

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA TUTELA**

En la misma dirección del comunicado publicado en redes sociales el día 11 de abril de 2019, Antanas Mockus manifiesta su convicción de respeto por la institucionalidad de Colombia. Por esa razón es importante aclarar que la acción de tutela no pretende ser un cuestionamiento a la institucionalidad representada en la sección 5ª del Consejo de Estado. La tutela es presentada 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.

Los argumentos expuestos por la sección 5ª del Consejo de Estado y que produjeron el fallo que pretende la anulación de la elección del senador Mockus se basa en el siguiente argumento:

- 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”.

## **RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LA TUTELA**

- Consideramos que la sentencia impugnada, 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 Corpovisionarios 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 de la contratación de Corpovisionarios en el director ejecutivo. Y efectivamente, entre 2006 y 2019, el director ejecutivo ha suscrito en nombre de Corpovisionarios 174 contratos, de los cuales 42 fueron con instituciones públicas.
- 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:

**1. 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 ídem*), 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 denunciados 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 denunciados 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 denunciados 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..

## **2. 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.

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

Como ya se explicó, la Sección 5ª dictó la sentencia 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).

Así, 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.