ACCIÓN DE TUTELA – Tutela contra providencia judicial- Nulidad Electoral / IMPORTANCIA JURÍDICA – Caso concreto / ACCIÓN DE TUTELA – Generalidades

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Requisitos de procedencia

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcional, se reconoce la procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta de los derechos constitucionales fundamentales. […] Los requisitos especiales de procedencia, por su parte, son: (i) Defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido o por exceso ritual manifiesto; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; (viii) violación directa de la Constitución (negrillas fuera de texto).

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, ver: Consejo de Estado, sentencia de 31 de julio de 2012, expediente 2009-01328-01. Corte Constitucional, sentencia SU-573/17 del 14 de septiembre de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ver: Corte Constitucional, sentencia T-429/11 del 19 de mayo de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL CONSEJO DE ESTADO – Requisitos de procedencia / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y EL CONSEJO DE ESTADO – Procedencia excepcional

De acuerdo con lo anterior, en el caso de tutelas contra sentencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en atención a que “dichos organismos judiciales son los llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones”, se exige además que se trate de una providencia que i) riña de manera abierta con la Constitución Política y ii) que sea definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límite de un derecho fundamental o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad. En todo caso, como la procedencia de la tutela contra sentencias de alta corte es excepcional, la interpretación de los requisitos generales y de los defectos específicos de la providencia debe ser restrictiva, a la luz de los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso de amparo y

exige un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la providencia judicial objeto de la acción.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los requisitos especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-050 de 2017, reiterada en sentencia SU-573 de 2017

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Requisito de relevancia constitucional / CASO CONCRETO – No se justificó la relevancia constitucional

[…] requisito de relevancia constitucional. Dicho presupuesto de procedencia tiene como finalidad: (i) proteger la autonomía e independencia judicial y (ii) evitar que el juez de tutela se inmiscuya en asuntos que le corresponde resolver a otras jurisdicciones. Frente a la relevancia constitucional, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado ha considerado necesario examinar dos elementos cuando la tutela no es presentada contra una alta corporación judicial, a saber: i) Que el actor cumpla su carga argumentativa, en donde justifique suficientemente la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que para ello "no basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales". ii) Que la acción de tutela no se erija en una instancia adicional al proceso ordinario en el cual fue proferida la providencia acusada, puesto que este mecanismo especial constitucional está constituido para proteger derechos fundamentales y no discutir la discrepancia que el actor tenga frente a la decisión judicial. […] La Sala Plena considera que la interpretación realizada por el juez de nulidad electoral respecto al alcance del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 es razonable por cuanto se trata de una decisión proferida dentro de la órbita de la autonomía del juez competente, que no puede ser estudiada a través de la acción de tutela. Mucho menos está autorizado para volver a analizar lo ya resuelto. Esta Sala reitera que no es suficiente que el accionante haya invocado el derecho al debido proceso y la vulneración del principio del non bis in ídem. Porque, en el presente caso, no justificó suficientemente la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales. El actor no justificó que la sentencia proferida por la sección encargada del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo riña de manera abierta con la Constitución Política o que sea definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional. Al contrario, el fallo de tutela, en primera instancia, invocó jurisprudencia constitucional que resulta compatible con las conclusiones de la sección quinta en la providencia objeto de tutela. […] Si se invoca una errada interpretación de la norma por parte de un órgano de cierre es necesario que se plantee que hubo una hermenéutica contra legem, esto es que se alegue una interpretación inaceptable, irrazonable o desproporcionada, o bien que desconozca postulados constitucionales. Requisitos que se echan de menos en el presente caso, pues no es suficiente la discrepancia con la interpretación que hizo la sección quinta del consejo de estado.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para interpretar la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la constitución y las pruebas de los hechos que la subsumen, ver. Corte Constitucional, sentencia SU-400/12

FUENTE FORMAL: LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 1

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Requisito de subsidiaridad / ACCIÓN DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO – Se omitió agotar el recurso extraordinario de revisión

Como se indicó previamente, cuando la tutela se dirige contra una providencia judicial es requisito de procedencia el haber hecho uso de todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- de que disponga el afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio iusfundamental irremediable. En el caso en estudio, también se puede constatar que carece del requisito de subsidiariedad, requisito éste de procedibilidad de la acción de tutela […].es pertinente recordar que el CPACA en el Libro Segundo, Titulo VI, Capítulo I, consagra que el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado , que se debe interponer dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia […]. […] la Sala precisa que, si pretende cuestionar una sentencia proferida por el Consejo de Estado, el actor de tutela debe acreditar que agotó el recurso extraordinario de revisión cuando se dan las causales establecidas en la ley. De lo contrario la acción de tutela resulta improcedente. Dicha exigencia, además de procurar que se haga un uso adecuado de ese importante instrumento de la acción de tutela, resguarda el debido proceso y la independencia judicial e impide que al juez de tutela le sea asignada una controversia de carácter legal bajo la argucia de la vulneración de un derecho fundamental. En el presente asunto, como se precisó, el actor alega que la Sección Quinta del Consejo de Estado vulneró el derecho al debido proceso por incurrir defecto orgánico y procedimental por falta de competencia porque no podía pronunciarse de manera distinta a la que ya había adoptado la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura. En este caso, para la Sala, contrario a lo afirmado por el actor, toda vez que se alega falta de competencia del fallador y violación al principio de cosa juzgada, tales planteamientos son susceptibles de estudio a través del recurso extraordinario de revisión por cuanto se identifican con las causales previstas en los numérales 5º y 8º del artículo 250 del CPACA. Sin embargo el actor no utilizó dicho mecanismo de defensa judicial. Teniendo en cuenta que la acción de tutela instaurada no cumple el requisito de subsidiariedad y como se indicó previamente tampoco atiende la exigencia de relevancia constitucional, se impone revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar declararla improcedente.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 250 NUMERAL 8

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01604-01(IJ)

Actor: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN QUINTA

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

Tema: Tutela contra providencia judicial. Nulidad Electoral

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Plena decide la impugnación presentada por José Manuel Abuchaibe Escolar[1] y Víctor Velásquez Reyes[2], terceros con interés, contra la sentencia del 2 de julio de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera, que resolvió:

> *"***PRIMERO: ACEPTAR** el impedimento manifestado por el doctor **HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ,** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En consecuencia, se le separa del conocimiento del mismo.
>
> **SEGUNDO: AMPARAR** el derecho fundamental al debido proceso, en la modalidad del *non bis in idem* y al acceso a la administración de justicia, del ciudadano **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS,** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. En consecuencia,
>
> **DEJAR SIN EFECTO** la sentencia proferida por la **Sección Quinta** de esta Corporación el 11 de abril de 2019, en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 (acumulado), por medio de la cual se declaró la nulidad de la elección del actor como senador de la República para el período 2018-2022.
>
> **TERCERO: ORDENAR** a la **Sección Quinta** abstenerse de proferir sentencia en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 (acumulado), hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 19 de febrero de 2019, dictada por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura en el proceso de pérdida de investidura identificado con el número único de radicación 11001 03 15 000 2018 02417 00 (acumulado).
>
> **CUARTO:** No tener como coadyuvantes a **NICOLAY DAVID ORLANDO ROMANOVSKY, EDUARDO CARMELO PADILLA HERNÁNDEZ**, **HENRY GÓMEZ NIETO**, **ANIBAL CARVAJAL VÁSQUEZ, LUIS ALFONSO PLAZAS VEGA** y **ALBEIRO BOHORQUEZ MANRIQUE,** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.
>
> **QUINTO: RECHAZAR** por improcedentes los recursos interpuestos contra el auto que decretó la medida preventiva de suspensión de los efectos de la sentencia cuestionada.
>
> **SEXTO: NO ACCEDER** a la solicitud del tercero interesado **VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES,** consistente en que se investigue disciplinariamente al apoderado especial de la acción de tutela y al actor.
>
> *(…).*"[3]

---

[1] Folio 503

[2] Folio 517

[3] Folio 427 del expediente de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

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

> "1. AMPARAR los derechos fundamentales del señor AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS al non bis in idem y al debido proceso (art. 29 CP), a la tutela judicial efectiva (art. 229 CP), a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40-1 CP), así como los derechos de más de 500.000 ciudadanos que depositaron su confianza en él y lo eligieron senador de la República para el período constitucional 2018-2022).
>
> 2. DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 11 de abril de 2019, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección de ANTANAS MOCKUS como senador de la República.
>
> 3. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Sección 5ª del Consejo de Estado que proceda a dictar una nueva providencia, ajustada a la Constitución y la Ley y respetuosa de los derechos fundamentales del señor ANTANAS MOCKUS.
>
> 4. Adoptar las demás medidas de protección constitucional que se consideren necesarias".[4]

2. Hechos

Se advierten como hechos relevantes, los siguientes:

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

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

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

---

[4] Folio 45 del expediente de tutela.

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

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

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

La Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, en sentencia de 19 de febrero de 2019[5], resolvió "*denegar las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura del Senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas."*

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

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante fallo del 11 de abril de 2019[6], declaró la nulidad de la elección y, en consecuencia, ordenó la cancelación de la credencial de Senador de la República del actor con fundamento, concretamente, en que la representación legal de **Corpovisionarios** estaba radicada en cabeza del presidente y que el acto de delegación de las funciones al director ejecutivo, debía entenderse como un contrato de mandato o representación.

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

3. Fundamentos de la acción

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

Primer Cargo: defectos orgánico y procedimental

El defecto orgánico y procedimental por falta de competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado porque no podía pronunciarse de manera distinta a la decisión adoptada por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de

---

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

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

Investidura, que, en sentencia de 19 de febrero de 2019, denegó la solicitud de pérdida de investidura, de conformidad con lo previsto el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018[7].

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

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

Que las razones expuestas por la autoridad judicial demandada para no estarse a lo resuelto por la sentencia de pérdida de investidura no son de recibo porque: i) el fallo al que se refiere la Ley 1881 de 2018, es al primero que se dicte no a uno ejecutoriado, ii) lo anterior porque, pese a que la sentencia de pérdida de investidura fue apelada, se encuentra en firme si se tiene en cuenta que absolvió al congresista.

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

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

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

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

Según el actor, la autoridad judicial demandada dictó la providencia con desconocimiento del principio *pro homine* o pro persona y la hermenéutica

---

[7] Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones:
PARÁGRAFO. Se garantizará el non bis in 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Trámite previo

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

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

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

5. Oposición

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

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

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

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

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

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

Dijo que, de acuerdo con el artículo 264 de la Constitución Política, el proceso electoral debe fallarse dentro de los seis meses siguientes al de la radicación de la demanda, por lo que resulta sin sentido el argumento del actor de que se dictó un fallo apresurado y agregó que del artículo 271 del CPACA no se puede entender,

---

[8] Folio 55 del expediente de tutela.

necesariamente, que la Sección Quinta deba llevar asuntos a la Sala Plena cuando una misma situación da origen a la nulidad electoral y a la pérdida de investidura y destacó que, en ese asunto, no se solicitó que la demanda electoral fuera asumida por la Sala Plena.

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

Además, sostuvo que:

- No se violó el principio *non bis in idem* porque el caso del actor aún no ha sido decidido en pérdida de investidura, es decir, que no pueda hablarse de un "doble juzgamiento" ni ha sido sancionado dos veces por el mismo hecho, máxime si se tiene en cuenta que el proceso de nulidad electoral no tiene naturaleza sancionatoria.

- No se configuró el defecto sustantivo. En la decisión atacada se dejó claro que, jurídicamente, el negocio se entendía celebrado por el representante legal de la ESAL, debido a que la delegación no tenía la potestad de despojarlo de esa calidad.

- La providencia cuestionada no es caprichosa y no hizo una interpretación extensiva de la causal de inhabilidad, simplemente.

- No se incurrió en defecto fáctico porque no se le restó efecto útil a la delegación, sino que se entendió que esta no podía impedir la configuración de la inhabilidad.

- Que del análisis probatorio la Sala consideró que independientemente del nombre que la Corporación haya querido asignarle a la posibilidad de entregar a otro la representación legal de la entidad sin ánimo de lucro, lo cierto es que desde la perspectiva jurídica y, en especial, del derecho civil, la acción de un particular de entregarle a otra una función o tarea que está a su cargo para que este último la ejecute como si hubiese sido a él a quien se le invistió de tal posibilidad, se denomina mandato y, por ello, así lo calificó la Sala Electoral.

- Enfatizó que las pruebas no fueron valoradas defectuosamente, sino que de ellas no se derivaron las conclusiones que el actor pretende que se les dé y que tal situación no configura el defecto fáctico alegado.

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

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

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

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

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

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

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

6. Sentencia impugnada

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

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

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

> "1. El parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881 establece que el **«primer fallo»** que se profiera, bien sea dentro del medio de control de pérdida de investidura o del de nulidad electoral, hará tránsito a cosa juzgada respecto del otro proceso, en relación con el análisis objetivo, pues el juicio sobre el aspecto subjetivo de la conducta del Congresista será exclusivo de la pérdida de investidura.
>
> 2. En el caso que se examina, el **«primer fallo»** fue proferido por la Sala Primera Especial de Decisión el 19 de febrero de 2019 y en el mismo se denegaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada contra el

congresista **ANTANAS MOCKUS**, con fundamento en que no se configuró la violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política. Posteriormente, la **Sección Quinta** dictó la sentencia aquí enjuiciada, mediante la cual anuló la elección del Congresista, al hallar probada la causal de violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política.

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

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

Lo anterior con fundamento en los siguientes razonamientos:

Como ya se indicó, al aplicar un método de interpretación el operador judicial se rige por el principio de supremacía constitucional. Este principio[9], 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[10].

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

En este orden, la comprensión natural y obvia del precepto normativo que se planteó como problema jurídico por el juez accionado, suponía establecer, en ese caso particular, que la expresión «el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada» no significaba que la sentencia del proceso de pérdida de investidura estuviese ejecutoriada, sino que existía una garantía a favor del congresista que no podía ser desconocida, toda vez que se configuró el supuesto de la norma que imponía su aplicación, esto es, que el proceso simultáneo ya tenía fallo de primera instancia.

---

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

[10] Acerca del principio de supremacía constitucional, la Corte, en la sentencia C-054 de 2016, estableció: «*El artículo 4º 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 C- sostuvo: «*Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado:* ***La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados***». (Resaltado fuera del texto).

> Ello sumado al hecho de que la parte segunda del parágrafo analizado dejó a salvo la primacía del proceso sancionatorio sobre el proceso electoral, en cuanto a la configuración objetiva de la causal, y de que el texto de la Ley 1881 tuvo como inspiración garantizar, entre otros, el principio *del non bis in idem* para con ello evitar decisiones contradictorias y dar coherencia al ordenamiento jurídico*".*[11] (se subraya)

7. Impugnación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- **Solicitud de importancia jurídica**

La Sección Cuarta, luego de deliberar sobre el proyecto de sentencia puesto a consideración por el magistrado ponente, en sesión del 2 de octubre de 2019, estimó que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debe asumir el

[11] Folio 476

conocimiento de la acción de tutela, en segunda instancia, por considerar que el asunto reviste importancia de jurídica.

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

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

- **Impedimentos**

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

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

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

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

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

2. Problema Jurídico

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

3. Generalidades de la acción de tutela

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

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

4. La acción de tutela contra providencias judiciales

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

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 31 de julio de 2012, Exp. 2009-01328-01, aceptó la acción la tutela contra providencia judicial y acogió el criterio de la procedencia excepcional, para lo cual aplicó la metodología desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para estudiar si, en un caso concreto, procede o no el amparo solicitado, mediante el empleo de las causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela. Las primeras habilitan el estudio constitucional y deben cumplirse en su totalidad; las segundas implican la procedibilidad del amparo y sólo se requiere la configuración de uno de ellos.[12]

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

Los requisitos especiales de procedencia[14], por su parte, son: (i) Defecto orgánico; (ii) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido o por exceso ritual manifiesto; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; (viii) violación directa de la Constitución (negrillas fuera de texto).

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

> "*la tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que*

[12] Sentencia SU-573/17 del 14 de septiembre de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
[13] Sentencia T-429/11 del 19 de mayo de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
[14] Sentencia C-590 de 2005, recopilada en la SU-636 de 2015 y reiterada en la SU-573 de 2017.

exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión".

De acuerdo con lo anterior, en el caso de tutelas contra sentencias del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en atención a que "*dichos organismos judiciales son los llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones*", se exige además que se trate de una providencia que i) riña de manera abierta con la Constitución Política y ii) que sea definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límite de un derecho fundamental o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad.

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

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

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

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

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

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

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

6. Caso concreto.

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

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

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

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

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

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

> *"En el caso que se examina, el «primer fallo» fue proferido por la Sala Primera Especial de Decisión el 19 de febrero de 2019 y en el mismo se denegaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada contra el congresista ANTANAS MOCKUS, con fundamento en que no se configuró la violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política. Posteriormente, la Sección Quinta dictó la sentencia aquí enjuiciada, mediante la cual anuló la elección del Congresista, al hallar probada la causal de violación del régimen de inhabilidades prevista en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política.*
>
> *(…) Frente a ello, la Sala advierte que, de cara al principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, lo que debió considerar el fallador de instancia fue que ya se había dictado el primer fallo en el tiempo, lo que comportaba el supuesto de la norma para dar aplicación a la garantía del non bis in ídem allí prevista, con miras a evitar la contradicción de dos decisiones judiciales basadas en los mismos supuestos de hecho y de derecho, como en efecto ocurrió en el caso concreto.*
>
> *(…) En este orden, la comprensión natural y obvia del precepto normativo que se planteó como problema jurídico el juez accionado, suponía establecer, en ese caso particular, que la expresión «el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada» no significaba que la sentencia del proceso de pérdida de investidura estuviese ejecutoriada, sino que existía una garantía a favor del congresista que no podía ser desconocida, toda vez que se configuró el supuesto de la norma que imponía su aplicación, esto es, que el proceso simultáneo ya tenía fallo de primera instancia . Ello sumado al hecho de que la parte segunda del parágrafo analizado dejó a salvo la primacía del proceso sancionatorio sobre el proceso electoral, en cuanto a la configuración objetiva de la causal, y de que el texto de la Ley 1881 tuvo como inspiración garantizar, entre otros, el principio del non bis in ídem para con ello evitar decisiones contradictorias y dar coherencia al ordenamiento jurídico."*

El juez de tutela concluyó, en primera instancia, que la Sección Quinta del Consejo de Estado vulneró el debido proceso del accionante, específicamente el *non bis in ídem*, *"por cuanto al adoptar una decisión de fondo sin haberse proferido sentencia de segunda instancia en el proceso de pérdida de investidura, desconoció la prerrogativa prevista en el parágrafo del artículo 1o de la Ley 1881,*

esto es, la de garantizar la coherencia de las decisiones judiciales y evitar decisiones contradictorias."

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

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

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

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

> ***Respecto a la materialización de la cosa juzgada***
>
> *No escapa a esta Sección, que en esta Corporación además del proceso de la referencia cursa demanda de pérdida de investidura contra el señor Antanas Mockus, la cual se funda en similares supuestos fácticos y jurídicos a los que aquí se analizarán. En este contexto, antes de examinar las inhabilidades endilgadas al demandado corresponde establecer si es viable dar aplicación al parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, el cual dispone:*
>
> *"**ARTÍCULO 1.** El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los Congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.*
>
> *Se observará el principio del debido proceso, conforme al artículo 29 de la Constitución Política.*
>
> ***PARÁGRAFO**. Se garantizará el non bis in ídem. **Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados**, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura . En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal."*
>
> *Según la norma en cita cuando una conducta dé lugar tanto a la pérdida de investidura como a la nulidad electoral, el primer fallo que se produzca en alguno de estos medios de control hará tránsito a cosa juzgada -en lo compatible- respecto del otro. Así las cosas y como la presunta inhabilidad del señor Antanas Mockus dio origen tanto a una demanda de nulidad electoral como a una de pérdida de investidura es menester establecer si debe decretarse el acaecimiento de esta situación.*

Consultado el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI se encontró que el día 19 de febrero de 2019, la sala especial de pérdida de investidura del Consejo de Estado profirió sentencia de primera instancia dentro del radicado Nº 11001-03-15-000-2018- 02417-00 (acumulado) adelantado contra el señor Antanas Mockus, la cual fue notificada a las partes el día 4 de marzo de 2019. Igualmente, en dicho sistema consta que los accionantes presentaron recurso de apelación contra esa decisión, el cual fue concedido el día 20 de marzo de 2019 y fue admitido el 29 de ese mismo mes y año, sin que a la fecha se encuentre resuelto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> *"(…) la Sección Quinta del Consejo al adelantar actividad interpretativa de la causal de inhabilidad dispuesta en el artículo 179-3 de la Constitución se apoya en la definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para desentrañar el significado de los vocablos "intervención", "gestión" y "negocio" que hacen parte del supuesto de hecho normativo, para darle un alcance a la causal de inhabilidad que esta Sala sin entrar a efectuar un escrutinio exhaustivo encuentra razonable. Más aun cuando dicho alcance se fundamenta en una lectura de los debates que llevaron a los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente a incluir esa causal de inelegibilidad en la Constitución, y de las finalidades perseguidas con la prohibición, como la de evitar la ruptura del equilibrio con los demás candidatos.*
>
> *Ahora bien, no corresponde a la Corte Constitucional entrar a cuestionar interpretaciones que el órgano de cierre en la materia encuentra ajustadas a su comprensión del orden jurídico y a la definición de sus competencias. No podría esta Corte por ejemplo, entrar a cuestionar las razones que llevan a la Sección Quinta a efectuar una supuesta interpretación extensiva o restrictiva de la causal de inhabilidad, o a entrar a juzgar, por ejemplo, que cualquier deseo o interés pretendido ante la entidad pública por el aspirante al Congreso a través de su actividad, tiene o no la capacidad de desplegar su influencia o poder, al punto de trascender al electorado con la consiguiente inducción de la voluntad popular en su favor. Esas son precisamente las competencias de la Sección Quinta como máximo juez de lo contencioso electoral.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que tampoco procede el recurso de revisión porque las únicas dos causales previstas en el artículo 250 del CPACA, que aparentemente se enmarcarían en el caso propuesto, serían las de los numerales 5 y 8 en virtud de los cargos contra la

sentencia enjuiciada por defecto orgánico y procedimental, pero que las mencionadas causales no resultarían procedentes porque la primera se refiere a la nulidad originada en la sentencia que, al ser interpretada armónicamente con el artículo 208 *idem,* permite inferir que solo procede para las causales taxativas señaladas en el CGP, y la segunda alude a la cosa juzgada, distinto a lo invocado en el escrito de tutela, es decir, la prejudicialidad.

Al respecto, es pertinente recordar que el CPACA en el Libro Segundo, Titulo VI, Capítulo I, consagra que el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[15], que se debe interponer dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia[16] y, como causales de revisión, consagra las siguientes:

> *"Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:*
>
> *1. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
>
> *2. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.*
>
> *3. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.*
>
> *4. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.*
>
> *5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.*
>
> *6. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.*
>
> *7. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.*
>
> *8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada."*[17]

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

---

[15] Ley 1437 de 2011, artículo 248

[16] Ley 1437 de 2011, artículo 251

[17] Ley 1437 de 2011, artículo 250

[18] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 11001031500020150338 6-01, M.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

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

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

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

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

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

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

F A L L A

1. **Revocar** la sentencia del 2 de julio de 2019, proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar:

2. **Declarar** improcedente la acción de tutela ejercida por el ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

3. Enviar a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Notifíquese a las partes por el medio más expedito posible.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

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

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GUSTAVO CUELLO IRIARTE
Conjuez

JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓNEZ
Conjuez

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

HENRY JOYA PINEDA
Conjuez

MARÍA ADRIANA MARÍN

ALBERTO MONTAÑA PLATA

MARINO OSPINA MENA
Conjuez

MARÍA TERESA PALACIO JARAMILLO
Conjuez

CESAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

JULIETA ROCHA AMAYA
Conjuez

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ **NICOLÁS YEPES CORRALES**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Y GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01604-01(IJ)

Actor: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto debido por la decisión mayoritaria, nos permitimos salvar el voto en la providencia del 21 de enero de 2020, por la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en segunda instancia y dentro del proceso de la referencia, decidió: (i) revocar la sentencia proferida el 2 de julio de 2019 por la Sección Primera de esta Corporación y (ii) declarar improcedente la acción de tutela ejercida por el ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

Consideramos que en este caso existe **carencia actual de objeto** porque los derechos fundamentales cuya protección se reclaman a través de la acción de tutela, ya están garantizados con la decisión proferida el 8 de octubre de 2019 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, que en segunda instancia confirmó la sentencia del 19 de febrero de 2019, expedida por la Sala Primera Especial de Decisión en el proceso de pérdida de investidura identificado con el nro. 11001-03-15-000-2018-02417-00[19], por la que se negaron las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura del congresista Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

En la citada sentencia, que se encuentra ejecutoriada, la Sala Plena de esta Corporación concluyó que «*no se acreditó el elemento objetivo de la causal, y pese a*

[19] Acumulado con los procesos nros. 11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00. Demandante: José Manuel Abuchaibe Escolar y otros. Convocado: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

que se hizo un análisis del elemento subjetivo, tampoco se encontró demostrado ningún comportamiento doloso o culposo en los términos del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018», lo que condujo a que no se declarara la pérdida del investidura del congresista.

Decisión que conforme con lo previsto en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, debe ser observada por la Sección Quinta de esta Corporación en el proceso de nulidad electoral identificado con el nro. 11001-03-28-000-2018-00080-00[20].

Lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

Antecedentes

Tal como se expuso en la sentencia de la que nos apartamos, «*[l]a Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, en sentencia de 19 de febrero de 2019[21], resolvió "denegar las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura del Senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas*"»[22].

Posteriormente, «*[l]a Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante fallo del 11 de abril de 2019[23], declaró la nulidad de la elección y, en consecuencia, ordenó la cancelación de la credencial de Senador de la República del actor con fundamento, concretamente, en que la representación legal de* ***Corpovisionarios*** *estaba radicada en cabeza del presidente y que el acto de delegación de las funciones al director ejecutivo, debía entenderse como un contrato de mandato o representación*»[24].

La Sección Primera de esta Corporación, en su calidad de juez de tutela profirió sentencia de primera instancia el 2 de julio de 2019, en el siguiente sentido: «***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*** (…)», (ii) «***DEJAR SIN EFECTO*** *la sentencia proferida por la* ***Sección Quinta*** *de esta Corporación el 11 de abril de 2019, en el proceso identificado con el número único de radicación 11001 03 28 000 2018 00080 00 (acumulado), por medio de la cual se declaró la nulidad de la elección del actor como senador de la República para el período 2018-2022*» y (iii) «***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)*» [negrilla original].

Sentencia de tutela que al tenor del artículo 86 de la Constitución Política[25] tenía que cumplirse en forma inmediata, sin perjuicio de que pudiera ser impugnada y revisada por la Corte Constitucional.

---

[20] Acumulado con los procesos nros. 11001-03-28-000-2018-00127-00 y 11001-03-28-000-2018-00130-00. Demandante: José Manuel Abuchaibe Escolar y otros. Demandado: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

[21] «*[5] Radicado 11001-03-15-000-2018-02417-00 (PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados)*».

[22] Página 3 de la sentencia de tutela de 21 de enero de 2020.

[23] «*[6] Radicado 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado), 11001-03-28-000-2018-00127-00 y 11001-03-28-000-2018-00130-00*».

[24] Página 4 de la sentencia de tutela de 21 de enero de 2020.

[25] «*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión*».

Con posterioridad al citado fallo de tutela, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 8 de octubre de 2019, al resolver el recurso de apelación contra la providencia del 19 de febrero del mismo año, proferida por la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, decidió: «***CONFIRMAR*** *la Sentencia de 19 de febrero de 2019, proferida por la Sala 1 Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, que denegó las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura del senador de la República Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas*».

La anterior decisión de Sala Plena, conforme con lo dispuesto por el juez de tutela y en observancia de lo previsto en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, tiene incidencia en el proceso de nulidad electoral adelantado en contra del congresista Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, identificado con el nro. 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado)[26].

La carencia actual de objeto por situación sobreviniente

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, consideramos que en este caso se configuró la carencia actual de objeto prevista por la Corte Constitucional en tres eventos: (i) hecho superado, (ii) daño consumado o (iii) acaecimiento de una situación sobreviniente[27].

Este último supuesto se presenta «*en aquellos casos en que tiene lugar una situación sobreviviente, que a diferencia del escenario anterior* [hecho superado]*, no debe tener origen en una actuación de la accionada, y que hace que ya la protección solicitada no sea necesaria, ya sea porque el accionante asumió la carga que no le correspondía, o porque* ***la nueva situación hizo innecesario conceder el derecho***»[28] [se destaca].

A nuestro juicio, en este caso se configuró la carencia actual de objeto por acaecimiento de una situación sobreviniente, pues el congresista, para la fecha en la que se profirió la sentencia de la que nos apartamos, no se encontraba en las mismas circunstancias de hecho que dieron sustento a la presentación de la acción de tutela, si se tiene en cuenta que el fallo de segunda instancia, proferido el 8 de octubre de 2019 por la Sala Plena de la Corporación en el proceso de pérdida de investidura, que se encuentra ejecutoriado y constituye cosa juzgada frente al proceso de nulidad electoral, debe ser observado por la Sección Quinta en el proceso identificado con el nro. 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado)[29], porque así lo dispone el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

Ahora bien, aunque en el caso concreto se verificó la carencia actual de objeto por situación sobreviniente y, por ende, deja de existir objeto jurídico respecto del cual el juez constitucional deba adoptar alguna decisión en este trámite de tutela,

---

[26] Acumulado con los procesos nros. 11001-03-28-000-2018-00127-00 y 11001-03-28-000-2018-00130-00. Demandante: José Manuel Abuchaibe Escolar y otros. Demandado: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

[27] La Corte diferencia una tercera modalidad de carencia actual de objeto cuando acaece un hecho posterior a la demanda. Cfr. las sentencias T-988 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-585 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-200 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada, T-481 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos, T-448/18, M.P. Alberto Rojas Ríos y SU-274/19, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

[28] Corte Constitucional, sentencia T-038/19, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[29] Acumulado con los procesos nros. 11001-03-28-000-2018-00127-00 y 11001-03-28-000-2018-00130-00. Demandante: José Manuel Abuchaibe Escolar y otros. Demandado: Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

consideramos que esta situación no obsta para que, acorde con lo expuesto en el auto del 22 de octubre de 2019, por el que se asumió el conocimiento de este proceso por importancia jurídica, y con el objeto de definir situaciones futuras que se presenten frente al «*[a]lcance de la figura del non bis in ídem en procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 1881 de 2018*»[30], la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación proceda a pronunciarse al respecto, toda vez que se cumplen los requisitos de procedibilidad para ello, como pasa a verse.

Los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial. Relevancia constitucional y subsidiaridad

Encontramos que contrario a lo afirmado en la sentencia de la que nos apartamos, en este caso se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial.

El requisito de la **relevancia constitucional** ha sido precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[31], en el sentido de que supone la conjunción de dos elementos necesarios.

El primer elemento se refiere a la carga argumentativa mínima «*para demostrar en sede de tutela que el asunto es de relevancia constitucional por la afección de sus derechos fundamentales. No basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales*».

El segundo alude a que la solicitud de amparo no puede convertirse en una instancia adicional, por lo que no está diseñada para ventilar cuestiones de mera legalidad o de apreciación judicial que no involucre derechos fundamentales.

En el asunto objeto de estudio se cumplen las referidas condiciones para superar el requisito de la relevancia constitucional. Lo anterior, porque además de invocarse la protección de los derechos fundamentales al *non bis in ídem*, al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, el accionante expuso de manera razonada los argumentos para estimar configurados los defectos orgánico y procedimental, sustantivo y fáctico en el marco del alcance y la interpretación del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

Dicho en otras palabras, se trata de un genuino debate constitucional que debe ser abordado y resuelto por el juez de tutela, como lo hizo el *a quo* en la sentencia de 2 de julio de 2019, por la que la Sección Primera como juez de tutela resolvió «***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 (…)*».

Por otra parte, en los términos del artículo 86 de la Carta Política, el requisito de la **subsidiaridad** supone que el interesado no cuente con otro medio de defensa judicial ordinario o extraordinario, o que en caso de existir no sea idóneo por configurarse un perjuicio irremediable, supuesto en el que el amparo procedería como mecanismo transitorio.

---

[30] Página 12 de la sentencia de tutela en segunda instancia.

[31] Sentencia de 5 de agosto de 2014, rad. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ).

A su vez, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, dispone que la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuento a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

De esta manera, la sola existencia formal de otro medio de defensa judicial, en este caso, del recurso extraordinario de revisión, no justifica la declaración de improcedencia de la acción de tutela, sin la debida consideración de la situación fáctica concreta.

A nuestro juicio, el recurso extraordinario de revisión no es un medio de defensa judicial idóneo para ventilar la discusión que se propone en la acción de tutela, pues la circunstancia de que se reviva la declaratoria de nulidad de la elección del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas[32], produce la pérdida de su curul en el Senado de la República, lo que podría conducir a que se desconozca lo previsto en el inciso final del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018[33], reiterado en el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019[34], porque esa decisión es opuesta a la proferida por la Sala Plena en el proceso de pérdida de investidura, que hizo tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral, en cuanto a la configuración de la causal objetiva.

Definido lo anterior, encontramos que el alcance que se le debe dar al parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018[35], es que cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el **primer fallo** que se profiera en el tiempo «***hará tránsito de cosa juzgada***» en relación con el segundo. De esta manera, se garantiza el *non bis in ídem* y se evitan decisiones contradictorias, que es el fin perseguido por el legislador con la citada norma.

Sin lugar a otra consideración y bajo los anteriores términos, dejamos expuestas las razones por las cuales nos apartamos de la decisión de la Sala Plena.

Con todo comedimiento,

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

---

[32] En la sentencia de tutela de 21 de enero de 2020, se expuso lo siguiente: «*[e]l efecto de esta decisión es que la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, dictada el 11 de abril de 2019 dentro del proceso identificado con el número 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado), recobre sus efectos*». Página 23.

[33] «*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*».

[34] Por la cual se modifica parcialmente la Ley 5 de 1992 y se dictan otras disposiciones.

[35] «*Se garantizará el non bis in ídem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una 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*».

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO MONTAÑA PLATA

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01604-01(IJ)

Actor: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN QUINTA

Referencia: Acción de tutela – Salvamento de voto

Con todo respeto, expongo los motivos que me llevan a salvar el voto de la decisión adoptada en el caso de la referencia, que resolvió que la tutela resultaba improcedente al no satisfacer los requisitos de relevancia constitucional y subsidiariedad.

Previo a señalar las razones de mi decisión, estimo necesario poner en **contexto la controversia.** La presente tutela se instauró en contra de la Sentencia de 11 de abril de 2019[36], proferida por la Sección Quinta, de esta Corporación, que declaró la nulidad electoral Antanas Mockus, tras considerar que se configuró la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179.3 Constitucional.

El 2 de julio de 2019, la Sección Primera de esta Corporación al resolver la acción de tutela, en primera instancia, sostuvo que se configuró un defecto procedimental, dado que, con la sentencia de nulidad electoral, el congresista fue juzgado 2 veces por los mismos hechos. En ese orden, recordó que, el 19 de febrero de 2019[37], la Sala Primera Especial de Decisión de esta Corporación, al resolver, la acción de pérdida de investidura en primera instancia, en contra del senador Antanas Mockus, por la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179.3 Constitucional, concluyó que la causal no se había configurado. En virtud de ello, manifestó que la decisión vulneraba el derecho al *non bis in ídem* del actor y con ello se desconocía el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018[38], por lo que dejó sin efectos el fallo de la nulidad electoral de la Sección Quinta y le ordenó abstenerse de proferirlo, hasta que la Sala Plena resolviera la apelación de la pérdida de investidura. Inconformes con la decisión, los terceros, con interés en el proceso, la impugnaron porque, a su juicio, la tutela no satisfizo el requisito de subsidiariedad ni el de relevancia constitucional.

Por reparto la impugnación le correspondió a la Sección Cuarta que, tras considerar que la acción de tutela revestía una importancia jurídica excepcional, escaló su conocimiento a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de ésta Corporación. En ese orden, el

---

[36] Proferida dentro del proceso: 11001-03-28-000-2018-00080-00 (Acumulado)

[37] Proferida dentro del proceso: 11001-03-15-000-2018-02417-00 (Acumulado)

[38] *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."*

suscrito, dado que, había participado en la Sentencia de segunda instancia en la pérdida de investidura[39], de 8 de octubre de 2019[40], sino que había sido su ponente (situación que implicó plasmar una postura frente a la interpretación de la causal de la inhabilidad contenida en el 179.3 Constitucional, estudio que, a todas luces, reclamaba la tutela), el 21 de octubre de 2019, se declaró **impedido por la Causal 6** del artículo 56 de la Ley 906 de 2004[41]. Sin embargo, éste fue resuelto desfavorablemente, mediante providencia de 22 de octubre de 2019, por considerar, en síntesis, que no tuve participación en la adopción de la Sentencia enjuiciada.
Ahora bien, la Sala Plena mayoritaria, al desatar la impugnación, revocó la sentencia de primera instancia y declaró su improcedencia, tras advertir que la tutela no superaba el requisito de relevancia constitucional y subsidiariedad.

Me aparto de la decisión mayoritaria adoptada por esta Corporación porque, a mi juicio, con ella se desconoció el derecho al debido proceso y, particularmente, al *non bis in ídem* del actor. En ese orden, considero, en primer lugar, que la tutela resultaba procedente para ser estudiada de fondo, y, en segundo lugar, que el fallo proferido por la Sección Quinta incurrió en un defecto procedimental y con ello vulneró el derecho fundamental al debido proceso del actor.

1) La tutela resultaba procedente

a) Evidentemente tenía relevancia constitucional como quiera que, no solo se invocaba una vulneración al principio constitucional de *non bis in ídem,* sino que el escrito de tutela argumentó de manera amplia y razonada que este requisito se cumplía toda vez que, no se limitaba a una discusión de simple legalidad, sino que involucraba la garantía a un derecho fundamental afectado por una decisión de única instancia, argumentos que comparto. Recuérdese que, incluso, el ponente, en Auto de 22 de octubre de 2019, por el cual la Sala Plena avocó el conocimiento del asunto, estableció que, en el asunto de referencia, se avizoraba un caso de importancia jurídica derivado del "*Alcance de la figura del non bis in ídem en procesos de nulidad electoral, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018",* luego resulta curioso, si no contradictorio, señalar en una providencia que el asunto tiene importancia jurídica y, posteriormente, que no tiene relevancia constitucional.

Adicionalmente, cabe señalar que, paradójicamente, la Sentencia de la Corte Constitucional SU 400 de 2012[42], en que la providencia adoptada por la mayoría fundamentó la falta de relevancia constitucional, sí estudió de fondo el asunto, tras entender como superado ese requisito; en esa oportunidad se indicó:

> *"En el caso analizado por la Sala Plena existe evidente relevancia constitucional, pues se trata de garantizar los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso (art. 29 C.P), acceso a cargos y funciones públicas (art. 40 C.P) y de acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229 C.P), presuntamente vulnerados por la Sección Quinta del Consejo de Estado al emitir la sentencia del 13 de septiembre de 2007."(Subrayas propias)*

No resulta, entonces, admisible que la decisión que fundamenta la irrelevancia constitucional haya superado este requisito. Sea también oportuno, acorde con mi postura, señalar que, aunque al estudiar el fondo del asunto, en la Sentencia SU 400 de 2012, se indicó que no correspondía al Juez Constitucional entrar a cuestionar interpretaciones que el juez electoral había encontrado ajustadas a su comprensión del orden jurídico y a la definición de sus competencias, lo cierto es que, para esa fecha, la discusión constitucional versó exclusivamente sobre la interpretación restrictiva o extensiva de la causal contenida en el artículo 179.3 Constitucional y no sobre la

---

[39] Como miembro de la Sala Plena y como Ponente de la decisión.

[40] Proferida dentro del proceso: 11001-03-15-000-2018-02417-01 (Acumulado)

[41] Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento: (…) [6.] Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere 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.

[42] Que estudió una tutela en contra de una Sentencia Electoral proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, por la misma causal a la que nos ocupa.

aplicación del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 y su repercusión directa en el derecho fundamental al debido proceso y, en concreto, a la garantía del *non bis in ídem,* que, en el presenta caso, se plantea.

b) Tampoco es cierto que el demandante contara con otro medio de defensa judicial como el recurso extraordinario de revisión por las causales 5 y 8 del artículo 250 del CPACA porque, en primer lugar, dadas las particularidades del caso (pérdida de la curul y agotamiento del periodo Constitucional) el recurso de revisión no resulta un medio eficaz, y, en segundo lugar, tampoco, resultaría idóneo como quiera que los defectos alegados (orgánico, sustantivo y fáctico) no constituyen una nulidad derivada de la sentencia, ni tampoco existía cosa juzgada en la medida que, para la fecha en que se dictó el fallo en única instancia de nulidad electoral, como se explicó, el fallo de la pérdida de investidura no se encontraba ejecutoriado.

2) El fallo proferido por la Sección Quinta incurrió en un defecto procedimental y con ello vulneró el derecho fundamental al debido proceso del actor

Comparto la decisión de primera instancia que amparó el derecho al debido proceso, como quiera que, en efecto, la decisión adoptada por la Sección Quinta al resolver la nulidad electoral, incurrió en un defecto procedimental.

Es claro que, en virtud de la garantía prevista en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018, en donde el legislador, expresamente, protegió el derecho de no ser juzgado 2 veces por el mismo hecho, la Sección Quinta, tras verificar la existencia de un fallo que indicaba que la causal de inhabilidad contenida en el artículo 179.3 no se había configurado, no podía volver a proferir un nuevo fallo para, además, sostener todo lo contrario. En mi criterio, debía atenerse al fallo existente, o en su defecto, esperar a que la Sala Plena se pronunciara en segunda instancia, y no juzgar doblemente al congresista.

Resulta insuficiente el argumento dado por el juez natural para volver a juzgar al congresista, esto es, que el fallo de pérdida investidura no se encontraba ejecutoriado, en la medida que el legislador no condicionó esta garantía a un fallo ejecutoriado y por el contrario, se limitó a señalar *"el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada",* pues con ello, de un lado, se lograba la unidad y coherencia en la aplicación del derecho, y de otro, se salvaguardaba la garantía del *non bis in ídem.*

En este punto, destaco algunos apartados contenidos en la Gaceta No. 803 de 19 de septiembre de 2017 y 905 de 9 de octubre de 2017, que contienen el Informe de Ponencia para Primer y Segundo Debate al Proyecto de Ley 1881 de 2018. Ahí se indica que una de las justificaciones del parágrafo que ocupa fue que, ante la existencia simultanea de un proceso de nulidad electoral y de pérdida de investidura por la misma conducta, se eviten decisiones contradictorias en el estudio de fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios iguales. Adicionalmente, se agregó que el elemento objetivo compartido en los 2 procesos, "*debe ser uniforme en ambos, por razones de seguridad jurídica, igualdad, confianza jurídica y justicia material. Es necesario, pues, que frente al mismo hecho la decisión sea la misma*."

De lo expuesto, queda claro que, el criterio que el legislador utilizó para definir el fallo que debía tenerse en cuenta, lejos de la interpretación dada por la Sección Quinta, era el temporal (primero) y no el material (ejecutoria) y ello obedeció, claramente, a la necesidad de lograr la estabilidad jurídica, la justicia material, la coherencia del sistema judicial y evitar la violación de garantías constitucionales fundamentales, como el *non bis in ídem*. Sin embargo, con la Sentencia proferida por la Sección Quinta, que efectuó una interpretación ajena a las garantías que orientan la Constitución Política de 1991, justamente 1) se adoptó una decisión diferente respecto del elemento objetivo que ya había sido juzgado en el primer fallo de pérdida de investidura y que fue confirmado por la Sala Plena de esta Corporación y 2) Se vulneró el derecho al *non bis in ídem* del actor, que fue juzgado 2 veces por los mismos hechos, con resultados contrarios.

En los anteriores términos, dejado planteado mi salvamento, respetuosamente,

ALBERTO MONTAÑA PLATA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01604-01(IJ)

Actor: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN QUINTA

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA Y FALLO ELECTORAL-Aplicación del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 a la elección de Antanas Mockus. PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 1881 DE 2018-Interrogantes sobre su constitucionalidad. SEGURIDAD JURÍDICA-Esencia del Estado de derecho. TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL-El criterio fijado en la sentencia C-543 de 1992 hizo tránsito a cosa juzgada, reiteración aclaración de voto rad. n°. 11001-03-15-000-2019-00022-00/2019. PRECEDENTE JUDICIAL-No es una figura que pueda trasplantarse a los sistemas de derecho legislado, reiteración aclaración de voto rad. n°. 11001-03-15-000-2019-00022-00/2019. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL-Interrogantes sobre este requisito general de procedencia del amparo, reiteración aclaración de voto rad. n°. 11001-03-15-000-2019-01299-00/2019.

ACLARACIÓN DE VOTO

La investidura y el acto de elección del congresista Mockus fueron objeto de dos demandas. En los dos procesos se controvirtió si el senador estaba incurso en la causal de inhabilidad del artículo 179.3 CN. En sentencia del 19 de febrero de 2019, la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura negó la solicitud, no obstante, los demandantes apelaron la decisión. El 11 de abril siguiente la Sección Quinta -en única instancia- declaró la nulidad del acto de elección. El congresista formuló acción de tutela contra esta última providencia y la Sección Primera, en fallo del 2 de junio de 2019, accedió al amparo, que también fue impugnado. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a su vez, dejó en firme la investidura del congresista en sentencia del 8 de octubre de 2019.

Aunque comparto la decisión que se tomó en la providencia del 21 de enero de 2020, que revocó el fallo de amparo del 2 de julio de 2019 y, en su lugar, declaró improcedente la tutela, aclaro voto frente a algunas consideraciones.

1. El parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 dispone que se garantizará el *non bis in idem*, de modo que si una misma conducta da lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura simultáneas, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada, sobre el

otro proceso en todos los aspectos estudiados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del juez de la desinvestidura. En todo caso, el decreto de pérdida de investidura -si cobra ejecutoria primero- hará tránsito a cosa juzgada frente al proceso de nulidad electoral respecto a la configuración objetiva de la causal.

2. En este caso, sin embargo, no puede alegarse que la decisión del pleno de desestimar la pérdida de investidura "condicione" la resolución de nulidad electoral, porque (i) el primer fallo pronunciado fue el electoral (a pesar de los intentos fallidos del juez de tutela de desconocerlo) y porque (ii) aún si se admitiese lo contrario, la providencia de pérdida de investidura tuvo múltiples aclaraciones de voto que mostraron conformidad con desestimar las pretensiones, pero que no acompañaron la motivación. Esta circunstancia -que evidentemente no previó el legislador- resta fuerza al criterio expresado por algunos en la discusión de esta providencia.

El parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 suscita varios interrogantes sobre su constitucionalidad: ¿Contradice los artículos 228 y 230 CN que prevén que los jueces en sus decisiones son independientes y que solo están sometidos al imperio de la ley para resolver los asuntos a su cargo? ¿Si la Constitución establece dos juicios independientes -pérdida de investidura de los congresistas (arts. 183 y 184 CN) y la nulidad electoral (arts. 237.7 y parágrafo y 264 parágrafo CN)-, puede una ley "atar la suerte" de uno de esos procesos al que primero se decida?

3. Esta controversia fue juzgada simultáneamente en una solicitud de desinvestidura, en una demanda de nulidad electoral y en una acción de tutela. El país parece haberse resignado a que un mismo asunto sea decidido a través de

diversos instrumentos. Esta situación, sin embargo, es una grave anomalía que debería corregirse. La seguridad jurídica es la esencia del Estado de derecho. Si la coherencia debe partir de las normas, es hora de reflexionar sobre la "inflación litigiosa". La presencia de medios de control paralelos, simultáneos y sucesivos ha minado la confianza, base de toda relación jurídica, en la justicia. Reitero lo que señalé en una conferencia dictada en el Encuentro de la Jurisdicción del Bicentenario -año 2017-: la pérdida de investidura debería eliminarse y centrar el control judicial a la validez del acto electoral[43].

4. En relación con el carácter de cosa juzgada de lo decidido en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional y la aplicación de la figura del precedente judicial a un sistema de derecho legislado, me remito a los argumentos expuestos en los numerales 1 y 2 de la aclaración de voto Rad. n°. 11001-03-15-000-2019-00022-00/19. Asimismo, frente al requisito general de procedencia de la relevancia constitucional para el estudio de la tutela contra providencia judicial, reitero las razones de la aclaración de voto Rad. n°. 11001-03-15-000-2019-01299-00/19.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

MAR/2F

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONJUEZ JESÚS MARINO OSPINA MENA

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01604-01(IJ)

Actor: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN QUINTA

Contenido: *Alcance de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. i).- La relevancia constitucional. ii).- la*

[43] Cfr. Recuperado en https://youtu.be/DDtNQOoghzo.

subsidiariedad. iii).- La cosa juzgada como presupuesto del non bis in ídem en el presente asunto.

INTRODUCCIÓN

Con el respeto y consideración acostumbrados frente a las decisiones de la Sala, aclaro mi voto frente a la sentencia aprobada en sesión del veintiuno (21) de enero de dos mil veinte (2020), en la tutela de la referencia.

Si bien acompañé la decisión mayoritaria adoptada en el asunto de la referencia, por la disciplina propia de un sistema de precedente judicial con carácter vinculante como son los de la Sala Plena de la Corporación, y cuyo fin supremo es brindar **seguridad jurídica**, es necesario expresar mis aclaraciones en tanto a las motivaciones del fallo finalmente aprobado, como se sigue:

1. Alcance de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales

Sea lo primero precisar que compartí la decisión de revocar la sentencia de primera instancia dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, de dos (2) de julio de 2019, por un **aparente** desconocimiento de la cosa juzgada en el fallo de la nulidad electoral de 19 de febrero de 2019, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Los fundamentos que llevaron a la Sala Plena para revocar la sentencia de primera instancia, se centraron en el estudio de la esfera puramente formal de la acción adelantada por el apoderado del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, conforme a los parametros establecidos por la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005, posición acogida en decisión de unificación de esta Corporación de 5 de agosto de 2014[44].

Fue así que la decisión mayoritaria llegó a la conclusión de que dentro de los requisitos formales, esto es generales de procedibilidad, no fueron superados los test de (i).- la relevancia constitucional[45]; ni el de (ii).- requisito de subsidiariedad[46].

---

[44] Radicado: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Actor: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado – Sección Primera. Sentencia de Unificación Jurisprudencial

[45] Sobre este requisito informó la Sentencia C590 de 2005: "… *Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones[45]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.".*

[46] Sobre este principio el mismo fallo de la Corte Constitucional expresó: "... *Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las*

Ahora bien, por razones metodológicas procedo a expresar mis razones por las cuales considero que si se encontraban satisfechos los requisitos formales de la acción incoada, en tanto a los requisitos generales de que hace alusión la sentencia, razón por la cual en mi opinión debió abordarse el fondo del asunto para revocar la decisión; no por razones simplemente formales, sino especificos de procedibilidad de la acción de tutela cuando se intenta contra providencias judiciales, como quiera que el amparo solicitado estaba llamado a ser negado, por no haberse conculcado el derecho al debido proceso, pues no se desconoció el principio del *non bis in idem* en cuanto a la cosa juzgada prevista por el legislador en el parágrafo del artículo primero de la ley 1881 de 2018.

2. El principio de la relevancia constitucional

Sobre el incumplimiento de este requisito general de procedibilidad expresó la sentencia por la cual aclaro mi voto qué: *"… Más allá de que esté o no de acuerdo con la sección quinta, el juez de tutela no puede preferir su propia interpretación de las normas que regulan el asunto, salvo que evidencie una arbitrariedad o una clara y manifiesta afectación de los derechos fundamentales, para lo cual, es condición previa la carga argumentativa que lo advierta, para proceder al estudio de la acción. En este orden de ideas, los planteamientos del accionante no tienen la relevancia constitucional suficiente para habilitar la intervención del juez de tutela y por tanto se incumple con la causal general de procedencia de la acción.".*

Como expresé en la sesión de la Sala Plena, en el presente asunto dicho requisito está más que cumplido, no solo por el argumento que se invocó la violación del debido proceso por desconocimiento del *non bis in idem*, porque según el actor existe una supuesta violación del parágrafo del artículo primero (1º) de la Ley 1881 de 2018, sino, además, porque esta de por medio otro derecho fundamental, como lo es el derecho constitucional de **elegir y ser elegido**[47], derecho que debe entenderse en su doble dimensión, como *derecho – función;* la primera activa y la segunda pasiva, en tanto es un derecho de doble vía; en el entendido de que el ciudadano de forma directa puede concurrir activamente a ejercer su derecho al voto como libertad individual, y por otro lado, a postular su nombre para ser elegido, a través de los mecanismos democraticos previstos en la constitución y la ley, a un cargo de elección popular; en este último punto, que es el que nos atañe se trata de un derecho inherente a todo ciudadano, independientemente de haber sido un candidato altamente votado o de reconocimiento nacional, como es el caso del actor, **pues se insiste que se trata de un derecho inherente de todo ciudadano.**

---

competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.".

[47] Dispone el artículo 40.1 superior: *"**Artículo 40.** Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido.".*

En este orden de ideas, considero que dicho requisito formal esta acreditado en el presente asunto.

3. El requisito de subsidiariedad

Sobre el incumplimiento del requisito de subsidiariedad como presupuesto de procedencia de la acción de tutela, informó el fallo que: *"En el presente asunto, como se precisó, el actor alega que la Sección Quinta del Consejo de Estado vulneró el derecho al debido proceso por incurrir (sic) defecto orgánico y procedimental por falta de competencia porque no podía pronunciarse de manera distinta a la que ya había adoptado la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura.*

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

En este punto, tampoco me conformo con el argumento de existencia de otro medio de defensa judicial; es necesario darle una lectura detenida al artículo 250 de la Ley 1437 de enero 18 de 2011, pues no podía exigirse al actor invocar una causal de revisión que esta llamada al fracaso, por no tipificarse el supuesto normativo que exige la misma.

En efecto, el numeral 8º del artículo 250 ibídem, que constituye una causal especial frente a la causal quinta de la misma normativa, dispone:

> ***"Artículo 250. Causales de revisión.*** *Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión:*
>
> *(…)*
>
> *8. Ser la sentencia contraria a otra anterior que* ***constituya cosa juzgada*** *entre las partes del proceso en que aquella fue dictada****. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada****."*(negrilla fuera de texto)

Ahora bien, si el legislador informa sobre la causa citada que "… no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada" la misma no tendría vocación de prosperidad, pues al hacer una revisión detallada a las **decisiones hitos** dentro de los dos procesos [acción de nulidad electoral y de pérdida de investidura], y el presente trámite, nos llevan a la conclusión que dicha exigencia no se configura en el presente asunto.

Al revisar el segundo fallo de que habla la normativa (250.8 de la ley 1437 de 2011) esto es la Sentencia de Única instancia de abril 11 de 2019, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, se encuentra que la misma se ocupó de resolver acerca de la cosa juzgada de la cual la Sala Plena asume debe alegarse vía revisión ante la Corporación.

En efecto, la sentencia de abril 11 de 2019, de la Sección Quinta, resolvió la excepción de la cosa juzgada, dentro del proceso que adelantó la acción de nulidad electoral, en los siguientes términos:

> *"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 Nº 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 201911 y fue admitido el 29 de ese mismo mes y año, sin que a la fecha se encuentre resuelto.*
>
> *En este contexto, la Sala estima que no es posible decretar la ocurrencia de la cosa juzgada en el caso de la referencia, comoquiera que la sentencia antes aludida aún no se encuentra en firme, toda vez que la pérdida de investidura está a la espera de la resolución del recurso de apelación presentado.*
>
> *… 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.".* (Negrilla extra texto).

Como puede verse, la cosa juzgada fue resuelta en el fallo de segunda instancia, por tanto la exigencia formal de subsidiariedad en mi sentir también esta cumplida por el actor.

4. La cosa juzgada como presupuesto de la existencia del principio del *non bis in idem* en el caso concreto

La primacia de toda decisión judial y sobre todo de los precedentes jurisprudenciales de las corporaciones de cierre, tiene que tener como su fín y máximo propósito el de la **seguridad jurídica**, entendida este como un **principio** universalmente reconocido, que se basa en la «certeza del derecho» es decir, en la convicción por parte de la comunidad acerca de los alcances y el significado de las normas que imperan en el seno de la sociedad, los derechos, deberes y obligaciones emanados de las mismas, y las consecuencias de los actos y hechos producidos **bajo su vigencia**, constituye así uno de los principios básicos de todo ordenamiento jurídico.

Sostuve en la discusión de la sala, que por tratarse de una decisión de la elevada importancia que en efecto reviste el presente asunto, debieron atenderse por la Sala las razones por las cuales la misma resolvió llevar a conocimiento y competencia de la sala Plena Contenciosa el presente asunto, esto es por “razones del alcance de la figura del *non bis in idem* en procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018.”, propósito que finalmente no se cumple en el presente asunto.

En efecto, desde mi punto de vista resulta desafortunado dejar el pensamiento del instituto de la cosa juzgada, como quedó finalmente plasmado en la sentencia de tutela de primera instancia de julio 2 de 2019, acerca del alcance del *non bis in ídem*, que contempla el parágrafo del artículo 1º de la ley 1881 de 2018.

De la lectura del parágrafo del artículo 1º de la ley 1881 de 2018, se desprende que la Sala Plena debió fijar una pauta clara acerca del alcance del parágrafo en cita, bajo el entendido, que **el principio del *non bis in ídem*, en ella contenido no es absoluto, sino relativo**; en tanto el mismo, solo hace transito a cosa juzgada para el juicio de legalidad (elemento objetivo) de las acciones; pues el requisito subjetivo, que es de culpabilidad es de exclusiva competencia del juez de la pérdida de investidura.

Es así, que el parágrafo del artículo 1º de la ley 1881 de 2018, puntualiza:

> ***“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 gravemente 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 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." (Negrilla extra texto)

Resulta además de su lectura, que de la misma se coligen las claras diferencias entre una acción y la otra, es así que en la pérdida de investidura se estudia la culpabilidad, porque ella contiene un juicio sancionatorio, y no de simple legalidad, sino de dignidad, representatividad y ético, esto es, la verificación de que con la conducta o comportamiento del elegido no se defraude el electorado; en cambio, la acción de nulidad electoral es eminentemente un juicio de legalidad, y por tanto no es sancionatorio, por eso, no puede invadir la compentencia del estudico de culpabilidad (subjetivo) del juez de la pérdida de investidura.

Ahora, para hacer el analisi necesario en relación de la cosa juzgada, es menester por razones de constatación histórica, revisar las cinco decisiones hitos resueltas, las cuales fueron:

(i).- Sentencia de primera instancia de 19 de febrero de 2019, de la Sala Primera Especial de decisión de Pérdida de Investidura, del Consejo de Estado, que negó las pretensiones por no haberse violado el régimen de inhabilidades de que trata el artículo 179.3 superior, estudio estrictamente objetivo, relevándose del estudio subjetivo de culpabilidad, representatividad y dignidad propio de los juicios sancionatorios de pérdida de investidura

(ii).- Sentencia de única instancia de 11 de abril de 2019, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de la elección del actor, por violar el régimen de inhabilidades previsto en el artículo 179.3 constitucional.

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

(iv).- Sentencia de segunda instancia de 8 de octubre de 2019, de la Sala Plena del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia de febrero 19 de 2019, que abordó el estudio de los requisitos objetivos de legalidad y subjetivos de culpabilidad de la acción de pérdida de investidura.

(v).- Auto de 22 de octubre de 2019, de Sala Plena que dispone asumir por importancia jurídica la tutela de segunda instancia a dictarse, por razones del alcance de la figura del *non bis in idem* en procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018.

La Sección Primera de la Corporación, en su decisión de primera instancia, concluyó que si reunen los presupuestos de la cosa juzgada, y por tanto se violó el debido proceso al desconocerse el nom bis in ídem, después de una forzada interpretación del parágrafo del artículo 1º de la ley 1881 de 2018, pues en su sentir al disponer el legislador **"el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada"**, por tecnicismo puramente procedimental debe entenderse el primer fallo que se dicte sin importar su ejecutoria material o no.

Situación que en mi sentir, desde ningún punto de vista podía dejarse a la errada convicción de la comunidad en general, que la cosa juzgada tiene como instituto una doble interpretación, donde cabe la posibilidad de predicarse la misma de decisión no en firme, esto es en tránsito de recursos; pues sería desquiciar la hermenéutica jurídica, de institutos desde siglos debida y correctamente entendidos.

En conclusión, en el caso concreto no se configuro la cosa juzgada, claramente la misma no esta llamada a invocarse con vocación de prosperidad, por la lógica razón que el principio de la cosa juzgada, ya sea material o formal, sólo se predica de las sentencias ejecutoriadas, dicho principio le otorga a las sentencias el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, esto es sólo se puede invocarse la aplicación del principio de la cosa juzgada material, que es el estado procesal, en el cual contra la decisión no procede recurso alguno, sea este ordinario o extraordinaria.

Confome a la teoría general del proceso, se entiende por sentencia, como la *"… la resolución que pronuncia el juez, con aplicación de la ley o de la equidad, sobre el punto o cuestión que ante él se controvierta. En cuanto la sentencia resume y concreta la comprobación realizada por el juez sobre los hechos y el derecho aplicable, es un acto de inteligencia; pero en cuanto la voluntad de la ley se concreta en una orden o resolución del juez, la sentencia constituye también un acto de voluntad.* (…)

El juez verifica la existencia de los precedentes de la voluntad de la ley y las circunstancias de las cuales dicha voluntad concreta debe haber nacido, no a efecto de constituir el efecto jurídico que de ella se deriva, sino con el objeto de declarar que este efecto jurídico se ha producido como consecuencia de las circunstancias mismas. La verificación de la existencia de la ley y de que se han producido ciertos hechos que ofrecen los extremos previstos en la norma, sólo tiende a la verificación de una voluntad concreta de la ley." [48].

---

[48] MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Octava Edición. Editorial ABC. Bogotá. Páginas 480-481.

Ha de entenderse entonces como uno de los atributos de la sentencia, a la cosa juzgada, característica que "*impide toda controversia sobre la solución dada por la decisión con miras a poner fin a los litigios y mantener el orden social*"[49].

Bajo estas consideraciones debió REVOCARSE la sentencia de 2 de julio de 2019, por no haberse conculcado el debido proceso ni el principio del *non bis in ídem*, por tanto debió negarse el amparo solicitado y no haberse declarado improcedente por no superar el estudio formal de la tutela.

En estos términos dejo sustentada mi diferencia conceptual con la posición mayoritaria.

Fecha ut supra,

JESÚS MARINO OSPINA MENA
Conjuez

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS MARÍA ADRIANA MARÍN, MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Y RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01604-01(IJ)

Actor: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN QUINTA

Temas: Tutela contra providencia judicial / Requisitos de procedibilidad / La garantía del *non bis in idem* en el proceso de nulidad electoral

SALVAMENTO DE VOTO

[49] STASSINOPOULOS, Michel D. Tratado de los actos administrativos. Traducción: Mario Rodríguez Monsalve, 1978. p. 52.

Dentro del término de ley, nos permitimos manifestar que no compartimos la decisión de revocar la sentencia de primera instancia de acción de tutela y negar el amparo de los derechos fundamentales del congresista accionante. Al contrario de lo concluido en la decisión mayoritaria, estimamos que la tutela debió estudiarse de fondo para impedir que se violara la garantía del *non bis in idem* que fue garantizada con la decisión de primera instancia y, por ende, se protegieran los derechos políticos del accionante. Dicha garantía, que forma parte del derecho fundamental al debido proceso, se desconoció abiertamente porque ya la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado había proferido una sentencia en la cual dispuso denegar la acción de pérdida de investidura del tutelante, la cual, de conformidad con lo prescrito en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, hizo tránsito a cosa juzgada «respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal».

I.- La acción de tutela debió decidirse de fondo

A.- Los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencia judicial no eran exigibles en este caso, porque aquí no se controvertía el contenido de una sentencia

1.- En la sentencia de la cual disentimos, la decisión de rechazar la acción de tutela se fundamentó en el estudio de dos requisitos de procedibilidad: *(i)* la no relevancia constitucional de la acción de tutela en el caso concreto y *(ii)* la existencia de otro medio judicial para lograr la defensa del derecho, al considerar que contra la sentencia de la Sección Quinta podía interponerse el recurso extraordinario de revisión.

2.- Consideramos que en este caso no debían exigirse los requisitos de procedibilidad determinados jurisprudencialmente para las tutelas contra providencias judiciales, pues no se estaba controvirtiendo o discutiendo una decisión proferida en una sentencia. La acción no se dirigía contra el *contenido de una resolución judicial*, ni tenía como propósito controvertir sus consideraciones o sus decisiones: lo que atacaba la acción de tutela era el hecho de que la Sección Quinta hubiere proferido sentencia de única instancia en la acción electoral sobre el acto de elección del congresista, en forma posterior a la decisión de primera instancia del proceso de pérdida de investidura que negó la demanda, al considerar que no incurrió en la inhabilidad que servía también de fundamento para pedir la nulidad de su elección.

3.- La jurisprudencia relativa a los requisitos de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales persigue relevar la excepcionalidad de la acción de tutela para que no se confunda con un recurso de apelación, razón por la cual en ella se establece que esta acción solo es procedente cuando la providencia tutelada incurrió en los defectos que permiten calificarla como vía de hecho; la sola circunstancia de que la tutela esté dirigida formalmente contra una decisión, no genera, como consecuencia automática, la aplicación de dicha jurisprudencia. Su aplicación no es procedente cuando lo que se controvierte en la acción de tutela es el *hecho* de haberse proferido una providencia con violación del principio constitucional del *non bis in idem*.

4.- Es preciso señalar que en la sentencia de tutela de primera instancia tampoco se afirma que Sección Quinta de la Corporación hubiese obrado sin competencia, pues a ella le corresponde resolver los procesos de nulidad del acto de elección de los congresistas. Lo que se afirma es que, en virtud de lo dispuesto en una norma legal que tiene por objeto

proteger en forma efectiva los derechos fundamentales del congresista (el debido proceso y el respeto del *non bis in idem*), la Sección Quinta debía esperar a que se profiriera la sentencia de segunda instancia por parte de la Sala Plena en el proceso de pérdida de investidura: exactamente, esto fue lo que dispuso la decisión de primera instancia de la acción de tutela.

B.- La relevancia constitucional de la acción de tutela

1.- Aun si se estima que tales requisitos aplicaban en este caso, no estamos de acuerdo en concluir que la acción de tutela interpuesta por el congresista *carecía de relevancia constitucional.*

2.- En la gran mayoría de casos las autoridades judiciales consideran cumplido el requisito de la relevancia constitucional al constatar que la acción de tutela se basa en la violación de un derecho fundamental y se esgrimen argumentos y razones fácticas, lo cual amerita darle curso al proceso y decidir de fondo; de allí que estimar que este requisito no está cumplido, cuando en el presente caso se invoca claramente la violación de derechos fundamentales y se esgrimen argumentos razonables que imponen su estudio de fondo, implica un tratamiento discriminatorio e injustificado de la acción de tutela y permite que el juez constitucional decida discrecional (o arbitrariamente) cuándo estudia de fondo la decisión judicial controvertida y cuándo no lo hace.

3.- En algunas legislaciones, la relevancia constitucional se establece como requisito para reducir los asuntos que son conocidos por el tribunal constitucional. En España se exige demostrar «por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo, *en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*» (STC 69/2011, de 16 de mayo). Tal requisito no está contemplado en nuestra legislación y no ha sido desarrollado de esa forma por la Corte Constitucional, que en una gran cantidad de casos lo da por satisfecho con la simple constatación de que está en juego la garantía de un derecho fundamental.

4.- Exigir el requisito de la trascendencia o relevancia constitucional, con exigencias que el ordenamiento jurídico no contempla, para pronunciarse de fondo en acciones de tutela contra sentencias judiciales, no resulta adecuado cuando se considera –en serio– que esta acción tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de una persona. La trascendencia, entendida como la «marcada importancia constitucional»[50] del caso, es un valor que no puede primar sobre el propósito de garantizar un derecho fundamental: a una persona que estima violado un derecho fundamental no se le puede responder que el juez constitucional no puede garantizárselo, porque el tema al que se refiere su acción de tutela no es *trascendente* o porque no tiene *relevancia constitucional* o no es importante para definir o fijar el alcance de un derecho fundamental, sin haber estudiado de fondo el caso. Ese argumento no es admisible en un ordenamiento en el que se afirma que los derechos fundamentales deben ser efectivamente garantizados.

5.- Si se admite la acción de la tutela contra sentencias judiciales como expresamente lo hizo la Corte Constitucional y, posteriormente, el Consejo de Estado, tal decisión debe adoptarse de manera seria y responsable: implica el compromiso real de garantizar los derechos fundamentales de una persona cuando han sido violados por un fallo judicial, sin importar quién lo haya proferido. Un justiciable tampoco podría entender que la tutela

[50] Expresión usada por la Corte Constitucional en la sentencia T-248 de 2018.

contra una sentencia de una alta corte que haya desconocido su derecho fundamental al debido proceso resulte improcedente porque en relación con tales providencias la tutela es «(…) más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución (…)». Tampoco podría entender que esta restricción se justifica en los «(…) principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente en la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones (…)», como lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia SU-573 de 2017 que se cita en el fallo de tutela objeto de este salvamento.

Es preocupante que en ningún caso la acción de tutela puede proceder porque el juez constitucional <<tiene una percepción diferente del caso>>, como se afirma en la citada sentencia. Si la sentencia viola un derecho fundamental, debe ser tutelada sin que resulte razonable establecer distinciones a partir del órgano judicial que la profirió. Hacer diferencias de esta naturaleza implica abordar el estudio de la procedencia de la acción de tutela desde la perspectiva del juez y no desde la perspectiva del justiciable, y ello es equivocado.

Los jueces no tienen *derechos* en el proceso y menos en la acción de tutela. Los que tienen derechos son los ciudadanos y el deber de los jueces es garantizarlos. La autonomía judicial es un *derecho* de los justiciables que les garantiza que en la decisión de un caso sus planteamientos serán considerados, porque ese juez solo está sometido al *imperio de la ley*; los justiciables tienen derecho a un juez autónomo que pueda <pensar por sí mismo» y así analizar sus planteamientos. La autonomía judicial no puede entenderse como el derecho de un juez o de un órgano judicial, cualquiera que sea, a que sus decisiones judiciales sean respetadas y no puedan ser modificadas cuando el juez constitucional estime que han desconocido un derecho fundamental de una persona.

6.- En la sentencia de la cual nos apartamos se señala que para que este requisito se cumpla: *(i)* no basta aducir un derecho fundamental, sino que es necesario justificar suficientemente su vulneración y *(ii)* debe demostrarse que la tutela no se utiliza como una instancia adicional en la que se pretenda simplemente controvertir las consideraciones del fallo apelado.

7.- Configurar de este modo este requisito de procedibilidad no resulta consistente con las causales de procedibilidad de la tutela, pues todas ellas están dirigidas a controvertir puntos específicos de la providencia: defecto fáctico relativo a las pruebas, defecto sustantivo relativo a las normas aplicadas, falta de motivación o desconocimiento del precedente.

8.- Incluso aplicando los propios parámetros del fallo objeto del salvamento, en este caso sí se cumplió este requisito, en la medida en que aquí no se está controvirtiendo la decisión de la Sección Quinta, esto es, no se expusieron argumentos que permitan asimilar la acción de tutela a un recurso de apelación, desde luego improcedente.

C.- La posibilidad de presentar un recurso extraordinario de revisión

Estimamos que la tutela tampoco debió declararse improcedente con el argumento del incumplimiento de la *subsidiariedad,* fundado en que el congresista podía formular un recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de la Sección Quinta, porque, como ya se dijo anteriormente, la tutela no se dirigía a controvertir lo decidido en dicha sentencia sino al hecho de que se hubiese proferido con violación del principio de *non bis*

in idem. Y, como también se advirtió anteriormente, aquí no se discute la competencia de la Sección Quinta para tramitar y decidir la acción electoral.

Además, en el caso concreto, el recurso extraordinario de revisión no constituye un medio judicial expedido y oportuno, toda vez que el tutelante deja de ejercer sus funciones parlamentarias en forma inmediata, esto es, cesa en el ejercicio de sus derechos políticos en el cargo al cual fue elegido popularmente, sin ninguna posibilidad real de volver las cosas al estado anterior.

II.- Los antecedentes que debieron tenerse en cuenta para decidir la segunda instancia de la acción de tutela y concluir que existe una situación superada, por cuanto la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia ejecutoriada, ya había decidido la pérdida de investidura en segunda instancia.

1.- Los mismos demandantes, con fundamento en los mismos hechos, interpusieron dos demandas ante el Consejo de Estado:

- Una con el objeto de obtener la nulidad de la elección del congresista.

- Otra con el objeto de que se decretara la pérdida de investidura del congresista.

Lo hicieron porque estimaron que el mismo supuesto fáctico (haber intervenido en la gestión de negocios y celebrado contratos antes de la elección) configura una causal de inhabilidad que genera tanto la nulidad de la elección como también constituye una causal de pérdida de investidura.

2.- El primer proceso en cual se dictó sentencia en primera instancia fue el proceso de la pérdida de investidura. En dicha decisión se hizo un pronunciamiento expreso sobre la inhabilidad que sirve de fundamento tanto a la acción electoral como a la pérdida de investidura. La Sala Primera Especial de Decisión concluyó lo siguiente:

> Así las cosas, la Sala denegará las solicitudes de pérdida de investidura elevadas en contra del senador Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas, *ya que no se probó que este hubiera intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, y tampoco que hubiera celebrado los convenios de asociación n°. 10 y 0566 de 2017, por lo que no se configuró una violación al régimen de inhabilidades.*
>
> En síntesis, a pesar de que el demandado hubiera mantenido la condición de Presidente de Corpovisionarios –y, por ende, la de representante legal, según se desprende del certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá– durante los seis meses anteriores a la elección, incluso con posterioridad a la misma, no se estructuraron los verbos rectores de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política y, por consiguiente, tampoco puede generar la sanción establecida en el numeral 1 del artículo 183 ibídem.
>
> Finalmente, y en atención a que la conducta del *congresista demandado no se subsume en el supuesto fáctico de las causales de desinvestidura estudiadas en el proyecto, no es necesario realizar el estudio del elemento subjetivo de culpabilidad, conforme con la Ley 1881 de 2018 y la sentencia SU-424 proferida el 11 de agosto de 2016 por la Corte Constitucional*.

3.- Contra la sentencia anterior se interpuso recurso de apelación ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

4.- Cuando la decisión de ese recurso aún se encontraba pendiente, la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió la acción de nulidad electoral, en única instancia, y declaró que sí estaba configurada la causal objetiva y, por tanto, debía anularse la elección.

5.- Contra esa decisión el congresista afectado interpuso acción de tutela y en la sentencia proferida por la Sección Primera de esta Corporación decidió:

- Dejar sin efecto la sentencia de la Sección Quinta que declaró la nulidad de la elección del Congresista.

- Abstenerse de proferir sentencia, «hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria de primera instancia» proferida en el proceso de pérdida de investidura promovida contra el congresista, por los mismos hechos.

6.- Luego de lo anterior, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado decidió, en segunda instancia, la acción de pérdida de investidura y confirmó la decisión de negar la demanda bajo la consideración de que no encontraban probados ni el aspecto objetivo ni el aspecto subjetivo de la causal.

En las consideraciones se dijo expresamente:

> Así las cosas, como no se acreditó el elemento objetivo de la causal, y pese a que se hizo un análisis del elemento subjetivo, tampoco se encontró demostrado ningún comportamiento doloso o culposo en los términos del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, no se declarará la pérdida de la investidura del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

7.- Lo anterior significa que la sentencia de primera instancia proferida en la acción de tutela ya se cumplió y de ese modo ya se produjo el efecto de garantizar el derecho fundamental al *non bis in idem* del congresista: los efectos de la sentencia de la Sección Quinta no se produjeron hasta que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió la pérdida de investidura, decisión que hace tránsito a cosa juzgada respecto del pronunciamiento de la Sección Quinta.

En otros términos, la orden dada en la sentencia tutela de primera instancia de acuerdo con la cual la Sección Quinta debía abstenerse de proferir sentencia, «hasta tanto se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria de primera instancia» proferida en el proceso de pérdida de investidura, ya se cumplió y de ese modo se garantizó el derecho fundamental del congresista.

Por tal razón, consideramos que existe una situación superada, porque el efecto perseguido con la orden impartida en primera instancia ya se cumplió. Revocar lo dispuesto en ella implicaba retrotraer las cosas al estado anterior y, sobre todo, desconocer o dejar sin efectos la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. La sentencia de pérdida de investidura está en firme, contra ella no se ha formulado ninguna acción de tutela; y respecto de ella la ley dispone 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».*

III.- El desconocimiento de lo dispuesto en el parágrafo 1° de la Ley 1881 de 2018

1.- La conclusión de que la Sección Quinta de la Corporación podía dictar la sentencia electoral luego de proferida la sentencia de primera instancia en la pérdida de investidura, se fundamenta exclusivamente en considerar que la «cosa juzgada» a la que se refiere el parágrafo 1° de la Ley 1881 de 2018 implica exigir la existencia de un «fallo ejecutoriado»; como en este caso la sentencia en la pérdida de investidura había sido apelada y, por ende, no estaba en firme, la Sección Quinta, en vez de esperar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolviera la apelación, profirió fallo en la acción electoral en sentido contrario, en una decisión de única instancia.

2.- Esa interpretación no tiene en cuenta que el objeto del parágrafo 1° de la Ley 1881 de 2018 es establecer cuál es el fallo que debe prevalecer cuando existen dos acciones (la de pérdida de investidura y la electoral), que en muchos eventos se tramitan simultáneamente y que se fundamentan parcialmente en los mismos presupuestos. Y, sobre todo, no advierte que el propósito fundamental de esta norma –advertido expresamente en ella– es garantizarle el congresista el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

3.- Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional, el derecho a no ser juzgado dos veces es un *derecho fundamental* del justiciable, de aplicación directa e inmediata, que no se circunscribe a preservar la institución de la cosa juzgada y su garantía no implica siempre exigir la *ejecutoria* del primer fallo. Al respecto, ha dicho el Alto Tribunal:

> Observa la Corte que, de acuerdo con la disposición constitucional bajo análisis, no ser juzgado dos veces por el mismo hecho es un "*derecho*". De acuerdo con los criterios jurisprudenciales reiterados por esta Corte, *este derecho es fundamental y de aplicación directa e inmediata* (…)
>
> La función de este derecho, conocido como el principio *non bis in idem*, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad.
>
> Por eso, este principio *no se circunscribe a preservar la cosa juzgada*, sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea "juzgado dos veces por el mismo hecho" (…)
>
> Adicionalmente, la Corte constata que el constituyente colombiano prefirió una consagración del principio *non bis in idem* 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 idem* 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. (…)
>
> La jurisprudencia sintetizada responde a la necesidad de *permitir que una misma conducta sea calificada jurídicamente de manera diversa por normas distintas en razón a los múltiples bienes jurídicos que el ordenamiento protege mediante regímenes concurrentes*, y, por lo tanto, que la persona que la realizó sea juzgada más de una vez por dicha conducta. No obstante, la Corte estima importante advertir que llevada al extremo dicha posición podría vaciar de contenido el principio *non bis in idem* o reducir sus alcances exclusivamente a que una persona

> no pueda ser juzgada penalmente después de que fue absuelta o condenada por los mismos hechos en un procedimiento penal previo. Ello representaría una interpretación de este derecho fundamental en exceso restrictiva cuando la jurisprudencia ha señalado que de conformidad con el principio *pro libertatis*, los derechos han de interpretarse de manera expansiva (…)[51]

4.- La determinación de cuál es el fallo prevalente resulta esencial para que un congresista que ha sido absuelto en la acción electoral, por considerar que no se probó objetivamente la causal de nulidad de la elección, termine siendo condenado en la acción de pérdida de investidura por el mismo hecho. O, al contrario, si ha sido absuelto en la pérdida de investidura, su elección no pueda ser anulada por la misma causa. Esa situación tenía que ser resuelta por el legislador porque existen causales de nulidad de la elección que al mismo tiempo son causales de pérdida de investidura; y porque lo que ocurre generalmente, como sucede en este caso, es que se tramitan *simultáneamente* las dos acciones; y, además, porque las dos acciones tienen un término corto de duración.

5.- En esta disposición no se establece la imposibilidad de adelantar una acción entre las mismas partes cuando ya existe una sentencia ejecutoriada, o de fijar los efectos que una sentencia con tales características tiene para el cumplimiento de las obligaciones. Por tal razón, el paso automático de cosa juzgada a sentencia ejecutoriada es equivocado.

6.- La regla procesal prevista para cuando se tramitan dos procesos con el mismo objeto consiste en que el fallado o iniciado primero prevalece sobre el segundo. Así, quien es demandado por segunda vez por el mismo asunto tiene dos defensas distintas dependiendo de las circunstancias concretas: *(i)* Si al momento de notificársele el segundo proceso ya existe una sentencia ejecutoriada que definió en forma definitiva el litigio, puede proponer la excepción de cosa juzgada. *(ii)* En el caso contrario puede proponer la excepción de pleito pendiente, que también acarrea como consecuencia la terminación del segundo proceso, porque lo que se busca en los dos casos es evitar que una persona sea demandada dos veces por un mismo asunto. Y la excepción de pleito pendiente, obviamente, no puede suponer la existencia de un fallo ejecutoriado sobre el mismo asunto.

7.- Cuando existen dos procesos con distinto objeto, pero que tienen un presupuesto común que es determinante de su decisión, la regla consiste en establecer que una decisión prima sobre la otra. Y esta regla, que es una norma procesal que el legislador adopta discrecionalmente, pretende evitar decisiones contradictorias en los dos procesos, en aras de garantizar el principio de coherencia en las decisiones judiciales.

Por ejemplo, la regla general es que el legislador le da *prevalencia* a la decisión que adopta el juez penal frente a la del juez civil en los eventos en los que el delito genera adicionalmente responsabilidad patrimonial del sindicado; se estima que la decisión relativa a la existencia del hecho y su autoría debe ser similar en los dos procesos, y al darle prevalencia al fallo penal se busca evitar, por ejemplo, que en el proceso penal se decida que el sindicado es responsable del delito de homicidio y en el proceso civil resulte absuelto porque se concluya que dicho sindicado no fue el autor de la muerte de la víctima.

Con tal propósito, el artículo 59 de la Ley 600 de 2000 disponía: «Cuando no se hubiere constituido parte civil y se condene al procesado, la responsabilidad no podrá ser discutida en el proceso civil, debiendo limitarse éste a la clase y monto de los perjuicios».

---

[51] Corte Constitucional. Sentencia C-870/02.

Aunque la prevalencia de la decisión penal es una regla procesal que no requiere ser justificada por el legislador cuando la establece, la doctrina explica que tal decisión legislativa se justifica porque se estima que la decisión del juez penal es la más trascendente, porque este resuelve sobre la libertad del sindicado.

8.- La regla de darle el valor de cosa juzgada a una decisión sobre la otra generalmente tiene dos consecuencias: *(i)* el deber de esperar a que se profiera la decisión en el proceso prevalente, lo que impone la suspensión del proceso por prejudicialidad, y *(ii)* la obligación de sujetarse, en la segunda sentencia, a la decisión adoptada en el fallo considerado como prevalente.

9.- En el presente caso, resultaba esencial establecer si la Sección Quinta podía dictar la sentencia en el proceso de nulidad cuando ya se había proferido sentencia de primera instancia en la acción de pérdida de investidura, así esta decisión hubiese sido objeto de recurso de apelación.

En otros términos: ¿la Sección Quinta debía proferir sentencia en ese momento, o debía esperar a que la Sala Plena resolviera el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que negó la pérdida de investidura por considerar que no se había presentado la inhabilidad que se le enrostró al congresista y que era el mismo fundamento por el cual se había instaurado la acción electoral?

La Sección Quinta consideró que si la norma hablaba de *tránsito* a cosa juzgada, se estaba refiriendo a una sentencia ejecutoriada. Al concluir lo anterior, no tuvo en cuenta que el propósito de la norma no consideró que, en muchos casos, para que opere la prevalencia de una decisión sobre otra no se requiere que exista una sentencia ejecutoriada: este requisito, como se explicó anteriormente, no puede exigirse cuando existe *pleito pendiente* ni cuando se suspende el proceso por prejudicialidad. Pudo el legislador exigir que el primer fallo se encuentre debidamente ejecutoriado, pero no lo hizo, solo dispuso que el primer fallo «hará tránsito» a cosa juzgada.

10.- El parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018 dispone textualmente:

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

11.- A partir de lo dispuesto en la norma anterior, la Sección Quinta debió abstenerse de resolver la acción electoral hasta tanto se decidiera la pérdida de investidura en segunda instancia.

12.- La norma trascrita contiene una finalidad expresamente incluida en ella (garantizarle al congresista demandado que no será *juzgado dos veces* por el mismo hecho), pues ese es el contenido preciso del derecho constitucional al *non bis in idem.* Esa finalidad debe guiar su interpretación y, si se presenta alguna duda, debe preferirse el sentido que esté más acorde con la protección de este derecho *(principio pro homine).* En ningún caso resulta legítimo que el juzgador haga ponderaciones restrictivas de los derechos

fundamentales para determinar cuál finalidad debe prevalecer, por lo que no resulta admisible que se privilegie la necesidad de decidir prontamente la acción electoral. Esa ponderación no puede hacerla el juez porque ya la hizo el legislador.

13.- La norma dispone textualmente que «el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso». Considera como prevalente el primer fallo: establece que ese fallo (el primero) debe entenderse como el fallo que <<hizo tránsito a cosa juzgada>>. Y si la norma le otorga esa calidad al primer fallo, la Sección Quinta debió considerar que estaba ante un fallo con ese efecto y abstenerse de resolver la acción electoral hasta que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolviera la apelación.

14.- La disposición citada establece como primer factor de prevalencia un factor exclusivamente temporal. Dispone que la decisión que hará tránsito a cosa juzgada es la que corresponda al *primer fallo* y esa sola condición es la que hace que esta decisión tenga este efecto: el congresista debe entender que, existiendo dos procesos con un presupuesto común, su situación será definida por aquel en el cual se profiera primero la decisión. Se reitera, su derecho no se condiciona o se sujeta a *que tal decisión esté ejecutoriada*; no resulta limitado porque el demandante haya interpuesto recurso de apelación contra tal sentencia. Y no está sujeto a tal condicionamiento simplemente porque la ley no lo dispuso así y porque no se trata de un condicionamiento natural, necesario o automático como fue entendido en la decisión objeto de este salvamento de voto.

15.- Si la norma dispone que prevalece la primera sentencia sin condicionarla a que tal sentencia se encuentre ejecutoriada, ese requisito no podía *suponerse*, porque de ninguna manera es indispensable para garantizar el derecho al *no bis in idem* que es el que busca proteger esta norma. El hecho de que tal sentencia hubiese sido apelada no tenía por efecto limitarlo. La Sección Quinta, en cumplimiento de su deber de garantizarlo, debió esperar la decisión de segunda instancia en la pérdida de investidura, que fue precisamente lo que se ordenó en la sentencia de tutela de primera instancia.

16.- El mismo parágrafo contiene un segundo criterio de prevalencia en su último aparte en el que se dispone 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». Esta prevalencia está plenamente justificada por dos razones: porque el proceso de pérdida de investidura tiene *doble instancia* y porque la segunda instancia de dicho proceso es resuelta por la *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo* del Consejo de Estado.

Si se estima que existe una laguna normativa o una ambigüedad porque el parágrafo habla de otorgarle al primer fallo carácter de cosa juzgada sin especificar si es necesario que *esté ejecutoriado*, la regla transcrita resuelve la duda al señalar que en todo caso (en cualquier caso, ante cualquier duda), *debe prevalecer el fallo de la pérdida de investidura*.

17.- La Sección Quinta, al conocer que ya se había dictado sentencia de primera instancia en la pérdida de investidura que absolvía al congresista, debió suspender el proceso electoral para dictar sentencia solo cuando la pérdida de investidura hubiese sido fallada en segunda instancia, para garantizarle el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo asunto y para evitar la existencia de decisiones contradictorias sobre el mismo tema (es preciso señalar que los términos para decidir en segunda instancia la acción de pérdida de investidura son, igualmente, cortos y perentorios como sucede con la acción electoral).

El incumplimiento de ese deber, que es de naturaleza constitucional porque implica la garantía de un derecho fundamental del demandado, generó la situación que finalmente se presentó y se consolidó con la decisión que motiva este salvamento: el congresista fue objeto de una decisión de pérdida de investidura, actualmente ejecutoriada, en la que fue absuelto porque se concluyó que no incurrió en la inhabilidad para desempeñarse como tal y, al mismo tiempo, fue objeto de una sentencia en la que se anuló su elección porque se determinó que sí incurrió en tal inhabilidad. Dos decisiones contradictorias sobre un mismo supuesto fáctico que desconocen los principios de *non bis in idem* y de coherencia judicial.

Fecha *ut supra*

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01604-01(IJ)

Actor: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala mayoritaria, me permito expresar las razones que me llevaron a aclarar el voto respecto de la decisión adoptada a través de la providencia de 21 de enero de los corrientes, mediante la cual se resolvió revocar la sentencia de primera instancia y declarar improcedente la acción de tutela formulada por el ciudadano Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas.

Debo manifestar que comparto totalmente el criterio según el cual, frente al caso concreto, la tutela resulta improcedente, dado el incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

No obstante lo anterior, estimo que, si bien se revocó el fallo de primera instancia, ello no impidió que el criterio de interpretación que sustentó dicha providencia surtiera plenos efectos frente al caso concreto, pues, en cumplimiento de la orden de amparo constitucional y por virtud del efecto devolutivo de la impugnación, se dejó sin efectos la sentencia de nulidad electoral del 11 de abril de 2019, proferida por la Sección Quinta, al estimarse improcedente la tutela, con lo cual se dejó de lado que la finalidad de que la Sala Plena Contenciosa avocara el conocimiento del asunto giraba en torno a definir, por importancia jurídica, el poder del juez constitucional para estudiar de fondo asuntos que ya tienen un juez natural y el alcance del *non bis in ídem* en los procesos de pérdida de investidura y nulidad electoral, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

Vale anotar que, a pesar de considerarse improcedente la tutela, se respaldó la interpretación realizada por la Sección Quinta respecto del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 2018[52], con lo cual se examinó *"tangencialmente"* el fondo del asunto, labor que no era viable ante el mencionado incumplimiento del requisito de subsidiariedad y la ausencia de relevancia constitucional.

---

[52] En la sentencia materia de la presente aclaración de voto se expuso: *"La Sala Plena considera que la interpretación realizada por el juez de nulidad electora respecto al alcance del parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881 de 218 es razonable por cuanto se trata de una decisión proferida dentro de la órbita de la autonomía del juez competente, que no puede ser estudiada a través de la acción de tutela. Mucho menos está autorizado para volver a analizar lo ya resuelto".*

Estimo necesario precisar que la votación en sede de pérdida de investidura solo abarcó el aspecto objetivo de la causal alegada, por lo que no puede considerarse que a partir de esa decisión exista una cosa juzgada sobre el tema, de manera que lo pertinente era que la Sección Quinta procediera a dictar de nuevo el fallo en materia electoral, pues el efecto de la decisión de segunda instancia, materia de la presente aclaración, no tiene la virtualidad de revivir la providencia que fue anulada por la tutela impugnada.

En estas condiciones, considero que la Sala no ha decidido el tema por el cual avocó el conocimiento del asunto, por lo que a lo antes dicho se agrega que la solución del problema jurídico planteado es aparente, ya que lo expresado en la parte motiva, al avalar el mencionado criterio de la Sección Quinta, no puede tener el carácter de una cosa juzgada sobre la materia, dado que solo constituye un *obiter dictum*.

En este sentido, con el mayor respeto por la decisión en comento, dejo expresada mi aclaración de voto.

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Consejera de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01604-01(IJ)

Actor: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS

Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN QUINTA

De la manera más atenta procedo a exponer las razones por las cuales me aparto de la providencia de fecha 21 de enero de 2020, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación.

1) La jurisprudencia constitucional[53] hace distinción entre las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela, vale decir, aquellas referidas a las exigencias que posibilitan su interposición y las específicas de procedibilidad, las que persiguen verificar su procedencia.

De esta manera, se han venido señalando como causales genéricas de procedibilidad, entre otras, las siguientes: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional y (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable[54].

Cabe recordar que esta Corporación en sentencia de Sala Plena del 31 de julio de 2012[55], unificó su jurisprudencia en torno a la procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, admitiendo que debe acometerse el estudio de fondo cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de derechos fundamentales relacionados con el derecho a la defensa, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, observando para ello los parámetros fijados por la ley y la jurisprudencia[56].

---

[53] Sentencia C-590 de 2005.

[54] Otras causales genéricas de procedibilidad son: (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, contado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que cuando se trate de una irregularidad procesal, se señale de manera clara que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) 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; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela. Frente a estas causales el juez debe hacer un examen exigente y cuidadoso, al ser precisamente la acción de tutela contra providencia judicial de naturaleza «excepcional».

[55] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. María Elizabeth García González. Expediente radicado 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ).

[56] Acorde con la sentencia de la Corte Constitucional C-590 de 2005 son causales específicas de procedibilidad, aquellas que se centran en el estudio de la providencia que se ataca, las siguientes: (i) defecto orgánico, (ii) defecto procedimental absoluto, (iii) defecto fáctico, (iv) defecto material o sustantivo, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente, (viii) violación directa de la Constitución. La Corte hizo especial hincapié en el hecho de que para

En ese orden de ideas, en el *sub-lite*, era necesario examinar si se configuraba la causal genérica de procedibilidad, y, para el efecto, correspondía dilucidar si los fundamentos expuestos envolvían «genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes»[57], pues el juez constitucional no puede estudiar «cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones»[58].

Cabe señalar que esta exigencia persigue las siguientes tres finalidades: (i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional[59] y, por tanto, evitar que la acción de tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad[60]; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones de relevancia constitucional que afecten los derechos fundamentales[61] y, finalmente; (iii) impedir que la acción de tutela se convierta en

---

que proceda el amparo, debe estar plenamente demostrada al menos una de las anteriores causales, vicios o defectos.

[57] Sentencia T-248 de 2018. Corte Constitucional. Recoge la línea jurisprudencial en el asunto y sentencia C-590 de 2005.

[58] Ibíd. De manera semejante, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) español (Ley Orgánica 2 de 1979), exige, para efectos de la procedencia del recurso de amparo constitucional, que en la demanda se justifique "la especial trascendencia constitucional del recurso" (numeral 1 del artículo 49, modificado por el artículo único de la Ley Orgánica 6 de mayo 24 de 2007). La admisión del recurso de amparo, entre otras, está sujeta, en los términos del literal b) del numeral 1 del artículo 50 de la ley en cita (modificado por el artículo único de la Ley Orgánica 6 de mayo 24 de 2007), a que, "el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales".

[59] Con relación a este aspecto, se indica en la sentencia hito en la materia (C-590 de 2005), lo siguiente:"En este sentido es muy importante reiterar que la acción de tutela no puede ser un mecanismo que sirva para que el juez constitucional pueda desplazar al juez ordinario en la decisión de la respectiva causa. En efecto, por esta vía no puede el juez de tutela convertirse en el máximo intérprete del derecho legislado ni suplantar al juez natural en su función esencial como juez de instancia. Lo que sin embargo sí habilita la tutela es la vigilancia de la aplicación judicial al caso concreto de los derechos fundamentales pertinentes y, en especial, del derecho al debido proceso y de acceso a la administración de justicia".

[60] Estos son de competencia exclusiva de los jueces que integran las demás jurisdicciones distintas a la constitucional; por tanto, la competencia del juez de tutela se limita a aquellos casos en que existan afectaciones o vulneraciones de derechos fundamentales. Tal como se ha reiterado en la jurisprudencia constitucional, "la definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional" (en igual sentido, las sentencias T-335 de 2000, T-1044 de 2007, T-658 de 2008, T-505 de 2009, T-610 de 2009, T-896 de 2010, T-040 de 2011, T-338 de 2012, T-512 de 2012, T-543 de 2012, T-1061 de 2012, T-931 de 2013, T-182 de 2014 y T-406 de 2014).

[61] Tal como lo consideró la Sala Plena, en la sentencia hito en la materia (C-590 de 2005), "los fundamentos de una decisión de tutela contra una sentencia judicial deben aclarar con transparencia la relevancia iusfundamental del punto que se discute y el juez debe contraerse a estudiar esta cuestión y ninguna otra. No se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual para proteger los derechos fundamentales de quien luego de haber pasado por un proceso judicial se encuentra en condición de indefensión y

una instancia o recurso adicional para controvertir las decisiones de los jueces[62]. Por tanto, solo la evidencia *prima facie* de una afectación o vulneración de facetas constitucionales de los derechos fundamentales permite superar el requisito de relevancia constitucional de la tutela en contra de providencias judiciales[63].

Ahora bien, de los argumentos expuestos en la acción de tutela, advierto que se reunía el presupuesto de relevancia constitucional porque: (i) la vía de amparo no se utilizó para discutir asuntos de mera legalidad sino de alcance constitucional referidos a la garantía del principio *non bis in ídem* y a la declaratoria de cosa juzgada; (ii) la invocación de estos postulados justificaba la intervención del juez constitucional en la decisión cuestionada debido a que, de manera esencial, involucra la afectación de derechos fundamentales, esto es, al debido proceso y al derecho a la defensa; y (iii) como el fundamento del instrumento tutelar se sustentó en la presunta contradicción de decisiones emitidas entre secciones de esta Corporación, se descarta que la acción se haya utilizado como una instancia o recurso adicional para controvertir la decisión atacada.

Las razones antecedentes eran suficientes, en mi sentir, para que se considerara agotado el presupuesto de procedibilidad de la acción de tutela **–relevancia constitucional-.**

2) Por otra parte, en lo atinente a la causal genérica antes referida, esto es, que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable, observo que, a diferencia de lo expuesto en la providencia de la cual me aparto, la necesidad de esclarecer el alcance del parágrafo del artículo 1.º de la Ley 1881 de 2018 hacía improcedente el recurso extraordinario de revisión,[64] en el sentido de que esta situación no se enmarca

---

que permite la aplicación uniforme y coherente -es decir segura y en condiciones de igualdad- de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho".

[62] En este sentido, la Corte ha exigido que, "teniendo en cuenta que la tutela contra providencias judiciales no da lugar a una tercera instancia, ni puede reemplazar los recursos ordinarios, es necesario que la causa que origina la presentación de la acción suponga el desconocimiento de un derecho fundamental" (sentencia T-102 de 2006).

[63] Todo derecho fundamental tiene facetas constitucionales, legales y reglamentarias. Los debates acerca de las facetas legales y reglamentarias de los derechos carecen, por tanto, de la relevancia constitucional necesaria para habilitar la excepcional intervención del juez de tutela en aras de controlar las decisiones proferidas en los procesos de las jurisdicciones diferentes de la constitucional.

[64] «**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.

dentro de los supuestos previstos en los numerales 5.º y 8.º del artículo 250 del C.P.C.A. pues, no se relaciona con una nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación, ni tampoco, con ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada.

3) Así, considero que esta era la oportunidad propicia para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desentrañara el sentido y alcance del parágrafo del artículo 1.º de la Ley 1881 de 2018, norma que, en principio, estimo mal redactada, incongruente e incoherente, porque desdibuja el instituto jurídico de la cosa juzgada y el principio *iusfundamental* del *non bis in ídem.*

En este sentido, se estima que no es viable confundir la finalidad de la acción electoral, que es la de lograr la legalidad del orden jurídico en abstracto, para garantizar el derecho político fundamental de elegir y ser elegido, contemplado en el artículo 40 constitucional, con la del proceso de pérdida de investidura, que tiene un carácter disciplinario, sancionador, ético y jurisdiccional, conforme lo ha reiterado la Sala Plena en innumerables oportunidades.

Valga aclarar, que una misma conducta puede dar lugar a diferentes tipos de procesos y de responsabilidad. Así, el servidor público que incurre en una inhabilidad puede estar inmerso tanto en una acción electoral como en una acción constitucional de pérdida de investidura, tal y como acontece con el empleado público que se apropia de una suma de dinero del erario público, cuya conducta puede ser sancionada bajo los diferentes regímenes de responsabilidad (penal, disciplinario, fiscal y patrimonial), sin que por ello se pueda alegar la violación del principio *non bis in ídem*.

4) En suma, considero que procedía la acción de tutela de la referencia y para su estudio de fondo se ha debido analizar el alcance del parágrafo del artículo 1.º de la Ley 1881 de 2018, norma que, reitero, incurre en contradicciones.

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

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».

Consejero de Estado