite temporal, aspectos de los que podría desprenderse que era la voluntad del presidente desligarse completamente de esta potestad. Sin embargo, estas características no pueden desvirtuar que por disposición estatutaria el presidente era el representante legal de CORPOVISIONARIOS, de forma que la única manera de dejar de ostentar jurídicamente dicha condición era con una reforma a los estatutos de la misma, comoquiera que la "delegación" solo transmitía materialmente la función al director, pero no despojaba al presidente de su condición.

(...)

#### c) Implicaciones de la delegación en la inhabilidad objeto de estudio

(...)

Para la Sección Electoral, teniendo en cuenta lo expuesto, y en especial que la "delegación" no trasmittió la representación sino, únicamente, permitió que un tercero actuara en nombre y representación de quien tenía la capacidad para comprometer legalmente a la entidad, debe concluirse que el elemento objetivo de la inhabilidad se encuentra plenamente acreditado, toda vez que quien suscribió los convenios lo hizo, en nombre del representante legal de la ESAL, esto es del señor Antanas Mockus [...].».

- Elemento temporal: porque los convenios y sus distintas prórrogas se celebraron dentro del período inhabilitante, esto es, entre el 11 de septiembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018 (6 meses antes de las elecciones para Congreso de la República 2018- 2022).

- Elemento subjetivo: dado que los convenios celebrados comportaron un interés o beneficio a un tercero, esto es, a CORPOVISIONARIOS, pues el hecho de que el contrato se haya celebrado con una entidad sin ánimo de lucro y en la modalidad de convenio de asociación no significa que no haya reportado beneficios económicos para la ESAL.

-Elemento territorial: pues según consta en las copias de los convenios allegadas al proceso, aquellos se celebraron en Bogotá D.C. y el cargo en el que resultó electo el demandado tiene circunscripción nacional.

#### III.3.4. Los cargos de la tutela

##### III.3.4.1. La providencia judicial cuestionada incurrió en los defectos orgánico y procedural

Para sustentar el cargo, el actor se remite a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1881 y aduce que la Sección Quinta no podía pronunciarse en forma distinta a lo decidido por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, la cual, en la sentencia de 19 de febrero de 2019 denegó la pérdida de investidura presentada en su contra.

Discrepa de la decisión censurada en cuanto concluyó que no existía cosa juzgada porque la sentencia del proceso de pérdida de investidura no se encontraba ejecutoriada, pues el artículo 1º de la Ley 1881 no señala que la sentencia que hace tránsito a cosa juzgada deba estar ejecutoriada, como lo determinó el juez accionado, y, por ende, la única forma de respetar tanto el efecto de cosa juzgada como el principio non bis in ídem era suspender el medio de control electoral hasta tanto la Sala Plena desatara la segunda instancia de la pérdida de investidura.

Para resolver el cargo, la Sala se ocupará de los siguientes asuntos: (i) defectos orgánico y procedural como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (ii) principio non bis in ídem; (iii) diferencias entre los medios de control de nulidad y pérdida de investidura ; (iv) el principio non bis in ídem en los procesos de pérdida de investidura y nulidad electoral; (v) el principio

non bis in ídem en la Ley 1881; (vi) el alcance de la expresión «primer fallo» del parágrafo del artículo 10 de la Ley 1881; y (vii) la solución del cargo.

### III.3.4.1.1. Defecto orgánico y procedural como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

En la sentencia T-446 de 2007<sup>47</sup>, la Corte Constitucional explicó que el defecto orgánico se configura «cuando la autoridad que dictó la providencia carecía en forma absoluta de competencia para conocer de un asunto». Igualmente, en la sentencia T-929 de 2008<sup>48</sup>, esa Corporación sostuvo que si se comprueba la incompetencia del funcionario judicial que emitió la providencia acusada, se configura un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso, en tanto «el grado de jurisdicción correspondiente a un juez, tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para la autoridad pública que administra justicia, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen».

De acuerdo con lo anterior, para que se configure el aludido defecto es necesario que el juez de tutela encuentre que existió una extralimitación de la esfera de competencia atribuida al juez.

Descendiendo al caso sub examine, la Sala advierte que la decisión de la demanda de nulidad electoral adoptada por la Sección Quinta está enmarcada dentro de una competencia funcional y temporal establecida en la Constitución y la ley, por lo que no se observa que haya desbordado su ámbito de competencia o asumido una que no le corresponde o adelantado una actuación por fuera de los términos legalmente dispuestos.

Y ello es así por cuanto de la lectura de la norma a partir de la cual el actor interpreta la existencia del aludido defecto no se evidencia expresamente que al decidir la nulidad electoral sin esperar la sentencia de segunda instancia de la pérdida de investidura, la Sección Quinta haya actuado por fuera de su competencia, pues esta, se reitera, está determinada constitucional y legalmente.

Por su parte, el defecto procedural tiene lugar cuando el operador jurídico se aparta de las normas procesales que regulan el caso y sigue un trámite completamente ajeno al pertinente<sup>49</sup>. Sobre el tema en particular, la Corte Constitucional ha precisado:

«[...] Este tiene lugar siempre que, en desarrollo de la actividad judicial, el funcionario se aparta de manera evidente y grotesca de las normas procesales aplicables (...). Se han reconocidos dos modalidades de defecto procedural, uno absoluto, que se produce cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido para el trámite de un asunto concreto, bien sea porque: i) sigue un trámite totalmente ajeno al pertinente y en esa medida equivoca la orientación del asunto, u ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. Y un defecto procedural por exceso ritual manifiesto, que tiene lugar cuando el funcionario arguye razones formales a manera de un impedimento, que sobrevienen en una denegación de justicia.

No obstante, en definitiva, el desconocimiento del procedimiento debe tener unos rasgos adicionales para configurar el defecto bajo estudio: a) debe ser un error trascendente que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y que tenga una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y, b) debe ser una deficiencia no atribuible al afectado [...]»<sup>50</sup>. (Resaltado fuera del texto original).

El defecto procedural incorpora dos tipos de garantías constitucionales, el derecho al debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia. En relación con el primer derecho ha señalado la jurisprudencia constitucional que se produce un defecto procedural de carácter absoluto cuando el funcionario judicial se aparta del proceso legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso ajeno al autorizado o porque omite una etapa sustancial de este<sup>51</sup>. En relación con el derecho de acceso a la administración de justicia, el defecto se produce, cuando por un exceso ritual manifiesto se impide dicho acceso, es decir, «cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia». <sup>52</sup>

### III.3.4.1.2. Examen del cargo de defecto procedural

#### III.3.4.1.2.1. Principio non bis in ídem

Uno de los componentes esenciales del derecho fundamental al debido proceso es la prohibición del enjuiciamiento múltiple, por los mismos hechos o prohibición del bis in ídem, como lo establece el artículo 29 Superior:

«ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado

dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, Ja prueba obtenida con violación del debido proceso». (Resaltado fuera del texto).

En los sistemas internacionales de protección de los derechos, este principio se encuentra en el artículo 14-7 del PIDCP<sup>53</sup>, que establece que «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país», y en el artículo 8-4 de la CADH<sup>54</sup>, según el cual «(...) el inculpado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

Sobre este principio, la Corte Constitucional ha señalado que:

«[...] el principio de non bis in ídem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas. Ciertamente, la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de "someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta", que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de non bis in ídem.

En relación con las características generales de estos principios constitucionales, la Corte ha manifestado, en primer lugar, que constituyen una emanación de los valores de justicia material y de seguridad jurídica. Comoquiera que el significado primigenio de los principios de non bis in ídem y de cosa juzgada consiste en impedir que los hechos o conductas debatidos y resueltos en un determinado proceso judicial vuelvan a ser discutidos por otro funcionario en un juicio posterior, esta Corporación ha considerado que la relación que debe existir entre los hechos, el objeto y la causa de esos dos procesos debe ser de identidad. En efecto, la jurisprudencia señala que debe tratarse de motivos idénticos, de juicios idénticos, del mismo hecho, del mismo asunto o de identidad de objeto y causa. Así, por ejemplo, la Corte ha estimado que no se violan los principios constitucionales en comento cuando una misma conducta es juzgada por dos jurisdicciones diferentes con base en normas de categoría, contenido y alcance distintos [...].»<sup>55</sup> (Resaltado fuera del texto original).

También, en la sentencia C-870 de 2002, la Corte señaló:

«[...] [ E]l constituyente colombiano prefirió una consagración del principio non bis in ídem según la cual la prohibición no está dirigida exclusivamente a una doble sanción. La prohibición se dirige a ser "juzgado" dos veces. Considera la Corte, que lo anterior se ajusta a los fundamentos del principio non bis in ídem ya que la seguridad jurídica y la justicia material se verían afectadas, no sólo en razón de una doble sanción, sino por el hecho de tener una persona que soportar juicios sucesivos por el mismo hecho [...].».

Por su parte la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 10 de noviembre de 2016<sup>56</sup>, se refirió al principio del non bis in ídem de la siguiente manera:

«[...] El principio del non bis ídem está consagrado en la Constitución Política de Colombia en el artículo 29, inciso 1º, que consagra que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; y en el inciso 4º, señala que quien sea sindicado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho:

(...)

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-244 de 1996<sup>57</sup> estableció los elementos que debe tenerse en cuenta al momento de analizar si se ha violado o no el principio, así como Ja importancia en Ja naturaleza de Ja sanción:

"Este principio que, de acuerdo con Ja jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que existe identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

La identidad en la persona significa que el sujeto incriminado debe ser Ja misma persona física en dos procesos de la misma índole. La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en Ja especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza. La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos". [...]» (Resaltado es del texto original).

La Corte Constitucional ha sostenido que el principio del non bis in ídem tiene la dimensión de derecho fundamental, pues «no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos»<sup>58</sup>

Frente a este último aspecto, es decir, al límite que este principio le impone al Legislador, la Corte, en sentencia C-464 de 2014, expresó que la prohibición del bis in ídem tiene dos dimensiones: i) una procedural (concepción tradicional); y, ii) una material, que se refiere a una garantía constitucional sustancial que sirve de referencia para el control de constitucionalidad que ejerce esa Corporación ante «errores de técnica legislativa que conducen en el plano teórico a futuras violaciones constitucionales». <sup>59</sup>

En suma, la prohibición del bis in ídem tiene rango constitucional y está prevista en instrumentos de derecho internacional aplicables en el

ordenamiento interno en virtud del bloque de constitucionalidad. Su finalidad consiste en no someter dos veces a juicio a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta, como emanación de los valores de justicia material y seguridad jurídica.

### III.3.4.1.2.2. Diferencias entre los procesos de pérdida de investidura y nulidad electoral

Debido a que los medios de control de pérdida de investidura de congresistas y de nulidad electoral comparten una misma causal consistente en la violación del régimen de inhabilidades<sup>60</sup>, la Jurisprudencia de la Corporación se ha referido en varias oportunidades a la naturaleza de una y otra acción, para distinguir sus características y consecuencias, así como para delimitar los alcances de la cosa juzgada cuando se traman ambas acciones con fundamento en la misma causal de inhabilidad.

Al respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que el medio de control de nulidad electoral está diseñado para examinar la validez del acto electoral, es decir, un examen objetivo, mientras que la pérdida de investidura busca sancionar una conducta impropia del congresista. Sobre este asunto en particular, en providencia de 27 de septiembre de 2016, la Sala Plena indicó:

«El juicio que está llamado a ejercer el juez electoral es objetivo en tanto aquel solo debe analizar si el acto de elección o designación se ajusta al ordenamiento. Por su parte, el juez de la pérdida de la investidura debe enjuiciar, se repite, la conducta del demandado, lo que implica necesariamente que este efectúe un examen diverso al que debe desplegar aquél. Examen que, por demás, no puede desconocer la naturaleza sancionatoria de este proceso, lo que significa que el artículo 29 de la Constitución rige plenamente en el proceso de pérdida de investidura.

En otros términos, mientras el juez de la nulidad hace un análisis objetivo -acto-norma, el juez de la pérdida de la investidura debe realizar un análisis conducta norma, es decir, subjetivo, en tanto debe valorar el comportamiento del demandado a partir de las causales previamente establecidas en la norma fundamental, por lo menos en cuanto a lo que a la violación del régimen de inhabilidades se refiere. Diferencia esta que resulta sustancial entre una y otra acción.

(...)

Así, a diferencia del medio de control de nulidad electoral en el que basta demostrar que se cumplen los elementos que configuran la respectiva inhabilidad, sin juicios adicionales por parte del juzgador, en el proceso de pérdida de investidura el juez, además de comprobar que la inhabilidad se configuró - como se corresponde al juez electoral-, requiere, adicionalmente, determinar el llamado elemento subjetivo, para lo cual, necesariamente, quien conoce del proceso sancionatorio debe acometer un estudio diferente al que efectúa el juez del medio de control electoral.

Esta distinción justifica, por sí sola, que el juez de la pérdida de la investidura deba admitir y fallar las solicitudes que se presenten, pese a que el juez electoral hubiese decretado la nulidad de la elección por encontrar configurada la causal de inhabilidad. Pues, como ya se anticipó, no basta con que se demuestre que la inhabilidad se estructuró elemento objetivo-, dado que es necesario que el juez de la pérdida de la investidura evalúe la conducta del demandado - elemento subjetivo- para determinar si procede o no la sanción que se deriva de este juicio [...]»<sup>61</sup> (Resaltado fuera del texto original).

De otra parte, la Corte Constitucional, al referirse a las diferencias de ambas acciones, precisó:

«[...] El artículo 179 de la Constitución prevé las causales de inhabilidad o de inelegibilidad de los congresistas. Además, el artículo 183 de la misma normativa regula las causales de pérdida de investidura, dentro de las cuales se estipulan la violación del "régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses (...)".

De los anteriores preceptos se evidencia que las inhabilidades, que constituyen el fundamento para impugnar los actos de elección de los congresistas mediante la acción electoral, también son causales de pérdida de investidura.

En ese sentido, puede presentarse acción electoral contra el acto de elección de un congresista con fundamento en la trasgresión del régimen de inhabilidades, y al mismo tiempo promoverse demanda de pérdida de investidura con fundamento en la vulneración de tal régimen.

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la de la Corte Constitucional, han analizado la posibilidad de que se presenten ambos procesos de forma paralela y sobre el particular, han concluido que la acción electoral y la pérdida de investidura, pueden promoverse en contra de la misma persona y con fundamento en la misma causal de inhabilidad, porque se trata de juicios autónomos e independientes.

(...) el proceso sancionatorio de pérdida de investidura comporta el reproche ético a un funcionario con el fin de defender la dignidad del cargo que ocupa, y de otra, el de nulidad electoral conlleva un juicio de validez de un acto de naturaleza electoral, en el cual el demandante solamente está interesado en la defensa objetiva del ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, en el juicio sancionatorio el juez confronta la conducta del demandado con el ordenamiento para determinar si se debe imponer la consecuencia jurídica contenida en la Constitución, en otras palabras, realiza un análisis subjetivo, pues conlleva una sanción para quien resultó electo. En contraste, en el juicio de validez electoral, en el que se somete a control jurisdiccional el acto electoral, se confronta este último con las normas jurídicas invocadas y el concepto de violación, es decir, se hace un control objetivo de legalidad [...].»<sup>62</sup> (Resaltado fuera del texto original).

En síntesis, mediante el juicio de validez electoral se demuestra que se cumplen los elementos que configuran la respectiva inhabilidad, sin

reflexiones adicionales por parte del juzgador, mientras que en el juicio sancionatorio de pérdida de investidura el juez, además de comprobar que la inhabilidad se configuró, debe determinar si se configura el elemento subjetivo de la conducta.

#### III.3.4.1.2.3. El principio del non bis in ídem en los procesos de pérdida de investidura y nulidad electoral

Según se ha citado, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha definido que el objeto y finalidad del proceso de nulidad electoral es esencialmente distinto del objeto y finalidad del proceso de pérdida de investidura. Por ello, ha señalado la Corporación que cuando se juzga la conducta de un congresista mediante una acción electoral y un proceso de pérdida de investidura, no es posible que se configure el fenómeno de la cosa juzgada ni se vulnere el principio del non bis in ídem, así el motivo de ambos procesos sea la misma causal de inhabilidad, debido a que las pretensiones y el objeto de cada demanda es diferente, y también lo son las consecuencias o efectos de cada decisión.

Bajo este entendido, la Corporación ha sostenido que cuando en un proceso de nulidad electoral se ha analizado una determinada causal de inhabilidad esa decisión no es suficiente para enervar la procedencia de la acción de pérdida de la investidura que se incoa bajo los mismos presupuestos fácticos y jurídicos que fueron analizados por aquél, puesto que en el proceso sancionatorio al juez le corresponde efectuar un análisis diferente frente a la configuración de la causal y que está determinado por el elemento subjetivo. En la sentencia de 27 de septiembre de 2016<sup>63</sup>, la Sala Plena indicó al respecto:

«[...] no se puede admitir la configuración de la cosa juzgada por la existencia de una decisión del juez electoral, en tanto esta solo se configura, en los términos del artículo 15 de Ley 144 de 1994<sup>64</sup> frente a pronunciamientos que se produzcan en el marco de otra acción de pérdida de investidura con los mismos supuestos fácticos y jurídicos, pero no frente a decisiones proferidas en otros ámbitos, como lo sería la acción de nulidad electoral, en tanto, se repite, la valoración que hace el juez de la nulidad es meramente objetivo y el de la pérdida de la investidura es subjetivo, en razón de su carácter sancionatorio [...].».

En la misma línea argumentativa, la Sala Plena, mediante sentencia de 25 de abril de 2017, indicó que la presentación simultánea de los medios de control de nulidad electoral y pérdida de investidura no comporta la vulneración de los principios non bis in ídem ni de cosa juzgada, precisamente por las diferencias existentes y los efectos que cada sentencia produce.<sup>65</sup>

Por su parte, la Corte Constitucional se refirió a la garantía del non bis in ídem y la cosa juzgada en los procesos de nulidad electoral y pérdida de investidura y sostuvo que cuando se ha iniciado una acción electoral y se ha dictado sentencia, y luego se solicita la pérdida de investidura con fundamento en la misma causal de inhabilidad, en aplicación de la cosa juzgada, «el resultado de la decisión a adoptar en el proceso de pérdida de investidura, está supeditado a lo resuelto en la acción electoral», siguiendo las siguientes reglas:

«[...]

a) Declarada la nulidad de la elección, el proceso de pérdida de investidura solamente podría buscar constituir la causal de inhabilidad o de inelegibilidad regulada en el numeral 4o del artículo 179 de la Constitución (haber perdido la investidura de congresista), para que pueda surtir efecto en el futuro.

b) Cuando no se declara la nulidad de la elección, debido a que no se probó la inhabilidad (no existió la inhabilidad), la sentencia podría oponerse como fundamento de la excepción de cosa juzgada.

c) Cuando no prospera la demanda de nulidad electoral, debido a que se acudió a la jurisdicción de Jo contencioso administrativo una vez vencido el término indicado en la ley, es decir, operó la caducidad de la acción, no habría fugar a oponer la excepción de cosa juzgada, en razón a que la sentencia no habría declarado la inexistencia de la causal alegada<sup>66</sup>[...].».

Con fundamento en este criterio, la Corte concluyó que no se vulnera el non bis in ídem o prohibición de juzgamiento de una persona por los mismos hechos, siempre que se aplique la institución de la cosa juzgada, siguiendo las aludidas reglas jurisprudenciales.

Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia examinada, tratándose del juzgamiento mediante regímenes que difieren en su objeto, finalidad, bien jurídico, tipo de sanción, entre otras, es posible que se adelanten varios procesos sin que ello implique la vulneración del non bis in ídem.

#### III.3.4.1.2.4. Principio del non bis in ídem en la Ley 1881

Como quedó visto, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado ha definido que la interpretación constitucionalmente válida para la coexistencia de los procesos electorales y de pérdida de investidura que se generan con ocasión de la misma inhabilidad, es la de admitir la autonomía de los reproches, la independencia sustancial de los procesos judiciales que la generan y el raciocinio que uno y otro juez emplea para la decisión del caso.

Ahora bien, el entendimiento de la independencia de estas dos acciones permitía que en la práctica y como resultado del ejercicio de ambas acciones se profirieran decisiones contradictorias respecto de una misma causal de inhabilidad sobre la misma persona.

Ante la situación planteada, por iniciativa legislativa del Gobierno Nacional, en el año 2017 se radicó en la Cámara de Representantes el proyecto de ley núm. 263 con el fin de modificar el procedimiento de pérdida de investidura de congresistas, que dio origen a la Ley 1881 de 15 de enero de 2018, «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»

La Ley 1881 derogó la Ley 144 de 13 de julio de 1994, que establecía el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas. De acuerdo con la exposición de motivos<sup>67</sup>, el proyecto de ley buscó ajustar el ordenamiento jurídico colombiano a la CADH y al PIDCP, instrumentos internacionales que establecen la doble instancia como una garantía judicial en todos los procesos. Además, el proyecto introdujo el término de caducidad de la acción, la modificación del término del recurso extraordinario de revisión, la incorporación de la responsabilidad subjetiva y no objetiva, las normas procedimentales aplicables y la garantía del principio non bis in ídem, entre otras modificaciones.

El texto del artículo 1 de la Ley en comento es el siguiente:

«ARTÍCULO 1º. 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». (Destacado fuera del texto original):

De acuerdo con el parágrafo del artículo transcrita, los presupuestos para la aplicación del principio non bis in ídem son: (i) la existencia de una misma conducta que se endilga como causal de inhabilidad al Congresista, tanto en el proceso de nulidad electoral como en el de pérdida de investidura y (ii) la presentación simultánea de ambos medios de control.

A partir de dichos presupuestos el precepto normativo fijó la siguiente regla procesal:

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.

#### III.3.4.1.2.5. Alcance de la expresión «primer fallo» del parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881

Precisado lo anterior, lo que se plantea al juez constitucional es la determinación del alcance de la norma que señala el efecto de cosa juzgada para los casos en que se tramitan simultáneamente los medios de control de nulidad electoral y de pérdida de investidura con fundamento en los mismos hechos, a la luz del principio non bis in ídem que dicha norma estableció a favor del congresista.

Sea lo primero advertir que resulta admisible la interpretación de las disposiciones jurídicas que realice el juez, siempre que ello resulte de un método aceptado y constituya la consecuencia racional de su aplicación<sup>68</sup>. A propósito de los métodos de interpretación jurídica, la Corte Constitucional en la sentencia C-054 de 2016, explicó:

«[...] La Corte advierte, en este orden de ideas, que los métodos tradicionales de interpretación son, al menos en su versión original del siglo XIX, funcionales a la mencionada concepción de la actividad legislativa. Esto es así si se tiene en cuenta que los mismos están basados en la supremacía de la actividad del legislador y la mencionada inexistencia de parámetros superiores a la legislación.

En efecto, el método sistemático apela a encontrar el sentido de las disposiciones a partir de la comparación con otras normas que pertenecen al orden jurídico legal y que guardan relación con aquella. Lo mismo sucede con el método histórico, pues este intenta buscar el significado de la legislación a través de sus antecedentes y trabajos preparatorios. De igual manera, el método teleológico o finalista se basa en la identificación de los objetivos de la legislación, de manera que resulta justificada una interpretación del precepto legal, cuando ese entendimiento concuerda con tales propósitos. Por último, el método gramatical es el que está más profundamente vinculado con la hipótesis de infalibilidad de ese legislador soberano, pues supone que en ciertas ocasiones las normas tienen un sentido único, que no requiere ser interpretado. Sin embargo, al tratarse de la norma objeto de control de constitucionalidad, un estudio más detallado sobre esta fórmula de interpretación será propuesta por la Sala al momento de analizar el caso concreto.

En suma, los métodos tradicionales de interpretación están basados en el reconocimiento del carácter incuestionado de la actividad de producción normativa a cargo del legislador, fundada a su vez en la titularidad de soberanía que el adscribe el modelo contractualista clásico de justificación del poder político. Esta justificación, como es sencillo observar, contrasta con los fundamentos del constitucionalismo contemporáneo, que impone a la Carta Política y en particular a los derechos fundamentales, como límite y parámetro obligatorio de la función legislativa.

No obstante, advierte la Corte que el vínculo entre el origen de los métodos de interpretación y el contractualismo liberal no resta utilidad a aquellos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. Esto debido a que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme, explicado en el fundamento jurídico 6.2 de esta sentencia, las normas legales, entre ellas las previstas en el Código Civil y que definen dichos métodos hermenéuticos, deben ser armonizadas con los derechos, principios y valores constitucionales.

Esto significa que las referidas fórmulas de interpretación serán conformes con la Carta Política en cuanto garanticen la eficacia de las facetas jerárquica, directiva e integradora del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, la utilización de los métodos tradicionales de interpretación en casos concretos será admisible a condición que los resultados hermenéuticos sean compatibles con las restricciones formales y materiales de validez que impone la Constitución. En consecuencia, el intérprete deberá desechar aquellas opciones interpretativas que contradigan la Carta, incluso cuando las mismas sean un ejercicio razonable de las fórmulas de interpretación mencionadas. En contrario, cuando el uso de dichos mecanismos tradicionales no implique dicha incompatibilidad, sus resultados serán compatibles con el orden constitucional [...]. (Resaltado fuera del texto original).

De acuerdo con lo señalado por la Corte, los métodos tradicionales de interpretación jurídica, entre ellos, el gramatical, el sistemático y el teleológico, son válidos como mecanismos para definir el significado de las disposiciones normativas siempre que los resultados hermenéuticos sean compatibles con la Constitución Política.

Para el caso que se somete a discusión de la Sala es pertinente examinar el alcance de la expresión «primer fallo», para determinar si a partir de la interpretación que de la misma efectuó el juez accionado se vulneraron o no los derechos fundamentales invocados por el tutelante.

Del texto literal de la norma (método gramatical) se extrae que el presupuesto para la prohibición del doble enjuiciamiento radica en la existencia del primer fallo que se dicte entre un proceso de pérdida de investidura, cuyo procedimiento cuenta con dos instancias, y uno de nulidad electoral, que se tramita en única instancia. Así lo establece la primera parte de la disposición en estudio:

«[...] 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 [...]» (Negrilla fuera de texto).

A partir de una lectura armonizada de la segunda parte del precepto en cita (método sistemático), se destaca que el legislador otorgó al proceso sancionatorio de pérdida de investidura una prevalencia frente al de nulidad electoral al decir que:

«[...] 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 [...]» (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, al indagar por los propósitos del legislador con la promulgación de la citada norma (método teleológico), se destaca que la consagración del principio del non bis in ídem a favor de los congresistas sometidos a dos juicios por la misma causal del régimen de inhabilidad, buscó evitar la incongruencia entre las decisiones que corresponde adoptar al juez de la nulidad electoral y al de la pérdida de investidura. Así se desprende de la exposición de motivos consignada en el informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley en la Cámara de Representantes. En este sentido, la respectiva Gaceta consignó:

«[...] La jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar la autonomía e independencia de la acción electoral y la pérdida de investidura, pues mientras la primera busca cuestionar la validez de un acto de elección, la segunda tiene como finalidad cuestionar mediante un juicio de reproche, la conducta de un congresista a partir de las causales establecidas en el artículo 183 de la Constitución Política.

(...)

Ahora bien, a pesar de que es clara la diferencia que existe entre las dos acciones, se puede observar que estas confluyen en una de sus causales, esto es, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Así, mientras el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política determina que los congresistas perderán su investidura por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses, el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, señala que el acto de elección será nulo cuando se elijan candidatos o personas que se hallen incursas en causales de inhabilidad.

Lo anterior devela con facilidad que la pérdida de investidura y la acción de nulidad electoral comparten una causal de procedibilidad: la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Por esta razón, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y aún en la de la Corte Constitucional, se han presentado discusiones en relación con la operancia de la cosa juzgada, cuando por la misma causal se demanda a un congresista, simultáneamente en el proceso de pérdida de investidura y en la nulidad electoral.

El entendimiento de la independencia de estas dos acciones ha llevado a la conclusión de que es posible que existan fallos no solo contradictorios, sino diametralmente opuestos, sobre los mismos hechos, la misma norma y la misma persona, cuando, por ejemplo, se declara la nulidad del acto electoral por violación al régimen de inhabilidades y posteriormente, en el proceso de pérdida de investidura, se concluye lo contrario.

Ahora bien, so pretexto de la autonomía de ambas acciones no se puede aceptar como una situación constitucional y legalmente válida, el hecho de que existan dos decisiones opuestas, en el interior de la misma corporación judicial, sobre una misma (1) situación de hecho, juzgada a la luz de la misma (ii) norma jurídica y, muy seguramente, bajo la valoración de los mismos (iii) elementos probatorios sobre la conducta de la (iv) misma persona.

Lo anterior, aunque pueda encontrar alguna justificación en el ordenamiento jurídico, dadas las diferentes fuentes normativas de cada acción, no tiene un fundamento lógico, pues desconoce el principio de identidad, primer principio de la lógica aristotélica, según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Luego entonces, a pesar de que se haya considerado jurídicamente posible que en un proceso de nulidad electoral se determine que el candidato no estaba inhabilitado y en un proceso de pérdida de investidura se concluya que sí lo estaba (a la luz de los mismos hechos y la misma norma), esta situación comporta una contradicción lógica y también un desconocimiento al principio de cosa juzgada [...]»<sup>69</sup> (Resaltado fuera del texto original).

De lo anterior se extrae que en la exposición del proyecto de ley se consideró que si bien la jurisprudencia tradicionalmente había entendido que se trata de acciones diferentes con una finalidad distinta, ello no constitúa una razón lógica para determinar que jurídicamente sea admisible que en un proceso de nulidad electoral se determine, por ejemplo, que el candidato no está inhabilitado, mientras que, bajo los mismos supuestos fácticos y jurídicos, en el proceso de pérdida de investidura se concluya que sí lo está, pues tal situación, de acuerdo con la motivación del legislador, comporta una contradicción lógica y también un desconocimiento al principio de cosa juzgada.

Tal situación es relevante, puesto que, para evitar decisiones contradictorias, la Ley 1881 determinó que el elemento objetivo que comparten los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, esto es, la verificación de la inhabilidad, debía ser uniforme en ambas decisiones, por razones de seguridad jurídica, igualdad, confianza jurídica y justicia material.

Precisamente, a partir de este razonamiento, en el Informe de Ponencia para primer debate del proyecto de ley 263 de 2017, se dijo que ante la presentación simultánea de las dos acciones por la causal de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, podrían presentarse las siguientes situaciones, esto es, cuando:

«[...] a) Se decida primero el proceso de nulidad electoral y declare la nulidad de la elección porque el candidato se encontraba inhabilitado. En este evento, el juez de la pérdida de investidura debe reconocer la cosa juzgada en relación con la configuración del hecho y su competencia se limita al análisis de responsabilidad subjetiva o culpabilidad del congresista, para determinar si actuó con dolo o culpa o si en su conducta concurrió una causal que exima su responsabilidad.

b) Se decida primero el proceso de nulidad electoral y declare la validez de la elección porque el candidato no se encontraba inhabilitado. En este escenario, el juez de la pérdida de investidura debe reconocer la cosa juzgada en relación con la no configuración del hecho y declararla de oficio. En estas circunstancias, no se realiza un juicio subjetivo de conducta, porque ya está juzgado que la inhabilidad no existía.

c) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y sea declarada porque el candidato se encontraba inhabilitado y su conducta fue dolosa o culposa. En este evento, el juez de la nulidad electoral debe reconocer la cosa juzgada en relación con la configuración del hecho y, por tanto, debe estarse a lo resuelto y proceder a la declaratoria de nulidad del acto electoral.

d) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y no sea declarada porque el candidato no se encontraba inhabilitado. En este caso, el juez de la nulidad electoral deberá declarar la cosa juzgada y estarse a lo resuelto en la sentencia de pérdida de investidura.

e) Se decida primero el proceso de pérdida de investidura y se declare probado el hecho de la inhabilidad, pero se absuelva al congresista por considerar que no actuó con culpa o dolo o estaba amparado por una circunstancia eximente como la buena fe exenta de culpa. En este caso, el juez de la nulidad electoral también está atado por la cosa juzgada y debe proceder a declarar la nulidad del acto de elección.

De esta forma, se busca la unidad y la coherencia en la aplicación del Derecho, máxime cuando las decisiones provienen de una misma corporación judicial, y de esta forma evitar que se presenten decisiones contradictorias en el estudio de los mismos hechos bajo el prisma de las mismas normas y pruebas [...].».

Hasta aquí se ha señalado que a partir de la lectura gramatical, sistemática y teleológica del párrafo del artículo 1º de la Ley 1881, no le es dado al interprete argüir razones, para desconocer el principio de prohibición de doble enjuiciamiento a favor del congresista demandado simultáneamente a través de los medios de control de nulidad electoral y de pérdida de investidura, por el régimen de inhabilidades.

No obstante ello, la Sección Quinta, en la providencia reprochada, resolvió la cuestión de la siguiente manera:

«[...] 2.4 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 párrafo del artículo 1º 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.” (Negrillas fuera de texto)

Según la norma en cita cuando una conducta de 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<sup>70</sup> y fue admitido el 29 de ese mismo mes y año, sin que a la fecha se encuentre resuelto<sup>71</sup>

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.”<sup>72</sup>

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.”<sup>73</sup>

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 [...]. (Resaltado fuera del texto).

Como consecuencia de lo anterior, el juez electoral determinó que no podía predicarse los efectos de la existencia de la cosa juzgada respecto de la causal objetiva que se analizaba en el proceso electoral, porque la sentencia que había denegado las pretensiones de la demanda en el proceso de pérdida de investidura no se encontraba en firme.

Frente a dicha postura, la Sala considera pertinente efectuar las siguientes precisiones:

1. El parágrafo del artículo 10 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 tallador 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.

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 principio<sup>74</sup>, 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 subyacente<sup>75</sup>.

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 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.

#### III.3.4.1.2.6. Solución del cargo de defecto procedural

Como ya se indicó, el desconocimiento del procedimiento debe reunir unas características para configurar un defecto de la decisión judicial, estas son: a) que se trate de un error trascendente el cual afecta de manera grave el derecho al debido proceso e influye directamente en la decisión de fondo; y b) que no sea atribuible al afectado.

En el caso sub examine, la Sala concluye que la actuación de la Sección Quinta es contraria a las garantías que conforman el debido proceso, especialmente, el principio del 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 párrafo del artículo 10 de la Ley 1881, esto es, la de garantizar la coherencia de las decisiones judiciales y evitar decisiones contradictorias.

Un análisis desde dicha perspectiva derivado de la interpretación de la norma a la luz de la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales que se integran por el bloque de constitucionalidad, habría impedido que el juez de la nulidad electoral adoptara una decisión totalmente contradictoria respecto de la causal objetiva que ya había sido decidida por el juez de la pérdida de investidura, lo que, de paso, limitó el juicio de este en segunda instancia al enfrentarlo a la dificultad de resolver sobre la aplicación del párrafo del artículo 10 de la Ley 1881, frente a la existencia de dos sentencias opuestas, a saber, la de primera instancia, que debe revisar en sede de apelación, y la de única instancia del medio de control de nulidad electoral, a la que debería atender como parámetro de decisión, si entendiera que esta constituye «el primer fallo».

Así las cosas, se tiene que para aplicar e interpretar la norma prevista en el párrafo del artículo 10 de la Ley 1881 con observancia plena del principio constitucional del non bis in ídem, era necesario que el análisis del juez accionado considerara que se estaba a la espera de la definición en sede de apelación del proceso de pérdida de investidura, de tal forma que una garantía sustancial como es el derecho a la doble instancia, no puede servir de pretexto para desconocer la existencia de un primer fallo proferido con dos meses de antelación, el cual, en todo caso, debía servir de parámetro para la decisión a adoptar, según lo prescribió el texto legal citado.

Nótese que los principios que fundamentan la garantía de la prohibición del doble juzgamiento (seguridad jurídica y justicia material) son los que, precisamente, resultaron desconocidos con la actuación del juez de instancia, si se tiene en cuenta que ya existía una decisión de la Jurisdicción Contenciosa que, si bien había sido apelada, a la luz de la prevalencia del derecho sustancial representaba la primera decisión con los efectos que ello implicaba.

En este orden de ideas, la Sala concluye que el defecto procesal alegado, además de configurar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, en su garantía de prohibición del bis in ídem, tuvo incidencia directa en el fallo censurado, pues de no haberse presentado tal defecto, no se habría proferido la sentencia cuestionada sin haberse decidido la segunda instancia de la pérdida de investidura. Por estas razones, el cargo formulado prospera.

#### III.3.5. Los otros cargos de la demanda

Sería del caso estudiar los restantes defectos planteados por el accionante, de no ser porque los mismos se refieren al fondo del asunto resuelto en la sentencia enjuiciada (defecto sustantivo por interpretación extensiva de una causal de inhabilidad y defecto fáctico por error protuberante en la valoración probatoria), y comoquiera que la prosperidad del defecto procedural deviene en la anulación de los efectos de dicha

decisión, precisamente porque el juez no podía decidir aún el fondo del asunto, no hay lugar a que la Sala se pronuncie al respecto.

### III.3.6. Las decisiones de la Sala

Por las anteriores razones, la Sala aceptará el impedimento manifestado por el doctor HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ.

Frente a la solicitud de tutela, la Sala amparará el derecho fundamental al debido proceso, en la modalidad del non bis in ídem y al acceso a la administración de justicia, del ciudadano AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS y, en consecuencia, dejará 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 28000 2018 00080 00 (acumulado).

En su lugar, ordenará al juez accionado 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).

Asimismo, rechazará las solicitudes de coadyuvancia de los ciudadanos NICOLAY DAVID ORLANDO ROMANOVSKY, EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ, HENRY GÓMEZ NIETO, ANIBAL CARVAJAL VÁSQUEZ, LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA y ALBEIRO BOHORQUEZ MANRIQUE.

También, rechazará por improcedentes los recursos interpuestos contra el auto que decretó la medida preventiva de suspensión de los efectos de la sentencia cuestionada.

Por último, no accederá a la solicitud del tercero interesado, VÍCTOR VELÁSQU EZ REY ES, consistente en que se investigue disciplinariamente al apoderado especial de la acción de tutela y al actor, por haber incurrido en conductas contrarias a derecho, por cuanto dicho reproche no fue argumentado ni se presentaron elementos de juicio que permitan a la Sala considerar que, en efecto, se deben compulsar copias a las autoridades disciplinarias.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA:

**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 ídem 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 0002018 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).

**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 VELÁSQU EZ REYES, consistente en que se investigue disciplinariamente al apoderado especial de la acción de tutela y al actor.

**SÉPTIMO:** NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

**OCTAVO:** De no impugnarse la decisión, dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y devolver el expediente solicitado en calidad de préstamo al Despacho de origen.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en la sesión del da 2 de julio de 2019.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

PRESIDENTE

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1 En adelante la Sección Quinta.

2 Acumulado con los procesos 11001 03 28 000 2018 00127 00 y 11001 03 28 000 201800130 00.

3 Cita el informe de ponencia para primer debate en la Comisión Primera de la Cámara. Gaceta del Congreso 478 de 2017.

4 En adelante CADH.

5 En adelante PIDCP.

6 En adelante ESAL.

7 Cfr. folio 46.

8 Cfr. folios 173 a 179.

9 Ley 1564 de 12 de julio de 2012.

10 Ley 1437 de 18 de enero de 2011.

11 Cfr. folio 45.

12. Cfr. folio 55.

13. Cfr. folio 119.

14 Cfr. folio 139.

15 Cfr. folio 104.

16 Cfr. folio 71.

17 Cfr. folio 76.

18 Cfr. folio 78.

19 Cfr. folio 89.

20 Cfr. folio 93.

21 Cfr. folio 99.

22 Cfr. folio 112.

23 Cfr. folio 200.

24 Cfr. folio 295.

25. Cfr. folio 115.

26. Cfr. folio 219.

27 Cfr. folio 278.

28 Cfr. folio 279.

29 Cfr. folio 291.

30 Modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017.

31. Modificado por el artículo 2º del Decreto 1983 de 30 de noviembre de 2017.

32. «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho».

33. Al respecto puede consultarse, entre otras, la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 27 de abril de 2017, número único de radicación 11001 03 15 000 2017 00217 00, CP: María Elizabeth García González.

34 "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

35. Sentencia 173/93.

36. Sentencia T-504/00.

37. Ver entre otras la Sentencia T-315/05.

38. Sentencias T-008/ 98 y SU-159/2000.

39. Sentencia T-658/ 98.

40. Sentencias T-088/ 99 y SU-1219/ 01.

41 La Corte Constitucional, en la sentencia SU- 627 de 2015 (Magistrado ponente: doctor Mauricio González Cuervo), admitió la procedibilidad de la acción de tutela contra fallos de tutela, en aquellos casos en que se compruebe que existió fraude y, además, se reúnan los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Así lo expresó esa Corporación en la citada sentencia, al indicar que: "Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrupit*); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación".

42. Sentencia T-522/01.

43. Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

44. Así lo determinó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014 (número único de radicación 2012- 02201, CP: doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez).

45. "Larenz. Ob. Cit. Pág. 169".

46. "Díaz de Vivar Eliza, Apuntes sobre las nociones de mandato, poder y representación, Revista de Derecho UBA. Nº 34. Pág. 121 Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/ley/revistas/34/apuntes-sobre-las-nociones-de-mandato-poder-y-representacion.pdf> consultado el 20 de marzo de 2019."

47 MP: CLARAINÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

48 MP: RODRIGO ESCOBAR GIL.

49 Cfr. sentencia T-1049 de 2012, MP: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

50. Cfr. sentencia T-781 de 2011, MP: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

51 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-599 de 2009.

52 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-599 de 2009.

53 Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968.

54 Firmado el 22 de noviembre de 1969 y aprobado mediante la Ley 16 de 1972.

55. Cfr. sentencia T-162 de 1998, MP: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

56. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 10 de noviembre de 2016, número único de radicación 25000 23 41 000 2013 01041 01, CP: Guillermo Vargas Ayala.

57. Sentencia C-244 de 1996 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, en la cual se cita la posición tomada originalmente, en la Sentencia de noviembre 22 de 1990, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia C-244 de 1996, la Corte declaró exequible una expresión del artículo 2º de la ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único anterior a la Ley 734 de 2002), en la cual se disponía que "la acción disciplinaria es independiente de la acción penal".

58 Cfr. Sentencia C-181 de 2016, MP GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

59 Cfr. Sentencia C-464 de 2014 M.P. ALBERTO ROJAS RIOS.

60. Cfr. artículo 183, numeral 10 de la CP y artículo 275, numeral 5º del CPACA.

61 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de septiembre de 2016, número único de radicación: 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI), CP: Alberto Yepes Barreiro.

62 Sentencia SU - 424 de 2016.

63 Ídem.

64 Hoy artículo 17 de la Ley 1881.

65 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 25 de abril de 2017, número único de radicación 11001-03-15-000-2010-00346-00 (REV-PI), CP: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ.

66 Sentencia SU 400 de 2012, MP: ADRIANA M. GUILLÉN ARANGO.

67 Cfr. Gaceta del Congreso 300 de 2017, Cámara de Representantes.

68 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, número único de radicación 11001 03 15 000 2001 0280 01, CP: Ricardo Hoyos Duque.

69 Cfr. Pliego de modificaciones de la ponencia para primer debate en Cámara de Representantes, Gaceta 478/2017.

70. Información disponible en: [http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue\\_aetua.asp?numero=11001031500020180241700](http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_aetua.asp?numero=11001031500020180241700) consultado el 8 de abril de 2019.

71. Información disponible en: <http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nueactuaasp?mindice=20182417> con el número de radicación 11001-03-15-000-2018-02417-01. Consultado el 8 de abril de 2019.

72. Corte Constitucional Sentencia C-462 de 2013, reiterado en sentencia C-007 de 2016.

73. Corte Constitucional Sentencia C-522 de 2009.

74 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.

75 Acerca del principio de supremacía constitucional, la Corte, en la sentencia C-054 de 2016, estableció: «El artículo 40 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 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 e- 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 instauradas». (Resaltado fuera del texto).

Fecha y hora de creación: 2026-02-09 06:53:02