

Bogotá D.C., abril de 2019.

Honorables Magistrados
CONSEJO DE ESTADO
Sección Reparto
Ciudad.

Referencia: Acción de tutela de **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS** contra la Sección Quinta (5ª) del Consejo de Estado. **CON SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL.**

HUMBERTO DE LA CALLE, abogado en ejercicio e identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado del ciudadano **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS**¹, presento **ACCIÓN DE TUTELA** en contra de la **SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO** ante la vulneración de sus derechos fundamentales 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 políticos de más de 500.000 ciudadanos que depositaron su confianza en él y lo eligieron como Senador de la República para el periodo constitucional 2018-2002.

Lo anterior, con motivo de la sentencia del pasado 11 de abril de 2019, en la que la Sección 5ª declaró la nulidad parcial de la Resolución 1596 de 19 de julio de 2018 y el formulario E-26SEN, en lo que respecta a la declaratoria de elección de ANTANAS MOCKUS como Senador de la República y en consecuencia ordenó cancelar la credencial que lo acredita como congresista² (de ahora en adelante, la sentencia impugnada).

Esta demanda de tutela está organizada de la siguiente manera: comenzaré por (i) precisar las motivaciones de esta tutela y por (ii) resumir la esencia de los argumentos de la tutela, para facilitar su examen por el juez de tutela. Posteriormente (iii) presentaré los antecedentes del presente caso, para luego (iv) resumir el contenido de la sentencia impugnada, (v) señalar los derechos fundamentales y (vi) estudiar el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra sentencias. Luego analizaré (vii) los requisitos especiales de procedibilidad y presentaré los tres cargos constitucionales contra la sentencia impugnada, para indicar así (viii) las medidas de protección constitucional solicitada así como (ix) la necesidad de que el juez de tutela dicte una medida cautelar, consistente en la suspensión de los efectos de la sentencia impugnada, mientras la tutela es decidida. Los últimos puntos del escrito desarrollan asuntos procesales relativos a las pruebas y anexos, la competencia, el juramento de no haber presentado ninguna otra tutela por los mismos hechos, la vinculación a terceros y las notificaciones.

¹ ANEXO 1. Poder para actuar.

² ANEXO 2. Sentencia de nulidad. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 11 de abril de 2019. Magistrado Ponente Alberto Yepes Barreiro. Radicado: 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado).

I.- REFLEXIÓN INTRODUCTORIA: LA ACCIÓN DE TUTELA NO ES UNA AFRENTA A LA INSTITUCIONALIDAD REPRESENTADA EN LA SECCIÓN 5ª DEL CONSEJO DE ESTADO.

De manera preliminar el Senador ANTANAS MOCKUS reafirma el mensaje que expresó a la opinión pública a través de un comunicado de prensa cuando hace algunos días fue informado de la sentencia impugnada:

“Quiero dejar un mensaje claro, reconociendo el enfoque de cultura ciudadana que hemos construido: acojo, por respeto a la democracia y la justicia de Colombia, los dictámenes jurídicos sin titubeos. Creo profundamente en la institucionalidad y en nuestro país al que le tengo tanta admiración.

Por respeto con la ciudadanía, que depositó su confianza en mí, agotaré todas las instancias jurídicas para defender el derecho a elegir de cientos de miles de ciudadanos.

No siento culpa porque obré sin mala fe y con la tranquilidad de estar obrando bien. Invito a enaltecer nuestra moral y sacar lo mejor de cada uno para involucrarnos en la política. Que esta sea una oportunidad para seguir elevando la confianza en nuestras instituciones. Incluso en los momentos más difíciles no solo hay que creer, sino buscar los caminos para seguir construyendo.

Es esta una oportunidad pedagógica y debe fortalecer el reto de mi vida: no alimentar rabia y formar ciudadanía”.

Con esa premisa, de ninguna manera se acude a la acción de tutela con el ánimo de desafiar a la Sección 5ª del Consejo de Estado, sino con la convicción de que la defensa de sus derechos fundamentales (y los de quienes depositaron su confianza en él) se ejerce precisamente dentro de los cauces institucionales. Ello, como quiera que existen sólidos fundamentos jurídicos para considerar que la sentencia de nulidad se adoptó en contravía de lo previsto en la Constitución y en ley, desconociendo una sentencia vinculante del Consejo de Estado, en abierta contradicción con lo que demostraba el acervo probatorio y apelando a una interpretación extensiva proscrita para resolver esta clase de asuntos.

Esta tutela no pretende entonces desafiar las instituciones ni desacatar decisiones judiciales. Todo lo contrario: dentro del marco de los recursos judiciales establecidos por el ordenamiento jurídico, la tutela es presentada para proteger la legalidad, el Estado de derecho y la propia coherencia del sistema judicial, y para defender la democracia y los derechos políticos del senador Mockus y de sus electores.

II.- SINTESIS DE LA TUTELA

Aclarado lo anterior, procedo a presentar la síntesis de los planteamientos de esta tutela.

La anulación de la elección del senador Mockus está basada en que Corpovisionarios suscribió en noviembre de 2017 dos contratos con entidades

públicas mientras que Antanas Mockus era su presidente, por lo cual la sentencia impugnada concluyó que, como Antanas Mockus fue elegido en marzo de 2018, había incurrido en la inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la Constitución, que establece que no pueden ser congresistas quienes “hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”.

Esa conclusión de la sentencia impugnada, a pesar de su aparente fuerza, es totalmente errónea, por cuanto no existe ninguna prueba de que el senador Mockus hubiese incurrido en ninguna de las inhabilidades previstas por el artículo 179-3 de la Constitución. Y esa prueba no puede existir por cuanto en realidad el senador Mockus, en los seis meses anteriores a su elección, no gestionó negocios ante entidades públicas, ni celebró directamente contratos con ellas, ni fue representante legal de ninguna entidad que administrara fondos fiscales o parafiscales. Esto es así por cuanto, a pesar de continuar siendo presidente de Corporvisionarios hasta 2018, Antanas Mockus, con fundamento en lo establecido en los estatutos de la entidad, había delegado desde 2006 (muchos años antes de los dos contratos que fundamentaron la anulación de su elección por la sentencia impugnada) la representación legal y la contratación de Corpovisionarios en el director ejecutivo. Y efectivamente, entre 2006 y 2019, el director ejecutivo ha suscrito en nombre de Corporvisionarios 174 contratos, de los cuales 42 con instituciones públicas, como las alcaldías de Bogotá, Cartagena y Medellín, los ministerios del Interior y Relaciones Exteriores, el DANE, la DIAN, el DPS, etc, sin que ninguna de esas importantes entidades públicas ni ninguna de sus oficinas jurídicas hubieran nunca dudado de que el director ejecutivo actuaba como representante legal de Corpovisionarios.

Estos puntos fueron constatados sin ambigüedades por la sentencia del 19 de febrero de 2019 de la Sala Especial Primera de Decisión de Pérdida de Investidura del mismo Consejo de Estado, que resolvió, por unanimidad, denegar la pérdida de investidura del senador Mockus por no haber incurrido en ninguna inhabilidad. Estos puntos empíricos son reconocidos por la propia sentencia impugnada de la Sección 5ª. Sin embargo, a pesar de esa constatación fáctica, la Sección 5ª anuló la elección del senador Mockus, ignorando las conclusiones a las cuales había llegado el fallo previo de la Sala Primera, con lo cual la sentencia impugnada cometió tres graves errores, que sustentan los tres cargos que la tutela formula contra esa sentencia:

- **Primer cargo: defecto orgánico y procedimental por falta de competencia de la Sección 5ª para tomar la decisión que tomó.**

El artículo 1º de la ley 1881 de 2018, con el fin de evitar sentencias contradictorias entre secciones y salas del propio Consejo de Estado y para garantizar que una persona no sea juzgada dos veces por los mismos hechos (garantía del *non bis in idem*), establece que si una misma conducta da lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura, entonces “el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados”.

Es evidente que el primer fallo del Consejo de Estado en este caso fue el de la Sala Primera, que absolvió a Antanas Mockus frente a una demanda de pérdida de investidura pues concluyó que no había habido ninguna inhabilidad. La Sección 5ª debía aceptar ese fallo como cosa juzgada y no podía entonces concluir que

Mockus había incurrido en inhabilidad pues debía atenerse a las conclusiones del fallo de la Sala 1ª de Pérdida de Investidura. Sin embargo, la sección 5ª no respetó esa prejudicialidad ni la cosa juzgada pues decidió el caso como si el fallo previo de la Sala Primera no existiera, llegando a la conclusión opuesta, esto es, que Antanas Mockus estaba incurso en una inhabilidad.

El argumento de la Sección 5ª de que podía adelantar ese examen libremente ya que el fallo de la Sala Primera no estaba ejecutoriado por cuanto había sido apelado por los denunciantes y se encontraba en estudio por la Sala Plena del Consejo de Estado, no es de recibo, por las siguientes tres razones:

Primero, porque el artículo 1 de la Ley 1881 no habla de sentencia ejecutoriada sino del “primer fallo”, que fue obviamente el de la Sala Primera, por lo cual ese fallo hace tránsito a cosa juzgada frente a la Sección Quinta, que debió abstenerse de pronunciarse contradiciendo las conclusiones del proceso de pérdida de investidura; la sección 5ª debió suspender el proceso electoral mientras la apelación era decidida por la Sala Plena.

Segundo, porque si no se acepta la anterior conclusión, por considerarse que sólo puede vincular a otra sección un fallo que esté en firme o incluso ejecutoriado, lo cierto es que debe entenderse que la sentencia de primera instancia de la Sala Primera que absolvió a Mockus, está materialmente en firme y ejecutoriada, aunque hubiera sido apelada. Debe entenderse que los denunciantes no pueden en realidad apelar un fallo de primera instancia absolutorio de pérdida de investidura. La razón de esta restricción es obvia: si el congresista es absuelto en primera instancia pero es condenado en segunda instancia, queda privado del derecho a apelar la sentencia condenatoria, que es la garantía prevista en el artículo 29 de la Constitución, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como se desprende de una simple lectura de esas normas, y como bien lo aclaró la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014, el derecho a la doble instancia en materia sancionatoria no consiste en que una persona sea juzgada en dos instancias sino en que tenga la posibilidad de apelar la sentencia condenatoria y que esa apelación sea estudiada por un juez con capacidad de revocar esa sentencia condenatoria. Por consiguiente, si se admite que los denunciantes puedan apelar una sentencia de primera instancia absolutoria, un congresista podría quedar condenado a perder la investidura sin derecho a apelar esa sentencia condenatoria, lo cual es una interpretación absurda del alcance de la Ley 1881, que precisamente modificó el procedimiento de pérdida de investidura para dotar a los congresistas del derecho a la doble instancia.

Tercero, porque incluso si en gracia de discusión aceptáramos que el fallo de primera instancia de la Sala Primera no vincula como cosa juzgada a la Sección 5ª, en todo caso la Sección 5ª debió llevar el caso a la Sala Plena, en desarrollo de lo previsto por el artículo 251 del CPCA (Ley 1437 de 2011), que señala que la Sala Plena podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo de las secciones, por remisión de las secciones, “por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial”. Es cierto que ese artículo establece una facultad o posibilidad de que la sección lleve el caso a la Sala Plena y no consagra, en principio, una obligación a la sección correspondiente de llevar el caso a la Sala Plena. Pero esa facultad de las secciones no puede ser ejercida arbitrariamente pues estamos en un Estado social de derecho, en el cual existe una interdicción de la arbitrariedad para todas las

autoridades, incluidas las judiciales. Por consiguiente, la facultad de una sección de llevar el caso a la Sala Plena se torna una obligación cuando las razones para que la Sala Plena conozca del caso aparecen como imperiosas o necesarias, como sucede en este proceso por las siguientes tres razones. Primero, por la trascendencia social de la decisión pues era la posible nulidad de la elección del segundo senador más votado en el país. Segundo, y más imperioso aún, era necesario que la Sección 5ª llevara el caso a la Sala Plena debido a la función unificadora que tiene la Sala Plena. En efecto, si llevaba el caso a la Sala Plena, la Sección 5ª podía evitar contradicciones entre salas y secciones pues la Sala Plena decidiría tanto la apelación de la pérdida de investidura como la posible nulidad de la elección del senador Mockus, con lo cual se garantizaban decisiones congruentes. Finalmente, era necesario que la sección 5ª llevara el caso a la Sala Plena debido a la competencia especial que tiene la Sala Plena para decidir autónomamente las pérdidas de investidura, por lo cual no podía la Sección 5ª tomar una decisión que limitaba esa competencia de la Sala Plena al fijarle, con fuerza de cosa juzgada, ciertos hechos del proceso. Ahora bien, en vez de aceptar esa función de la Sala Plena, la Sección 5ª decidió ignorar que el caso se encontraba en apelación en la Sala Plena y dictar una sentencia de nulidad de la elección del senador Mockus, que en el fondo vacía esas dos competencias de la Sala Plena pues i) le impide evitar contradicciones entre salas y secciones y le ii) impide analizar libremente la apelación en el caso de pérdida de investidura 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, por mandato del artículo 1 de la Ley 1881, pues ahora esa sentencia de la Sección 5ª se convertiría en el “primer fallo”. Esto no sólo es un absurdo pues implica una inversión de las jerarquías funcionales entre las secciones y la Sala Plena del Consejo de Estado, sino que implica una nueva violación al debido proceso del senador Mockus pues resulta que, sin que el senador Mockus tenga derecho a apelar, queda establecido en el proceso de pérdida de investidura que él había incurrido en una inhabilidad, cuando en la primera instancia se había llegado a la conclusión contraria, esto es, que no había incurrido en ninguna inhabilidad..

- **Segundo Cargo: Defecto sustantivo por interpretación extensiva de una causal de inhabilidad.**

La Sección 5ª del Consejo de Estado dictó sentencia de nulidad desconociendo el principio *pro homine*, que para evitar lenguajes patriarcales preferimos denominar *pro persona*, y la hermenéutica restrictiva que tienen las causales de inhabilidad. Así lo demuestra el hecho de que al interior del propio Consejo de Estado (Sala Especial Primera de Decisión de Pérdida de Investidura) se hizo una interpretación diferente de la misma causal, haciendo referencia expresa al carácter taxativo y restrictivo de dicha hermenéutica. Por el contrario, la sentencia impugnada ignoró que las inhabilidades deben siempre ser interpretadas en forma estricta, sin analogías ni extensiones, por tratarse de una restricción del derecho fundamental de una persona a ser elegida. Esa interpretación estricta, taxativa y restrictiva del alcance de las inhabilidades es aún más imperiosa cuando se trata de anular una elección popular pues están en juego también los derechos políticos de los electores. A pesar de esos claros principios constitucionales y de derechos humanos, la Sección 5ª hizo una interpretación tan extensiva de la inhabilidad del artículo 179-3 de la Constitución, que creó una nueva inhabilidad: conforme a la sentencia impugnada, no podrá 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 que aspira a ser congresista NO hubiera gestionado negocios NI celebrado contratos con esas entidades públicas durante el mismo periodo y que todos los contratantes entiendan que esa persona NO es el verdadero representante legal de la Corporación. Esa inhabilidad, inventada por la interpretación extensiva de la sentencia impugnada, no tiene ningún sustento normativo ni protege ningún interés público, por lo cual es una interpretación arbitraria de la sentencia impugnada.

- **Tercer cargo cargo: Defecto fáctico por protuberante error en la valoración probatoria.**

Como ya se explicó, la Sección 5ª dictó la sentencia de en abierta contradicción de lo que demostraba el material probatorio acopiado. En efecto, aun cuando ANTANAS MOCKUS aparecía formalmente como representante legal de CORPOVISIONARIOS, y esa persona jurídica (sin ánimo de lucro) celebró contratos con entidades públicas dentro de los 6 meses anteriores a la elección, lo cierto es que él NO intervino en gestión de negocios ante entidades públicas NI celebró contratos en interés propio o de terceros (art. 179-3 CP).

La sentencia valoró entonces en forma totalmente errónea las pruebas en el proceso, en especial desfiguró el alcance de los estatutos de Corpovisionarios y de la delegación hecha por el presidente de Corpovisionarios en el director ejecutivo para contratar y para que fuera representante legal de Corpovisionarios. En efecto, a pesar de lo expresamente establecido en los estatutos, de la existencia de la delegación, de la práctica aceptada por todas las entidades públicas y privadas que han contratado con Corpovisionarios de que el representante legal es el director ejecutivo, la sentencia impugnada concluye, contra toda evidencia, que esa delegación no es válida, por lo cual debe entenderse que fue Mockus quien celebró los dos contratos pues el director ejecutivo habría actuado como mandatario personal de Mockus y no como representante legal de Corpovisionarios. Una total tergiversación de los hechos y de las pruebas.

Por esas tres poderosas razones, consideramos que la sentencia impugnada debe ser dejada sin efectos por la sección correspondiente del Consejo de Estado que actúe como juez de tutela en este caso pues esa sentencia violó el debido proceso y el derecho a ser elegido de Antanas Mockus y, como consecuencia de lo anterior, violó también el derecho a elegir de sus electores. Y dada la gravedad del asunto y la importancia del tema, y con el fin de evitar mayores traumatismos, solicitamos al juez de tutela que tome medidas cautelares y suspenda los efectos de la sentencia impugnada mientras la tutela es decidida.

Resumida la tutela, procedo a dar algunos elementos de contexto para luego explicar, con razones de orden jurídico, cómo se cumplen los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la tutela.

III.- ANTECEDENTES

1. El ciudadano ANTANAS MOCKUS fungió como Presidente y Representante Legal de la Corporación Visionarios por Colombia (en adelante CORPORVISIONARIOS o LA CORPORACIÓN), desde el 14 de julio de 2006 hasta el 16 de marzo del año 2018.

2. El numeral 5º del artículo 29 de los estatutos de LA CORPORACIÓN consagró la posibilidad de que “El Presidente” delegara en el “Director Ejecutivo” la Representación Legal de la Entidad en los siguientes términos: *“Delegar al Director Ejecutivo la representación legal de la CORPORACIÓN y las funciones que estime pertinentes para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral”*.
3. El numeral 6º del artículo 29 de los Estatutos de “LA CORPROACIÓN” estableció que el Presidente podía: *“constituir apoderados para toda clase de gestiones cuando lo considere pertinente”*.
4. En ejercicio de la facultad conferida en el numeral 5º del artículo 29 de los estatutos sociales, como reza en el encabezado de los documentos que a continuación se citan, ANTANAS MOCKUS extendió la Resolución número 001 de 4 de septiembre 2006, mediante la cual dispuso lo siguiente: *“Representación Legal. Delegar en el Director Ejecutivo de la Corporación la representación legal de la corporación. Esta delegación conlleva la facultad de actuar en nombre y representación de la corporación ante entidades públicas y en los procedimientos administrativos que se adelanten ante autoridades (...). 2. Celebración de Contratos: Delegar en el director ejecutivo la celebración, a nombre de la corporación, de los contratos (...)*. (Subrayado fuera de texto).
5. Posteriormente se emite la Resolución número 2 de junio 28 de 2007 y la Resolución número 3 de 2014, en las que se transcribe textualmente lo relativo a la celebración de Contratos: *“Delegar en el director ejecutivo la celebración, a nombre de la corporación, de los contratos (...)”*. (Subrayado fuera de texto).
6. La facultad de delegación conferida en el numeral 5º del artículo 29 y la decisión de acogerla cobraron publicidad con el registro ante la cámara de Comercio de Bogotá de tal facultad, donde se lee textualmente: *“REPRESENTACIÓN LEGAL. El Director Ejecutivo podrá llevar la representación legal de la Corporación, por delegación del presidente, para efectos de tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral (...)*. (Subrayado fuera de texto)
7. En particular, en el mes de noviembre de 2017, a nombre de “LA CORPORACIÓN”, como claramente lo establecían las precitadas resoluciones, el señor HENRY MURRAÍN suscribió: (i) el Convenio de asociación número 10 con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto, y (ii) el Convenio de Asociación número 566 con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá -UAESP-.
8. Conviene destacar que estos no son los dos únicos contratos celebrados por el director ejecutivo pues desde que ANTANAS MOCKUS delegó esa facultad en el director ejecutivo, CORPOVISIONARIOS ha realizado centenares de contratos, por medio de su director ejecutivo actuando como representante legal. En efecto, entre 2006 y 2019, el director ejecutivo ha suscrito en nombre de Corpovisionarios 174 contratos, de los cuales 42 con instituciones públicas³, como las alcaldías de Bogotá, Cartagena y Medellín, los ministerios del Interior y Relaciones Exteriores, el DANE, la DIAN, el DPS, etc, sin que ninguna de esas importantes entidades públicas ni ninguna de sus oficinas jurídicas hubieran nunca dudado de que el director ejecutivo actuaba como representante legal de Corpovisionarios.

³ Ver al respecto, anexo 5.

9. El día 11 de diciembre de 2017 el señor ANTANAS MOCKUS se inscribió como candidato al Senado con el aval del partido Alianza Verde.
10. El 11 de marzo de 2018 se llevaron a cabo las elecciones al Congreso de la República para el período 2018-2022, fecha en la que resultó electo ANTANAS MOCKUS, alcanzando una votación de más de 540.000 votos, siendo el senador con la segunda más alta votación en Colombia
11. Conviene destacar que Antanas Mockus es uno de los políticos más conocidos y respetados de Colombia y que no existe la más mínima evidencia de que los dos contratos de Corpovisionarios anteriormente mencionados hubieran tenido cualquier incidencia en su altísima votación, ni que las razones para que Corpovisionarios obtuviera esos contratos tuvieran algún vínculo con el hecho de que posteriormente Antanas Mockus fuera candidato al Senado
12. Surtida la jornada electoral, varios ciudadanos, incluidos algunos de los luego demandantes de su pérdida de investidura y nulidad electoral, presentaron varias peticiones ante el Consejo Nacional Electoral a efectos de que dicha institución se abstuviera de declarar la elección del demandado en calidad de Senador de la República, y por consiguiente se excluyeran del cómputo de los resultados electorales los votos por él obtenidos, en atención a que, según su criterio, estaba incurso en la inhabilidad para ser elegido prevista en el artículo 179-3 de la Constitución Política.
13. Mediante Resolución 1507 de 12 de julio de 2018, el Consejo Nacional Electoral resolvió de forma negativa las peticiones antes reseñadas. Esta decisión fue confirmada en Resolución 1591 de 19 de julio 2018.
14. A través de Resolución 1596 de 19 de julio de 2018 y del formulario E-26SEN, el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de los Senadores de la República, entre ellos la del señor ANTANAS MOCKUS.
15. Los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Eduardo Carmelo Padilla y Saúl Villar Jiménez solicitaron que se decretara la pérdida de investidura de ANTANAS MOCKUS como Senador de la República elegido para el período constitucional 2018 a 2022. Adujeron la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en los términos del numeral 3º del artículo 179 de la Constitución Política. Según ellos, ANTANAS MOCKUS se encontraba inhabilitado para ser elegido congresista por haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas y en la celebración de contratos con ellas en interés propio o en el de terceros dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección (art. 179-3 CP).
16. Paralelamente, los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Nesly Edilma Rey Cruz y el Partido Opción Ciudadana interpusieron demanda de nulidad electoral contra la Resolución 1596 de 2018 y el formulario E-26SEN, a través de los cuales se declaró la elección de ANTANAS MOCKUS como Senador de la República para el período 2018-2022.
17. En sentencia del 19 de febrero de 2019 la Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura resolvió, por UNANIMIDAD, *“DENEGAR las solicitudes acumuladas de pérdida de investidura del senador de la República Aurelijus*

Rutenis ANTANAS MOCKUS SIVICAS"⁴. La Sala encontró que no existía ninguna prueba de que ANTANAS MOCKUS hubiera realizado gestiones o hubiera intervenido en los contratos con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto o con la UAESP mencionados anteriormente. Los accionantes presentaron recurso de apelación contra esa decisión, el cual fue concedido el día 20 de marzo de 2019 y admitido el 29 de ese mismo mes y año, sin que a la fecha se haya decidido por la Sala Plena.

18. Sin embargo, de manera contraria a lo ya resuelto por el propio Consejo de Estado al denegar la demanda de pérdida de investidura, en sentencia del 11 de abril de 2019 la Sección 5ª del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección de ANTANAS MOCKUS como congresista. En consecuencia, ordenó cancelar la credencial que lo acredita como Senador de la República.

IV.- PROVIDENCIA JUDICIAL OBJETO DE ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela se dirige contra la sentencia del 11 de abril de 2019, mediante la cual la Sección 5ª del Consejo de Estado declaró la nulidad de la elección de ANTANAS MOCKUS como congresista. Como se explicará más adelante, esa decisión fue proferida en contravía de lo previsto en la Constitución (art. 179-3) y ley 1881 de 2018 (artículo 1º), desconociendo una decisión vinculante del Consejo de Estado⁵, en franca contradicción con lo que demostraba el acervo probatorio y apelando a una interpretación extensiva proscrita para resolver esta clase de asuntos.

En forma preliminar, la Sección 5ª señala que no existe cosa juzgada en relación con la demanda de pérdida de investidura, por cuanto la sentencia de la Sala Primera Especial de Decisión fue sido impugnada y se encuentra pendiente de ser decidida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. De manera que, en su concepto, no puede darse aplicación al artículo 1º de la Ley 1881 de 2018 que prohíbe el *non bis in ídem* en esta clase de asuntos.

A continuación reconoce que está acreditada la celebración del contrato estatal por parte de CORPOVISIONARIOS, y precisa que, pese a ello, existe diferencia en la valoración de ese material. Dice al respecto:

“Ahora bien, recuérdese que, además, de lo que resultó probado, todas las partes dieron por cierto que los contratos se suscribieron, en representación de la corporación, por el señor Henry Samuel Murrain y no por el demandado, solo que de esa circunstancia cada sujeto procesal arribó a una conclusión distinta.

Así, en términos generales, para la parte actora el elemento objetivo de la inhabilidad no se desvirtúa por el hecho de que el contrato no haya sido

⁴ ANEXO 3. Sentencia que negó la pérdida de investidura. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de 2019. Magistrada Ponente María Adriana Marín. Radicación número 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados)

⁵ ANEXO 3. Sentencia que negó la pérdida de investidura. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de 2019. Magistrada Ponente María Adriana Marín. Radicación número 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados)

firmado por el demandado, pues en todo caso en el expediente consta que el representante legal de CORPOVISIONARIOS era el señor Antanas Mockus sumado a que su nombre aparece reiteradamente en los estudios previos que precedieron la celebración de los citados negocios jurídicos ; en contraposición, la parte demandada insistió no solo en que materialmente no celebró el contrato, sino en que, además, desde el año 2006 “delegó” la facultad de representación en el director ejecutivo y por eso la inhabilidad no se materializó.

En consecuencia, atañe a la Sección determinar cuál de las citadas posiciones debe privilegiarse, y por consiguiente, establecer si pese a que el demandado no suscribió materialmente los aludidos convenios se encuentra incurso en la causal de inhabilidad de celebración de contratos.”

Luego de revisar el material probatorio, concluye que la representación legal de CORPOVISIONARIOS está radicada en cabeza del presidente (ANTANAS MOCKUS). Dice al respecto:

“En otras palabras, quien tiene la representación legal de CORPOVISIONARIOS es el presidente; calidad que según lo probado en el proceso ostentaba el señor Antanas Mockus, lo que sucede es que este puede, según la autorización entregada por la corporación y de acuerdo a la autonomía de su voluntad, “delegar” esa facultad al director ejecutivo, sin que ello implique que existan dos representantes legales o que temporalmente el uno se sustraiga de sus funciones, lo que ocurre que es el titular la “delega” en un tercero, en este caso el director ejecutivo.

Esta diferencia aunque sutil es sustancial, pues una representación compartida o plural implicaría que el director podría actuar como representante de forma directa, en tanto según lo reglado en los estatutos el ejercicio de esa potestad solo sería posible con la mediación de la delegación. Es decir, si la facultad prevista en los estatutos no se ejercita el representante legal de CORPOVISIONARIOS es, por disposición de esa misma persona jurídica, su presidente”.

En cuanto a la “delegación” para ejercer la representación legal la mayoría de la Sección 5ª entiende que “debe entenderse en realidad como un contrato de mandato o representación”. Dice al respecto:

“Del análisis de estos documentos, parecería desprenderse que el señor Antanas Mockus no ejercía la representación legal de CORPOVISIONARIOS porque “delegó” esa función al director ejecutivo de esa corporación. Sin embargo, esta sería una conclusión apresurada, habida cuenta que no se tiene certeza respecto a las implicaciones de “delegación”; aspecto del que la Sala se ocupará a continuación.

(...)

*Debe tenerse en cuenta que, tal y como lo ha dispuesto la jurisprudencia el mandato es esencialmente representativo, de forma que el mandatario ejecuta, a nombre y en representación, del mandante las funciones, facultades, responsabilidades o negocios que, en principio, recaían en este; **por ello, todo lo que el mandatario haga se entiende como si directamente lo hubiese efectuado el mandante.***

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

Es decir, delegar la representación no implicaba que el presidente, es decir el señor Mockus, dejara de ser temporalmente el representante de CORPOVISIONARIOS o que compartiera esa calidad con el director ejecutivo, lo que ello implicaba es que aquel autorizó a un este último para que en su nombre y representación ejerciera una facultad y potestad que era suya.

En este contexto, para la Sala la “delegación” contenida la Resolución N° 01 de 2006, antes descrita, debe entenderse en realidad como un contrato de mandato o representación a través del cual el presidente (mandatario) le pidió al director ejecutivo (mandante) que ejercitara, en su nombre y representación, la representación legal de CORPOVISIONARIOS (negocio encomendado)”. (Resaltado original)

A continuación la Sala se refiere a las implicaciones de la delegación en la inhabilidad objeto de estudio, respecto de lo cual sostiene que los contratos suscritos por CORPOVISIONARIOS lo fueron por mandato y en nombre de su presidente y representante legal, el señor ANTANAS MOCKUS:

“Para la Sala no cabe duda que el demandado, pese a la “delegación”, ostentaba la calidad de representante legal de CORPOVISIONARIOS, habida cuenta que, conforme a lo explicado, tal figura no tenía la potestad de quitarle dicha condición ni muchos menos de convertir a otro, automáticamente, en el representante legal.

(...)

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

(...)

Por lo anterior, para la Sala Electoral como el señor Henry Samuel Murrain celebró los convenios antes estudiados, en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, y esta “delegación” no es más que un contrato de mandato que le permitió actuar en nombre y representación del verdadero representante legal de COPORVISIONARIOS, se debe entender que estos se suscribieron jurídicamente por quien tenía, según los estatutos, la capacidad para representar y, por ende, contraer obligaciones a nombre de esa corporación, esto es, el señor Antanas Mockus”.

Con fundamento anterior, concluye que se configura la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la Constitución, lo que a su vez conduce a la nulidad del acto de elección de ANTANAS MOCKUS como Senador de la República.

Es importante advertir que de los 4 integrantes de la Sección 5ª, la magistrada LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ salvó el voto, en tanto que la

magistrada ROCÍO ARAÚJO OÑATE formuló una aclaración. Sin embargo, a la fecha no han sido publicados ni el salvamento ni la aclaración de voto.

Por el contrario, la providencia que decidió la demanda de pérdida de investidura fue proferida por los 4 magistrados de la Sala Especial conformada para tal fin (el otro magistrado no participó por impedimento aceptado).

V.- DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

La acción de tutela se dirige contra la sentencia del 11 de abril de 2019, mediante la cual la Sección 5ª del Consejo de Estado declaró declarar la nulidad de la elección de ANTANAS MOCKUS como congresista. Según se explica más adelante, esa decisión fue proferida en contravía de lo previsto en la Constitución (art. 179-3) y ley 1881 de 2018 (artículo 1º), desconociendo una sentencia vinculante del Consejo de Estado⁶, en franca contradicción con lo que demostraba el acervo probatorio y apelando a una interpretación extensiva proscrita para resolver esta clase de asuntos.

Con esa decisión la Sección 5ª del Consejo de Estado vulneró los derechos fundamentales 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) de ANTANAS MOCKUS, así como los derechos de más de 500.000 ciudadanos que depositaron su confianza en él y lo eligieron como Senador de la República para el periodo constitucional 2018-2022.

VI ESTUDIO DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDIBILIDAD DE LA TUTELA

La jurisprudencia constitucional ha decantado una sólida línea para determinar los parámetros de procedencia de las acciones de tutela contra providencias judiciales. En este marco, ha señalado un conjunto de requisitos generales y otros de carácter especial, los cuales deben ser verificados por el juez constitucional para determinar la procedencia en cada caso.

En síntesis, se exige exige acreditar el cumplimiento de todos los requisitos generales y al menos uno de los requisitos específicos de procedibilidad (anteriormente conocidas como vías de hecho)⁷.

- En cuanto a los **requisitos generales de procedibilidad**, encontramos los siguientes: (a) que la cuestión debatida tenga relevancia constitucional; (b) que se hayan agotado razonablemente los medios de defensa antes de acudir a la tutela; (c) que se cumpla con el requisito de inmediatez; (d) que

⁶ ANEXO 3. Sentencia que negó la pérdida de investidura. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de 2019. Magistrada Ponente María Adriana Marín. Radicación número 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados)

⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-573 de 2017, C-590 de 2005, SU-917 de 2010, SU-195 de 2012, SU-424 de 2012, SU-556 de 2014, SU-297 de 2015, SU-567 de 2015, SU-695 de 2015, T-060 de 2016, T-090 de 2017 y SU-193 de 2013, entre otras.

en caso de tratarse de una irregularidad procesal esta tenga incidencia directa en la decisión; (e) que se identifiquen tanto los hechos relevantes como los derechos vulnerados; y (f) que no se trate de sentencias de tutela.

- En cuanto a los **requisitos específicos de procedibilidad**, son estos los defectos o irregularidades graves de una decisión judicial que tienen la entidad suficiente para vulnerar derechos fundamentales. Entre ellos pueden señalarse: los defectos orgánico⁸, sustantivo⁹, procedimental¹⁰ o fáctico¹¹, error inducido¹²; decisión sin motivación¹³; desconocimiento del precedente¹⁴; y la violación directa a la Constitución¹⁵.

En este capítulo se expondrán las razones por las cuales la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedibilidad mientras que el siguiente acápite se analizarán los requisitos especiales de procedibilidad y los cargos constitucionales contras la sentencia impugnada

A.- Relevancia constitucional del asunto

Para que la tutela sea procedente se requiere que la controversia involucre una cuestión que plantee una discusión de orden constitucional¹⁶.

Analizar la relevancia constitucional del presente caso necesariamente debe pasar por entender que aquí se está decidiendo la salvaguarda de uno de los pilares de la democracia. La mayor expresión del sistema de gobierno que hemos adoptado es el voto popular, con el que el ciudadano manifiesta su voluntad y elige a sus representantes, con el que cobra vigor el concepto de democracia representativa, con el que se tiene plena certeza que los anhelos de tomar parte en las decisiones del país va a estar garantizado para cada uno de los Colombianos. No puede ser menor el hecho de tomar decisión sobre la continuidad o no, del representante del Pueblo que alcanzó la segunda mayor votación en la historia de las corporaciones

⁸ Tiene que ver con la carencia absoluta de competencia por parte del funcionario que dicta la sentencia. Ver Corte Constitucional. Sentencias SU-573/17, C-590/05, T-008/98, T-668/97, entre otras.

⁹ Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales. Ver Corte Constitucional. Sentencias C-590 de 2005, SU-159 de 2002, T-008 de 1998, entre otras.

¹⁰ El defecto procedimental se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido para la toma de decisiones judiciales. Ver Corte Constitucional. Sentencias SU-573 de 2017, SU-159 de 2002, T-008 de 1998, entre otras.

¹¹ Este defecto tiene que ver con el recaudo, validez y valoración del material probatorio correspondiente y surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Ver Corte Constitucional. Sentencias SU-573 de 2017, C-590 de 2005, entre otras.

¹² Se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. Ver Corte Constitucional. Sentencias T-863 de 2013, C-590 de 2005, entre otras.

¹³ El funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de la providencia, incumpliendo su deber de motivación. Ver Corte Constitucional. Sentencias T-407 de 2016, C-590 de 2005, T-114 de 2002, entre otras.

¹⁴ Se presenta cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental o señala la interpretación de un precepto que más se ajusta a la Carta, y el juez ordinario limita sustancialmente dicho alcance o se aparta de la interpretación fijada por esta Corporación. Ver Corte Constitucional. Sentencias T-309 de 2015, T-488 de 2014, SU-168 de 1999, SU-640 de 1998.

¹⁵ Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la constitución o no aplica la excepción de inconstitucionalidad, debiendo hacerlo. Ver Corte Constitucional. Sentencias T-416 de 2016, T-445 de 2016, SU-198 de 2013, T-1031 de 2001, T-522 de 2001, entre otras.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias SU-573 de 2017, T-127 de 2014 y C-590 de 2005.

públicas, pues de ella no sólo depende su derecho a participar en política, sino el de más de 540.000 de materializar su derecho a elegir su representante.

ANTANAS MOCKUS no es el único afectado con la decisión tomada por la sección 5ª del Consejo de Estado. Al haber tomado posesión de su cargo como Senador de la República se convirtió en la expresión de ese deseo democrático de todos los ciudadanos que, hubiéremos participado o no, hubiéremos votado por él o no, seguimos y acogemos la democracia representativa como el pilar sobre el que se funda nuestro contrato social, es decir la Constitución Política de 1991.

No es menor el hecho de que la declaración de principio que manifiesta el preámbulo constitucional, radicada en la expresión “El Pueblo de Colombia”¹⁷ con la que inicia nuestra Constitución. Ello indica que tiene como basamento y principal estandarte el hecho de ser del Pueblo y para el Pueblo; es decir radica el concepto de soberanía en la legitimidad popular de todos sus mandatos y de allí desprede y emana todo el aparataje jurídico que nos gobierna.

Pero el Preámbulo no se queda en esa soberanía popular, también declara que la sociedad colombiana se ha dado una normatividad que le permita a sus ciudadanos vivir “*dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político*”¹⁸. Dicho en otras palabras, la democracia y la participación ciudadana, así como el orden político, no son sólo derechos fundamentales, sino que se erigen en una declaración de principio y deben irrigar toda la interpretación y aplicación del derecho a lo largo y ancho del territorio nacional.

El caso que ocupa la presente acción, que anula la decisión que libre y soberanamente tomaron no sólo los más de 540.000 ciudadanos que votaron por ANTANAS MOCKUS, tiene la máxima relevancia constitucional, trasciende la relatividad interpartes y se ahonda en los cimientos de nuestra democracia, pues permite a todos los ciudadanos tener la certeza de que la Constitución ha sido respetada, que sus derechos se encuentran incólumes y que la justicia ha ofrecido las mejores garantías a su derecho a elegir.

De otro lado, no es menor el hecho que para el presente caso ya se hubiera producido un fallo por parte de la Sala Especial de Pérdida de Investidura del propio Consejo de Estado, en el que con base en los mismos hechos y evaluando la misma norma constitucional (art. 179-3), arribó a una conclusión completamente antagónica para decidir el caso.

El presente caso, además, reviste notable relevancia constitucional por tratarse de la vulneración de varios derechos fundamentales. La solicitud de amparo se construye sobre la existencia de varios defectos de varios defectos que modifican causales de inhabilidad para ser congresista.

Así las cosas, las anteriores consideraciones permiten calificar esta controversia como de alta trascendencia constitucional.

¹⁷ **El pueblo de Colombia**, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente. Constitución Política de Colombia. Preámbulo.

¹⁸ *Íbid.*

B. Subsidiariedad: agotamiento de los medios de defensa judicial disponibles

La acción de tutela es en esencia un mecanismo de protección judicial de naturaleza subsidiaria. Los artículos 86 de la Constitución y 6 del Decreto 2591 de 1991, así como la jurisprudencia constitucional¹⁹, establecen que sólo procede en ausencia de otros recursos o medios de defensa judicial. De manera excepcional también es procedente, aunque existan otros recursos o medios de defensa judicial, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁰.

Para el caso bajo análisis, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 149 del CPACA²¹, el Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia, entre otros, los procesos de la nulidad del acto de elección de los congresistas de la República.

Así las cosas, no existe otro medio de defensa o recurso que brinde el procedimiento, para controvertir el fallo proferido por la Sección 5ª del Consejo de Estado y que por medio de la presente tutela se ataca, por lo que se encuentra plenamente satisfecho el requisito de la subsidiariedad.

Ahora bien, es cierto que al momento de presentar esta tutela, la sentencia no está formalmente ejecutoriada pues aún no ha transcurrido el término para presentar eventuales solicitudes de aclaración. Pero ese hecho no impide la presentación de esta tutela por cuanto la aclaración no es en sentido estricto y la sentencia impugnada está en firme por cuanto contra ella no procede ningún recurso, como lo dice el numeral 4 de la parte resolutive de esa sentencia. Y como esa sentencia es de público conocimiento e implica en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales invocados, la presente tutela cumple con el requisito de subsidiariedad.

C. Inmediatez

La inmediatez es un requisito jurisprudencial para la procedencia de la acción de tutela. En palabras de la Corte Constitucional, *“la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable, oportuno y justo.”*²²

Como quiera que en esta oportunidad la tutela se presenta a escasos días de haberse proferido el fallo de nulidad, se cumple plenamente con el requisito de inmediatez.

D. Irregularidad procesal con incidencia directa en la decisión

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-127 de 2014, T-600 de 2002, T-1198 de 2001, T-1157 de 2001, T-321 de 2000.

²⁰ Constitución Política de 1991, artículo 86; y Decreto 2591 de 1991, artículo 6. Corte Constitucional. Sentencias T-127 de 2014, T-290 de 2011, C-1225 de 2004, SU-1070 de 2003, SU-544 de 2001, T-1670 de 2000 y T-225 de 1993.

²¹ ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA: “El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos (...) 3o De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación”.

²² Sentencia T-900 de 2004.

Cuando se configure una irregularidad procesal, debe tener un efecto decisivo o determinante en la providencia que se impugna y que vulnera los derechos fundamentales y debe haber sido alegada en el proceso, de ser posible²³. En esta oportunidad este requisito no aplica debido a que la irregularidad que se predica tiene origen en el fallo de nulidad de única instancia y no en irregularidades previas de orden procesal.

E. Identificación de los hechos y derechos

Este requisito consiste en que la parte actora identifique de manera razonable tanto los derechos vulnerados como los hechos que generaron la vulneración, y que hubiere alegado esa vulneración en el proceso judicial siempre que fuese posible²⁴. En la presente tutela se ponen de manifiesto tanto la vulneración de los derechos fundamentales como los hechos que la originaron.

F. No se trata de tutela contra tutela

No se presenta la tutela para controvertir una decisión de tutela. Se cuestiona una decisión judicial proferida en única instancia por la Sección 5ª del Consejo de Estado el pasado 11 de abril de 2019.

Conforme a lo anterior, quedan acreditados todos los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela.

VII.- REQUISITOS ESPECIFICOS DE PROCEDIBILIDAD, CARGOS CONTRA LA SENTENCIA IMPUGNADA Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

La sentencia impugnada incurre en al menos 3 defectos que configuran requisitos específicos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales y que permiten formular tres cargos constitucionales contra esa sentencia, a fin de dejarla sin efectos para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales del Senador ANTANAS MOCKUS y de sus electores.

A. Primer cargo: defecto orgánico y procedimental por falta de competencia de la Sección 5 para tomar la decisión que tomó.

Existe defecto orgánico cuando el órgano judicial decide un asunto careciendo en forma absoluta de competencia. Y existe defecto procedimental cuando el órgano judicial desconoce en forma protuberante las formas propias del juicio, especialmente cuando esa irregularidad procesal afecta principios constitucionales materiales, como el derecho de defensa. En el presente caso, ambos defectos ocurren con la sentencia impugnada por cuanto de conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la ley 1881 de 2018, la Sección 5ª no podía pronunciarse en forma distinta a lo ya resuelto por la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado, que en su momento denegó la solicitud de pérdida de investidura del Senador ANTANAS MOCKUS por los mismos hechos y con fundamento en la misma causal de nulidad²⁵. O al menos la Sección 5ª debió esperar que la Sala Plena decidiera la

²³ Corte Constitucional. Sentencias SU-573 de 2017 y C-590 de 2005.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencias SU-573 de 2017, T-926 de 2014 y C-590 de 2005.

²⁵ ANEXO 3. Sentencia que negó la pérdida de investidura. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de

apelación antes de pronunciarse o remitir el caso a la Sala Plena, que se encuentra tramitando la apelación contra la sentencia absolutoria en el proceso de pérdida de investidura.

Procedemos a explicar esos defectos orgánico y procedimental

Como se señaló en la síntesis de esta demanda y en los hechos, la Sala Primera Especial de Decisión concluyó que ANTANAS MOCKUS no estaba incurso en ninguna inhabilidad por los dos contratos suscritos por Corpovisionarios en noviembre de 2017. Esta es la conclusión fáctica de ese fallo. Ahora bien, el artículo 1º de la ley 1881 de 2018 establece una regulación para aquellas situaciones en que, como en el presente caso, una misma conducta da lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea. El párrafo de ese artículo establece entonces lo siguiente:

“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. (subrayas no originales)”.

Este párrafo tiene entonces dos finalidades claras: de un lado, pretende garantizar la coherencia del sistema jurídico, por lo cual busca evitar que existan sentencias contradictorias entre secciones y salas del propio Consejo de Estado. De otro lado, el párrafo señala que sus reglas buscan igualmente garantizar el *non bis in ídem*, con lo cual esa norma busca también que una persona no sea investigada y sentenciada dos veces por los mismos hechos.

Este doble propósito de ese literal se desprende naturalmente del análisis directo del texto normativo; sin embargo, si hubiera alguna duda al respecto, ese doble propósito se ve confirmado por los antecedentes de este proyecto. En efecto, en el Informe de Ponencia para primer debate en Cámara, se justificó la introducción de este párrafo en los siguientes términos:

“El segundo cambio que se propone está relacionado con el establecimiento de la cosa juzgada entre los procesos de pérdida de investidura y de nulidad electoral cuando la causal en ambos procesos sea la misma, esto es la violación al régimen de inhabilidades y de incompatibilidades, Lo anterior con la finalidad de no violar el non bis in ídem y evitar que se tomen decisiones opuestas en dos procesos en los que se juzgan los mismos hechos, con las mismas pruebas y bajo el tamiz de la misma norma jurídica” (resaltado no original)²⁶.

2019. Magistrada Ponente María Adriana Marín. Radicación número 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados).

²⁶Informe Ponencia para primer debate en Comisión Primera Cámara. Gaceta del Congreso. No 478 de 2017. Lo mismo se argumentó en los otros informes de ponencia, como en el relativo al primer debate en Senado. Gaceta del Congreso No 803.

Algunos analistas podrían considerar que esa referencia al *non bis in ídem* puede ser antitécnica pues el *non bis in ídem* es una garantía que opera en materia sancionatoria, mientras que la nulidad electoral no es un proceso sancionatorio sino que evalúa la validez de un acto electoral, sin prejuzgar acerca del comportamiento de la persona elegida. Sin embargo, consideramos que la precisión del encabezado de ese parágrafo tiene sentido pues es obvio que cuando a una persona le anulan su elección por haber estado incurso en una inhabilidad, como en el presente caso, no sólo le limitan el ejercicio de la posibilidad de seguir en el cargo por su comportamiento previo, lo cual tiene en la práctica un cierto sentido sancionatorio, sino que, además, esa decisión genera en la opinión pública un cierto reproche público a la persona cuya elección fue anulada por estar inhabilitado pues la ciudadanía tiende a imputarle la comisión de una ilegalidad, como lo muestran, en este caso, varios artículos y editoriales en los que se critica al senador Mockus por haber cometido una ilegalidad, que generó la nulidad de su elección²⁷. El encabezado del parágrafo tiene entonces razón en que, cuando la eventual nulidad de una elección puede derivar de unos hechos que también pueden dar lugar a una pérdida de investidura, entonces el proceso de nulidad electoral adquiere un cierto sentido sancionatorio contra el elegido y por ello debe operar la garantía del *non bis in ídem*.

El parágrafo establece tres reglas procesales para garantizar el *non bis in ídem* y para asegurar que no haya contradicciones entre salas y secciones: primero, consagra una prejudicialidad pues señala que “el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados”; segundo, establece una reserva del proceso de pérdida de investidura en el tema de culpabilidad pues señala que “la culpabilidad del congresista” corresponde a un juicio “exclusivo del proceso de pérdida de investidura”. Finalmente, consagra una cierta prevalencia del proceso de pérdida de investidura pues establece 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.”

En el presente caso es bastante obvio que el primer fallo del Consejo de Estado fue el de la Sala Primera, que absolvió a Antanas Mockus frente a una demanda de pérdida de investidura pues concluyó que no había habido ninguna inhabilidad. Conforme a la regla de prejudicialidad establecida por el mencionado parágrafo del artículo 1 de la Ley 1881, la Sección 5ª debía aceptar ese fallo como cosa juzgada y no podía entonces concluir que Mockus había incurrido en inhabilidad pues debía atenerse a las conclusiones del fallo de la Sala Primera de Pérdida de Investidura. Sin embargo, la Sección 5ª no respetó esa prejudicialidad ni la cosa juzgada pues decidió el caso como si el fallo previo de la Sala Primera no existiera, llegando a la conclusión opuesta, esto es, que Antanas Mockus estaba incurso en una inhabilidad, con lo cual incurrió en un defecto orgánico pues carecía absolutamente de competencia para pronunciarse en esa forma.

Ahora bien, la Sección 5ª argumenta en el punto 2.4. de la sentencia impugnada que podía adelantar ese examen libremente por cuanto el fallo de la Sala Primera no estaba ejecutoriado ya que había sido apelado por los denunciantes y se encontraba en estudio por la Sala Plena del Consejo de Estado. Dice literalmente que “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

²⁷ Ver por ejemplo el artículo de Pedro Medellín “Mockus y la ley para todos” en elpais.com.co O el editorial de El Espectador COMPLETAR

viable para esta Sección examinar de fondo el asunto de la referencia.” Esta tesis es inadmisibile por las siguientes tres razones competenciales y procedimentales.

Primera razón: porque el artículo 1 de la Ley 1881 no habla de que la primera sentencia que hace a tránsito a cosa juzgada para el segundo proceso deba estar ejecutoriada sino que literalmente habla únicamente del “primer fallo”, que fue obviamente el de la Sala Primera, por lo cual en principio ese fallo hace tránsito a cosa juzgada frente a la Sección Quinta. La sentencia impugnada de la Sección 5ª supone que la prejudicialidad y la cosa juzgada sólo operan si la sentencia previa en el proceso de pérdida de investidura ya estaba en firme y ejecutoriada, pero en ninguna parte ese artículo dice eso.

Ahora bien, podría sostenerse que el argumento de la sentencia impugnada es razonable pues no tendría sentido que si el primer fallo en pérdida de investidura no está en firme ni ha hecho tránsito a cosa juzgada, por cuanto está apelado (como sucede en este caso), entonces que pueda tener efectos prejudiciales y hacer tránsito a cosa juzgada para el segundo proceso pues; ¿cómo podría tener efectos de cosa juzgada en otro proceso un fallo que puede ser modificado en la apelación? Esta tesis a primera vista parece razonable pero desconoce que esta prejudicialidad no sólo busca asegurar la coherencia entre las secciones y las salas sino además garantizar el *non bis in ídem*, esto es, que una misma persona no sea juzgada ni sentenciada por los mismos hechos en dos procesos distintos.

Este aspecto crucial del párrafo fue ignorado por la Sección 5ª, a pesar de que era el encabezado del párrafo que precisaba el sentido finalístico de esa prejudicialidad y que permite una interpretación lógica y coherente del efecto de cosa juzgada del fallo de primera instancia sobre la acción electoral, a pesar de que ese fallo de la Sala Primera estuviera apelado. Ese efecto es el siguiente: la Sección Quinta tenía que obligatoriamente concluir que la acción electoral quedaba suspendida como consecuencia del fallo de primera instancia en el proceso de pérdida de investidura, pues la Sección 5ª tenía que esperar a que la apelación fuera surtida y decidida por la Sala Plena del Consejo de Estado para poder decidir la acción electoral. La razón de esa suspensión es obvia: si la sección 5ª seguía la acción electoral y sentenciaba sobre la inhabilidad antes de que estuviera resuelta la apelación, como efectivamente lo hizo en forma apresurada, entonces al senador Mockus le resultaba violado su garantía del *non bis in ídem* pues resultaba investigado y sentenciado dos veces por los mismos hechos: una en el proceso de pérdida de investidura y otra en la acción electoral. La única forma de respetar tanto el efecto de cosa juzgada del primer fallo como la garantía del *non bis in ídem* era entonces que la Sección 5ª suspendiera el proceso a la espera de que la Sala Plena resolviera la apelación. Sin embargo, eso no hizo la Sección 5ª sino que se precipitó a decidir la acción electoral, sin esperar el fallo de segunda instancia en el proceso de pérdida de investidura, con lo cual no sólo generó contradicciones en la decisión del mismo asunto entre salas y secciones del Consejo de Estado sino que, además, incurrió en un defecto orgánico (pues carecía totalmente de competencia para tomar esa decisión) como procedimental (pues desconoció gravemente la regulación procedimental establecida en el artículo 1 de la Ley 1881) y, de contera, violó la garantía del *non bis in ídem* del Senador Mockus.

Segunda razón: En caso de que no se acepte la anterior conclusión de nuestra primera razón, por considerarse que sólo puede vincular a otra sección del Consejo de Estado un fallo previo que esté en firme o incluso ejecutoriado, consideramos que en todo caso la sentencia impugnada incurrió en un defecto orgánico por cuanto debe entenderse que la sentencia de primera instancia de la Sala Primera

que absolvió a Mockus en el proceso de pérdida de investidura está materialmente en firme y ejecutoriada, aunque hubiera sido apelada por los denunciantes.

Una interpretación sistemática y finalística de la Ley 1881 y que tome en cuenta los principios constitucionales y de derechos humanos sobre el derecho a la doble instancia en procesos sancionatorios lleva a la conclusión de que los denunciantes no pueden en realidad apelar un fallo de primera instancia en un proceso de pérdida de investidura que sea absolutorio. La razón de esta restricción es obvia: si el congresista es absuelto en primera instancia pero es condenado en segunda instancia, debido a la apelación de los denunciantes, entonces el congresista queda privado del derecho a apelar la sentencia condenatoria, que es la garantía prevista en el artículo 29 de la Constitución (que dice que todo procesado penalmente tiene derecho “a impugnar la sentencia condenatoria”), en el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, (que dice todo procesado penalmente tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”), y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (que establece que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”).

Como se desprende de una simple lectura de esas normas, y contrariamente a lo que piensan muchos integrantes de la comunidad jurídica en Colombia, el derecho a la doble instancia en materia penal y sancionatoria no consiste en que una persona sea juzgada en dos instancias sino en que tenga la posibilidad de apelar la sentencia condenatoria y que esa apelación sea estudiada por un juez con capacidad de revocar esa sentencia condenatoria. Este punto, que ha sido a veces mal interpretado por la comunidad jurídica colombiana, fue aclarado por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014, en donde estudió ampliamente el alcance del derecho de un procesado penalmente a controvertir la sentencia condenatoria, con el fin de despejar equívocos y concluyó al respecto en el fundamento 6.10 de esa sentencia:

“En definitiva, los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP consagran el derecho a controvertir las sentencias condenatorias que se dictan dentro de un proceso penal. Aunque ninguna de estas disposiciones establece expresamente que esta prerrogativa comprende la facultad para impugnar las sentencias que revocan un fallo absolutorio de primera instancia, e imponen por primera vez una condena en la segunda instancia, esta regla sí constituye un estándar constitucional, por las siguientes razones: (i) los enunciados anteriores tienen un contenido general y no hacen ninguna salvedad para la hipótesis anterior, por lo cual no existe ninguna base normativa para excluirla de la referida facultad constitucional; (ii) como la prerrogativa anterior se otorga en función del contenido del fallo y no en razón de la etapa en la cual se dicta la providencia, es decir, por su connotación condenatoria, y no por haber sido expedida en la primera instancia de un juicio, no resulta admisible la tesis de que la impugnación opera únicamente respecto del fallo absolutorio de primera instancia, y no de la sentencia condenatoria de la segunda instancia (...).”

Por consiguiente, si se admite que los denunciantes pueden apelar una sentencia de primera instancia absolutoria, y como la Ley 1881 no prevé una tercera instancia, entonces un congresista podría quedar condenado a perder la investidura, que es una sanción gravísima pues equivale a su muerte política, sin derecho a poder apelar esa sentencia condenatoria. Esto es una interpretación

absurda del alcance de la Ley 1881, que precisamente modificó el procedimiento de pérdida de investidura para dotar a los congresistas del derecho a la doble instancia, entendido de conformidad con los mandatos constitucionales y del derecho internacional, esto es, entendido como la posibilidad que debe darse a los congresistas de poder impugnar la sentencia que los condena a pérdida de investidura. En efecto, desde la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes, quedó establecido que “el proyecto tiene por objeto establecer la segunda instancia para los procesos de pérdida de investidura de congresistas con el fin de armonizar el ordenamiento jurídico colombiano con las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional sobre Derechos Humanos²⁸”.

Por consiguiente, aunque el artículo 14 de la Ley 1881, que regula la apelación en los procesos de pérdida de investidura, no excluye la posibilidad de que los denunciantes puedan apelar las sentencias absolutorias, tampoco consagra expresamente esa posibilidad. Una interpretación lógica, sistemática y finalística de ese artículo lleva entonces a la conclusión de que los denunciantes no tienen la posibilidad de apelar sentencias absolutorias pues esa hipótesis hace nugatorio el derecho de los congresistas a impugnar una sentencia condenatoria, que fue el propósito de la Ley 1881. Además, esta hermenéutica, que excluye la apelación por los denunciantes de la sentencia absolutoria, es la única que armoniza con lo establecido por el artículo 29 de la Constitución, por el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es claro entonces que la sentencia de primera instancia de la Sala Primera, que absolvió a Antanas Mockus en el proceso de pérdida de investidura, se encuentra materialmente en firme y ejecutoriada, por lo cual, conforme al artículo 1 de la Ley 1881, hizo tránsito a cosa juzgada frente al proceso electoral y sus conclusiones debieron ser respetadas por la Sección Quinta, que carecía entonces absolutamente de competencia para tomar una decisión que contradijera esa sentencia.

Tercera razón: porque incluso si en gracia de discusión aceptáramos que el fallo de primera instancia de la Sala Primera no vincula como cosa juzgada a la Sección 5ª, en todo caso la Sección 5ª debió llevar el caso a la Sala Plena, en desarrollo de lo previsto por el artículo 251 del CPCA (Ley 1437 de 2011), que señala que la Sala Plena podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo de las secciones, por remisión de las secciones, “por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial”.

Es cierto que ese artículo establece una facultad o posibilidad de que la sección lleve eventualmente el caso a la Sala Plena; es norma no consagra entonces, en principio, una obligación a la sección correspondiente de llevar el caso a la Sala Plena, por lo cual podría sostenerse que la Sección 5ª no estaba obligada a llevar el caso a la Sala Plena.

En algunas situaciones, la anterior conclusión es válida pues es cierto que las secciones del Consejo de Estado y la propia Sala Plena gozan de una cierta discrecionalidad o margen de apreciación para definir cuándo llevan un caso a la

²⁸ Informe Ponencia para primer debate en Comisión Primera Cámara. Gaceta del Congreso. No 478 de 2017. Lo mismo se argumentó en los otros informes de ponencia, como en el relativo al primer debate en Senado. Gaceta del Congreso No 803

Sala Plena. Sin embargo, Colombia es un Estado social de derecho, en el cual existe una interdicción de la arbitrariedad para todas las autoridades, incluidas las judiciales, por lo cual el ejercicio de la discrecionalidad es ilegítimo cuando se torna en arbitrariedad, como lo tiene bien establecido la Corte Constitucional y el propio Consejo de Estado. Esta competencia de las secciones del Consejo de Estado de llevar casos a la Sala Plena no puede entonces ser ejercida arbitrariamente. Por consiguiente, la facultad de una sección de llevar el caso a la Sala Plena se torna una obligación cuando las razones para que la Sala Plena conozca del caso aparecen no como meramente convenientes sino como imperiosas o necesarias. Esto sucede en este proceso por las siguientes tres razones. Primero, por la trascendencia social de la decisión pues era la posible nulidad de la elección del segundo senador más votado en el país, quien ya había sido absuelto en primera instancia en el proceso de pérdida de investidura, por lo cual la decisión anulatoria podría causar traumatismos jurídicos y políticos, como en efecto los ha causado. Segundo, y más imperioso aún, era necesario que la Sección 5ª llevara el caso a la Sala Plena debido a la función unificadora que tiene la Sala Plena. En efecto, si llevaba el caso a la Sala Plena, la Sección 5ª podía evitar contradicciones entre las salas y secciones pues la Sala Plena decidiría tanto la apelación de la pérdida de investidura como la posible nulidad de la elección del senador Mockus, con lo cual se garantizaban decisiones congruentes. Finalmente, era necesario que la sección 5ª llevara el caso a la Sala Plena debido a la competencia especial que tiene la Sala Plena para decidir autónomamente las pérdidas de investidura, por lo cual no podía la Sección 5ª tomar una decisión que limitaba esa competencia de la Sala Plena al fijarle, con fuerza de cosa juzgada, ciertos hechos del proceso. Ahora bien, en vez de aceptar esa función de la Sala Plena, la Sección 5ª decidió ignorar que el caso se encontraba en apelación en la Sala Plena y se apresuró a dictar una sentencia de nulidad de la elección del senador Mockus, que en el fondo vacía esas dos competencias de la Sala Plena, pues i) le impide evitar contradicciones entre salas y secciones y le ii) impide analizar libremente la apelación en el caso de pérdida de investidura 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, por mandato del artículo 1 de la Ley 1881, pues ahora esa sentencia de la Sección 5ª se convertiría en el “primer fallo”. Esto no sólo es un absurdo institucional pues implica una inversión de las jerarquías funcionales entre las secciones y la Sala Plena del Consejo de Estado, sino que implica una nueva violación al debido proceso del senador Mockus, pues resulta que, sin que el senador Mockus tenga derecho a apelar, queda establecido en el proceso de pérdida de investidura que él habría incurrido en una inhabilidad, cuando en la primera instancia se había llegado a la conclusión contraria, esto es, que no había incurrido en ninguna inhabilidad. Ahora bien, supongamos que la Sala Plena se entendiera limitada por las conclusiones fácticas de la Sección 5ª de que Mockus incurrió en inhabilidad y procediera únicamente a examinar si Mockus era o no culpable para decretar la pérdida de investidura. ¿Dónde queda entonces el derecho de defensa del senador Mockus y su derecho a apelar plenamente una eventual sentencia condenatoria pues si ni siquiera puede controvertir ante la Sala Plena del Consejo de Estado si existió o no la inhabilidad pues ese asunto habría sido fijado, con fuerza de cosa juzgada, por la sentencia de única instancia de la Sección 5ª?

B. Segundo Cargo: Defecto sustantivo por interpretación extensiva de una causal de inhabilidad.

La Sección 5ª del Consejo de Estado dictó sentencia de nulidad desconociendo el principio *pro homine* y la hermenéutica restrictiva que tienen las causales de inhabilidad, en este caso la prevista en el artículo 179-3 de la Constitución. Así lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que al interior del propio Consejo de Estado (Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura) se hizo una lectura diferente de la misma causal, haciendo referencia expresa al carácter taxativo y restrictivo de dicha interpretación.

Con ello, en el fondo la Sección 5ª creó una nueva inhabilidad para ser congresista que no se deriva del artículo 179-3 de la Constitución: haber sido representante legal de una persona jurídica de derecho privado que celebra contratos con entidades estatales dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, a pesar de que NO se hubieren gestionado negocios NI celebrado contratos con esas entidades durante el mismo periodo.

El defecto sustantivo se presenta cuando el juez decide con base en normas que desbordan la Constitución y la ley, desconociendo los principios, derechos y deberes del ordenamiento jurídico que además conforman el marco jurídico de la actividad judicial²⁹. Ha dicho la Corte Constitucional que *“de igual manera, se incurre en un defecto sustantivo, cuando las normas legales no son interpretadas con un enfoque constitucional, fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto”*³⁰.

De manera específica, este defecto se configura, entre otros supuestos, en los siguientes: Por la aplicación de una norma que requiere de interpretación sistemática con otras normas pero estas no se tienen en cuenta en la decisión³¹; cuando el juez desconoce la normatividad aplicable al caso concreto³²; cuando el juez interpreta o aplica la norma de manera errónea³³; cuando la interpretación que el juez hace de la norma es evidentemente perjudicial para los intereses de una de las partes, a pesar de la legitimidad de que estos gocen, o resulta injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución³⁴; cuando dejan de aplicarse normas constitucionales o legales pertinentes³⁵.

En la Sentencia T-344 de 2015 la Corte Constitucional reseña los yerros hermenéuticos que dan lugar a un defecto sustantivo, que se transcribe a continuación resaltándose el que se presenta en esta oportunidad con la Sentencia de la Sección 5ª del Consejo de Estado:

“En diferentes pronunciamientos, esta Corporación ha delimitado el campo de aplicación del defecto sustantivo en las providencias judiciales, al señalar que se presenta, entre otras razones, (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente³⁶, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia³⁷, c) es inexistente³⁸, d) ha sido declarada contraria a

²⁹ Corte Constitucional. Sentencias SU-573 de 2017, C-590 de 2005, SU-159 de 2002, SU-1702 de 2000 y C-984 de 1999.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 2017.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 2017.

³² Corte Constitucional. Sentencia SU-770 de 2014.

³³ Corte Constitucional. Sentencia SU-770 de 2014.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencias SU-050 de 2017 y T-344 de 2015.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencias SU-050 de 2017 y T-344 de 2015.

³⁶ Sentencia T-189 de 2005.

³⁷ Sentencia T-205 de 2004.

³⁸ Sentencia T-800 de 2006.

la Constitución³⁹, e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador⁴⁰; (ii) cuando a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable⁴¹ o “la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes”⁴², **o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial**; (iii) cuando no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes⁴³, (iv) cuando la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva⁴⁴ o contraria a la Constitución⁴⁵; (v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”⁴⁶; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso⁴⁷ o (vii) cuando se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto⁴⁸. Existe defecto sustantivo igualmente cuando (viii) la decisión no está justificada en forma suficiente⁴⁹ de tal manera que se afectan derechos fundamentales⁵⁰; (ix) cuando sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial⁵¹ y, (x) cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad frente a una manifiesta violación de la Constitución⁵²”.

La interpretación analógica o extensiva de las inhabilidades está constitucionalmente proscrita por cuanto, además de desconocer el principio de legalidad, vulnera el principio *pro homine* o *pro persona*. Por lo tanto, configura un defecto sustantivo que hace procedente la tutela contra providencias judiciales.

La jurisprudencia ha sido insistente en señalar que las inhabilidades para el ejercicio de cargos y funciones públicas deben interpretarse en forma restrictiva,

³⁹ Sentencia T-522 de 2001.

⁴⁰ Sentencia SU-159 de 2002.

⁴¹ Sentencias T-1101 de 2005, T-1222 de 2005 y T-051 de 2009.

⁴² Sentencias T-001 de 1999 y T-462 de 2003.

⁴³ Sentencia T-814 de 1999, T-462 de 2003, T-1244 de 2004, T-462 de 2003 y T-1060 de 2009.

⁴⁴ Sentencia T-018 de 2008.

⁴⁵ Sentencia T-086 de 2007.

⁴⁶ T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Dijo la Corte: “La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la “malversación” de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular. // Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma - se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo)...”.

⁴⁷ Sentencia T-807 de 2004.

⁴⁸ Sentencia T-056 de 2005, T-1216 de 2005, T-298 de 2008 y T-066 de 2009.

⁴⁹ Sentencias T-114 de 2002 y T-1285 de 2005.

⁵⁰ Sentencia T-086 de 2007.

⁵¹ Sentencias T-193 de 1995, T-949 de 2003, T-1285 de 2005 y T-086 de 2007.

⁵¹ Sentencias SU-640 de 1998, T-462 de 2003, T-292 de 2006 y T-086 de 2007.

⁵² Sentencias T-1625 de 2000, T-522 de 2001, SU-1184 de 2001 y T-047 de 2005.

pues por su naturaleza implican la restricción al ejercicio de derechos⁵³. Al respecto, en la Sentencia C-147 de 1998 la Corte Constitucional precisó que ello se predica también de las inhabilidades de rango constitucional, o de otro modo “estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla”. Dijo entonces la Corte:

“Finalmente, no se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta (CP arts 13 y 40) sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos”. (Subrayado fuera de texto)”.

Con esa premisa fundamental, en la **Sentencia T-284 de 2006**, la Corte Constitucional dejó sin efecto una providencia de la Sección 5ª del Consejo de Estado que “efectuó una interpretación extensiva no permitida para esta clase de procesos sancionatorios violando en consecuencia el principio de legalidad que los rige” y a la postre “implicó la consecuente transgresión al actor del derecho fundamental a ser elegido”. La providencia de la Sección 5ª del Consejo de Estado, había anulado la elección del actor como Gobernador del Departamento de Córdoba para el periodo 2004-2007. Dijo entonces la Corte:

“Las palabras de la ley son la frontera que no se puede traspasar en el ejercicio hermenéutico de las mismas, más aún si se trata de aplicar inhabilidades que exige una interpretación restrictiva. Aunque para otros casos la exigencia de una interpretación sistemática con el fin de superar vacíos de la ley remitiéndose a la aplicación de principios y valores superiores para alcanzar el propósito teleológico de las reglas de derecho, permitan al operador jurídico pronunciarse con precisión sobre los conflictos jurídicos que sean sometidos a su conocimiento.

(...)

*La Sección Quinta del Consejo de Estado en esta ocasión, tratando de armonizar la inhabilidad del numeral 4º del art. 30 de la Ley 617 de 2000 con el párrafo del art. 2º de la Ley 80 de 1993, **efectuó una interpretación extensiva no permitida para esta clase de procesos sancionatorios violando en consecuencia el principio de legalidad que los rige.***

(...)

*5.9. Corolario de todo lo anterior, el que la Sección Quinta se haya apartado de la definición que la Ley 79 de 1988 y el Decreto-Ley 1482 de 1989 dio a las Cooperativas y su naturaleza de persona jurídica de derecho privado, y se haya remitido al párrafo del art. 2º de la Ley 80 de 1993 para concluir que la asimilación de las mismas a entidades estatales, además de los solos efectos contractuales, también implicaba inhabilidades electorales, como la contenida en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, **la hizo incurrir en una violación al principio de legalidad que prohíbe para este***

⁵³ Corte Constitucional, Sentencias C-147/98, T-637/03, T-1093/04, T-282 de 2006 y T-1039/06, entre muchas otras.

tipo de casos la analogía o las interpretaciones extensivas, lo que se traduce en concreto a una vía de hecho por defecto sustantivo.

(...)

Por todo lo anterior, teniendo en cuenta que la conducta imputada al actor no conllevaba, por virtud de las normas aplicadas a su caso, a la declaratoria de nulidad de su elección como Gobernador, con lo cual se presenta una violación del principio de legalidad como del debido proceso y con ello un defecto sustantivo, la Sala revocará la sentencia de tutela proferida por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del veinte (20) de octubre del año dos mil cinco (2005), que decidió negar el amparo de los derechos constitucionales fundamentales al señor Libardo José López Cabrales y en su lugar concederá el amparo solicitado en cuanto a los derechos al debido proceso, acceso a cargos y funciones públicas y elegir y ser elegido. En consecuencia dejará sin efectos la sentencia del 24 de agosto de 2005, proferida por la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, que declaró la nulidad del acto de elección del señor Libardo José López Cabrales como Gobernador del Departamento de Córdoba, para el periodo constitucional 2004-2007 y canceló su credencial para actuar como Gobernador expedida por la Organización Electoral". (Resaltado fuera de texto)

Asimismo, en la **Sentencia T-1039 de 2006** la Corte Constitucional reafirmó que para la hermenéutica de las inhabilidades "está constitucionalmente prohibida su interpretación extensiva", en la medida en que compromete los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a cargos y funciones públicas. De hecho, en aquella oportunidad también dejó sin efectos una decisión de la Procuraduría General de la Nación, recordando que "entre diversas posturas interpretativas posibles no se puede acoger aquella que haga más gravosa la situación", de manera que "no puede acoger el organismo de control disciplinario interpretaciones 'finalísticas' de una causal de inhabilidad". Al respecto sostuvo lo siguiente:

"Se puede concluir entonces que **en materia de interpretación de las causales de inhabilidades esta Corporación ha sostenido que para este caso está constitucionalmente prohibida su interpretación extensiva** porque afecta el derecho fundamental al debido proceso, al igual que el principio de igualdad y el derecho de acceso a cargos y funciones públicas. Por lo tanto el intérprete de las disposiciones legislativas en la materia ha de ceñirse en la mayor medida posible al tenor literal y gramatical de los enunciados normativos, sin que pueda acudir prima facie a criterios interpretativos tales como la analogía, la interpretación extensiva para ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas.

(...)

Ahora bien, en este caso no se debate la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la causal de inhabilidad establecida en el literal b del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 sino precisamente la interpretación acogida por el organismo de control disciplinario para adecuar una conducta a una falta disciplinaria, **por tal razón considera esta Sala de Revisión que entre diversas posturas interpretativas posibles no se puede acoger aquella que haga más gravosa la situación** del sujeto disciplinable porque de esta manera se rebasa el margen de flexibilidad reconocido al fallador disciplinario en la adecuación típica de las conductas de los servidores públicos investigados.

En efecto, en el caso concreto existe una doble limitación en cuanto a la interpretación de la disposición cuya infracción configura la falta disciplinaria sancionada: En primer lugar se trata de una causal de inhabilidad que debe ser interpretada de manera restrictiva, y el intérprete debe respetar en la mayor medida posible el tenor literal de los enunciados normativos en cuestión, pero adicionalmente como el control disciplinario significa el ejercicio del ius puniendi del Estado, también está proscrita cualquier forma de interpretación extensiva, sistemática o analógica de las disposiciones que establecen faltas disciplinarias.

Como se sostuvo en acápites anteriores de esta decisión está doble prohibición esta justificada tanto por los derechos fundamentales en juego en materia de control disciplinario (debido proceso y derecho de acceso a los cargos y funciones públicas) como por los derechos fundamentales limitados en virtud del señalamiento legal de un régimen de inhabilidades (específicamente el derecho a la igualdad en el acceso a cargos y funciones públicas), en esa medida no puede acoger el organismo de control disciplinario interpretaciones “finalísticas” de una causal de inhabilidad.

Reitera esta Sala de Revisión que en materia disciplinaria debido a la doble restricción a la que se ha hecho alusión están constitucionalmente prohibidas cualquier tipo de interpretación extensiva de una causal de inhabilidad.

(...)

En conclusión, esta sala de Revisión estima que la Procuraduría General de la Nación vulneró los derechos fundamentales del Sr. Montealegre Echeverri al debido proceso disciplinario y el derecho al ejercicio de cargos y funciones públicas por haber acogido una interpretación extensiva de una causal de inhabilidad para adecuar la conducta del investigado disciplinariamente a una falta disciplinaria. Interpretación extensiva que en materia disciplinaria resulta constitucionalmente prohibida por las razones expuestas en la presente decisión”. (Resaltado fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reivindicado la importancia del principio **pro homine**, que tiene fundamento en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual se debe preferir la interpretación más amplia cuando se trata de reconocer derechos y excluir la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer limitaciones al ejercicio de los mismos. Esto último es lo que sucede precisamente con las causales de inhabilidad, que limitan el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

En la previamente referida **Sentencia T-284 de 2006**, la Corte explicó el alcance de ese principio en los siguientes términos:

“3.2.4. En armonía con lo anterior, y dado que el derecho a “participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, específicamente el de elegir y ser elegido que consagra el artículo 40 de la Constitución Política y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁴, obliga a

⁵⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 25: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.

los operadores jurídicos a que en toda interpretación que se haga referente al ejercicio de este derecho se aplique el principio **pro homine**⁵⁵, es decir, aquella que signifique la menor restricción del mismo.

*El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, **estar siempre a favor del hombre**".*

Cabe precisar que la constitucionalidad y carácter vinculante de esta cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos fundamentales ha sido ampliamente reconocida en la jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, en la Sentencia C-1056 de 2004 la Corte sostuvo:

*"De otra parte es necesario tener en cuenta además que de acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵⁶, siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos⁵⁷ conocida también como **principio pro homine**, que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana⁵⁸ como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones⁵⁹.*

⁵⁵ El principio Pro Homine está reconocido en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: "1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

⁵⁶ "Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁵⁷ Así, por ejemplo, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala lo siguiente: "Artículo 5: 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

⁵⁸ Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente

Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros convenios de derechos humanos⁶⁰, muestra además que el objeto del presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales". (Resaltado fuera de texto)

En síntesis, en virtud de los principios de legalidad y *pro persona* está constitucionalmente proscrita la interpretación analógica, extensiva o teleológica de las inhabilidades en la medida en que, por su naturaleza, conllevan la restricción de derechos fundamentales, en especial el derecho a elegir y ser elegido, y por esa vía participar en la conformación, el ejercicio y control del poder político. Por lo tanto, cuando una autoridad judicial hace uso de esos criterios hermenéuticos se configura un “*defecto sustantivo*” que permite acudir a la acción de tutela contra providencias judiciales.

Con esos referentes normativos, procedo a analizar el caso concreto.

Para determinar si ANTANAS MOCKUS estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-3 de la Constitución, la Sección 5ª del Consejo de Estado formuló el siguiente problema jurídico⁶¹:

“¿El señor Antanas Mockus se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 Superior **por la celebración de contratos**. Específicamente, por la celebración de: i) El convenio de asociación N° 10 de noviembre de 2017 celebrado entre la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y Corpovisionarios y ii) El convenio de asociación N° 566 de 10 de noviembre de 2017 suscrito entre la UAESP y la referida corporación?”. (Resaltado fuera de texto)

La mayoría de la Sección 5ª consideró que, aun cuando está demostrado que quien suscribió dichos convenios fue el Director Ejecutivo de CORPOVISIONARIOS (señor HENRY MURRAÍN), en realidad él no actuó a nombre de la Corporación sino como mandatario del Presidente de la misma (ANTANAS MOCKUS), de manera ANTANAS MOCKUS sí estaba incurso en la causal de inhabilidad por haber “**celebrado**” contratos con el Estado dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección.

al logro de ese legítimo objetivo” Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 46.

⁵⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-408 de 1996 y C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁰ Ver, por ejemplo, la sentencia C-408/96, fundamento jurídico No 14.

⁶¹ Inicialmente la Sala planteó otro problema jurídico relacionado con la posible “gestión de negocios ante entidades públicas”. Sin embargo, se abstuvo de analizarlo por considerar acreditada la celebración de contratos. Dijo al respecto: “Como uno de los cargos prosperó, la Sección se releva de estudiar lo relacionado con la gestión de negocios, habida cuenta que la censura acreditada es suficiente para decretar la nulidad parcial del acto acusado”.

Para centrar la discusión, la Sala dejó claro que los convenios fueron suscritos a nombre de CORPOVISIONARIOS (entidad sin ánimo de lucro -ESAL-), pero no por ANTANAS MOCKUS sino por el señor HENRY SAMUEL MURRAÍN, quien era el Director Ejecutivo. Con esa premisa, reconoce abiertamente que existen dos (2) posturas sobre el elemento objetivo de la inhabilidad (celebrar contratos con entidades estatales), con lo cual queda claro que lo que se presenta es una discusión de orden hermenéutico:

“Bajo este panorama probatorio, para la Sala está plenamente demostrado, de un lado, que CORPOVISIONARIOS celebró dos convenios de asociación con entidades públicas a saber: Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y la UAESP y, de otro, que los citados convenios fueron suscritos a nombre de la ESAL por el señor HENRY SAMUEL MURRAÍN.

(...)

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

Ahora bien, recuérdese que, además, de lo que resultó probado, todas las partes dieron por cierto que los contratos se suscribieron, en representación de la corporación, por el señor HENRY SAMUEL MURRAÍN y no por el demandado, solo que de esa circunstancia cada sujeto procesal arribó a una conclusión distinta.

Así, en términos generales, para la parte actora el elemento objetivo de la inhabilidad no se desvirtúa por el hecho de que el contrato no haya sido firmado por el demandado, pues en todo caso en el expediente consta que el representante legal de CORPOVISIONARIOS era el señor ANTANAS MOCKUS sumado a que su nombre aparece reiteradamente en los estudios previos que precedieron la celebración de los citados negocios jurídicos ; en contraposición, la parte demandada insistió no solo en que materialmente no celebró el contrato, sino en que, además, desde el año 2006 “delegó” la facultad de representación en el director ejecutivo y por eso la inhabilidad no se materializó.

En consecuencia, atañe a la Sección determinar cuál de las citadas posiciones debe privilegiarse, y por consiguiente, establecer si pese a que el demandado no suscribió materialmente los aludidos convenios se encuentra incurso en la causal de inhabilidad de celebración de contratos. Para el efecto, se desarrollará el siguiente esquema; en primer lugar, se analizará lo relativo a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, así como la forma en la que estas actúan; en segundo lugar, se ahondará en el caso concreto, acápitemos en el que se examinará: i) quién es el representante legal de CORPOVISIONARIOS y ii) cuáles son los alcances de la “delegación” a la que alude el demandado; para finalmente, exponer una conclusión”. (Resaltado fuera de texto)

Para la Sección 5ª del Consejo de Estado cualquiera de las dos interpretaciones tenía igual vocación de prosperidad, decantándose finalmente por la postura de los demandantes de la nulidad. Al describir el marco metodológico en el cual destrabará el asunto pone en igualdad de condiciones las posiciones de demandantes y demandado, obviando cualquier referencia constitucional y la salvaguarda que representaba para el demandado (ANTANAS MOCKUS) la interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad.

En ningún momento de la discusión la Sala advirtió que debía tomar en consideración el principio *pro homine*, con el fin de acoger una hermenéutica que favoreciera el ejercicio de los derechos fundamentales y no su limitación, como finalmente ocurrió. Menos aún ponderó que, por tratarse de una inhabilidad, la lectura de dicha casual debía hacerse de manera restrictiva, como lo ha señalado de modo insistente la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del propio Consejo de Estado⁶².

La Sección Quinta desplaza de su órbita de análisis este marco de interpretación y se queda en normatividad específica de menor categoría, aislando su estudio del derrotero que le marcaban los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos recogidos por los tribunales nacionales.

En el caso concreto y pese a tal prohibición, la Sala decantó su decisión por una interpretación extensiva de los estatutos sociales de CORPOVISIONARIOS y efectuó un razonamiento analógico de la Resolución de delegación de funciones para elaborar las 2 conclusiones sobre las que cimentó su fallo. Valga la pena reiterarlas:

- Interpretó extensivamente los estatutos para concluir que era el querer de los miembros de la Corporación permitir la Representación Legal únicamente en el Presidente.
- Efectuó una analogía iuris, para concluir que la delegación de funciones era asimilable a un contrato de mandato y, por ello, el Director Ejecutivo había actuado en representación del Presidente y no de la Corporación propiamente dicha.

Sobre este par de conclusiones -una extensiva y una analógica- la Sección 5ª erige la sanción de inhabilidad al Senador ANTANAS MOCKUS, se reitera, manteniéndose en el terreno de la normatividad de raigambre inferior y pretermitiendo su obligación de acompasar dicho análisis al marco consuetudinario que le impedía tales licencias hermenéuticas.

Cuando la providencia define elemento objetivo de la inhabilidad, en la página 23, señala en forma categórica que para que ella se configure “debe existir intervención directa y personal del candidato, es decir, debió haber participado en la celebración del negocio jurídico”:

“2.6 Respecto de la celebración de contratos

Corresponde a la Sala analizar si el demandado se encuentra incurso en la inhabilidad de celebración de contratos conforme al problema jurídico antes fijado.

Ahora bien, de la redacción de la inhabilidad se pueden extraer los siguientes elementos configurativos:

- i) Un **elemento temporal** limitado a los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

⁶² Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2008, exp. 2008-00316-00, M.P. Mauricio Torres Cuervo. Pueden consultarse, igualmente: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de septiembre de 2002, exp. PI-7452. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de mayo de 1995, exp. acumulados 1146, 1148 y 1149.

ii) Un **elemento material u objetivo** consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas. Sobre el punto, la Sección ha establecido que aquella incluye la participación directa de las partes del contrato, es decir, para que se entienda configurada esta inhabilidad **debe existir intervención directa y personal del candidato, es decir, debió haber participado en la celebración del negocio jurídico**⁶³.

Asimismo, se ha señalado que la conducta prohibida es “celebrar”; por ello, actividades relacionadas con la ejecución y/o liquidación del contrato se entienden ajenas a la inhabilidad”. (Subrayado fuera de texto).

Sin embargo, en lo sucesivo la sentencia hace un tremendo esfuerzo hermenéutico para echar por tierra esa premisa y señalar, contrario a lo que demostraban los elementos probatorios, que la delegación que efectuó el Presidente de CORPOVISIONARIOS (ANTANAS MOCKUS) al Director Ejecutivo (HENRRY SAMUEL MURRAÍN) para ejercer la representación legal de la entidad y suscribir contratos a nombre de ella, “EN ESTE CONTEXTO” en realidad correspondía o era asimilable a un contrato de mandato. Dice la providencia:

“Del análisis de estos documentos, parecería desprenderse que el señor Antanas Mockus no ejercía la representación legal de CORPOVISIONARIOS porque “delegó” esa función al director ejecutivo de esa corporación. Sin embargo, esta sería una conclusión apresurada, habida cuenta que no se tiene certeza respecto a las implicaciones de “delegación”; aspecto del que la Sala se ocupará a continuación.

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

Así pues, aunque la expresión “delegación” acuñada en el caso concreto conlleve a evocar la facultad prevista en la Constitución y desarrollada en la Ley 489 de 1998, lo cierto es que esta no puede hacernos perder de vista que nos encontramos en el marco del derecho civil, concretamente en la posibilidad que tiene el presidente de CORPOVISIONARIOS -un particular- de entregar al director ejecutivo -otro particular- una potestad que los estatutos le asignaron a él.

Por ello, para entender la facultad entregada al representante legal de CORPOVISIONARIOS no es posible hacer un símil con lo reglado en la citada legislación para los servidores públicos, sino que debe recurrirse al sentido lato del verbo “delegar”, el cual se define como la acción de una persona de *“autorizar [a otra] para que haga algo en su lugar”*.

⁶³ En este sentido consultar, entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de marzo de 2015, radicación 1101-03-28-000-2014-00065-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de octubre de 2018, radicación 11001-03-28-000-2018-00018-00 MP. Lucy Jeannette Bermúdez.

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

Ahora bien, en el derecho público la delegación se materializa a través del respectivo acto administrativo, en tanto en el derecho privado la acción de “delegar” se cristaliza a través del contrato de mandato, debido a que es mediante este negocio jurídico que se permite que los particulares entreguen a otro el curso de las acciones, funciones y/o responsabilidades que están a su cargo.

Al respecto el Código Civil dispone en su artículo 2142 lo siguiente:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

El contrato de contrato de mandato es aquel mecanismo, a través del cual del cual una particular confía a otro la gestión de una determinada actividad, para que esta la realice en su nombre y representación. Es decir, el contrato de mandato conlleva ínsita la representación, de forma que se entiende que obra el mandante pero a través de un tercero”. (Resaltado fuera de texto)

A continuación, la Sección 5ª se refiere a las implicaciones de la delegación en la inhabilidad objeto de estudio, respecto de lo cual sostiene que los contratos suscritos por CORPOVISIONARIOS lo fueron por mandato y en nombre de su presidente y representante legal, el señor ANTANAS MOCKUS:

“Para la Sala no cabe duda que el demandado, pese a la “delegación”, ostentaba la calidad de representante legal de CORPOVISIONARIOS, habida cuenta que, conforme a lo explicado, tal figura no tenía la potestad de quitarle dicha condición ni muchos menos de convertir a otro, automáticamente, en el representante legal.

(...)

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

(...)

Por lo anterior, para la Sala Electoral como el señor Henry Samuel Murrain celebró los convenios antes estudiados, en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, y esta “delegación” no es más que un contrato de mandato que le permitió actuar en nombre y representación del verdadero representante

legal de COPORVISIONARIOS, se debe entender que estos se suscribieron jurídicamente por quien tenía, según los estatutos, la capacidad para representar y, por ende, contraer obligaciones a nombre de esa corporación, esto es, el señor Antanas Mockus”.

Es evidente que la Sala efectúa un análisis extensivo y analógico de la procedencia de la causal de inhabilidad, como quiera que, pese a anunciar que para configurarse con el verbo “suscribir” debe haber intervención “personal y directa del demandado”, posteriormente recurre a una analogía para asimilar la delegación efectuada al Director Ejecutivo por el Presidente de Corpovisionarios a un contrato de mandato y así poder hacer extensiva la condición de suscriptor de los convenios, a pesar de no haberse probado su participación ni personal ni directa.

A diferencia del fallo que ahora es objeto de impugnación, en la sentencia de la Sala Especial del Consejo de Estado que negó la pérdida de investidura del Senador ANTANAS MOCKUS, con fundamento en la misma causal que condujo a la nulidad de su elección, sí se hizo referencia expresa al carácter restrictivo de la causal de inhabilidad y la prohibición de aplicaciones extensivas o analógicas. De hecho este fue un criterio relevante a la hora de tomar la decisión:

“La participación del congresista en las etapas subsiguientes a la celebración del contrato, como por ejemplo su ejecución y liquidación, no tiene la potencialidad de configurar la inhabilidad analizada **porque la lectura restrictiva de la norma sancionatoria impide que se haga una aplicación extensiva o analógica de la inhabilidad** y, por ende, de la causal de pérdida de investidura a etapas contractuales que no fueron previstas expresamente por el Constituyente⁶⁴.

Por consiguiente, tratándose del supuesto “*haber intervenido en la celebración de contratos con entidades estatales*”, el tipo objetivo contiene un ingrediente normativo consistente en que el congresista, o un tercero, se hubieran beneficiado o tenido la posibilidad de favorecerse económica o políticamente de ese negocio jurídico.

(...)

Así las cosas, y en virtud de la interpretación taxativa y restrictiva que por ser limitaciones al derecho fundamental a ser elegido, se debe hacer de las inhabilidades y de las causales de pérdida de investidura, en este caso, la suscripción del contrato por el señor Henry Samuel Murrain Knudson como director ejecutivo con facultad para contratar por Corpovisionarios, con la ACPP y la UAESP, **no conllevan a la incursión en la inhabilidad de la celebración de contratos por el demandado, de que trata el artículo 179.3 de la Constitución Política, puesto que efectivamente no fue él quien suscribió los convenios de asociación, y si la persona jurídica de la cual era presidente sí los suscribió, está demostrado en el proceso que la representación legal era compartida, así como la administración de la entidad, por lo que la facultad para contratar estaba en cabeza del director ejecutivo, y ostentar la**

⁶⁴ Cf. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de noviembre de 2008, exp. 2008-00316-00, M.P. Mauricio Torres Cuervo. Pueden consultarse, igualmente: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de septiembre de 2002, exp. PI-7452. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de mayo de 1995, exp. acumulados 1146, 1148 y 1149.

condición de presidente de la entidad, por sí solo, no configura la inhabilidad." ⁶⁵ (Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, a partir de una interpretación extensiva y contraria al principio *pro homine*, la Sección 5ª del Consejo de Estado terminó creando una nueva inhabilidad para ser congresista que no está prevista ni se infiere del artículo 179-3 de la Constitución: aparecer como representante legal de una persona jurídica de derecho privado que celebra contratos con entidades estatales dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, a pesar de ni directa ni personalmente se hubieren gestionado negocios o celebrado contratos con esas entidades durante el mismo periodo.

En síntesis, el análisis hermenéutico efectuado por la Sección 5ª del Consejo de Estado desconoció no solo el carácter taxativo de las inhabilidades, sino el principio *pro homine*, lo que configura un defecto sustantivo que hace procedente la acción de tutela.

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

La Sección 5ª del Consejo de Estado dictó la sentencia de en abierta contradicción de lo que demostraba el material probatorio acopiado. En efecto, aun cuando ANTANAS MOCKUS aparecía formalmente como representante legal de CORPOVISIONARIOS, y esa persona jurídica (sin ánimo de lucro) celebró contratos con entidades públicas dentro de los 6 meses anteriores a la elección, lo cierto es que él NO intervino en gestión de negocios ante entidades públicas NI celebró contratos en interés propio o de terceros (art. 179-3 CP).

El defecto fáctico se presenta cuando el juez carece de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en que sustenta la decisión, porque no tuvo en cuenta la totalidad del material probatorio o hizo una valoración irrazonable de este⁶⁶. Es decir, este defecto se relaciona con el recaudo, la validez y la valoración de las pruebas e implica fallas sustanciales atribuibles a deficiencias probatorias dentro del proceso⁶⁷.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el defecto fáctico se puede dar en dos dimensiones. La primera es la dimensión positiva o por acción, que consiste en que el juez aprecia pruebas determinantes que no debió admitir por inconstitucionalidad, ilicitud o ilegalidad, o efectúa una valoración errada, arbitraria, irracional o caprichosa de estas⁶⁸. La segunda, la dimensión negativa o por omisión, se da cuando el juez (i) omite decretar y practicar pruebas pertinentes y conducentes, (ii) **hace una valoración defectuosa de pruebas determinantes**, o (iii) no valora elementos probatorios injustificadamente, lo que

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de 2019. Magistrada Ponente María Adriana Marín. Radicación número 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados).

⁶⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-006 de 2018, T-587 de 2017, SU-566 de 2015, C-590 de 2005 y SU-159 de 2002.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-587 de 2017, SU-448 de 2016 y C-590 de 2002.

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-006 de 2018, T-663 de 2017, T-587 de 2017, SU-573 de 2017, T-311 de 2017 y SU-159 de 2002.

implica que no se dan por probados hechos que emergen claramente del caso, desatendiendo una realidad probatoria determinante⁶⁹.

Es evidente entonces que el defecto fáctico tiene estrecha relación con el debido proceso en su componente probatorio. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional, cuando manifestó lo siguiente:

“De conformidad con lo anterior, debe entenderse que el desarrollo del despliegue probatorio debe atender a los parámetros relativos al debido proceso, puesto que de contravenirse este derecho se incurriría en un defecto fáctico, que ha sido entendido por esta Corte como una anomalía protuberante y excepcional que puede presentarse en cualquier proceso judicial y se configura cuando “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado”⁷⁰.

Para que el defecto fáctico se configure y sea una vulneración al debido proceso “*el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión*”⁷¹.

Para el caso concreto, la Sala contaba como elementos probatorios con los estatutos sociales de la Corporación Visionarios por Colombia, en conjunto con las resoluciones de delegación de funciones emitidas por el Presidente de la Corporación, así como con el Certificado de Existencia y Representación Legal de la ESAL, emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá. Con ello se acreditó que el Director Ejecutivo actuó a nombre de la CORPORACIÓN y no de su Presidente (ANTANAS MOCKUS) y que los convenios suscritos también lo fueron a nombre de la CORPORACIÓN y no de una persona natural (ANTANAS MOCKUS).

Estas pruebas documentales acreditaban de manera suficiente que si bien es cierto que ANTANAS MOCKUS podía aparecer formalmente como representante legal de CORPOVISIONARIOS en el certificado de existencia de la corporación, y que esa persona jurídica (sin ánimo de lucro) celebró contratos con entidades públicas dentro de los 6 meses anteriores a la elección, lo cierto es que él NO celebró contratos en interés propio o de terceros (art. 179-3 CP), ni otra persona lo hizo a nombre de él. Sin embargo, los elementos probatorios fueron desestimados y valoradas en forma defectuosa -contra evidente- por la mayoría de la Sección 5ª del Consejo de Estado. Veamos.

– **Estatutos de la Corporación Visionarios por Colombia**

Los estatutos de CORPOVISIONARIOS señalan lo siguiente:

“Capítulo VI. Presidente

Artículo 24. Funciones.

1. Representar legal y socialmente a la corporación.
2. Presidir las reuniones de la sala general y del consejo directivo.

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencias T-006 de 2018, T-663 de 2017, T-587 de 2017, SU-573 de 2017, T-311 de 2017 y SU-159 de 2002.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-006 de 2018 y C-1270 de 2000.

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencias T-006 de 2018, T-587 de 2017, SU-573 de 2017 y SU-159 de 2002.

3. Presentar a la sala general en su reunión anual un informe de gestión, el balance y cuentas del ejercicio.
4. Velar por el cumplimiento de los estatutos, resoluciones y reglamento de la sala general y del consejo directivo.
- 5. Delegar al director ejecutivo la representación legal de la corporación y las funciones que estime pertinentes para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral.**
6. Constituir apoderados para toda clase de gestiones cuando lo considere pertinente.”

Conclusión: Cómo puede verse en el contenido literal de los estatutos, se encuentra que se le permite delegar la representación legal de la Corporación en el numeral 5 y se le faculta para constituir apoderados, lo cual se realiza mediante un contrato de mandato en el numeral 6. Lo que significa que era el deseo de los miembros de Corpovisionarios permitirle ambas posibilidades, tanto delegar en el Director Ejecutivo para que actuara en nombre de la Corporación, como constituir apoderados para que actuaran en nombre del Presidente de la misma, cada uno con un fundamento normativo diferente. En este sentido es destacable que para la sentencia, el Presidente de Corpovisionarios sí es un órgano de la sociedad, pero el Director Ejecutivo, escasamente alcanza la categoría de “cualquier otro miembro”.

Conclusión forzada por la Sección 5ª del Consejo de Estado: A pesar de la conclusión que arrojaba el tenor literal del elemento probatorio analizado, en la sentencia se lee una completamente distorsionada que es: *“En efecto, fueron los miembros de la persona jurídica los que en el marco de la autonomía de su voluntad, determinaron que la representación legal de la corporación recaería, únicamente, en el presidente. Esta decisión analizada desde la perspectiva de la teoría organicista de la persona jurídica antes explicada, permite colegir que la voluntad de CORPOVISIONARIOS volcada en sus estatutos determinó que su representación sería ejercida por uno de sus órganos, esto es por el presidente.”*

- **Certificado de existencia y representación legal**

El Certificado de Existencia y Representación legal expedido por la Cámara de Comercio indica:

“REPRESENTACIÓN LEGAL: EL PRESIDENTE. EL DIRECTOR EJECUTIVO PODRÁ LLEVAR LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA CORPORACIÓN, POR DELEGACIÓN DEL PRESIDENTE, PARA EFECTOS DE TRAMITAR ASUNTOS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO, CONTRACTUAL Y LABORAL. EN CASO DE AUSENCIAS TEMPORALES, EL CONSEJO DIRECTIVO ENCARGARA LA PERSONA QUE LO REEMPLAZARA.” (MAYÚSCULAS EN ORIGINAL)

Conclusión 1: La lectura del certificado determina que la representación legal está en primera medida en cabeza del presidente, bajo la expresión “EL PRESIDENTE”. Después de ello, viene un punto, que indica una segunda hipótesis consistente en que la representación legal “PODRÁ” ser llevada por el Director Ejecutivo, siempre y cuando medie un acto de delegación del Presidente. Ello permite saber que el querer de los asociados sí estaba en que cumplida una condición, la representación legal de la entidad podría estar en cabeza de dos de sus órganos, tanto el Presidente, como el Director Ejecutivo.

Conclusión 2: Sí fue publicitado ante terceros tal posibilidad de Representación Legal de Corpovisionarios, pues estaba inscrito en el certificado de existencia y

representación legal desde el año 2014, que es el documento idóneo para darle publicidad a este tipo de actos.

Conclusión forzada por la Sección 5ª del Consejo de Estado: Sorpresivamente, aunque la lectura del documento también mencionaba al Director Ejecutivo, en el fallo se lee: *“En efecto, fueron los miembros de la persona jurídica los que en el marco de la autonomía de su voluntad, determinaron que la representación legal de la corporación recaería, únicamente, en el presidente.”* Y continúa diciendo: *“Esta conclusión es de suma importancia, ya que no puede hablarse de una representación conjunta o simultánea entre los citados miembros de la corporación, habida cuenta que los estatutos son claros en expresar que quien tiene la calidad de representante es el presidente; cosa distinta es que aquel pueda “delegar” o entregar esa función a otro miembro de la ESAL”.*

- **Resoluciones de Delegación**Elemento probatorio:

La Resolución de Delegación No. 1 de 2006 dispuso:

“Artículo 1- Delegación de funciones y facultades: Delegar en el director ejecutivo de la corporación, las siguientes funciones y facultades:

1. Representación Legal: Delegar en el director ejecutivo de la corporación la representación legal de la Corporación.

Esta delegación conlleva la facultad de actuar en nombre y representación de la corporación ante entidades privadas y en los procedimientos administrativos que se adelanten ante autoridades públicas departamentales, regionales o nacionales en los que tenga interés o sea parte la Corporación (...).”.

La Resolución de Delegación No. 3 de 2012 dispuso:

“El presidente de la Corporación Visionarios por Colombia, en ejercicio de sus facultades, en especial de las que le confiere el artículo 29, numeral 5 (sic)60 de los estatutos de la entidad,

Resuelve:

Artículo 1º. Delegación de funciones y facultades. Delegar en el director ejecutivo de la Corporación, las siguientes funciones y facultades.

Celebración de contratos. Delegar en el director ejecutivo la celebración, a nombre de la Corporación, de los contratos que se requieran para el manejo, administración y funcionamiento de la entidad, cuya cuantía no supere el monto de mil cuatrocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV). Esta delegación conlleva todos los actos inherentes a la actividad contractual”.

Conclusión 1: La resolución de delegación, manifiesta textualmente que el Director Ejecutivo firmará contratos A NOMBRE DE LA CORPORACIÓN, por lo que su análisis en el marco del proceso, no podría arrojar otra conclusión diferente a que los contratos objeto de censura fueron suscritos en nombre de CORPOVISIONARIOS y no de Antanas Mockus.

Conclusión 2: Al indicar en el encabezado que la resolución se expide con fundamento en la facultad conferida en el numeral 5 del artículo 29, se aparta de la posibilidad de tratar dicho documento como una especie de poder o contrato de mandato, ya que dicha facultad, está determinada en el numeral 6 del mismo artículo.

Conclusión forzada por la Sección 5ª del Consejo de Estado: De manera inexplicable, la Sala se aparta del contenido literal del documento que se le puso de presente y sin ninguna justificación para desestimar el contenido textual que se describía en el documento, se esmeró en concluir la hipótesis contraria, diciendo que el Director Ejecutivo, había firmado los contratos en representación de Antanas Mockus y no de CORPOVISIONARIOS. Es así como su conclusión lapidaria indica *“Por lo anterior, para la Sala Electoral como el señor Henry Samuel Murrain celebró los convenios antes estudiados, en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, y esta “delegación” no es más que un contrato de mandato que le permitió actuar en nombre y representación del verdadero representante legal de COPORVISIONARIOS, se debe entender que estos se suscribieron jurídicamente por quien tenía, según los estatutos, la capacidad para representar y, por ende, contraer obligaciones a nombre de esa corporación, esto es, el señor Antanas Mockus”*.

Conclusión forzada por la Sección 5ª del Consejo de Estado: Omitiendo la lectura del numeral 6 del artículo 29 de los Estatutos de CORPOVISIONARIOS⁷², la cual le permitía al Presidente nombrar cualquier clase de apoderados que considerara, y la indicación específica de que se ejercía en aplicación de la facultad conferida en el numeral 5, la Sección Quinta interpretó que lo que en realidad representó el elemento probatorio, era el ejercicio de un mandato hacia un apoderado personal del Presidente *“En otras palabras, pese a la “delegación”, que en realidad es un mandato, el demandado seguía siendo el representante legal, porque esa figura no tenía la potestad para arrebatarse tal condición. De hecho, de ninguno de los documentos allegados al plenario se desprende que dicho ciudadano haya ostentado, de primera mano, la representación legal de CORPOVISIONARIOS”*.

El análisis efectuado por la mayoría de la Sala evidencia un defecto fáctico en la presente sentencia, pues del contenido de los documentos previamente citados pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Que los estatutos sociales, en los que se manifiesta la voluntad de los asociados de la Corporación se previó específicamente que el Presidente podía delegar la representación social de la sociedad en el Director Ejecutivo.
- Que no era potestativo de la persona del Presidente de la Corporación delegar la función en cualquiera, sino que el delegatario de la función tenía que ser otro órgano de la sociedad, como era la Dirección Ejecutiva.
- Que el tenor literal de las resoluciones de delegación indicaba que el director ejecutivo efectuaba la delegación a nombre de la corporación: *“Celebración de Contratos: Delegar en el director ejecutivo la celebración, a nombre de la Corporación, de los contratos”*.
- Que la facultad de delegación no era una posibilidad abstracta, que tenía la facultad de utilizar o no el Presidente, sino que efectivamente la había utilizado. Es decir, que estaba sujeta a una condición suspensiva que habiéndose concretado en las resoluciones de delegación, ya había cobrado plena vigencia.

⁷² 6. Constituir apoderados para toda clase de gestiones cuando lo considere pertinente.

- Que al haberse producido la condición suspensiva que activaba la Representación Legal por parte del Director Ejecutivo desde el año 2006, éste Director ejerció tal representación no sólo para los contratos objeto de la investigación, sino de todos los contratos que había suscrito la ESAL en los 10 años anteriores.
- Que la facultad de constituir apoderados (bajo un contrato de mandato) estaba determinada en el numeral 6 de los estatutos sociales y que por ello era diáfano concluir que la delegación de la representación legal era un querer principal e independiente de los miembros de la corporación, pues por ello habían previsto ambas facultades en los estatutos, una en el numeral 5 y otra en el numeral 6 del mismo artículo 29, clara y perfectamente diferenciadas.
- Que la calidad de Representación Legal por vía de la delegación, sí había cobrado publicidad, en la medida en que estaba inserta en el Certificado de existencia y representación legal, sujeta a una condición suspensiva, que estaba probado, se había concretado para los actos objeto de censura.
- Que eso es tan claro que en ninguno de los más de 170 contratos celebrados por el Director Ejecutivo a nombre de Corpovisionarios, entre los cuales más de 40 entidades estatales de gran importancia, hubo siquiera una duda de que el Director Ejecutivo actuaba como representante legal de la corporación.
- Que la verificación de la autonomía de la actuación del Director Ejecutivo como representante de la entidad debía circunscribirse a la suscripción de los dos convenios objeto de reparo y no a hipótesis generales y abstractas.

Sin embargo, apartándose de las conclusiones que debieron arrojar las pruebas, la Sala se apartó del cauce racional de análisis y en contra de la evidencia probatoria, decidió separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido.

En este sentido, se puede ver la falacia que se construye con las mismas pruebas, obviando la interpretación racional que de ellas se desprendía:

- Se dice en la sentencia que *“En efecto, fueron los miembros de la persona jurídica los que en el marco de la autonomía de su voluntad, determinaron que la representación legal de la corporación recaería, únicamente, en el presidente. Esta decisión analizada desde la perspectiva de la teoría organicista de la persona jurídica antes explicada, permite colegir que la voluntad de CORPOVISIONARIOS volcada en sus estatutos determinó que su representación sería ejercida por uno de sus órganos⁵⁸, esto es por el presidente.”* omitiendo mencionar que son los mismos estatutos los que en el numeral 5 del artículo 29, le permiten al Presidente efectuar la delegación en otro órgano de la ESAL, como es la Dirección Ejecutiva. Es decir, que la voluntad de los asociados volcada en los estatutos, sí era inequívocamente que tal delegación de la Representación Legal en la Dirección Ejecutiva se pudiera producir, como en efecto se produjo.
- Continúa diciendo la sentencia que *“El verbo utilizado por la corporación es revelador, porque evidencia que el director ejecutivo no tiene la representación legal, sino que esta es una mera posibilidad que se materializa bajo el acaecimiento de una condición, esto es, la delegación.”* En esta expresión habla de una contingencia o de una condición suspensiva, para decir que sí la podría tener, pero con el acto de delegación. Aquí hay otro insuperable yerro, porque la Sala olvida valorar otra prueba con la que ya sabía que esa condición se había concretado, como lo es la referida

resolución No. 003 de 2014 con la que efectivamente se materializó la posibilidad de la representación legal por parte del Director Ejecutivo. Es decir la Sala está aceptando que acaeciendo esa condición, la mera posibilidad se ha materializado y se está ante un verdadero representante legal.

- Líneas abajo, la Sala efectúa otra interpretación absolutamente errática del medio probatorio con el que contaba, pues aunque textualmente reza en la Resolución No. 001 de 2006 y en la Resolución No. 003 de 2014 que la *“Celebración de Contratos: Delegar en el director ejecutivo la celebración, a nombre de la corporación, de los contratos (...)”*, el Juez se permite concluir, bajo una interpretación infundada que el Director Ejecutivo actuaba en nombre del Presidente y no en nombre de la Corporación. Tal afirmación se sustenta en la conclusión que se transcribe así: “Debe tenerse en cuenta que la autorización de “delegar” conferida por la asamblea general no tenía como efecto variar la titularidad de la representación de CORPOVISIONARIOS, sino, únicamente, permitir que un tercero actuara en nombre y representación de a quien se asignó esta condición y, por consiguiente, consentir que los actos que el delegatario efectuara se entendieran a nombre de la corporación.”
- *“Para la Sección Electoral, teniendo en cuenta lo expuesto, y en especial que la “delegación” no transmitió la representación sino, únicamente, permitió que un tercero actuara en nombre y representación de quien tenía la capacidad para comprometer legalmente a la entidad, debe concluirse que el elemento objetivo de la inhabilidad se encuentra plenamente acreditado, toda vez que quien suscribió los convenios lo hizo, en nombre del representante legal de la ESAL, esto es del señor Antanas Mockus.”*

Todo lo anterior configura el defecto fáctico del que adolece la sentencia impugnada. En efecto, no se está ante una diferencia de criterios sobre la valoración de los medios de prueba, sino que se evidencia una interpretación por fuera del cauce racional que como medio de convicción arrojaban los documentos debidamente copiados al proceso.

Como se pudo ver en el análisis pormenorizado de los medios de prueba relevantes, la mayoría de la Sala apartó su mirada de lo que le decían los documentos y se permitió construir una serie de elucubraciones que lo llevaron a una decisión errática y sin sustento.

La sentencia valoró entonces en forma totalmente errónea las pruebas en el proceso, en especial desfiguró el alcance de los estatutos de Corpovisionarios y de la delegación hecha por el presidente de Corpovisionarios en el director ejecutivo para contratar y para que fuera representante legal de Corpovisionarios. En efecto, a pesar de lo expresamente establecido en los estatutos, de la existencia de la delegación, de la práctica aceptada por todas las entidades públicas y privadas que han contratado con Corpovisionarios de que el representante legal es el director ejecutivo, la sentencia impugnada concluye, contra toda evidencia, que esa delegación no es válida, por lo cual debe entenderse que fue Mockus quien celebró los dos contratos pues el director ejecutivo habría actuado como mandatario personal de Mockus y no como representante legal de Corpovisionarios. Una total tergiversación de los hechos y de las pruebas.

VIII.- MEDIDAS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

De conformidad con los planteamientos expuestos me permito solicitar lo siguiente:

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 como Senador de la República para el periodo constitucional 2018-2022.
2. DEJAR SIN EFECTO la sentencia del 11 de abril de 2019 proferida por la Sección 5ª 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.

IX.- SOLICITUD DE MEDIDA PROVISIONAL

De conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991⁷³, respetuosamente me permito solicitar que con el Auto admisorio de la acción de tutela se ordene SUSPENDER PROVISIONALMENTE los efectos de la Sentencia de nulidad de la elección como Senador de la República de ANTANAS MOCKUS, proferida por la Sección 5ª del Consejo de Estado el 11 de abril de 2019, hasta tanto se adopte la decisión definitiva a que haya lugar.

Lo anterior, ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues de no suspenderse la mencionada providencia podría ser ejecutada de inmediato, cesando mi representado en el ejercicio de sus funciones como Congresista y tornando inocua la eventual protección de los derechos fundamentales invocados.

⁷³ “ARTICULO 7o. MEDIDAS PROVISIONALES PARA PROTEGER UN DERECHO. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado”.

X.- PRUEBAS Y ANEXOS

Con la presente acción de tutela se adjuntan y solicitan se decreten las siguientes pruebas:

- ANEXO 1. Poder para actuar.
- ANEXO 2. Sentencia de nulidad. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 11 de abril de 2019. Magistrado Ponente Alberto Yepes Barreiro. Radicado: 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado).
- ANEXO 3. Sentencia que negó la pérdida de investidura. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia del 19 de febrero de 2019. Magistrada Ponente María Adriana Marín. Radicación número 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI) (11001-03-15-000-2018-2445-00 y 11001-03-15-000-2018-2482-00) (acumulados).
- ANEXO 4. Copia de algunas piezas procesales correspondientes al proceso de nulidad que se surtió ante la Sección 5ª del Consejo de Estado.
- ANEXO 5. Listado de contratos suscritos por el Director Ejecutivo de Corpovisionarios y copia informal del encabezado de algunos de ellos.
- Se solicita como prueba que se oficie a la Sección 5ª del Consejo de Estado para que remita copia íntegra del expediente correspondiente a la demanda de nulidad electoral aquí impugnada. Radicado: 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado).
- Se solicita como prueba que se oficie a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para que remita copia íntegra del expediente correspondiente a la demanda de pérdida investidura. 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).

XI.- COMPETENCIA

Según lo previsto en el artículo 86 de la Constitución, el Decreto 2591 de 1991, el artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017 (modificatorio del Decreto 1069 de 2015) y el reglamento interno del Consejo de Estado, corresponde a la esta Corporación conocer de la presente acción de tutela, en primera instancia.

XII.- JURAMENTO

Manifiesto que, de acuerdo con la información suministrada por mi poderdante, no se ha instaurado acción de tutela por los mismos hechos, ni entre las mismas partes.

XIII.- VINCULACIÓN DE TERCEROS

1.- De considerarlo pertinente, por tener interés directo en la decisión, solicito la vinculación oficiosa de quienes fungieron como accionantes dentro de la demanda de nulidad electoral aquí impugnada.

2.- Igualmente, solicito se oficie a la Sala Especial de Primera Instancia de Pérdida de Investidura del Consejo de Estado a fin de que, dentro del marco de su autonomía, evalúe la posibilidad de intervenir en el presente asunto.

XIV.- NOTIFICACIONES

El señor ANTANAS MOCKUS y el suscrito apoderado podemos ser notificados en la siguiente dirección:

Carrera 43 A # 22 A – 56

Teléfono:

Correo Electrónico: antanas@cable.net.co.

Con dicciones de comedimiento,

(ORIGINAL CON FIRMA)

HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA

C.C. 4.327.135 de Manizales

T.P. 11.664 del Ministerio de Justicia