

Normas A.P.A.

Gálvez Argote, C., (2010), Fuero para congresistas: providencia de quince septiembre 2009, Sala de Casación Penal, radicado 27032. Solicitud de declaratoria de nulidad. [Versión electrónica] consultado día- mes- año: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp3/fuero-congresistasdp3.pdf , Cuadernos de Derecho Penal No. 3, Pág. 103.

Normas Icontec

GÁLVEZ ARGOTE, Carlos. Fuero para congresistas: providencia de quince septiembre 2009, Sala de Casación Penal, radicado 27032. Solicitud de declaratoria de nulidad. En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 3 (2010). [Acceso: día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp3/fuero-congresistasdp3.pdf

III. Jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

FUERO PARA CONGRESISTAS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin dubitación alguna, tiene competencia para juzgar a los congresistas de la República que hayan renunciado a su investidura, al tenor de lo señalado en el parágrafo del art. 235 de la Constitución Política, cuando el delito atribuido es de los llamados propios o de responsabilidad, dado que tales conductas ilícitas no pueden ser cometidas sino en relación con el cargo o la función, como sucedería con la concusión, el cohecho, el prevaricato y otras ilicitudes. A la misma conclusión se debe llegar cuando se tratare de delitos como el concierto para delinquir y otras atendidas ciertas pautas de análisis, en especial el nexo de los mismos con el cargo desempeñado. Se cambia la jurisprudencia.

Proceso No 27032
Aprobado acta N° 291

Bogotá D. C., quince (15) de septiembre de dos mil nueve (2009)

VISTOS

Se resuelve respecto de la posibilidad de reasumir la competencia en este proceso adelantado contra el Congresista ÁLVARO ARAUJO CASTRO.

CONSIDERACIONES

Como a la Corte han sido remitidas ya actuaciones en curso que adelantaban diferentes juzgados de la capital de la República, debe la Sala hacer pronunciamiento respecto de ellos, naturalmente dentro del contexto de la mencionada providencia y desde luego partiendo del presupuesto de haber establecido plenamente que la naturaleza y características de la conducta punible atribuida en la resolución de acusación se ajusta en un todo a las consideraciones del auto de septiembre 1° y -claro está- al alcance que la

jurisprudencia le ha dado al párrafo del artículo 235 de la Carta Política en cuanto le permite a la Corte mantener la competencia no obstante que el congresista haya dejado de pertenecer a la respectiva corporación legislativa por cualquier razón, aunque en la mayoría de los casos lo haya sido por renuncia a la mencionada calidad.

No hay campo a la vacilación respecto de que en los eventos en que -de acuerdo con lo señalado- se establezca el vínculo entre la función como congresista y el delito atribuido, la Corte debe mantener o (para el caso específico) recuperar la competencia de la que hubiera podido desprenderse en virtud de una interpretación que a la fecha ha sido reconsiderada en ejercicio de su facultad constitucional de ser la unificadora de la jurisprudencia.

Debe dejarse claro que perdida la condición de congresista, la competencia de la Corte se mantiene sin dubitación alguna cuando el delito atribuido es de los llamados propios o de responsabilidad, dado que -como es sabido- tales conductas ilícitas no pueden ser cometidas sino en relación con el cargo o la función, como sucedería con la concusión, el cohecho, el prevaricato y otras ilicitudes. Ahora, cuando la infracción penal imputada es de aquellas que de alguna manera pudieran dar cabida a una conclusión diversa o dubitativa, como fruto de la valoración de la prueba, del desarrollo de la función, de las actividades desplegadas en el ejercicio del cargo, etc., y que por ello hubieran originado la remisión del expediente a la Fiscalía, como sucedió con los procesos fundados en el concierto para delinquir agravado en un comienzo atribuido por la Corte a diversos congresistas, tampoco hay lugar a discusión que en tales situaciones particulares la fijación definitiva de la competencia (que normativamente está reglamentada en la Constitución) se hará en últimas por la interpretación que haga con criterio de autoridad la Sala de Casación Penal de la Corte como órgano máximo de la jurisdicción ordinaria y en calidad -como también se adelantó- de ente unificador de la jurisprudencia que le reconoce explícitamente la Carta. Por ello, jurídicamente queda cerrada la posibilidad de que otra autoridad, aún jurisdiccional, discuta y se abrogue una competencia exclusiva y excluyente de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, la Corte deberá analizar en cada caso particular, como lo hará más adelante en el bajo examen, el nexo entre el delito atribuido y la imputación efectuada, entendiéndose que ésta comprenderá desde la considerada en la propia apertura de investigación formal (como que a partir de allí queda delineada -así sea provisionalmente- la conducta atribuida), pasando por la consignada en el acto de vinculación, así como en la calificación del sumario o en la eventual variación que de la calificación se haga en la audiencia de juzgamiento ante prueba sobreviniente.

Significa lo anterior que en términos generales en todas aquellas actuaciones remitidas a la Fiscalía por parte de la Corte, esta Corporación (con las excepciones relativas a la inexistencia de nexo entre función-conducta)

recuperará la competencia, de la que se desprendió en virtud de una interpretación que se ha reorientado a partir del primero de septiembre, sin que en esa labor pueda la Sala desatender las diferentes situaciones procesales que se estén surtiendo al momento de la devolución del expediente a la Corte, hipótesis respecto de las cuales la Sala se permite consignar -a título meramente ejemplificativo- las distintas soluciones a impartir, como se relacionarán párrafos adelante.

En ese mismo contexto, precisa la Sala que las actuaciones adelantadas (entre ellas el acopio de pruebas), al igual que las decisiones adoptadas hasta ahora por los diversos órganos, tanto de investigación como de juzgamiento, vale decir Fiscalía y jueces especializados, mantienen plena validez, pues todas ellas se ejecutaron dentro del ejercicio de una competencia que la Corte en su momento señaló en desarrollo de su legítimo deber constitucional de interpretación del ordenamiento jurídico y particularmente de aquellas normas que tienen que ver con el proceso penal.

Lo acabado de decir encuentra un marco normativo restrictivo -pero diáfano y puntual- dentro de cuyo contexto la Corte consigna su directriz jurisprudencial, que no es otro diferente al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que reza:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

Se advierte que si bien es cierto no se hace referencia en este particular caso a la aplicación de una ley que señala ritualidades, porque aquélla (la que fija la competencia y por ende el rito procedimental) está reglada en la Carta (art. 235-3), sí se alude a la jurisprudencia, que para este evento comporta la aplicación de una ley, derivada de la interpretación que con autoridad hace la Sala y que proyecta efectos inmediatos e indubitables sobre la sustanciación y ritualidad de la actuación.

Así las cosas, atendidas las diferentes hipótesis de momentos procesales dentro de los cuales se desarrollan los plurales procesos adelantados actualmente por fiscales y jueces, la Corte concreta su pensamiento y solución así:

1.- PROCESOS EN INVESTIGACIÓN

- 1.1. Si el trámite que actualmente adelanta la Fiscalía está en fase de investigación previa, deberá ser remitida inmediatamente a la Corte, que es la competente para adoptar las decisiones que pongan fin a la misma, esto es, profiriendo auto inhibitorio o emitiendo auto de apertura de investigación formal.
- 1.2. Las diligencias que cuenten con apertura formal de investigación (RAI) se enviarán inmediatamente a la Corte, siempre y cuando no se

haya decretado aún el cierre de la misma. Desde luego, si en alguna de ellas existe persona detenida deberá ser puesta a disposición de la Sala, asumiendo ésta los términos que efectivamente estén corriendo para efectos de una libertad provisional como resultado de su eventual vencimiento.

- 1.3. Si ya se ha proferido cierre de investigación y está en firme esa decisión, se impone la remisión inmediata a la Corte, salvo que se esté surtiendo al traslado para presentar alegatos precalificatorios conforme al inciso 2 del artículo 393 de la Ley 600/00, caso en el cual, en el mismo despacho fiscal se deberá agotar el traslado y la recepción de los alegatos pertinentes, bajo el entendido que es ése uno de los 'términos' a que hace referencia y tiene aplicación la trascrita Ley 153/887.
- 1.4. Si ya se agotó el término para presentar alegatos (allegados o no), estando así el proceso en disposición de ser calificado, deberá enviarse a la Corte para que ésta proceda a la evaluación del mérito sumarial.
- 1.5. Si se produjo calificación por parte de la Fiscalía y se están surtiendo las notificaciones correspondientes, allí se continuará y agotará no sólo ese trámite sino también el de ejecutoria conforme el artículo 186 de la Ley 600/2000, para luego sí ser remitido el expediente a la Corte, quien lo recibirá con la acusación en firme o impugnada, dándosele en este último evento el trámite correspondiente de acuerdo con su jurisprudencia actual, esto es, conociendo del recurso. (cfr auto 18 noviembre/08 Rad 29990; auto mayo 13/09 Rad 31119 , entre otros)
- 1.6. Si en la etapa instructiva se ha proferido por la Fiscalía una resolución interlocutoria (distinta de la calificación), y en ese estado está la actuación, las notificaciones y ejecutoria se surtirán en ese escenario, siendo aplicables para esa situación las consideraciones consignadas anteriormente, vale decir, la Corte -de acuerdo con su jurisprudencia- conocerá del recurso, una vez reciba el expediente.
- 1.7. Si se estuviere llevando a cabo la recepción de indagatoria o de versión libre, la diligencia deberá ser agotada en la Fiscalía, pues ya se encuentra iniciada (art. 40 L153/887), debiéndose enviar el expediente a la Corte una vez finalizada la respectiva actuación.

2.- PROCESOS EN ETAPA DE JUZGAMIENTO

De conformidad con la ya citada Ley 153 de 1887, si la actuación que se adelanta es i) el traslado previsto en el artículo 400, inc 2 de la Ley 600/00, o ii) la audiencia preparatoria del artículo 401 id., o iii) la audiencia de juzgamiento del artículo 403 ib., el correspondiente juzgado deberá agotar en su totalidad el término o la diligencia -según el caso- y luego sí remitir inmediatamente el expediente a la Corte para que ésta señale fecha para la preparatoria, o para

la de juzgamiento o se disponga a emitir el fallo, ya que la sentencia -en todo caso- corresponde dictarla a la Corporación- aclarándose obviamente que si el juzgado aún no ha dado inicio al traslado del artículo 400, éste se deberá surtir íntegramente en la Sala de Casación Penal.

3.- EL CASO CONCRETO

Reiterando lo dicho al comienzo, respecto a que las soluciones que se acaban de plantear lo son a simple título de ejemplo, refulge que los casos que a futuro deba asumir la Corte y no regulados en los anteriores acápite obviamente exigirán una solución concreta y particular. En el asunto sometido en esta oportunidad a estudio de la Corte en razón a la remisión que del expediente hiciera el juzgado especializado encuentra solución en los apartes precedentes, así: la audiencia de juzgamiento se agotó en su integridad y el proceso se halla en estado de dictar sentencia, situación que se subsume cabalmente en lo señalado en el punto iii), motivo por el cual se dispondrá que el expediente pase a estudio para la adopción del fallo respectivo, no sin antes precisar someramente por qué se entiende que la Corte es competente, tema, que -desde luego- será abordado a profundidad por la Sala al momento de dictar sentencia.

Por ahora, dígase que el procesado ÁLVARO ARAUJO CASTRO, entonces Representante a la Cámara por el Cesar, concertó con las autodefensas en el propósito de obtener una curul en el Senado para el período 2002-2006. Según la acusación de segunda instancia, el entonces Representante actuó de tal modo en su afán por perder el poder político que veía menguado desde las últimas elecciones, de manera que la alianza con las autodefensas le aseguró su continuidad en el Congreso.

Según dijo la Corte en su momento, existió “un proyecto político paramilitar en los departamentos de Magdalena y Cesar, encaminado al posicionamiento de miembros de esa organización en los diversos niveles de la administración pública y en cargos de elección popular, como estrategia para ocupar espacios políticos, expandir su área de influencia, procurar su financiación y tener voceros en las instancias decisorias de la Nación.

“El aludido proyecto se concretó mediante la distribución y asignación de áreas específicas a determinados aspirantes al Congreso de la República para el período 2002-2006, de marcada influencia paramilitar lograda a través de la intimidación armada a sus habitantes y asesinatos”.

“Particularmente se determinó la existencia de zonas en las cuales, por diversos medios, se conminó a la población a brindar apoyo a ciertos candidatos, como también se fraguó la alteración de los resultados de la votación, con el fin de garantizar la victoria de éstos, hecho evidenciado en los altos porcentajes obtenidos por las fórmulas políticas del paramilitarismo, como sucedió con los Senadores Álvaro Araujo Castro...”.

En términos de la acusación citada “Tovar Pupo declara acerca de la activa intervención del paramilitarismo en la fijación de los programas de gobierno de las autoridades políticas de la región hasta el punto que eran las autodefensas las que determinaban los proyectos de infraestructura que debían desarrollarse y, en concreto, sobre su ingerencia en la erradicación de los grupos guerrilleros en la región que permitió, entre otros a la familia Araújo recobrar su espacio político”.

El fundamento del cargo -dice la Fiscalía de segunda instancia- “devino de la comprobación que en el departamento del Cesar, las autodefensas ilegales no limitaron su presencia a un control armado y a la penetración de las estructuras sociales y económicas de la región, sino que también desarrollaron un proyecto de paulatino apoderamiento del Estado, cometido que cumplieron al incidir en el nombramiento de determinadas personas en cargos públicos e impulsar la candidatura de otras a cargos de elección popular, de los diferentes estamentos municipales, departamentales y nacionales, esto último se vio reflejado en la composición del Congreso de la República.

“Acorde con las diligencias, se tuvo por establecido que esa dominación paramilitar orientó las preferencias del electorado hacia el entonces aspirante Álvaro Araújo Castro”, luego “en el contexto descrito, la conducta del procesado se concretó en la promoción de grupos armados ilegales al mando de Rodrigo Tovar Pupo...”.

Lo hasta aquí expuesto brevemente sirve de fundamento para responder –por ahora– las inquietudes expuestas por el defensor del acusado, relativas a la imposibilidad que la Corte reasuma el conocimiento de este asunto dado el desprendimiento de la competencia efectuado por esta Sala en su momento.

Debe recordársele al señor defensor que la competencia de la Corte para juzgar a los congresistas está reglamentada por la Carta Política (art 235, -3), conocimiento que mantendrá al culminarse definitivamente la labor congresional siempre y cuando el delito atribuido al ex servidor tenga relación con la función o con el cargo, conforme hasta este momento lo ha verificado la Sala y lo expondrá en detalle en la decisión de fondo.

De otra parte, como al remitirse el expediente a esta Sala la juez especializada no dejó a disposición de la Corporación al acusado privado de la libertad domiciliariamente, ya que simplemente se limitó a anunciar tal estado, por la secretaría de la Sala se requerirá a la funcionaria para lo pertinente.

En esas condiciones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

1) Reasumir la competencia para seguir conociendo del proceso que se adelanta contra el excongresista ÁLVARO ARAUJO CASTRO, a quien

la Fiscalía acusó por los delitos de concierto para delinquir agravado y constreñimiento al elector.

2) En los términos señalados en la parte motiva, REQUIÉRASE a la señora Juez 5 Especializada de Bogotá para efectos de legalización de la privación de la libertad del acusado.

En consecuencia, pase el expediente al despacho para emitir sentencia.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
Aclaración de voto

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Aclaración de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
Adición de voto

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE L.

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS
Salvamento de voto

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER DE JESÚS ZAPARA ORTIZ
Salvamento de voto

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria



SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDAD

DR. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE*

Respetados Señores Magistrados: Como es sabido en este proceso, ejerzo desde su inicio la defensa del Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, y durante todo este tortuoso trámite lo único que he venido pidiendo es el pleno respeto al debido proceso y al derecho de defensa, esto es a la Constitución y a la Ley, como única forma de poder demostrar la inocencia de mi defendido, viéndonos ahora sorprendidos por un frágil cambio de jurisprudencia respecto a la determinación del juez competente para conocer del presente juicio, cuando ya se encontraba al Despacho de la Juez Quinta Especializada de Bogotá, y con término vencido, para dictar sentencia, lo cual ha generado que el representante del Ministerio Público para esta causa, el Procurador Segundo Delegado para la Instrucción y el Juzgamiento haya solicitado ante esa Corporación la declaratoria de nulidad del proveído por medio del cual se retomó el conocimiento de este proceso, que le ha sido negada.

Ante esta decisión, y previa valoración de los argumentos expuesto por la Corte para disentir de los propuestos por el Ministerio Público para demostrar la flagrante violación al principio del juez natural, previsto en

*Para poder entender de mejor manera los alcances de la decisión anterior emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia –que es un desarrollo de la proferida el primero de septiembre 2009, dentro del radicado 31653, con cuatro salvamentos de voto–, nada más apropiado que conocer los argumentos por medio de los cuales el Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE –defensor del procesado en las diligencias de que trata el asunto sometido a debate–, solicitó a la Sala de Casación Penal la declaratoria de nulidad de lo actuado; la petición, fechada el 22 de octubre 2009, fue despachada en forma negativa mediante auto de tres diciembre 2009. También, el Procurador Segundo Delegado ante la Corte había hecho igual petición en escrito fechado el 21 de septiembre 2009, negada el primero de octubre del mismo año; igual destino tuvo su escrito de reposición despachado mediante providencia del 28 de octubre 2009. Finalmente, el día dieciocho de marzo 2010 la Sala de Casación Penal condenó al procesado por los cargos que se le habían imputado: concierto para delinquir agravado y constreñimiento al sufragante (Nota de la Dirección).

el artículo 29 de la Constitución Política y 11 del Código de Procedimiento Penal, y ante la imposibilidad de haber recurrido la providencia del 15 de septiembre del presente año, en cuanto a que no se dispuso su notificación, me veo ahora en el imperativo de acudir ante esa Sala, con el fin de, igualmente, solicitar, con fundamento en el numeral primero del artículo 306 del mismo Estatuto Procesal Penal, la declaratoria de invalidez reclamada por el Procurador Delegado, en cuanto considero que la respuesta que le dio la Corte termina demostrando el abierto desconocimiento del juez natural en que se ha incurrido en este proceso, y que con nuevos argumentos, que me propongo poner a consideración de esa Alta Corte, su demostración salta a la vista. En efecto, veamos:

1. Los presupuestos del estado actual de este proceso.

Como consta en el expediente, desde los propios inicios de esta investigación, y en orden a que su adelantamiento se lograra en cumplimiento estricto al debido proceso y con pleno respeto al derecho de defensa, nuestra constante reclamación estuvo dirigida a buscar la separación investigativa de los hechos presuntamente imputados a mi defendido de los atribuidos en forma general contra los congresistas del Magdalena, todos unificados, bajo el equivocado preconcepto de que los hechos acaecidos en ese Departamento correspondían, *strictu sensu*, a los sucedidos en el del Cesar, y que por tanto, de la prueba relacionada con aquél Departamento, *ipso facto*, se “infería” que lo mismo había ocurrido en este último, y por ende, que la estrategia paramilitar de la “división territorial” planeada por JORGE 40 para el Magdalena, había sido ejecutada en los dos Departamentos, desconociéndose, así, la específica investigación de la conducta atribuida a mi defendido.

Así, y ante la negativa de esa Corporación a nuestra oportuna, necesaria y procedente petición, el Dr. ARAÚJO CASTRO quedó avocado a defenderse de la prueba aportada por la Sala para investigar al conjunto de parlamentarios del Magdalena y el Norte del Cesar, indistintamente sindicados en el mismo proceso, pues esa fue la dirección dada por la Corte a la investigación, y ante el ningún pronunciamiento oportuno respecto a las pruebas pedidas para clarificar la situación que se presentaba respecto de mi defendido, más aún, cuando mediante decisión judicial se le coartó el derecho a ejercer su defensa material para poder intervenir en la práctica de las pruebas que se venían practicando, se vio precisado a renunciar del cargo de Senador que venía detentando, con la aspiración a que en la Fiscalía, independizado en esta forma el proceso, se investigara la conducta que supuestamente se le endilgaba y no siguiera siendo “inferida” de otros hechos, que de suyo, imponía otra explicación, como ha quedado plenamente comprobado en esta causa.

En estas condiciones, y habida cuenta que esa Sala inició la presente investigación contra el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, amparada en la competencia otorgada por el numeral tercero del artículo 235 de la

Carta Política de 1991 en armonía con el numeral séptimo del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal que rige este proceso, en cuanto a que no obstante tratarse de delitos comunes los que se le atribuían (Secuestro, Concierto para delinquir y Constreñimiento al elector), mi defendido para esa época detentaba la calidad de Senador de la República, una vez aceptada la renuncia de su cargo, mediante auto de 18 de abril de 2007, **“En atención a los precedentes de la Sala y en especial a las decisiones proferidas en el día de hoy y el pasado 8 de marzo en el proceso radicado 26.942, se (ordenó) remitir la actuación adelantada contra el doctor ÁLVARO ARAÚJO CASTRO al despacho del Fiscal General de la Nación, por competencia”**.

Recibidas las diligencias por el Fiscal General de la Nación, de inmediato, y sin resolver la petición que le presenté, en el sentido de que al encontrarse investigando ese Ente Acusador **estos mismos hechos**, por intermedio de la Comisión de Fiscales de la Unidad Nacional contra el Secuestro y la Extorsión que días antes él mismo había designado para que se investigaran en relación con el padre del Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, el Dr. ÁLVARO ARAÚJO NOGUERA, respecto de los cuales no había conocido la Corte por tratarse de un particular, se procediera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 del C. de P. P. a adelantar una sola investigación, pues al perder el fuero mi defendido y disponer por este motivo la Corte su remisión a la jurisdicción ordinaria, eso era lo legalmente correspondía en aplicación del principio de unidad procesal, procedió el Fiscal General a designar a la Dra. MARTHA LUZ HURTADO DE OSORIO para que independientemente continuara con la investigación del Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO.

Así, y a pesar de haberle insistido a la señora Fiscal Delegada ante la Corte para que procediera a dar cumplimiento al artículo 89 del Código de Procedimiento Penal, se negó a hacerlo, con el argumento de que por haber sido designada por el Fiscal General para adelantar esta investigación, se debía entender que esa designación desplazaba el mandato procesal. Y, sin que físicamente tuviera el tiempo necesario para leer y menos estudiar el ya para ese momento voluminoso expediente seguido contra los parlamentarios del Magdalena, procedió, casi de inmediato, a cerrar la presente investigación, coincidiendo con el mismo día en que la Corte clausuró la investigación original, negándonos por “innecesarias y superfluas”, todas las pruebas, que ante su decisión de continuar con la investigación, le habíamos solicitado.

Ante semejante arbitrariedad, y dado que, sin lugar a ninguna disquisición, nos encontrábamos frente a dos investigaciones por los mismos hechos, por ser lo procedente en estas condiciones, las mismas pruebas negadas por la Fiscalía Delegada ante la Corte por “superfluas e innecesarias”, las solicitamos en el proceso seguido contra el Dr. ÁLVARO ARAÚJO NOGUERA, accediéndose a su integral decreto, “por oportunas, pertinentes y conducentes”, siendo hasta mediados del año pasado que se terminaron de practicar, resultando de tanta importancia para este juicio, que fue necesario trasladarlas oficiosamente, y, a su turno, las de éste a aquél, llegando, como igualmente se puede

constatar, a conformarse dos expedientes absolutamente iguales, con el ítem de que la calificación de este proceso seguido contra el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, se profirió sin las pruebas que por dicha arbitrariedad se practicaron en el expediente del Dr. ÁLVARO ARAÚJO NOGUERA, y que por la inusitada premura en cerrar la investigación, no pudieron ser aportadas al mismo.

Pero, es que este ilegal, arbitrario y perjudicial proceder, no quedó allí, ya que apelada la inminente acusación prácticamente anunciada en el proveído en que se negó las pruebas, proferida por la referida Fiscal Delegada ante la Corte, fue al Vicefiscal General de la Nación a quien le correspondió, por designación del Fiscal General, decidir la impugnación, procediendo a reconocer, sin ambigüedad alguna, la evidente violación al debido proceso en que había incurrido la Fiscal A quo al desconocer la unidad procesal, en cuanto ninguna duda existía en el expediente respecto a que los hechos investigados en el proceso seguido contra el Dr. ARAÚJO NOGUERA eran los mismos de que trataba el instruido contra el Dr. ARAÚJO CASTRO, y en estas condiciones, era lo legal y necesario seguirlos bajo “la misma cuerda”, más aún, cuando en esas condiciones, no podía admitirse que por la arbitrariedad de la Fiscal, se hubiera visto avocado mi defendido a que las pruebas que se venían practicando en el proceso contra su padre, no obraran en esta investigación. Por esta razón, entendió el Vicefiscal que se imponía decretar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación para que se unieran los dos procesos.

Sin embargo, y en forma inexplicable, luego de hacer tal reconocimiento, el Dr. MENDOZA DIAGO decidió relativizar la anunciada declaratoria de nulidad, para afectar con ella únicamente lo relacionado con el delito de Secuestro, que debía seguirse junto con el expediente seguido contra el Dr. ÁLVARO ARAÚJO NOGUERA, para que separadamente se adelantara lo concerniente a los delitos de Concierto para delinquir y Constreñimiento al elector, que es lo que ahora corresponde al presente juicio, no obstante, que como puede revisarse fue la misma Corte la que en el auto detentivo dictado contra mi defendido, enfática fue en afirmar la directa conexidad que existía entre estos dos delitos, esto es, el Concierto y el Secuestro.

Así las cosas, quedamos con un proceso seguido contra los Drs. ÁLVARO ARAÚJO NOGUERA y ÁLVARO ARAÚJO CASTRO por los delitos de Secuestro, y por este delito y Concierto para delinquir para el primero, y con otro, contra el segundo, por los delitos de Concierto para delinquir y Constreñimiento al elector, los dos con las mismas pruebas, con el *plus* de que mientras este último ya estaba en la causa, en aquél se continuaba la instrucción, viéndose en la necesidad la Juez de la causa de allegar a este proceso todas esas pruebas y practicar otras, que por estar ya cerrada aquella investigación, únicamente quedaron en esta.

Es, bajo este marco de irregularidades procesales y afectación al derecho de defensa, que se ha venido surtiendo este proceso, acompañado del cambio de

radicación que alcanzara a solicitar la Dra. MARTHA LUZ HURTADO DE OSORIO antes de que el Fiscal General le aceptara la renuncia del cargo, y sin que de esa solicitud se tuviera conocimiento en el proceso -lo cual no se hizo para todos los casos por la denominada parapolítica-, habiendo radicado la Corte el conocimiento del mismo en esta ciudad, correspondiéndole a la Dra. PATRICIA LADINO GAITÁN, Juez Quinta Especializada, sobreviniendo la Audiencia Pública en este juicio, impetrando el nuevo Fiscal Delegado, que reemplazó a la anterior, -quien demostró claramente en su intervención, que ni siquiera revisó el expediente en su integridad, y que toda la prueba trasladada y la considerablemente practicada en la causa, le eran desconocidas- el proferimiento de sentencia condenatoria en contra del Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO tomando casi literalmente la acusación de primera instancia, sustentando su petición en el delito de Secuestro, que no era objeto de esta acusación, y precisamente respecto del cual a los pocos días fue **precluida la investigación** en segunda instancia, por la Fiscal Veintinueve Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, a favor de los Drs. ÁLVARO ARAÚJO NOGUERA y ÁLVARO ARAÚJO CASTRO **por el delito de Secuestro y a aquél también por el de Concierto para delinquir**, dejando claro, que no se adentraba a valorar la situación jurídica de mi defendido en cuanto al Concierto se refiere, no obstante tratarse de los mismo hechos, pues al estarse siguiendo por separado, era en ese proceso donde debía hacerse, pero, de todas formas, ordenaba remitir copia de su decisión al Juzgado Quinto Especializado para que allí se conociera la decisión allí tomada.

Pero además, mientras esta causa se adelantaba, enterados por los medios de comunicación, -como ha sido lo cotidiano en este proceso, en todas las instancias, incluyendo la Corte- que la investigación que se le seguía en la Fiscalía al Dr. MIGUEL DURÁN GELVIS, es decir, respecto de la Cámara del Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, de quien se ha venido afirmando en este proceso era su compañero de fórmula al Congreso, los dos con la ayuda de JORGE 40, razón por la cual, precisamente fue investigado, había sido **precluida** por el Fiscal Veintiséis de la Unidad Nacional contra el Terrorismo, claro resulta que también esta investigación debió seguirse unida a la presente, pues el motivo por el que se adelantó separadamente lo fue por su carencia de fuero, así al haberlo perdido el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, no existe motivo jurídicamente válido para haberla seguido separadamente, ya que **los hechos son los mismos**; de ahí que se haya tornado necesario para la Juez Quinta Especializada, igualmente, trasladar a esta causa las pruebas de ese proceso, al igual que se hizo con la decisión, también **preclusiva**, que por inexistencia de delito, tomara por una de las Fiscalías de Valledupar en relación con los presuntos delitos de Falso Testimonio que en criterio de la Fiscal Delegada ante la Corte habían cometido los testigos que intervinieron en el atentado de que este procesado fue víctima por parte de los paramilitares de JORGE 40 entre Pailitas y el Copey.

2. La remisión del proceso a la Corte y la situación procesal que se presenta.

En estas condiciones, Señores Magistrados, y una vez clausurada la Audiencia Pública, en la que el Procurador Delegado para esa diligencia, luego de demostrar lo irresponsable de la alegación fiscal, en cuanto carecía de sustento probatorio y demostraba que ni siquiera había leído el expediente, al igual que lo hizo la defensa, **el 23 de julio del presente año** entró el presente proceso al Despacho de la Dra. PATRICIA LADINO GAITÁN para el proferimiento de la correspondiente sentencia, es decir, que el término para ello se le vencía, como en efecto se le venció, **el 13 de agosto**, sorprendiéndonos el 8 de septiembre con la entrega en la Secretaría de la Sala del voluminoso expediente, desde luego, con toda una nube de periodistas a bordo, no pudiendo saberse el motivo para hacerlo, pues no obstante, -otra vez por las advertencias de los medios de comunicación- haberse estado preguntando en la Secretaría de ese Despacho el día anterior por el proceso para saber qué es lo que pasaba, fuera de informárenos que se “iba para la Corte”, no fue posible conocer la decisión que seguramente así lo disponía.

Sin embargo, y ante esta situación, y el día anterior al que se hiciera la entrega material del expediente a la Corte, ante las noticias de los medios de comunicación, le solicité por escrito a la señora Juez, que de ser cierto lo que se informaba, se abstuviera de así proceder, en cuanto a que al haberse desprendido la Corte de la competencia mediante el referido auto de 18 de abril de 2009 y ella haber avocado el conocimiento de este juicio, el único medio procesal que existía para deshacerse del conocimiento de este proceso, que se encontraba para dictar sentencia, era el de acudir a la colisión de competencia negativa, que por ser la Corte órgano superior, tampoco podía proponérselo por expresa prohibición legal, según lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimiento Penal.

No habiéndose pronunciado esta funcionaria sobre mi petición, opté por hacer lo propio ante la Corte, demostrándole cómo no podía nuevamente avocar la competencia para conocer de este proceso, en cuanto a que era necesario distinguir entre el **envío material** del expediente y su **remisión jurídica**, pues el único fenómeno procesal que podía justificar esa remisión del proceso y, a su turno, posibilitaría un pronunciamiento de la Corte, era el de la **colisión de competencias**, que al no haberse propuesto, porque además legalmente no podía hacerlo ante el superior, **dejaba sin posibilidad jurídico-procesal a esa Corporación para hacer pronunciamiento alguno al respecto**, fuera del de devolver el proceso al Juzgado de conocimiento, por ser el competente para continuar conociendo del mismo, debiendo proceder a dictar la consiguiente sentencia, sobre todo, **cuando el término para ello estaba más que vencido**, fenómeno sobre el cual me ocuparé, detalladamente, más adelante.

Así las cosas, y no obstante que la Juez Quinta Especializada no dio razón jurídico-legal alguna para desprenderse de la competencia para continuar

conociendo de esta causa, pues se limitó a afirmar que lo hacía **“Atendiendo el cambio jurisprudencial realizado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión del 2 de septiembre del año que avanza”**, sin siquiera exponer a qué se refería la providencia, ya que no podía conocerla por la reserva del sumario que la amparaba, pues, como después se ha sabido en este mismo proceso y por los medios de comunicación, esa decisión fue tomada en un proceso que se encuentra en instrucción, la Corte ha dispuesto mediante providencia del 15 de septiembre del presente año, **“Reasumir la competencia para seguir conociendo del proceso que se adelanta contra el ex congresista ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, a quien la Fiscalía acusó por los delitos de concierto para delinquir agravado y constreñimiento al elector”**.

De todas formas, es lo cierto que en esa decisión la Corte se limitó a responder mi sustentada solicitud en la que demostré cómo de acuerdo con nuestra Ley Procesal Penal no era posible que se pronunciara nuevamente sobre la competencia en este caso, exponiendo simplemente, que **“Lo hasta aquí expuesto brevemente sirve de fundamento para responder -por ahora- las inquietudes expuestas por el defensor del acusado, relativas a la imposibilidad que la Corte reasuma el conocimiento de este asunto dado el desprendimiento de la competencia efectuado por esta Sala en su momento”**, es decir, que no se pronunció, no se me respondieron, no **“las inquietudes”** que le propuse a la Sala para sustentar mi petición, -como se afirma en esa decisión- sino los **argumentos jurídico-legales** con lo que demuestro la procedencia de mi solicitud, pues **“Lo hasta aquí brevemente expuesto”**, -como también lo dijo la Sala- en nada hace referencia, ni sirven de fundamento para “responder” mi petición, que está centrada en la aplicación del procedimiento previamente señalado en la Ley, que tanto la Corte como cualquier juez de la República debe cumplir para determinar la competencia para conocer de un asunto penal.

En mi solicitud no estaba cuestionando el contenido sustantivo de la posición tomada por la Corte, que, de todas maneras, sería consecencial, posterior, a la inicial e ineludible aplicación del procedimiento que posibilitara a la Sala su pronunciamiento, y este no le otorga esa competencia, pues, esta facultad sólo la podía y puede adquirir, en este caso, mediante una colisión negativa de competencias, que aquí no era posible que la Juez Quinta Especializada se la propusiera a la Corte, que ya se había declarado incompetente, y *contrario sensu*, la había reconocido dicha funcionaria.

La Corte no le ha dado respuesta a mi petición, llamando además poderosamente la atención, la aclaración que entre guiones se hace, cuando se afirma que **“Lo hasta aquí expuesto brevemente sirve de fundamento para responder -por ahora- las inquietudes expuestas por el defensor del acusado (...)”**, pues no se puede perder de vista, que siendo la competencia la que se está cuestionando y decidiendo, nada más ni nada menos, que para proferirse sentencia en este caso, los argumentos para determinarla

no pueden quedar diferidos a otro estadio procesal y menos, que sea en esa oportunidad, donde se me suministren los argumentos que tenía la Corte para decidir la competencia, ya que al depender esta de la concurrencia de la novel concepción sobre el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, **esto estaría implicando que da por existente esa relación en este proceso**, dejando el sin sabor de un típico prejuzgamiento sin haber, hasta ahora, estudiado los más de casi 15.000 folios que conforman el expediente y los más de 50 CD probatorios que igualmente lo integran, más aún, cuando aquí se resultaría desconociendo la inmediatez probatoria y, ante todo, el inmenso debate de la Audiencia Pública, donde igualmente se dinamizó densamente la práctica de pruebas, tanto directamente como mediante funcionarios comisionados.

3. Razones que da la Corte para reasumir la competencia para seguir conociendo del proceso seguido contra el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO.

Inicia la Sala sus argumentaciones, aclarando que “Como a la Corte han sido remitidas ya actuaciones en curso que adelantaban diferentes juzgados de la capital de la República, **debe la Sala hacer pronunciamiento respecto de ellos, naturalmente dentro del contexto de la mencionada providencia (...)**”, sin especificar de cuál se trata, sin allegar a este proceso copia de ella para conocerla, y sin saberse procesalmente cuáles son las razones que hace aquí propias para inusualmente en la práctica judicial, integrarla a esta, es decir, que en estricto sentido jurídico, esta decisión carece de los fundamentos en que dice apoyarse, pues no obran en la providencia, y en estas condiciones no se sabe cuáles son; de ahí que tenga razón el Procurador Segundo Delgado para la Investigación y el Juzgamiento ante esa Sala, cuando en su petición de nulidad del auto que “reasumió” la competencia para conocer de este proceso, tome como base aquellas argumentaciones, pues son las que da por sentadas la Corte para tomar esta decisión.

Advierte la Sala que sin vacilación alguna respecto de “los eventos en que **–de acuerdo con lo señalado–** se establezca el vínculo entre la función como congresista y el delito atribuido, (...) debe mantener o (para el caso específico) **recuperar la competencia** de la que hubiere podido desprenderse en virtud de una interpretación que a la fecha ha sido reconsiderada en ejercicio de su **facultad constitucional** de ser la unificadora de la jurisprudencia”.

Crea, así, la Sala una nueva figura procesal, que denomina “**recuperación de la competencia**”, no estatuida en el Código de Procedimiento Penal aplicable a este caso, ya que esta únicamente puede ser originaria, esto es la que con fundamento constitucional o legal le ha sido previamente asignada a un específico administrador de justicia, sea unipersonal o colegiado, previendo un determinado procedimiento para aquellos eventos en que esta resulte discutida, **siendo el único a seguir el de la colisión de competencias**, ya referido en acápite precedente, no siendo jurídicamente posible, que un funcionario, así se trate de la Corte Suprema de Justicia, pueda desconocer

los procedimientos fijados previamente por la Ley Procesal para ese, como para ningún otro fin, pues, antes por el contrario, tratándose de la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria no es dable que fije como criterio orientador de la jurisprudencia el desconocimiento de la Ley, ya sea con el “antiguo” o con el “nuevo derecho”, pues tan claro procedimiento legal, que de suyo se constituye en garantía de los sujetos procesales y la sociedad, nada tiene que ver la concepción denominada por la Corte como “clásica de la legalidad”, utilizando el término en forma peyorativa, como si se tratara de un principio superado en nuestro sistema jurídico, dejando igualmente claro que también el derecho anglosajón y en el italiano existe, y, que se sepa, bajo el criterio de la “estricta legalidad” tampoco es dable desecharlo, en cuanto a esta posición doctrinaria parte de una base normativa, a la cual le enfrenta la interpretación de los contenidos materiales que emanen de la Constitución, dinamizando la norma cuando en ella se genera un “vacío” o una “confusa” regulación que con base en principios y en valores constitucionales en la medida en que recupere el respeto a los derechos fundamentales, así se imponga, que no es aquí el caso.

La competencia no se puede reasumir de *facto*, porque en un momento determinado el superior haya considerado que cambió de criterio, generando no sólo la más absoluta inseguridad jurídica para los sujetos procesales y la sociedad en general, que no van a saber qué juez los juzgará, sino desconociendo abiertamente el democrático y liberal principio del juez natural y el propio ordenamiento jurídico, como en forma tan sencilla y concreta lo ha afirmado el Magistrado JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS en su salvamento de voto a la decisión mayoritaria que resolvió “reasumir esta competencia”, pues a ello se ha llegado no sólo por la inusitada interpretación del parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, sino, desde este inicial argumento, porque legalmente, desde un punto de vista procesal, la Corte no podía pronunciarse como lo hizo. Es que el “nuevo derecho” no implica arbitrariedad, ni desconocimiento de *facto* de la normatividad, y menos de la propia Carta Política del Estado, por el contrario, como lo ha enfatizado en los últimos 15 o 20 años Ferrajoli, por citar el autor que le sirve de apoyo a la Corte para su decisión, la problemática es precisamente al contrario, se trata es de constitucionalizar las leyes en busca de lograr el reconocimiento de los derechos fundamentales de los “más débiles”.

Y, en verdad, que no deja de llamar la atención, la cita que hace la Sala del pensador florentino, actualmente profesor en Roma, para tomar una decisión totalmente en contravía con su pensamiento, pues el juez como “creador de derecho” no se fundamenta en una especie de “juez privado”, es decir, que “crea su propio derecho” y por ello está facultado para que so pretexto de interpretar la ley, la desconozca, y menos la de procedimiento. El problema es otro. Se trata es de recuperar el contenido material de los mandatos constitucionales para que la Ley se someta a ellos lejos de la simple formalidad legal, esto es, la de –como ya lo he dicho– desentrañar con base en los derechos fundamentales la verdadera garantía que de ellos

debe emanar, sopesando argumentalmente la colisión de derechos que en un momento determinado pueda surgir.

El cambiar el alcance de la expresión “**en relación con las funciones**” de los congresistas, para los efectos del párrafo del artículo 235 del Constitución Política, no puede mostrarse como un cambio hacia el denominado “nuevo derecho”, al que a partir de estas decisiones ha dicho la Sala se afilia, con todas las consecuencias conceptuales que a partir de este momento asume para el futuro de sus decisiones, pues simplemente se trata de un cambio de posición interpretativa, de suyo insular en el ámbito del derecho patrio, que, en forma opuesta a los postulados de aquella corriente doctrinaria, arrasa con la normatividad procedimental previamente establecida, llevándose de calle el juez natural y, por ende, el debido proceso, llegando a un terreno absolutamente peligroso para el Derecho, precisamente, en cuanto a las garantías “de los más débiles” se refiere al **equiparar**, para lograr ese fin, **la jurisprudencia con la ley**, traspasando no sólo los límites de la “ley formal” sino hasta la denominada en esa corriente “estricta legalidad” o “legalidad sustancial”, lo cual se hace para poder aplicar equivocadamente el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en orden a proclamar, con fundamento en esta disposición, la aplicación inmediata de la jurisprudencia, habida cuenta que de conformidad con esa centenaria disposición, las leyes procesales serán de aplicación inmediata, afectando, sino mejor, desconociendo, no sólo el principio-derecho del juez natural –como ya lo analizaremos-, sino la seguridad jurídica como garantía general, como con otra terminología, pero con absoluta claridad jurídica, lo ha advertido en su histórico salvamento de voto a la posición mayoritaria de la Corte, el Magistrado Julio Socha Salamanca.

Es por ello, quizá, que ante semejante yerro, para el cual no valía anunciar estarlo haciendo con base en el “nuevo derecho”, pues este proceder nada tiene que ver con esa corriente doctrinaria, se vio obligada la Sala, ahora, en la providencia en que niega la petición de nulidad del Procurador Delgado, a cambiar de posición, para reclinarse en el argumento, según el cual, aquí no se trata de equiparar jurisprudencia a ley, sino que por corresponder la nueva posición conceptual a un pronunciamiento jurisprudencial, debe entenderse que esta es **intemporal**, es decir, que siempre ha existido, y por tanto, no es que ahora se esté imponiendo su aplicación; y para ello, acude la Sala a ampararse en otro concepto de autoridad, como es el del profesor de Múnich, el alemán Claus Roxin, para quien “Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad”, pues “(...) si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprud. anterior, éste tiene que soportarlo”, como lo sostiene en el numeral 5 de la página 165 del Tomo I de su Derecho Penal General, editado por Civitas en 1997, traducido al español de la segunda edición alemana. Sin embargo, no continúa la Sala con la transcripción del mismo acápite, en el que renglones adelante el eminente tratadista, refiriéndose a la posición contraria, es claro en no compartirla por “(...) ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, **ya que equipararía legislación y jurisprud.**, a

pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm.28), que es el único por el que se debe orientar el ciudadano. Este no puede conocer la jurisprud. (¡lo que sería ya una exigencia excesiva para la mayoría de los ciudadanos!), y no debe confiar en ella, **¡sino sólo en el tenor literal de la ley!**", como se lee en la pág. 166 de la misma obra.

Ninguna seguridad tenía entonces la Corte, sobre el medio procesal a utilizar para imponer el nuevo cambio jurisprudencial, ya que, luego de haber sustentado su inmediata aplicación en la Ley (artículo 40 de la Ley 153 de 1887), equiparando para ello jurisprudencia a ley; -que en criterio de los Magistrados Socha y Bustos en la aclaración de voto a la providencia que negó la nulidad pedida por el Procurador Delgado, califican como inaceptable-, ahora ha acudido a suplirlo con en el pensamiento de Roxin, sin tampoco reparar que renglones antes, en la página 164, al referirse este Profesor a la **"Prohibición de retroactividad y Derecho procesal"**, en el numeral 4.55, es igualmente claro en sostener frente a su análisis, que, "(...) conforme a su tenor literal y a su historia, **el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones** que deben imponérseles, y no protege la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal", que es precisamente lo que no sucede entre nosotros, en el que por mandato constitucional, el principio de legalidad al tenor del artículo 29 de la Constitución Política, rige tanto para el derecho sustantivo como para el procesal, conforme igualmente lo desarrollan los principios rectores de cada uno de estos dos Estatutos, con el *plus*, que en nuestro sistema procesal penal, la **jurisprudencia favorable** es reconocida por la propia Ley, como es constatable en la regulación de la Acción de Revisión, donde de conformidad con la causal sexta del artículo 232, procede "Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya **cambiado favorablemente el criterio jurídico** que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria", que no está condicionada ni únicamente a los elementos estructurales del delito, excluyendo las circunstancias específicas o genéricas punitivas, ni las procesales mismas, como lo demuestra la producción jurisprudencial, al igual que las disidencias en diversas épocas en esa Sala.

Pero además, tampoco puede desconocerse las consecuencias de esta afiliación doctrinaria de la Sala al acoger esta posición, pues, es el mismo Roxin quien en la propia página 165 citada, ante su consideración de acuerdo con la cual la jurisprudencia rige retroactivamente, **mitiga su apreciación con el reconocimiento del error de prohibición frente a los cambios de jurisprudencia**, al igual que lo hace Jakobs en la página 128 de su Tratado de Derecho Penal traducido al español de la segunda edición de 1991, publicado por Marcial Pons en 1995, debiéndose saber al inmediato futuro si la Corte, igualmente, va a reconocer, incluso para efectos de casos como el presente, esta clase de error, que igualmente, podría reconocerse, y en nuestro criterio para este evento, como error sobre el tipo, pues sin duda es lo que procedería en cuanto, precisamente, el cambio jurisprudencial no

ha quedado únicamente en el campo procesal de la competencia sino en la propia estructura del delito de Concierto para delinquir; de ahí que el cambio de jurisprudencia resulte desfavorable el procesado, no solo por el cambio de juez, ni únicamente por la carencia de instancias en esta clase de procesos seguidos por la Corte, ni por ser el mismo Cuerpo Colegiado el que investiga y juzga, como lo resaltó en su salvamento de voto el Magistrado Quintero Milanés, sino porque esa interpretación la ha llevado a la Corte a la propia descripción objetiva del referido tipo penal.

Es que en punto del Derecho Comparado, el recurrir a su aplicación, de suyo, implica toda una complejidad, delicada y ardua, que no puede suplirse –como desafortunadamente ocurre con tanta frecuencia en nuestro medio– transcribiendo unos renglones de un autor, como aquí a sucedido con Roxin, pues si bien, en principio le ha servido a la Sala esta cita doctrinaria para subsanar el mayúsculo error cometido al aplicar el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 equiparando la jurisprudencia a la ley, es lo cierto que el fenómeno en el pensamiento alemán encierra una mayor complejidad, siendo suficiente resaltar para constatarlo, el análisis del Profesor Jakobs al tratar este tema frente a las diversas categorías jurisprudenciales y bases legales a las que se refiere, en las que deja claro cómo estos criterios corresponden sólo a una propuesta, que enmarca en la discutida cuestión sobre el papel que juega la jurisprudencia como fuente, lo cual ha impuesto múltiples posibilidades de solución en punto de la “unificación del derecho”, como lo ha advertido el Profesor Enrique Bacigalupo en su importante ensayo sobre “La realización del principio de legalidad y la igualdad ante la ley” publicado inicialmente en *Hacia el Nuevo Derecho Penal en Buenos Aires*, en el 2006, y ahora compilado en el primer tomo de su *Obra Completa* publicada este año por Marcial Pons, bajo el título de *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, páginas 393 y ss.; de ahí, que no puedan desconocerse para el análisis, autorizadosísimos criterios opuestos, como el del Profesor Juan Bustos Ramírez, adalid del “nuevo derecho” en el ámbito del Derecho Penal, quien al tratar esta temática, expuso en su *Derecho Penal General* y luego en sus *Lecciones de Derecho Penal*, ahora compiladas en su *Obra Completa* publicada por Ara Editores del Perú, 2005, páginas 600 y 602 de ese tomo:

“El supuesto se presentaría en el caso de que un giro jurisprudencial implique un interpretación más favorable de una disposición. En estos casos no hay un problema de retroactividad de la ley más favorable, **pues las resoluciones judiciales no tienen el carácter de leyes.**

El problema es otro y no guarda relación con la irretroactividad o retroactividad de las decisiones judiciales, sino con el hecho de que un cambio de sentido más favorable implica afectar gravemente los principios de proporcionalidad e igualdad. Por ello, resulta evidente una revisión de la condena anterior en el caso de una interpretación posterior más favorable. **En cambio, no es admisible lo contrario en virtud del principio pro reo**”.

Y, al respecto el profesor Juan Fernández Carrasquilla, en las páginas 155 y 156 del primer tomo de la tercera edición de su Derecho Penal Fundamental, editado por la Editorial Ibáñez en el 2005, afirma:

“Sigue siendo muy polémico en la doctrina penal y constitucional, empero, si las decisiones que involucran interpretaciones jurisprudenciales desfavorables con respecto a cierta interpretación hasta ese momento dominante de algunas leyes penales pueden o no aplicarse retroactivamente. El argumento central de la tesis afirmativa parece inexpugnable: sino hubiera aplicación retroactiva de la interpretación jurisprudencial, entonces la jurisprudencia realmente no podría cambiarse nunca, porque al menos en el caso concreto tendría que aplicarse de ese modo. Con todo, es diferente decidir un caso por la interpretación que el juez da a las leyes al momento de fallar –y que según el fallador es el sentido que la ley llevaba ya consigo- a convertir la parte considerativa central de un fallo en sentido general obligatorio de las normas jurídicas vigentes. En este último aspecto y frente a casos nuevos, la prohibición constitucional de retroactividad desfavorable debe imponerse, pues se trata de interpretaciones gravosas que para el futuro se incorporan a la propia ley (que no solo es su texto sino ante todo sus sentidos) y que no tienen por qué recibir un tratamiento constitucional distinto al de ésta en este aspecto. No parece, en cambio, ser viable la tesis de la interpretación ultra-activa de las decisiones jurisprudenciales, pues entonces ciertamente los cambios de jurisprudencia quedarían muy limitados y se someterían a una exigencia normativa que no existe en el ordenamiento. Por lo demás, siempre es de tener en cuenta que, por obligatoria que se la suponga, en nuestro sistema la jurisprudencia no es ley, es decir, carece de la legitimación político-criminal de la ley formal, por cuanto los jueces no son elegidos democráticamente y por tanto, no representan directamente la voluntad general o popular. Acertadamente escribe JESHECK sobre el particular que “una interpretación fiel de la ley debe garantizar que las resoluciones judiciales queden subordinadas a la voluntad colectiva expresada a través de la representación popular”.”

Y, al ex Magistrado de esa Sala, Dr. Álvaro Pérez Pinzón, en la tercera edición de su Introducción al Derecho Penal, editado por la Universidad Externado de Colombia, 2005, págs. 155 a 159, luego de ahondar sobre el punto, y recordar tratadistas como Stratenwerth, para quien “Por otra parte, la judicatura de los tribunales superiores se acerca de tal manera y en forma tan uniforme en sus efectos a la ley, **que en principio resulta obligado considerar que las modificaciones *in malam partem* están sometidas a la prohibición de la retroactividad”**, o al brasileño Juárez Tavares, quien recuerda que **“La prohibición de retroactividad de la alteración jurisprudencial vinculante, en perjuicio del reo, es consecuentemente una exigencia de garantía individual, del mismo modo que la retroactividad de esa misma jurisprudencia cuando beneficia es un efecto obligatorio de política criminal”**, citando a Hassemmer, **quien también considera que de**

admitirse la aplicación retroactiva de la jurisprudencia debe reconocerse el error de prohibición, se manifiesta a favor de su aplicación retroactiva “o ultractiva o como jurisprudencia intermedia”, **siempre y cuando se aplique la favorabilidad penal y se reconozca el error.**

Es que, inclusive, como lo afirma, con apoyo en autorizada doctrina española y alemana, el profesor Fernando Velásquez, en su cuarta edición del Derecho Penal General, editado por Comlibros este año (2009), página 221: ni la Corte Constitucional puede, “so pena de violentar la Constitución, otorgarle efecto retroactivo” a las “sentencias que sean desfavorables para el reo, pues este –cuando actúa al amparo de la interpretación constitucional vigente al momento de la comisión del hecho- no puede ser sorprendido con la aplicación de disposiciones legales fundadas en decisiones posteriores más desfavorables”.

No se trata, entonces de un tema pacífico, hasta el punto que el mismo Roxin en la cita que hace la Corte, a pie de página, refiere los doctrinantes que consideran un criterio opuesto, y realmente extenso me haría al reseñar la doctrina patria y comparada, incluyendo la alemana y la italiana sobre el tema; razón por la cual, no se trata de tomar un autor, por autorizado que sea, para, con base en una cita parcial de su pensamiento, descartando, sin análisis alguno, los criterios opuestos, y la propia legislación interna, constitucional y legal, para sustentar un cambio jurisprudencial, que entre nosotros, como en tantos países, está por ser regulado, como tantos tratadistas lo han advertido, y no porque no se conozca el pensamiento del “nuevo derecho”, sino porque por esa vía no es posible ni modificar la Constitución ni desconocer abiertamente la Ley, a no ser que se entienda como una patente de corso para hacer tabla raza de la normatividad positiva existente. Afirmar lo contrario, no es nada distinto que pretender justificar una interpretación, realmente equivocada.

Y ¿qué decir, de los conceptos dogmáticos legales de la Teoría del Delito introducidos para condicionar el mandato constitucional, en punto de los llamados delitos propios y los comunes?, cuando para darle un determinado alcance al mandato constitucional, se viene a interpretarlo con base en el alcance típico del delito de Concierto para delinquir, cayendo en el mayor yerro que advierten los publicistas en punto de señalar los límites interpretativos de los mandatos constitucionales, pues, la Constitución no se puede interpretar con base en la Ley, lo que procede es la interpretación sistemática y teleológica del Cuerpo Constitucional, recuperando el contenido material del mismo, o lo que es igual, que en punto de interpretar el referido parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, el concepto de “relaciones” en cuestión, su contenido y su alcance, debe precisarse de acuerdo con las que posibilita la misma Carta Política, esto es, con las funciones que en ella se les establece a los congresistas. Y afirmar que no son esas sino otras, o que son las que el juez quiera darles, o ignorarlas, recurriendo para ello al “nuevo derecho”, no es nada distinto

que desconocer la propia Constitución, pues como lo recordara uno de los Constituyentes del 91 en uno de los debates sobre estas normas, el sobresaliente profesor universitario, distinguido abogado litigante, brillante Magistrado de esa Sala y Senador de la República, el Dr. José María Velasco Guerrero, la Constitución “debemos elaborarla” teniendo como mira que el intérprete, versado en estos temas, debe entender, que la Constitución “no utiliza palabras” sino que lo que está estatuyendo mediante ellas son “instituciones”, y que por ende, como sistema, es a su propia regulación a la que se debe acudir para no desarticular el contenido ni los fines perseguidos por la misma Ley Fundamental, guiados por el modelo de Estado, que lo sería de Derecho, Social y Democrático sustentado en el respeto a los derechos fundamentales.

Aquí los criterios del “nuevo derecho”, si así se conviniere en argumentar, vendrían a hacer aplicables si al realizar esa interpretación se estarían desconociendo alguno de esos derechos fundamentales, con el fin de protegerlo, que es lo que aquí no ocurre.

Es que a esta confusión se ha llegado por partir del análisis del delito que se quiere tipificar, y como de esa tipificación dependería la competencia, entonces, se ha resuelto darle un insospechado alcance a la norma constitucional para que ese juicio valorativo típico sea viable, y la competencia quede en la Corte, cuando la situación es distinta, el problema es interpretar la norma constitucional independiente de si con ese resultado hermenéutico una determinada conducta resultare penalmente típica, ya sea como delito propio o común o resultare absolutamente atípica, y a su turno, independiente de si el resultado interpretativo posibilita que un caso concreto sea o no competencia de la Corte, pues, una de las garantías, tanto del “derecho clásico” y como mayor razón del “nuevo derecho” es la de no hacer casuismo interpretativo, para, así, garantizar la igualdad en la aplicación de la ley frente a los “débiles”.

Es que la interpretación nunca puede estar guiada para darle respuesta a una situación concreta prefijada. Por el contrario, la interpretación debe ser general y, por el contrario, es con base a ella que se debe valorar si resulta aplicable a un caso concreto. Pero aquí ha sucedido lo opuesto: Con fundamento en una determinada concepción sobre el delito de Concierto para delinquir, y una previa valoración de los hechos objeto de investigación, es decir, frente a un previo juicio de tipicidad se ha procedido a darle el mismo alcance a la norma constitucional, en cuanto por contener la norma de competencia el elemento básico de la tipicidad, del alcance que se le dé, también dependería la tipicidad delictiva.

¿Dónde queda, entonces, el derecho penal mínimo al que tiende el “nuevo derecho?”. Es que aquí todo indica que se está entendiendo el “nuevo derecho” bajo la reducida concepción que lo hace el profesor López Medina en sus obras, debiéndonos primero poner de acuerdo a qué “nuevo derecho” es que la Corte se está refiriendo, pues en materia penal, sabido es

como con esta nominación se ha rotulado a aquella corriente que tiende por el “Derecho Penal Mínimo” en los términos garantistas del mismo autor en que se apoya la Corte para sustentar su tesis, esto es, por Luigi Ferrajoli en su trabajo sobre “El derecho penal mínimo” traducido por Roberto Bergalli con la colaboración de H. C. Silveira y J. L. Domínguez, publicada en la Revista Poder y Control No. 0, 1986; y es que tampoco se puede desconocer que últimamente, también como “nuevo derecho” se han bautizado las tendencias funcionalistas, básicamente la liderada por el Profesor Jakobs, y en Teoría del Derecho, son verdaderamente diversas las posiciones, que bajo ese calificativo se han querido postular, no existiendo unanimidad ni en sus fundamentos ni en sus específicos fines, sólo pensar en Hart y Dworkin, por poner un ejemplo, nos daría la razón.

O, es que, si en últimas, todo se revierte simplemente a la problemática de los precedentes judiciales, al reconocimiento de autonomía del juez y a concebirlo, reconocerlo y facultarlo como “creador de derecho”, pues si ello es así, entonces, y previa revisión jurisprudencial de los pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia durante toda su evolución, difícilmente podría afirmarse que se ha carecido de autonomía, que los precedentes jurisprudenciales no hayan tenido un riguroso estudio para su mantenimiento o cambio, y que en el ámbito de la interpretación y aplicación normativa no haya existido una verdadera riqueza creativa en su dinamismo frente a la evolución social y al conflicto delictivo, como puede constatarse desde mediados del siglo pasado con el reconocimiento de los “nulidades supraleales”, hoy en día con el de la “lex tertia”, la distinción entre debido proceso en su estructura y como garantía, el reconocimiento de la indagatoria como medio de prueba y medio de defensa, la unidad jurídica de acción, la legítima defensa putativa, el reconocimiento procesal de la favorabilidad, la distinción entre la detención material y la jurídica, el error de hecho frente a la valoración probatoria en punto del desconocimiento de las reglas de la sana crítica, en fin, múltiples serían los casos a los que se podría acudir para demostrar cómo la aplicación de la ley no ha estado nuestra jurisprudencia limitada a ser “la boca del legislador”. Este peyorativo antecedente que la Corte recuerda para postular como se avanzada su nueva posición, realmente, hoy en día resulta históricamente fuera de contexto, pues se encuentra totalmente superado, aquí ese distanciamiento ya no constituye ninguna novedad ni argumento por superar, como parece se cree, ni puede admitirse que la Corte haya venido aplicando la ley bajo ese límite Beccariano.

Lo que sucede es que se debe reconocer que aquí de lo que se trata es de imponer unas determinadas concepciones, básicamente, las anglosajonas, sin reparar que en su conjunto han surgido en ese sistema jurídico y que han ido resultando útiles para la solución de sus propias dificultades, y que, precisamente por ello, su aplicación absoluta, casi inconsulta frente a nuestra realidad normatividad, social y jurídica, no puede hacerse en términos absolutos, pues ello implicaría primero cambiar la propia

Constitución Política y reformar urgentemente las leyes, sólo para que creamos que “estamos al día”, y que, por ello, todos los demás “estamos desactualizados”. Esto, por supuesto, no puede ser así, sin que importe para ello desconocer nuestros propios avances en orden a lograr un Derecho Penal más garantista, partiendo por el máximo respeto al principio de legalidad por cuyo sostenimiento se debe abogar, hoy más que nunca.

Es claro, desde luego, que todas estas concepciones tienen contenidos positivos y otros negativos, y que en orden a evolucionar en nuestro propio derecho se impone, hoy más que nunca, no cerrar las vías al Derecho Comparado, pero lo que si resulta imprescindible es no confundir los planos. Aquí, lo primero que se impone preciar es a cuál corriente doctrinaria en el “nuevo derecho” es a la que nos estamos refiriendo, y en segundo lugar, no desconociendo las garantías procesales ni el propio sistema jurídico constitucional y legalmente existente, que debe interpretarse dinámicamente frente a las realidades sociales, claro está, pero no extremando los análisis para terminar, como aquí ha sucedido, dándosele alcances que terminan desconociendo la propia regulación normativa, pasando de la interpretación de *lege lata* a un típica *lege ferenda*, que si bien puede dejar sentadas las bases para una reforma constitucional en ese sentido, no es la que corresponde a los contenidos, sistemática y teleología de la Carta Política, ni la que se puede inferir para interpretar y aplicar la ley, mientras aquella esté vigente, pues afirmaciones como las del Magistrado Yesid Ramírez Bastidas, como doctrinante, en su obra sobre “Principialismo”, al afirmar que, “El verdadero derecho no es que formula el Estado sino el que la sociedad practica, vive y actúa, y el que el juez define en sus sentencias”, pues, “Ninguna ley hoy puede ser útil sin el concurso de los hombres llamados a aplicarla, y de ahí que el derecho por excelencia sea el derecho judicial”, para colegir, que “Así las cosas, la ley y la jurisprudencia forman una unidad dialéctica inescindible que **las ubica en un plano de igualdad en el sistema de fuente nacional**”, no puede llevarnos al extremo de suplir la ley con la jurisprudencia, como lo ha hecho la Corte en este caso.

Es que el proceder de esta forma “en ejercicio de (la) facultad constitucional de ser la unificadora de la jurisprudencia” no puede ser una razón jurídica para abrogarse una competencia ya establecida por la propia Constitución y la Ley, y como consecuencia de su propia decisión, cuando consideró esa misma Corporación que no era competente, pues, de una parte, no resulta cierto, por lo menos en forma explícita, que la actual Constitución Política le ha reconocido a la Corte, y para este evento a la Sala de Casación Penal, la función de ser “unificadora de jurisprudencia”, como lo hacía la Constitución de 1886, siendo este precisamente el motivo para que en la Comisión Legislativa creada por la propia Asamblea Nacional Constituyente para la elaboración de la legislación necesaria para poner en marcha la nueva Constitución, al elaborar el correspondiente Código de Procedimiento Penal, que vino a ser el Decreto 2700 de 1991, se incluyera por vía legal esta función en cabeza de esta Sala (reiterada en el artículo 206 de la Ley 600 de 2000), lo

cual se hizo precisamente para, por esta vía, recuperarle explícitamente la razón de ser a esa Corporación en cuanto se refiere a los fines casacionales.

Pero lejos de estas consideraciones, que seguramente pueden ser refutadas con variadas y contestatarias interpretaciones constitucionales, dejando claro por ello, que nos estamos refiriendo a las **funciones explícitas** de la Constitución y a los reales antecedentes históricos de estas disposiciones, tanto en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente como de la Comisión Legislativa, es claro que esa función unificadora de la jurisprudencia, no puede implicar el desconocimiento de la Ley Procesal, pues los pronunciamientos jurisprudenciales deben corresponder, precisamente, a la Ley, y no puede ser admisible que so pretexto de “unificar la jurisprudencia” se desconozca el procedimiento previamente establecido, pues ante una situación como la aquí presentada, en la que la Juez, sin dar razones y sólo citando una decisión desconocida en el proceso, resuelve ocultamente enviar el proceso a la Corte, sin agotar ninguna vía legal, que además no podía agotarla, porque no existe, y así con fundamento en el hecho de que materialmente el proceso llega a la Corte, se proceda a reasumir una competencia, necesariamente se debe colegir que nos encontramos frente a una vía de hecho, y no lo digo sólo en los términos ya acuñados en el ámbito de la acción de tutela, sino dentro del fundamento jurídico que implica graficar un acto de esta naturaleza, sin que aquí pudiese afirmarse que ha desaparecido la fuente legal, o que el principio de legalidad ya no es el que se fundamenta en la ley, o que la regulación procesal “la puede crear el juez”, pues, una cosa es interpretar la ley y otra dejar de aplicarla sin demostrar que resulta violatoria de un derecho fundamental, que es a lo que se contraen las referencias a Ferrajoli que se citan en el proveído en que esa Sala le negó la nulidad impetrada por el Procurador Segundo Delegado para la Investigación y el Juzgamiento.

Existe un procedimiento preestablecido y a él tiene que ceñirse el juez. Y es que para ver en su contexto el pensamiento de este pensador italiano, uno de los máximos representantes del garantismo en el mundo jurídico, claro es sobre la sujeción a la ley como garantía, como lo expone en su ensayo “Sobre los Derechos Fundamentales” publicado en el No. 15 de Cuestiones Constitucionales No. 15, julio-diciembre de 2006, en la página 134, al tratar lo referente a los “Derecho fundamentales y (la) Globalización”. Así se expresa, específicamente sobre esta temática:

“La historia del Estado de derecho, del constitucionalismo democrático y de los derechos humanos puede ser leída como la historia de un larga lucha contra el absolutismo del poder, es decir de esa “libertad salvaje” –fuente de guerras internas y externas, de desigualdades y de omnipotencia de la ley del más fuerte- de la que habla Kant como propia del estado de naturaleza. En este proceso de limitación y regulación de los poderes ha sido derrotado en primer lugar el absolutismo de los poderes públicos: de los poderes políticos, a través de la división de poderes, la representación, la responsabilidad política y el principio de

legalidad, primero ordinaria y luego constitucional; del poder judicial, a través de la sujeción a la ley y por el desarrollo de garantías penales y procesales; de los poderes administrativos policíacos, **a través de la afirmación del principio de legalidad** y del control jurisdiccional que opera sobre ellos.”.

Además, se afirma que esa determinación se ha tomado, “sin que haya lugar a discusión” por “autoridad alguna”, -desde luego, dejando el mensaje de la imposibilidad que tendría la Corte Constitucional de discrepar de ese criterio por vía de la revisión de tutela para el evento a que se acudiere a esa acción pública- con fundamento en el “criterio de autoridad” con que puede hacerlo la Corte al interpretar las leyes, “como órgano máximo de la jurisdicción ordinaria y en calidad –como también se adelantó- de ente unificador de la jurisprudencia que le reconoce explícitamente la Carta”.

Por descontado –como ya se ha expuesto- que tal mandato constitucional explícito no fue consagrado en la vigente Constitución Política, y sin ánimo de entrar en estas disquisiciones, llama también la atención este segundo sofisma, que realmente sólo es entendible bajo un supuesto de simple autoridad, ya que la Corte no tiene facultad legal para realizar esta clase de interpretación regulada desde 1887 y finalmente consagrada en el artículo 25 del Código Civil, de acuerdo con la cual, en principio, corresponde a la realizada por el propio legislador, y más específicamente, por la propia ley, con la característica fundamental, de que por provenir de la ley, sus efectos son *erga omnes*, esto es, de obligatorio cumplimiento para todos los destinatarios de la normatividad positiva. Y decimos que, en principio, por cuanto al ser demandada por inconstitucional esta disposición, ha sido la misma Corte Constitucional la que mediante sentencia C-200 de 2002, la declaró condicionadamente exequible, para que continúe su vigencia, pero bajo el entendido que igualmente, y en forma exclusiva, esa clase de interpretación puede emanar de los fallos de constitucionalidad de esa Corte, lo cuales, son lo únicos que producen efectos *erga omnes*, quedando prácticamente asimilados a ley.

Así, y habida cuenta, que las decisiones de la Corte sólo están llamadas a producir efectos *inter partes*, es decir, sólo para los sujetos procesales que intervienen en el caso, no es posible afirmar que la interpretación de la ley que realice la Sala de Casación Penal, lo hace con “criterio de autoridad” y por ese motivo, como aquí ha sucedido, se haya dispuesto la remisión de todos los procesos que cursen en las Fiscalías, en los Tribunales o en los Juzgados, que se encuentren en las hipótesis señaladas en esta misma providencia, ya que, la decisión aquí tomada no tiene la virtud de producir efectos *erga omnes*, corresponde a cada caso y de acuerdo a la ritualidad procesal señalada en el Código de Procedimiento Penal, decidir su remisión, lo contrario equivaldría, suplir al legislador, como aquí ha sucedido, materializando, así, el pensamiento que en este sentido habían expuesto en su salvamento de voto a la decisión en que se discutía esta misma

problemática, pero que terminó ratificándose la anterior jurisprudencia, los Magistrados Augusto Ibáñez Guzmán y Alfredo Gómez Quintero el 17 de septiembre de 2008 en el proceso 26.585, que a su turno corresponde al planeamiento que hiciera el primero de estos dos Magistrados en su obra sobre la Corte Penal Internacional, en mira a darle vía abierta a la tesis de los fallos por precedentes, siguiendo la tesis anglosajona de López Medina, tanto en su libro *El derecho de los jueces* como en la *Teoría Impura del Derecho*, editados por Legis, y en el marco del “nuevo derecho”, buscando darle efectos *erga omnes* a las decisiones *inter partes*, bajo una equivocada equitación entre la “interpretación por autoridad” regulada en el artículo 25 del C. C. y las decisiones “con autoridad” que profiere la Corte Suprema como máximo juez de la jurisdicción ordinaria en orden a unificar la jurisprudencia, pero que por mandato del artículo 230 de la Carta Política no puede convertirse en ley, hasta el punto que pueden ser modificadas por la misma Corporación o no compartidas por un juez de inferior jerarquía, siempre que, como lo ha exigido la Corte Constitucional, justifique razonablemente los motivos en que fundamentó ese criterio.

Y, esto es tan cierto, que si el precedente decisorio de la Corte Suprema tuviera ese pretendido efecto *erga omnes*, no se ve el por qué frente a esta nueva jurisprudencia no se hubiere limitado a afirmar, a manera de “hipótesis”, de “ejemplo”, los procesos respecto de los cuales se imponía esta interpretación, sino que oficial y formalmente hubiera solicitado a Fiscalías, Juzgados y Tribunales, el envío de esos procesos a la Corte, más aún, cuando la vía se había empezado a abrir con la providencia en la que fuera ponente el Magistrado Augusto Ibáñez, de fecha 11 de mayo de 2009, proferida en el proceso 31.290, en la que tratándose de un conflicto de competencias relacionado con un Magistrado de Justicia y Paz, luego de advertirle que:

“Finalmente, conviene aclararle al magistrado con funciones de control de garantías que la admisión de las imputaciones parciales, en casos como el presente, no implica que la Corte Suprema de Justicia esté legislando. Simplemente está cumpliendo con su función de interpretación judicial y de unificación de jurisprudencia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria”, “La Sala, una vez más, llama la atención a dicho funcionario, en los mismos términos que lo hiciera en el auto del pasado 16 de abril (radicado 31.115), para que en el futuro se someta a la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”, desconociendo la propia sentencia de exequibilidad de la Corte Constitucional C-836 de 2001, en la que al declarar conforme a la Carta Política el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 sobre la doctrina probable no restringe la facultad de los jueces de inferior categoría para separarse de la jurisprudencia, motivando las razones para ello, al igual que puede hacerlo la misma Corte respecto de sus decisiones, cumplimiento igual exigencia.”.

Es que, el hecho de que la Corte sea el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria, en ningún momento la está habilitando para que recupere

competencias, ni para desconocer el procedimiento previamente establecido para fijarlas, como tampoco resulta cierto que la facultad de unificar jurisprudencia implique que le posibilite para ello; la unificación de jurisprudencia no puede derogar el procedimiento, ni siquiera con el “nuevo derecho”, ya que como auxiliar interpretativo que es por mandato constitucional, guía a sus entes inferiores, pero no puede pretender producir efectos *erga omnes*, como lo enfatiza el profesor Juan Fernández Carrasquilla en la página 155 de la tercera edición del primer tomo de su Derecho Penal Fundamental al considerar que, “Es claro que la jurisprudencia no puede aplicarse sino por vía analógica y en forma generalizadora, pues se trata de normas jurídicas particulares o individualizadas que resuelven de cierta manera un determinado conflicto social y se basan en hechos muy concretos. Pero ni siquiera en su más restringida acepción es la jurisprudencia obligatoria para los jueces, como tampoco a estos les está vedado acudir a decisiones de la Corte Suprema, de la Corte Constitucional o de los tribunales, incluso no reiteradas, para decidir los casos de interpretación que se les presentan, pues la equidad, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina son “criterios auxiliares” de la interpretación y de toda la actividad judicial, según el art. 230 constitucional”, y menos reconociendo que la decisión anterior fue tomada “dubitativamente”, y que por ello ahora, -cuando ya la competencia se ha fijado- se impone retomarla. ¿Qué pasaría cuando dentro de unos días, la Sala vuelva a estar dubitativa sobre la decisión que ahora tomó?. Y, ¿cómo se hace para saber que los Magistrados que para este momento ya no se desempeñan en esos cargos actuaron dubitativamente, como se afirma en la página 3 de esta decisión?.

No. El problema es otro. En este caso, la competencia ya está fijada en cabeza de la Juez Quinta Especializada y no hay procedimiento legal para variarla, ya la Corte decidió que no era la competente y la Juez avocó el correspondiente conocimiento de la causa, es decir, admitió que era la competente para seguir el juicio, y así debe terminar, cosa distinta es, como ha sucedido en el caso que se dice sirve de base para esta decisión, en el que el proceso estaba en conocimiento de la Corte, pues allí lo que se ha resuelto es seguir con ese conocimiento, y así no se comulgue con el referido cambio de jurisprudencia, lo cierto es que el fenómeno procesalmente hablando, es distinto, aún admitiendo que este siglo será “el siglo de los jueces”, pues no nos cabe duda que los Magistrados que aplicaron en la Corte estas normas desde 1991, también lo eran, y que los Magistrados que salvaron voto, también lo son, y que la doctrina de los precedentes data en nuestro derecho desde el siglo XIX, pues la “doctrina legal más probable” regulada en el artículo 10° de la Ley 153 de 1887, es prueba de ello, sobreviniendo luego la “doctrina legal” regulada por el artículo 371 de la Ley 105 de 1890 y finalmente la “doctrina probable” del artículo 4° de la Ley 169 de 1896, que no obstante hacer radicar este fenómeno en la reiteración de tres decisiones casacionales de la Corte, estableció la facultad de la judicatura para apartarse de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, son clara demostración de ello, con el ítem de que durante todo este largo trayecto, su desarrollo ha

tenido su propia regulación y como límite, el respeto a la Constitución y a las Leyes, siendo esta la razón para que así lo haya regulado nuestra actual Carta Política en el citado artículo 230. Aquí no estamos descubriendo nada.

Y, si bien, en el ensayo de Ferrajoli también intitulado “Derechos Fundamentales” compilado en la obra genéricamente rotulada como “Derechos y Garantías. La Ley del más débil”, editada por Trotta de Madrid en su sexta edición de este año, pues la primera data de 1999 que corresponde a una publicación de 1998, inicialmente editado en Teoría Política XIV/2, es decir, 6 años después de su ponencia sobre “El derecho como sistemas de garantías” que corresponde a la ponencia expuesta en las Jornadas sobre “Las crisis del derecho y sus alternativas” organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992, que es la intervención de la cual extracta la Corte el acápite que transcribe en la providencia que niega la nulidad pedida por el Procurador Delgado, había planteado este tratadista la diferencia y el avance que propone entre el principio de “mera legalidad” o de “legalidad formal”, que entiende “como norma de reconocimiento de la existencia de las normas” hacia el principio de “estricta legalidad” o de “legalidad sustancial”, o sea, “con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones”, como reza en la página 66 de la obra citada, y siendo que el principio del juez natural entre nosotros tiene fundamento constitucional a la luz del artículo 29 de la Carta Política, y el procedimiento a seguir para efectos de fijar la competencia corresponde a la estructura misma del debido proceso, no se ve cómo su interpretación con base en los principios constitucionales, que además sin matrículas ideológicas o conceptuales, así se ha venido entendiendo y aplicando, se pueda desconocer.

Sobre ello también volveremos adelante, porque previamente, se impone precisar, **el segundo motivo por el cual la Corte no podía ni puede avocar, o mejor dicho, “retomar” esta competencia.**

Como ya lo he reseñado, este proceso, una vez celebrada la correspondiente audiencia pública, pasó al Despacho de la Señora Juez el 23 de julio del presente año para que prohiriera la correspondiente sentencia, sin que hasta el 8 de Septiembre de la misma anualidad, cuando decidió remitir ilegalmente el expediente a la Corte, lo hubiera hecho, esto es, cuando ya se le había vencido el término legal de los 15 días que la Ley le otorgaba para ello. En estas condiciones, **¿cuál es el fenómeno procesal que se presenta, y cuál la decisión a tomar?**.

4. El fenómeno procesal que se presenta y la decisión a tomar respecto al funcionario competente para dictar sentencia en este juicio.

Ya, la misma Sala de Casación Penal lo tiene definido, en pacífica jurisprudencia, que hasta ahora no ha recogido en forma expresa, dando

las razones para ello, como a la manera de exigencia, y por ser lo jurídico, lo ha enfatizado la Corte Constitucional para estos eventos, inclusive como consta en varias de las sentencias de esa Corporación que a manera de reseña sirven de aparente motivación a la decisión que ahora se ha tomado.

En efecto, en no pocas oportunidades dentro de la evolución decisoria de la Sala Penal de la Corte, se le ha presentado el fenómeno que ahora concurre en este proceso, respecto de determinar el juez competente para proferir sentencia en aquellos procesos en que agotada la etapa del juicio, el expediente se encontraba al Despacho con ese fin, absteniéndose de hacerlo por sobrevenir en ese momento un problema de competencia motivador de su remisión a otro juez, que se considera es el competente, es decir, exactamente lo que ha sucedido en este caso.

En estos eventos, la Sala consideró mediante decisión de 3 mayo de 2007 (proceso No.27.131), con ponencia de la Magistrado Marina Pulido de Barón, que:

“A fin de resolver la controversia así planteada impera señalar que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación” (subrayas y negrillas de la Corte).

*“Por tanto, -agrega la Sala- es claro que si en este asunto el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín adelantó la fase del juicio dado que la Ley 733 de 2002 le otorgaba competencia para ello, con ocasión de lo cual el 17 de febrero de 2005 puso fin a la audiencia pública de juzgamiento y únicamente se encuentra pendiente la emisión del correspondiente fallo, no hay duda que el término que para dictar sentencia empezó a correr en vigencia de la referida legislación, rige en virtud del artículo 40 de la **Ley 153 de 1887**, el aspecto de la competencia para adoptar la decisión definitiva que en derecho corresponda, máxime si, como ya se advirtió, dicho término se refiere única y exclusivamente al proferimiento del respectivo fallo.”*

“El aserto anterior cobra especial sentido si se tiene en cuenta que en virtud de los principios de celeridad (artículo 4°) y eficiencia (Artículo 7°) señalados en la Ley 270 de 1996, “La administración de justicia debe ser pronta y cumplida. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales”, amén de que “La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo”.

“Así las cosas, sin dificultad advierte la Sala que al armonizar el citado artículo 40 de la Ley 153 de 1887 con los referidos principios que gobiernan

la administración de justicia, se impone concluir que con el propósito de evitar la migración de expedientes de un despacho judicial a otro con ocasión de los frecuentes cambios legislativos, en seguro desmedro de la celeridad y eficiencia debidas tanto al usuario de la administración de justicia como a la sociedad, se tiene que, en situaciones como la que aquí ocupa la atención de la Sala, esto es, **cuando empieza a correr el término dispuesto en la ley para proferir fallo luego de culminada la audiencia pública o de aceptación de cargos, no hay lugar a variar la competencia por el advenimiento de una ley procesal que la modifique, pues “los términos que hubieren empezado a correr (...) se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”**.

“Lo anterior es así, dado que el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 dispone que una vez realizada la diligencia de formulación y aceptación de cargos “las diligencias se remitirán al juez competente quien, en término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia” (subrayas fuera de texto). Por su parte, el artículo 410 del mismo ordenamiento establece que “finalizada la práctica de pruebas y la intervención de los sujetos procesales en la audiencia, el juez decidirá dentro de los quince (15) días siguientes” (subrayas de la Corte).

(...)

“Por las razones anteriores y pese a que el asunto que concita la atención de la Sala se adelanta por el delito de tentativa de extorsión en cuantía inferior a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales vigentes, se asignará al Juez Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín el conocimiento de este asunto, dado que es el funcionario para quien, luego de culminar la audiencia pública de juzgamiento, comenzó a correr el término legal dispuesto para que profiera el respectivo fallo, sin que hasta ahora haya procedido a ello”.

Y, en la misma fecha, 3 de mayo de 2007, en el proceso No. 27.185 con ponencia del Magistrado Álvaro Pérez Pinzón, frente a un fenómeno procesal igual, la Sala sostuvo la misma tesis, en cuanto al estar establecido que “El expediente, entonces, se hallaba al despacho exclusivamente para dictar sentencia” y teniendo en cuenta que “El artículo 40 Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la le (sic) ley vigente al tiempo de su iniciación”, necesario es colegir, “(...) que si el juez especializado se disponía a dictar sentencia, debía tener en cuenta la segunda parte del artículo transcrito y proseguir la actuación y no, como lo hizo, querer desprenderse de su competencia, porque para el momento en que dijo le correspondía la solución del suceso, gozaba de vigencia otra norma que, según lo acabado de decir, regulaba el caso”, siendo esta argumentación “más que suficiente para concluir que es a él, al juez especializado, a quien se debe adjudicar la competencia”.

Posteriormente, el 30 de mayo de 2007, con ponencia del Magistrado Sigifredo Espinoza Pérez, en el proceso No. 27.563, también ante una colisión de competencia negativa respecto de un proceso que se encontraba a Despacho del Juez para proferir sentencia, reiteró plenamente el proveído del 3 de mayo del mismo año con ponencia de la Magistrada Marina Pulido de Barón, tomando en su totalidad todos los argumentos de aquella decisión, pues si bien, dicho sea de paso, no se entrecorilla el texto, y sólo se remite a citarlo a pie de página, es lo cierto que las consideraciones de esta decisión corresponden literalmente y en su integridad, a las de aquella decisión, pero con un *plus*, y que corresponde a lo único que se le varía al precedente, cuando en la parte final de la parte motiva, mientras en la inicial se afirma que en conclusión, la decisión anunciada se tomará asignándole el conocimiento del proceso al juez para quien “luego de culminar la audiencia pública de juzgamiento, comenzó a correr el término legal dispuesto para que proferiera el respectivo fallo, sin que hasta ahora haya procedido a ello”, en este último, se afirma que una similar decisión se tomará en este específico caso, asignándosele el conocimiento del asunto al **“funcionario para quien se halla discurriendo el diligenciamiento de la audiencia y el acto anejo a esta, vale decir, la emisión del correspondiente fallo”**, es decir, que en esta oportunidad, la Sala no se limitó únicamente a afianzar su tesis en la centenaria regulación sobre los términos, sino que con base en la misma, la refuerza con el establecimiento de la naturaleza de los actos procesales, en cuanto acertadamente, integra el de la audiencia pública con la sentencia, como una unidad inseparable, pues no puede desconocerse, que este término tan propio al lenguaje jurídico, corresponde según la Real Academia de la Lengua a lo “propio e inherente”, según su segunda acepción, es decir, que está referido a aquello “que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa, que no se puede separar de ella”, como la misma Academia define esta expresión en la vigésima primera edición de su Diccionario de la Lengua Española de 1992, y que permanece en sus ediciones posteriores, lo cual implica considerar que estas dos actuaciones, integran un solo acto jurídico procesal, no en cuanto a que cada una no tenga su propia ritualidad, autonomía y efectos, sino respecto a que dada la propia naturaleza jurídica y razón de ser de la audiencia de juzgamiento, en la que se desarrolla la práctica de las pruebas del juicio, donde tiene pleno vigor la oficiosidad juzgadora en pro del descubrimiento de la verdad, en la que llega al punto máximo y último la real controversia probatoria, donde la inmediación de la prueba le permite al juez formarse una valoración directa sobre la misma, donde, tanto la acusación como la defensa, y en nuestro sistema, el representante del Ministerio Público e inclusive, la parte civil, si la hubiere, interrogan y contrainterrogan en busca de sacar abantes sus intereses, de acuerdo a la dinámica que le impriman a la práctica de la misma prueba los demás sujetos procesales, e inclusive el propio juez; en fin, donde el juez interviene buscando clarificar los hechos que él considera necesarios para fallar en justicia, no puede ser nadie distinto, quien esté debidamente legitimado para fallar.

Es que realmente, la asiste razón a la Sala al haberle hecho esa precisión al precedente decisorio que estaba reiterando, pues aparte del problema mismo de los términos, en el fondo de esta disposición, esto es, del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, subyace un fenómeno de más envergadura jurídica, como es el de que en casos como este, en el que se ha celebrado la audiencia pública y se encuentra en las manos del Juez para dictar la consiguiente sentencia de acuerdo con ese acto procesal, nos encontramos frente a un “acto complejo”, - o si se quiere, y para superar la discusión que en el derecho laboral, civil e incluso administrativo se suele dar sobre este fenómeno, podríamos considerarlo como “acto procesal compuesto”- no puede ser dividido para que un juez sea el que celebre la audiencia y otro el que dicte la sentencia, los dos actos son “**anejos**” entre sí, son inherentes, “no se pueden separar”; de ahí el por qué la misma Sala en la primera y la última de estas tres decisiones en mención haya sido enfática, tajante, en sostener que:

“(…) en situaciones como la que aquí ocupa la atención de la Sala, esto es, **cuando empieza a correr el término dispuesto en la ley para proferir fallo luego de culminada la audiencia pública o de aceptación de cargos, no hay lugar a variar la competencia por el advenimiento de una ley procesal que la modifique, pues “los términos que hubieren empezado a correr (...) se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.**

Como se ve, no todos los casos que ahora se presentan son iguales, y por ende ser solucionados –aún bajo la nueva jurisprudencia de la Sala–, bajo igual criterio procedimental. Aquí el procedimiento a seguir por parte de la Juez Quinta Especializada no podía ser otro que el de acudir a la colisión negativa de competencias, de imposible aplicación en este caso por las razones ya expuestas en precedencia, razón por la cual, lo único que podía hacer la Sala era devolver el expediente a esa funcionaria para que procediera a continuar con su trámite profiriendo la respectiva sentencia, por ser ella, y nadie más, la actualmente competente para seguir conociendo de esta causa; pero además de ello, y dando por descontadas las condiciones irregulares en que ha llegado a la Corte el proceso, tampoco esa Sala puede ahora, “reasumir competencia” alguna, ya que dada la específica situación procesal en que se encuentra este expediente, lo que se impone es de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y la reiterada jurisprudencia de la Sala al respecto, devolverle el proceso a la referida Juez Quinta Especializada de Bogotá, para que dicte el consiguiente fallo, pues los términos para ello, ya no sólo habían empezado a correr en su Despacho, sino que se encuentran más que vencidos, además de que aquí nos encontramos frente a un solo acto procesal, que como ya vimos, ha sido reconocido como tal por la misma Sala, lo cual, hace que también por esta vía tenga la Sala que devolver el proceso, toda vez que por mandato de la propia Ley 153 en cita, **“las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.**

Quedando así claro que, bajo la nueva tesis de la Corte, cada uno de los procesos que se siguen por esta clase de hechos, son distintos y que no es posible que *ipso facto*, sin que importe el estado en que se encuentren y sin el agotamiento de rito procesal alguno, deban ser remitidos a la Corte, y que esta proceda avocar, sin ninguna otra consideración, la competencia, o como en este evento a “reasumirla”, no hay duda que debido al estado en que se encuentra, este proceso tiene una solución distinta a la genéricamente anunciada por la Sala, no dejándose pasar por alto que seis de los Magistrados actuales intervinieron y compartieron ese criterio en aquellas decisiones.

Y, tratándose aquí de la aplicación del referido artículo 40 de la Ley 153 de 1887, interesante también resulta ver cómo en el proveído ya mencionado del que fuera ponente la Magistrada Marina Pulido de Barón, al transcribir esta norma, resalta en negrillas la expresión “ley”, cuando allí se dispone que “ (...) los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la **ley** vigente al tiempo de su iniciación” (subrayas y negrillas de la Corte), pues al afirmarse ahora en la providencia de 15 de septiembre del presente año en la que se ha dispuesto “reasumir la competencia” de este juicio, que es aplicable “la nueva jurisprudencia” para en virtud de ella aplicarla de inmediato, dejando con valor lo actuado con anterioridad por el funcionario para la Sala incompetente, todo con fundamento en el referido artículo 40 de la ley 153 de 1887, pues:

“Se advierte que si bien es cierto no se hace referencia en este particular caso a la aplicación de una ley que señala ritualidades, porque aquélla (la que fija la competencia y por ende el rito procedimental) está reglada en la Carta (art. 235-3), sí se alude a la jurisprudencia, que para este evento comporta la aplicación de una ley, derivada de la interpretación que con autoridad hace la Sala y que proyecta efectos inmediatos e indubitables sobre la sustanciación y ritualidad de la actuación”.

Y, aquí realmente, mientras en las decisiones reseñadas, la Corte, como es lo que corresponde, enfatiza en que la norma aplicable bajo este texto positivo es la exclusivamente la prevista en la “ley”, de ahí el por qué la Sala haya resaltado expresamente este término, ahora viene a asimilarse “ley” con “jurisprudencia” porque **“para este evento comporta la aplicación de una ley, derivada de la interpretación que con autoridad hace la Sala (del art. 235-3 de la Constitución Política) y que proyecta efectos inmediatos e indubitables sobre la sustanciación y ritualidad de la actuación”**.

Como se ve, varios, y de verdadero fondo jurídico, son los fenómenos que aquí ha involucrado la Corte para tratar de darle piso jurídico a su posición, que se impondría analizar, todos necesarios y seguramente oportunos hacía el inmediato futuro del derecho patrio, pero en orden a racionalizar los que pueden entenderse como de mayor trascendencia argumental en la posición

de la Corte, sea de iniciar por observar el verdadero sofisma y peligro que encierra la asimilación de la jurisprudencia de la Sala con la ley, más aún, cuando se afirma que la interpretación no es estrictamente de la ley sino de la propia Constitución, que dice hace la ley.

Esta conceptualización, según la cual, la ley interpreta la Constitución, y, a su turno, al equipararse la jurisprudencia con la ley, que por provenir de la Corte, debe entenderse que lo es con el carácter de “interpretación de autoridad”, y por ende, con efectos de ley, esto es, para todos, realmente resulta insostenible, aún bajo el concepto del “siglo de los jueces”, que refiriéndose al presente siglo, ha retomado de algunos tratadistas españoles el actual señor Presidente de la Corte y miembro de la Sala de Casación Penal, Dr. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN, para sustentar el “nuevo derecho”, anunciado y propuesto en el epílogo a su libro sobre “El Sistema Penal en el Estatuto de Roma” publicado por la Universidad Externado de Colombia en el año 2003, que intitula como “Una visión de justicia en el mundo que comienza” y que ahora se ve concretado como sustento básico e ideológico de esta inusitada posición de la Sala, que viene a originar según el tratadista Magistrado, la nueva función del juez como “creador de derecho”, en cuya proyección debe primar la aplicación del “precedente judicial”, teniendo claro “que la norma no se hace en laboratorio” y que como esta “surge de la posibilidad social, en un momento determinado y para una sociedad determinada”, es posible que el juez “cree el derecho” que estime necesario en un momento histórico dado, ya que “El principio de legalidad, el cual se debe recubrir y proteger”, debe tenerse sólo como “**un dato, un hito dado histórica y jurídicamente**”, pues, “La protección no se encuentra ahora en el principio de legalidad, sino en la norma, sí en la “norma” con referente material, pero dispensada, garantizada por la expresión de justicia, que lejos de ser un aparato es un concepto: garantía, protección, son la concreción del principio de legalidad, en expresión de justicia”, ya que, sin “(...) renunciar al sistema legislado, sin lograr una fractura en y al sistema civil, es posible, por garantía, por seguridad jurídica y por igualdad, lograr que la jurisprudencia sea el mecanismo atendible para lograr la justicia: que la norma llegue al común, que genere membresía”, toda vez que, “para **reinventarnos como Estado** no es posible partir del supuesto que lo podemos todo” al momento de legislar.

Esta es la impronta que trasunta en la posición que ahora ha tomado la Corte, tomando partido, como nunca lo había hecho, ya que si bien esta temática ha sido objeto de discusión académica, y no de ahora, pues no podemos olvidar allá la propia Escuela del Libre Derecho, y claro en los últimos años desde otras perspectivas, impensado hubiera sido imaginarse que la Sala en este viejo y arduo debate sobre las fuentes del derecho, decline frente a la corriente según la cual se cree en la justicia dispensada por medio de la ley, para afiliarse a aquellos, que como el Magistrado IBÁÑEZ GUZMÁN, consideran que bajo el práctico desconocimiento del principio de legalidad,

la justicia se dispensa mediante la interpretación de la ley, a voluntad del juzgador, “como instrumento y fines del Estado y, por ello, la prevalencia de la jurisprudencia” o su equiparación a la ley. (op. Cit., página 585), pero no comprendida como una recuperación garantista de sus contenidos, sino como facultad creadora del juzgador, desconociendo que, como hasta el propio Jakobs lo afirma, al referirse a este principio, que aún con base en el principio de “estricta legalidad penal”, éste debe representar siempre una “**garantía de objetividad**”, que marca los imprescindibles límites entre las interpretaciones judiciales legítimas e ilegítimas, como puede leerse en las páginas 89 y ss. y 99 y ss. de su Derecho Penal, parte general, editado por Marcial Pons en 1995, en traducción al español de la segunda edición alemana.

Se le ha dado al Derecho Penal colombiano un inesperado viraje, novedoso en cuanto no se había ni siquiera insinuado progresivamente en anteriores decisiones de la Corte su acercamiento a este cambio conceptual, que de no ser precisado en sus alcances, y siendo coherente la Sala con los fundamentos, sistemática y consecuencias que inspiran esta corriente doctrinaria, deberá tener como mira dirigirse a la concepción de un “Derecho Penal mínimo” proyectado al abolicionismo penal, como lo predicen sus más estrictos exponentes. De ahí, que se imponga ya, preguntarnos, bajo esta mira: ¿cuál será el límite del juez creador de derecho, si se declina el principio de legalidad, deslegimitando y, prácticamente, excluyendo, la función legislativa, y hasta la propia Constitución?. Es que una cosa es interpretar la ley de acuerdo con los cambios sociales, esto es, dinamizando la ley, pero siempre dentro de los límites normativos positivos sustanciales que la misma imponga, y otra muy distinta, la de aplicar justicia desconociendo la propia normatividad positiva.

Así, dejando claro que también resulta novedoso por lo inusitado, el afirmar que por medio de la Ley se interpreta la Constitución Política, pues es sabido que la Ley lo que hace es desarrollarla, es lo cierto aquí, que lo que la Corte está afirmando es que la jurisprudencia “(...) **para este evento comporta la aplicación de una ley, derivada de la interpretación que con autoridad hace la Sala y que proyecta efectos inmediatos e indubitables sobre la sustanciación y ritualidad de la actuación**”, es decir, que la jurisprudencia por medio de la cual está interpretando la Constitución, se asimila a la Ley, y que por hacerlo con “la autoridad” que detenta la Sala, “proyecta efectos inmediatos e indubitables sobre la sustanciación y ritualidad de la actuación”, lo cual, realmente sólo constituye un verdadero distractor argumental, carente de sustento jurídico por ausencia de fundamento normativo, pues, el referido artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se refiere exclusivamente a la “Ley”, como la misma Corte lo reconoció en las decisiones ya indicadas. Sin embargo, aquí para poderle dar visos de juridicidad al argumento, se viene a afirmar que la jurisprudencia de la Corte tiene la misma fuerza que la Ley, por cuanto ese pronunciamiento jurisprudencial lo ha sido con la autoridad de la Sala. Y

aquí se debe clarificar el verdadero juego de palabras que se hace, con el claro fin de evitar el cuestionamiento evidente que se le puede formular a la argumentación, en cuanto a que la interpretación denominada de autoridad es la regulada en el actual artículo 25 del Código Civil, esto es, la hecha por la propia ley, y en virtud del fallo de exequibilidad condicionada proferido por la Corte Constitucional C- 820 de 2006, también la realizada por esa Corporación mediante los fallos de constitucionalidad, en cuanto que estos también producen efectos *erga omnes*, es decir, que no son los dictados por la Corte Suprema de Justicia por medio de cada una de sus Salas los que pueden catalogarse entre los de “interpretaciones por autoridad”, esto es, que sólo son los de constitucionalidad los que pueden asimilarse a la ley, en cuanto a sus efectos.

Fenómeno diverso es el calificativo de “autoridad” que le da la Corte Constitucional a los proferidos por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia C-836 de 2001 al declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 4° de la Ley 169 de 1896, para referirse no a la interpretación con autoridad en los términos del referido artículo 25 del C. C., sino al poder que ejerce esta Corte como máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria para que sea viable cumplir con la finalidad “unificadora de la jurisprudencia”, que debe guiar las decisiones de los jueces inferiores, sin perder de vista que los efectos de sus pronunciamientos son *inter partes*, y pueden no ser compartidos, inclusive variados por la misma Corte, caso en el cual bien puede hacerse explicando razonada y motivadamente el por qué no se comparte o el por qué se modifica esa determinada interpretación, como así se determinó esa Corporación al resolver que esa constitucionalidad procedía, “siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia”.

Y, por ello, necesario también se torna aquí hacer claridad en el sentido de cómo la Corte hábilmente, y para no adentrarse a la problemática del referido artículo 4° de la Ley 169 de 1896, de conformidad con el cual, “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”, ha acudido al criterio de “interpretación con autoridad”, asimilando su interpretación a la prevista en el referido artículo 25 del C. C., en los términos ya señalados, pues, esta asimilación aquí no procede, como tampoco podía recurrirse a la denominada “doctrina legal” regulada en el artículo 371 de la Ley 105 de 1890, de conformidad con el cual, “es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en dos decisiones que la misma Corte haga en dos decisiones uniformes para

llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso”, que cita el Dr. IBÁÑEZ en su obra citada (página 587) para sustentar con base en los precedentes la “creación del derecho” por parte de los jueces, sacrificando el principio de legalidad, pues esta disposición que correspondía al Código Judicial, fue precisamente derogada por el artículo 4° de la citada Ley 169 de 1896.

Ahora, y no obstante que como ha quedado demostrado, las razones dadas por la Sala para “retomar la competencia en este proceso” carecen de sustento jurídico, y resultan claramente demostrativas de una evidente vulneración al artículo 29 de la Constitución Política y a los artículos 6° y 11 del C. de P. P., desconociendo el principio del juez natural y, de suyo, el debido proceso –como certera y firmemente lo terminó afirmando el Magistrado Julio Socha Salamanca en el precitado salvamento de voto-, necesario se torna también referirnos a lo que podía considerarse como el argumento sustantivo, así realmente en la decisión ahora tomada en este proceso no se contengan, ya que –como quedó anotado- en el proveído que ahora se cuestiona, esto es, el dictado en el juicio seguido contra el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, se dan por sentados los argumentos expuestos en el proceso seguido contra el Dr. ULISES TORRES, afirmándose que es con base en ellos que se tomará la decisión, cuando la verdad es que no han sido expuestos aquí, es decir procesalmente, se desconocen.

Sin embargo, y aún ante esta, cuando menos, irregular motivación, pero teniendo como base el conocimiento que de esa decisión se ha tenido por los medios de comunicación y que, hoy por hoy, de pública divulgación, es lo procedente analizar aquellos argumentos, pues, así, en estas condiciones, no estemos obligados a hacerlo en esta alegación, procederé a ello, pues los presupuestos dados en ese proveído para sustentar el “cambio de jurisprudencia”, tampoco resultan suficientes jurídicamente para ello.

En efecto, todo se remite allí, a fijarle el alcance jurídico al Párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, en cuanto al disponerse en el numeral tercero de esta norma, que la Corte debe investigar y juzgar a los miembros del congreso, este mandato *in fine*, regula que cuando estos funcionarios “hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”, y en contravía con el pacífico criterio de la Corte desde que entró a regir la vigente Constitución Política de 1991, se ha considerado ahora, que esa “relación con las funciones desempeñadas” no debe concebirse dentro de un marco estrictamente jurídico, sino recurriendo lo que dentro de la Teoría del conocimiento denomina como “conocimiento vulgar” frente a la máxima escala del “conocimiento científico”, es decir, fuera del sentido que le corresponde dentro del marco dogmático-jurídico de la Constitución, para acudir al entendimiento cotidiano que se le pueda dar a la expresión “**en relación con**”, dejando por fuera la limitante

normativa “**con las funciones desempeñadas**”, que exige una necesaria comprensión jurídica.

Es bajo esta segunda concepción que la Corte, hasta ahora, venía entendiendo que como la comisión de delitos comunes no se encontraban dentro de “las funciones desempeñadas” por los congresistas, esto es, las señaladas en la propia Constitución Política y en la Ley 5ª de 1992, ante la renuncia al cargo por parte del congresista procesado por un delito de esta naturaleza, al perder por este motivo el fuero, la Corte, igualmente, perdía la competencia para seguirlo investigando o juzgando, según el caso. Ahora, la Sala ha resuelto variar este criterio para considerar que es posible retener, e inclusive “recuperar” la competencia para investigar y juzgar a los congresistas cuando el delito que se le impute sea común, así se haya renunciado al cargo, por cuanto “las funciones” a que se refiere la Carta política no hacen relación con las asignadas en la Constitución y la mencionada Ley 5ª, sino que se trata de cualquier conducta que fácticamente sea consecuencia de ellas, así en su situación jurídico-penal resulte tipificada como delito común.

Esta conclusión, va a originarse temporalmente, en el salvamento de voto que presentara la Magistrada Marina Pulido de Barón a la decisión mayoritaria que continuaba con la posición tradicional de la Sala en la decisión del 18 de abril de 2007 en el proceso 26470, al considerar que, en su criterio, para determinar si ante la renuncia del cargo por parte de un congresista debía seguir conociendo la Corte del proceso seguido en su contra, por delitos comunes, no era suficiente precisar si el delito cometido correspondía a las funciones del cargo, sino “el abuso funcional del mismo”, que dice, “es un aspecto asaz diferente”, pues de no ser así se “pierde de vista la posible realización de delitos no propios o “comunes” que bien pueden tener un nexo de tales características en el ejercicio de la función pública, sólo susceptible de ser discernido frente a las particularidades fácticas de cada caso”.

Sin embargo, y no obstante también reconocer esta discrepancia conceptual de la Magistrada PULIO DE BARÓN como el antecedente de la actual posición de la Sala sobre el tema en cuestión, por parte de los Magistrados SIGIFREDO ESPINOSA, AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN y ALFREDO GÓMEZ QUINTERO en salvamentos de voto a la decisión de 17 de septiembre de 2008 en el proceso 26.585, en la del primero de septiembre del presente año, que se dice sirve de fundamento a la del 15 de septiembre de la misma anualidad proferida en este proceso, se traslada el antecedente como aquél en que efectivamente se dio el “cambio de jurisprudencia” al 18 de abril del 2007 en el proceso 26.942, a pesar que en esa oportunidad la aleatoriedad de la relación que pudiera tener la calidad de congresista con la “posible conducta prohibida”, la entiende la Corporación, como excluida, debido a que “mal puede concebirse como una de aquellas que de manera exclusiva y excluyente pueda cometer un parlamentario por razón de las funciones que desempeña”.

De todas formas, es tomando como fundamento el argumento expuesto por la referida Magistrada disidente, que los Magistrados ESPINOSA, IBÁÑEZ y GÓMEZ QUINTERO, van a salvar su voto casi un año y medio después del de la Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN y de la decisión que se afirma “introdujo” la actual variación jurisprudencial, que según la referida decisión del primero de septiembre de este año, lo fue el 17 de abril de 2007, constando en el expediente que la tomada en este proceso para declararse incompetente la Corte lo fue del 18 de abril del 2007 solo con el salvamento de voto de la Dra. PULIDO DE BARÓN, que nunca se aportó al mismo, lo cual significa que para ese momento para la Sala, la conducta atribuida al Dr. ARAÚJO CASTRO, “mal puede concebirse como una de aquellas que de manera exclusiva y excluyente pueda cometer un parlamentario por razón de sus funciones”.

En estas condiciones, es el salvamento de voto del 17 de septiembre del 2008, presentado en el proceso 26.585 por el Magistrado, Dr. SIGIFREDO ESPINOSA el que se va a consignar *in integrum*, textualmente hablando, en el referido cambio jurisprudencial. Allí, previa una extensa transcripción de fallos de la Corte Constitucional tendientes a la demostración de la naturaleza jurídica y alcances del fuero parlamentario, al debido proceso en punto de las instancias, al juez natural y los antecedentes históricos del actual artículo 235 de la Constitución Política, ilustrados en un fallo de esa misma Corporación, junto con los precedentes de la Sala sobre la posición jurisprudencial que ahora se recoge, viene a apoyar su nueva concepción, auxiliándose, igualmente, en la doctrina foránea, en este evento en la española; y para ello se acude en primer lugar, a “la obra “Derecho Procesal Penal” de Víctor Moreno Catena, Editorial Colex, Madrid, 1996, páginas 847 y siguientes, siendo, así, necesario anotar, que esa obra con dicha ficha topográfica no existe bibliotecológicamente hablando, pues se imposibilita poder confrontar esa cita en cualquier biblioteca, española o nacional, incluyendo otras que manejen derecho comparado, pues la obra a la que se refiere la Corte es una compilación de colaboraciones, en la que uno de ellos es el profesor Víctor Moreno Catena, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, quien al tratar el tema correspondiente a los “Procesos Ordinarios con Especialidades Procesales”, y específicamente en lo relacionado con “Las personas”, en punto del “Enjuiciamiento de Diputados y Senadores”, en las páginas 847 y 848, al referirse a la “inmunidad parlamentaria” y tratar lo relativo con la “competencia y procedimiento” a seguir en estos casos, se pronuncia en los términos transcritos por la Corte, donde efectivamente este autor afirma que en España, la competencia otorgada a la Sala Segunda del Tribunal Superior para conocer de las causas seguidas contra Diputados y Senadores “es objetiva” y “se extiende hasta la conclusión del proceso, con independencia de la vida legal de las Cortes, es decir, de la duración de la legislatura en la que los acusados hubieran sido electos”, al tenor del artículo 1 de la Ley de 1912, agregando, que:

“A falta de mayores precisiones legales, ha de entenderse que subsiste la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo para conocer del proceso contra un Diputado o Senador, aunque las Cortes Generales se disuelvan, anticipadamente o no, **o el parlamentario renuncie a su condición**, pero siempre que la Cámara respectiva hubiese otorgado con anterioridad la correspondiente autorización para la inculpación o procesamiento”.

Precisando la Corte, ante la aclaración del autor, en el sentido de que “Esta solución no es compartida por la jurisprudencia”, que esta “hace alusión al criterio sentado por el Tribunal Constitucional en el cual privilegia el carácter excepcional de la garantía de aforamiento sobre la perpetuatio jurisdictionis, o prórroga de la competencia del juzgador”

Pero, a su turno, -y como no podía ser de otra forma- para hacer ver la Corte, que también existe un criterio contrario sobre este tema en la doctrina española, y darle fundamento a su aclaración al comentario anterior, en el sentido de que la jurisprudencia de la que dice el autor es de la pronunciada por el Tribunal Constitucional, procede a traer a colación “El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional”, que afirma es de “Manuel Ortells Ramos, Isabel Tapia Fernández y Thomson Aranzandi, Navarra”, también equivocadamente, pues, aquí se trata también de una compilación de ensayos de varios autores, que estuvo a cargo de los profesores Manuel Ortells e Isabel Tapia Fernández, siendo el aparte correspondiente a los “Procedimientos comunes, procedimientos especiales y especialidades procesales” (Capítulo Decimosexto), integrado por cuatro subtemas, en el que los distinguidos con los números I, II, y IV han sido elaborados por la profesora Rosa Arrom Loscos, catedrática de la Escuela Universitaria de Derecho Procesal de la Universitat de les Illes Balears y el apartado III por Rafael Bellido Penadés, profesor titular de Derecho Procesal de la Universitat de València, que es el que corresponde a la transcripción que hace la Corte, y que aparece bajo el título “El procedimiento contra Senadores y Diputados”, no entre las páginas 1369 y 1370, como allí se afirma, sino entre las páginas 1367 y 1370, es decir, que la obra en referencia no es ni de los autores citados, que imposibilita su localización bibliotecológica, ni muchos menos que uno de sus “autores” sea “Thomson Aranzadi, Navarra”, pues de los mencionados, los dos primeros -como se dijo- son los Directores y Coordinadores de la compilación, y el tercero, no es ningún tratadista, sino el nombre de la editorial “THOMSON-ARANZADI” de acuerdo a la carátula, pues su registro se hace constar como de la “Editorial Aranzadi, S. A.”, y Navarra, tampoco es otro autor, sino la ciudad española donde se editó la obra.

Con esta necesaria precisión, -que no tiene nada de formal ni de irónico, pues corresponde, nada más ni nada menos, que a la ubicación de los textos extranjeros en los cuales se fundamenta el actual cambio de la jurisprudencia patria- se observa que -como lo pone de presente este profesor-, el fenómeno que aquí nos ocupa es realmente pacífico en el Tribunal Constitucional de

ese país, como consta en los múltiples fallos que relaciona en su ensayo y que no han sido relacionados por la Corte en su transcripción. Siendo claro que esta posición no es meramente retórica, sino que corresponde, de una parte, a la problemática jurídica de ese país frente a las leyes anteriores a la Constitución de 1978, y de otra parte, al respeto al juez natural, pues como allí mismo afirma, al recordar, que:

“El TC entiende que si bien la respuesta a tal importante cuestión es un tema de legalidad incide, sin embargo, en el contenido de un precepto constitucional, el art. 71.3 CE, así como en el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley, por lo que el TC advierte que el instituto de la *perpetuatio iurisdictionis* debe ser interpretado de forma que se cohoneste con la finalidad a que sirva la prerrogativa del aforamiento especial de Diputados y Senadores, pues lo contrario supondría una extensión del ámbito temporal de la prerrogativa, innecesaria para salvaguardar su finalidad, que la convertiría en un mero privilegio personal” (op. cit. Pág. 1370).

Y, acto seguido, y para fortalecer el primer criterio doctrinario, es decir el del profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, Moreno Catena, hace lo propio con el del profesor Javier Pérez Royo en su Curso de Derecho Constitucional, editado por Marcial Pons, novena edición de 2005, página 793, para quien, “Las prerrogativas de los parlamentarios no son personales, sino garantías funcionales, que protegen no al parlamentario en cuanto tal, **sino la función parlamentaria que el desempeña**”, razón por la cual, estas reglas sobre la inmunidad son “objetivas que tienen que ser aplicadas siempre, independientemente de cual sea la voluntad personal del parlamentario afectado”.

Ante estos presupuestos comparatistas, y ante la aclaración que le hace la Corte a la salvedad del profesor Moreno Catena, en el sentido de que su criterio no es compartido por la jurisprudencia, que en sentir de la Sala de Casación Penal lo es refiriéndose únicamente a la emanada por el Tribunal Constitucional de ese país, importante es precisar, que igualmente dicha interpretación es la que ha sostenido el Tribunal Supremo, reconociendo, como lo hacen los autores citados, que “la garantía viene referida a la función, no a la persona”, razón por la cual, “**el aforamiento no es renunciable**”, como lo concretó en ATS (Auto del Tribunal Superior) de 15 de noviembre de 1993, siendo, por ello, que “**la única forma de renunciar al aforamiento y recuperar la condición de ciudadano no aforado pasa por renunciar al escaño, lo que constituye una medida que sólo pueden adoptar, como es lógico, los interesados**”, como lo ha reconocido en ATS de 13 de abril de 1999 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 1999, 3313), reiterando su criterio, en el mismo sentido, entre otros muchos, ATS 18 de junio de 1999.

Como puede verse, la problemática no hace referencia a la comprensión que le ha dado la Sala a estos criterios doctrinarios, es decir, a la renuncia del

cargo por parte de los congresistas, sino a la “**renuncia del fuero**”, esto es, al hecho de que el Senador o Representante, renuncie al fuero para que en virtud del mismo no sea la Corte Suprema la que lo juzgue, pero no lo hace respecto del cargo que desempeña, siendo bajo este contexto donde dichos doctrinantes, son enfáticos en considerar que el fuero no es renunciable, porque no es personal, siendo situación distinta si se “**renuncia al escaño**”, que diríamos nosotros, “al cargo”, pues en este evento nos encontramos frente a “**la única forma de renunciar al aforamiento y recuperar la condición de ciudadano no aforado**”, lo cual también podría admitirse en la afirmación del profesor Moreno Catena cuando se refiere que el fuero tampoco se pierde cuando el congresista “renuncie a su condición”, al igual que frente a lo afirmado por el profesor Pérez Royo, al afirmar que el fuero continúa, “**independientemente de cual sea la voluntad personal del parlamentario afectado**”, esto es, respecto a la renuncia del fuero para ser juzgado por el Tribunal Superior, no del cargo.

Y, es que a esta situación no ha estado ajena nuestra Corte Suprema de Justicia, pues recientemente tuvo que resolver un caso de esta naturaleza, pronunciándose en iguales términos que el Tribunal Supremo de España, es decir, enfatizando que el fuero para ser juzgado por la Corte, no era renunciable, y que este sólo se perdía era con la renuncia del cargo, el cual desafortunadamente no me ha sido posible conseguirlo publicado con la reseña exacta de su expedición, pero que seguramente debe ser recordado por los Señores Magistrados.

Pero, es que aún bajo la consideración de que se quisiera entender que en estos textos la renuncia se refiere al cargo, también se tiene que precisar, que en España la base normativa es distinta a la nuestra, pues allá de conformidad con el numeral tercero del artículo 71 de la Constitución de ese país que data de 1978: “En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo” y por mandato de la Ley de 9 de febrero de 1912, expedida por el Rey Don Alfonso XIII, publicada en la Gaceta de Madrid 41 de 10 de febrero del mismo año, de conformidad con el artículo primero: “Corresponderá a la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo el conocimiento de las causas contra Senadores y Diputados, aún cuando sólo tengan carácter de electos”, y por mandato del artículo séptimo de la misma Ley: “Si el Senado o el Congreso denegase la autorización para procesar, le comunicará el acuerdo al Tribunal requirente, que dispondrá el sobreseimiento, respecto al Senador o Diputado. **Si la autorización fuese concedida continuara el procedimiento hasta que recaiga resolución o sentencia firme, aún cuando antes de dictarla fueren disueltas las Cortes a que perteneciere el Senador o Diputado objeto del suplicatorio**”, esto es, y dejando de la lado la discusión interna sobre el problema de las leyes anteriores a la expedición de la vigente Constitución, de acuerdo con esta disposición, de ser resuelto afirmativamente el suplicatorio por el Cuerpo Congresional, el Tribunal Supremo debe continuar con el proceso hasta que “recaiga resolución o sentencia en firme”, como lo afirma el Magistrado del

Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Jacobo López Barja de Quiroga en su Tratado de Derecho Procesal Penal, editado por Thomson Aranzadi en 2004, página 739, con el ítem, que de acuerdo con el artículo décimo de esa Ley, "Los preceptos de la presente ley regirán desde la fecha de su promulgación, aplicándose a los procesos en curso contra Senadores y Diputados, **salvo que el Senador o Diputado comprendido en el procedimiento reclame ser juzgado por el Juez o Tribunal competente, con arreglo a las leyes o disposiciones que vinieran rigiendo ante de dicha fecha**".

Como se ve, aún en esta hipótesis, el problema es distinto; de ahí que como lo expone el profesor de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en la página 150 del Tomo II (vol. I) de la compilación de Derecho Procesal, El Proceso Penal (1), editado en Valencia por Tirant lo blanch en 1987, José Almagro Nosete, este fuero "**subsiste en relación con todos los delitos cometidos por el mismo, mientras dura su condición**", como lo sostienen el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, conforme quedó visto.

Entre tanto, entre nosotros, de conformidad con lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 235 de la Constitución Política, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia: "Investigar y juzgar a los miembros del Congreso", pero a diferencia de la Constitución española, en el Parágrafo de la misma disposición, se determina que "Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas", es decir, que expresamente, cuando los congresistas hubieran "cesado en el ejercicio de su cargo", "el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas".

Por ello, y como es evidente, la confrontación comparatista de estas dos legislaciones, no permite tomar aquella como base sustentadora de la decisión que ahora ha tomado nuestra Corte en su Sala de Casación Penal, ya que por el contrario, si alguna semejanza quisiera encontrarse, es lo cierto que sirve de apoyo a la tesis tradicional y pacífica de la Sala, esto es, que con la renuncia del cargo de congresista, la Corte pierde la competencia para investigarlos y juzgarlos, sin que ello implique reconocerle al fuero una naturaleza personal, pues lo que se ampara es la función y desapareciendo su ejercicio, necesariamente desaparece la competencia reconocida para y por ella, restringiéndose en la legislación nacional a aquellas "conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas", respecto de las cuales la Corte mantendrá la competencia.

5. El cambio jurisprudencial.

Y, es aquí donde aparece la discrepancia de conceptos en el seno de la jurisprudencia de la Sala, entre la sostenida desde que entró en vigencia la actual Constitución Política de 1991 y la ahora propuesta en la referida

decisión del primero de septiembre de 2009, y para este caso, reiterada el 15 del mismo mes y año, en cuanto se ha venido a entender que esas conductas no son las realizadas en ejercicio de las funciones constitucionales y legales fijadas a los congresistas, sino cualquier otra, entre las que se encontrarían los denominados delitos comunes.

Así, y siendo un hecho cierto, que en el proveído de 15 de septiembre de 2009 la Sala no expuso el por qué jurídico tomaba la decisión de “retomar la competencia” para conocer de este proceso, remitiéndonos “al contexto de la mencionada providencia”, sin especificar siquiera a cuál se refiere, pero bajo el entendido que sería la del primero del mismo mes y año, proferida en el proceso seguido contra EDGAR ULISES TORRES MURILLO, como igualmente lo entendió el Procurador Segundo Delegado para la Investigación y el Juzgamiento en la petición de nulidad presentada en este expediente, y que le ha sido negada por la Corte, tenemos que en esa oportunidad para la Sala, -que por la estrecha mayoría de un voto, cambió de posición- la expresión “en relación con las funciones desempeñadas” no puede seguirse considerando como referida a los llamados “delitos propios”, pues de así admitirlo, se estaría reconociendo “un requisito adicional a los previstos en la Constitución Política”, pues, si bien, “Ciertamente, respecto de los “delitos propios” el fuero congresional se mantiene en cuanto se trate de conductas inherentes al ejercicio de la función pública que corresponde a senadores y representantes (artículos 150 y ss. de la Carta Política), pero a la par de ello se debe acudir al referido parágrafo del artículo 235 de la Constitución cuando no se trata específicamente de “delitos propios”, sino de punibles “que tengan relación con las funciones desempeñadas” por los congresistas, siempre que de su contexto se advierta el vínculo con la función pública propia del Congreso”, bajo el entendido, de que:

Esta “(...) relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza **por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo**; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones”, como se lee en la página 52 de dicha decisión.

*“Tal es el caso, -agrega la Corte- de los congresistas a quienes se les imputa la conducta de concierto para delinquir agravado por sus eventuales vínculos con miembros de los autodefensas cuando ya ocupaba una curul en el Congreso de la República, proceder que si bien no es propio de sus funciones, en cuanto reunirse con delincuentes para orquestar la comisión de delitos no es ni podrá ser inherente al ámbito funcional de dicha Corporación, si se pone de presente, de un lado, que **posiblemente** hacia parte de dicha organización criminal y, de otro, que de conformidad con la forma en que operaba la misma, se trataba **presuntamente** de un miembro calificado de la misma a quien correspondía aportar dentro de su ámbito funcional”.*

“El anterior aserto cobra especial valía –continúa la Sala- si se tiene en cuenta que de conformidad con las **reglas de la experiencia**, en una empresa delictiva cada quien aporta aquello de lo que tiene. Así pues, el sicario contribuirá con la muerte material de personas, el experto en explosivos colocará y activará artefactos de acuerdo a los planes de la organización; los ideólogos y directores trazarán las directrices para conseguir los objetivos del grupo; los infiltrados en la fuerza pública y en la administración de justicia advertirán sobre futuros operativos y trámites o procurarán la impunidad de las conductas que lleguen a su conocimiento en los estrados judiciales.”.

Y, agrega:

“A su vez, el papel de un congresista en las citadas organizaciones armadas al margen de la ley, cuyo objetivo era el de acceder al poder por medio no ortodoxos e ilegales ajenos a los canales democráticos, **no podía** ser diverso al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como senador de la república; entonces, **ingenuo** resulta pensar solamente en asistencias aleatorias a las reuniones, o en calidad de simple y llano espectador o bien porque los delinquentes lo consideraban “*importante*” para la sociedad.”

“En este sentido, –colige- no hay duda que el vínculo de congresistas con los miembros de las autodefensas unidas de Colombia, no contaba con pretensión diversa a la de aportar cada uno lo que le correspondía para trabajar conjuntamente en el propósito común. Unos a partir de sus destrezas, otros con su capacidad económica o delincencial; algunos, desde el ejercicio de su condición de servidores públicos dada su representación del pueblo y dentro del ámbito de sus competencias regladas, específicamente su función legislativa. Y, esto último, en cuanto constituía propósito medular de los cabecillas de la organización infiltrar todas las instancias del Estado, según fue ampliamente divulgado en los medios de comunicación, circunstancia que excluye la posibilidad de tildar la conducta de los congresistas involucrados en las reuniones ilegales como meramente accidental(es) o aleatoria(s).

“Y si en desarrollo de la concertación de voluntades para cometer delitos un congresista **utiliza alguna de sus funciones públicas** para sacar adelante los propósitos de la organización criminal, incurrirá en un concurso de conducta(s) punibles toda vez que el delito de concierto para delinquir se configura de manera autónoma e independiente por el simple hecho de acordar la comisión de comportamientos ilícitos.

Así, “Debe reiterarse, que el parágrafo del artículo 235 constitucional no establece que las conductas a través de las cuales se dota de competencia a la Corte sean realizadas **durante** el desempeño como congresista sino simplemente que *tengan relación con las funciones desempeñadas*, de tal suerte que resulta factible que el comportamiento o iter criminal pueda iniciarse antes de acceder a la curul y consumarse o agotarse

con posterioridad a la dejación del cargo, sin que por ello se pierda la condición de aforado para efectos penales.

“Pero también ocurre que durante el desempeño del cargo, el aforado ejecuta conductas delictivas, no propias de la función, pero sí íntimamente ligadas con ella, como podría suceder, a título de ejemplo, con el congresista que bajo el pretexto de hacer proselitismo político, se reúne con jefes de grupos armados al margen de la ley, en aras de asegurar apoyo logístico que le permita conservar la curul en las elecciones venideras, a cambio de prebendas tales como otorgar –de inmediato y dada la condición de senador o representante que para ese momento se ostenta– contratos a esos grupos.

“Igualmente, puede suceder que un aspirante a una curul en el congreso reciba dineros para adelantar su campaña, con el compromiso de que una vez alcanzado el propósito se erigirá representante o emisario en el seno congresional de quienes favorecieron ilícitamente la elección.

“En tal caso, la investidura y la tarea desarrollada en el Congreso por el aforado no resultan ajenas a ese hecho fundacional concreto o, en otras palabras, no se puede sostener que ese manejo proselitista previo no tiene relación con las funciones desempeñadas, cuando no se duda que las dichas funciones representan cumplimiento de los pactado previamente.”

Siendo, entonces, que ahora para la Sala la “relación” existente entre “las conductas punibles” realizadas por un congresista y “las funciones desempeñadas”, “como las ejecutadas. **por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo;** esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones”, **el marco respecto del cual debe entenderse esa “relación”, se impone analizarlo frente a los pacíficos y unánimes criterios que en la jurisprudencia nacional se le ha dado a estos condicionamientos del fuero,** siendo imprescindible hacerlo con apoyo en las decisiones de constitucionalidad referidas al fuero penal militar, en cuanto a que es ese campo donde han tenido su pleno desarrollo jurídico, resultando en su esencia aplicables a los límites que en esta oportunidad le ha impreso la Sala a la interpretación del mencionado párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, para colegir que el fuero se extiende a los delitos comunes que hubieren podido cometer los congresistas.

Así, en sentencia C-561 de 1997, enfatizó la Corte, cómo:

*“Para que un delito común cometido por un miembro de la fuerza pública sea objeto del conocimiento de la justicia penal militar y, por ende, se le apliquen las normas contenidas en el Código Penal Militar, se requiere: **primero, que dicho sujeto sea miembro activo del cuerpo militar o policial, y***

segundo, que el ilícito se produzca en el ejercicio de actos del servicio, es decir, de las tareas o funciones que el constituyente y el legislador le han asignado a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional. Y esto es precisamente lo que consagra el artículo 14 del decreto 2550 de 1988, en el aparte acusado, al señalar que las disposiciones del Código Penal Militar se aplican a los miembros del servicio activo de la Fuerza Pública cuando cometan hecho punible militar o “común relacionado con el mismo servicio”. **En consecuencia, no son todos los delitos comunes los que debe investigar y juzgar la justicia penal militar, sino única y exclusivamente aquellos que guardan íntima relación de conexidad con los actos propios de la función pública que le corresponde desarrollar a la fuerza pública”.**

Y, en sentencia C-358 de 1997, expuso:

“El miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. **Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.** El simple hecho de que una persona esté vinculada a la fuerza pública no dota a sus propósitos delictivos de la naturaleza de misión de la fuerza pública. **Ellos continúan siendo simplemente la voluntad delincencial imputable a la persona, desconectada del servicio público de la defensa y de la seguridad públicas,** la cual en un plano de estricta igualdad deberá ser investigada y sancionada según las normas penales ordinarias”.

Y, al señalar la relación que debe existir entre el delito y la función, que precisa debe ser “directa y próxima con la función policiva”, enfatiza la Corte:

“La exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. **En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva.** El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”.

E, insistiendo en el vínculo entre el delito y las funciones, al descartar para su establecimiento la “relación abstracta”, sostiene:

“Para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales”.

Y, respecto de la prueba para deducir este vínculo, colige:

“La relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse”.

Y, en relación con la Corte, esa Sala ha conservado, desde antiguo, idéntico criterio, hasta el punto que interminable sería la cita de decisiones jurisprudenciales que se podría traer a colación en este sentido, pudiéndose ilustrar esta posición jurisprudencial con lo afirmado por esa Corporación en sentencia de 2 de octubre de 2003, con ponencia de la Magistrada Marina Pulido Barón, cuando al estudiar la temática relacionada con los delitos militares cometidos “**En relación con el servicio**”, recopilando los antecedentes sobre este tópico, dijo:

“El artículo 221 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo N° 02 de 1995, establece: “De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integradas por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.”

“Con base en tal precepto, *la Sala ha venido reiterando que son dos las condiciones que el artículo 221 de la Carta establece para que la investigación y*

juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública sea de conocimiento de la justicia penal militar: a) Que el imputado al ejecutar la conducta punible se encuentre en servicio activo; y b) Que el delito guarde relación con el servicio.

De manera que para la aplicación del régimen foral militar no es suficiente que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el delito; es necesario, además, que la conducta punible esté sustancialmente vinculada con la actividad militar o de policía desarrollada por el sujeto agente. Si este nexo no se presenta, será la justicia ordinaria, no la militar, la que deba conocer el proceso.

En lo que tiene que ver con el concepto “relación con el servicio”, la jurisprudencia se ha ocupado de él, el cual no puede entenderse como una conexión genérica que se presenta entre el servicio activo militar o de policía y la conducta punible que realiza quien lo presta, sino que es necesario determinar una conexión entre el comportamiento constitutivo de infracción a la ley penal y los deberes que constitucional y legalmente le competen a esos servidores públicos, toda vez que, tales preceptos imponen las barreras dentro de las cuales se puede actuar en un Estado Social de Derecho.

Por tanto, entre las funciones propias del servicio militar o policial y la conducta punible investigada, debe presentarse una relación según la cual el delito debe ser el producto de un ejercicio extralimitado o desviado de las funciones propias del servicio que prestan las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.

Para precisar la dimensión del fuero militar, consagrado en el artículo 221 de la Carta Política, modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo N° 02-95, es ineludible acudir a la intelección que proviene de la Corte Constitucional, cuando analizó la exequibilidad de la norma legal que lo desarrollaba, tal como así lo hizo en este caso el Tribunal Superior Militar. Es así como en la Sentencia C-358 de agosto 5 de 1997, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, al declarar la inexequibilidad de las expresiones, “Con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo, o de deberes oficiales”, “Con ocasión del servicio o por causa de éste o de funciones inherentes a su cargo”, “Con ocasión del servicio o por causa de éste”, “U otros con ocasión del servicio”, contenidas en los artículos 190, 259, 261, 262, 263, 264, 266, 268 y 291 del Decreto 2550 de 1998 (Código Penal Militar), entre otras razones, suministró las siguientes:

“Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor -es decir del servicio- que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la fuerza pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero militar:

“a) Que para que un delito sea de competencia de la Justicia Penal Militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización que en sí

misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, sí desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la fuerza pública y el hecho punible del actor. En efecto, **en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales;**

“b) Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la fuerza pública (...).

“c) **Que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso.** Puesto que la Justicia Penal Militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer a favor de la jurisdicción ordinaria en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”.

La sentencia también desarrolla el concepto de servicio diciendo que:

“...(..) Corresponde a la sumatoria de las misiones que la Constitución y la ley le asignen a la fuerza pública, las cuales se materializan a través de decisiones y acciones que en últimas se encuentran ligadas a dicho fundamento. **La sola circunstancia de que el delito sea cometido dentro del tiempo de servicio por un miembro de la fuerza pública, haciendo uso o no de prendas distintivas de la misma o utilizando instrumentos de dotación oficial o, en fin, aprovechándose de su investidura no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la Justicia Penal Militar. En efecto, la noción de servicio militar o policial tiene una entidad material y jurídica propia, puesto que se patentiza en las tareas, objetivos, menesteres y acciones que resulta necesaria emprender con miras a cumplir la función constitucional y legal que justifica la existencia de la fuerza pública (...).** De otro lado, el miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada; en este caso el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tiene la virtud de mutar el delito común en acto relacionado con el mismo”.

No obstante que la decisión comentada se emitió con posterioridad a los hechos aquí investigados, conviene aclarar que un criterio restrictivo

como el que ella revela, venía siendo aplicado por la Sala al interpretar el artículo 170 de la Constitución Política anterior, según criterio contenido en auto del 23 agosto de 1989, del cual fue ponente el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Más próximos son los pronunciamientos del 26 de marzo de 1996 (M.P. Jorge E, Córdoba Poveda); 21 de febrero del 2001, Rad. 12.308 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego); y 18 de julio de 2001, Rad. 11660 (M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote), entre otros. (...) El punto neurálgico está en si el delito cometido por el procesado guarda relación con el servicio. Para determinar si un delito cometido por un militar en servicio activo se encuentra relacionado con el mismo servicio, es **imprescindible examinar las atribuciones y deberes del militar imputado y la forma como estos fueron desarrollados o cumplidos por el sujeto agente, determinando si la conducta constitutiva del delito es producto de un ejercicio desviado o excesivo del poder militar.**

Si se mantiene esa correspondencia entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, se estará frente a un delito relacionado con el servicio y por lo tanto de competencia de los Tribunales Militares. Por el contrario, si la conducta punible no es resultado de desvío o exceso del poder militar, o no pertenece al ámbito de las funciones castrenses, se tratará de un delito común en el que el servidor público actúa como un particular y por consiguiente, la competencia de juzgamiento corresponden a la jurisdicción ordinaria". (Sentencia del 24 de julio del 2003, radicado 16.295, M. P. Marina Pulido de Barón).

"Un criterio restrictivo como el que revela el pronunciamiento jurisprudencial que se acaba de citar, venía siendo aplicado por la Sala al interpretar el artículo 170 de la Constitución Política anterior, según criterio contenido en auto del 23 de agosto de 1989, del cual fue el ponente el Magistrado Gustavo Gómez Velásquez. Más próximos son los pronunciamientos del 26 de marzo de 1996 (M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego); y 18 de julio del 2001, Rad. 11660 (M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote), entre otros". (Sentencia del 2 de octubre del 2003, radicado 18.729, M. P. Marina Pulido de Barón).

Así, y siendo que en criterio de la Sala, las conductas delictivas relacionadas con la función pública atribuibles a los congresistas en los términos del párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, son aquellas que se realizan **"por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo"**, como puede colegirse, hoy por hoy, se encuentra lo suficientemente clarificado en nuestra jurisprudencia en cuanto al contenido y alcance de esas modalidades conductuales, sin que ninguna deformación conceptual pueda advertirse con el hecho de que al haber sido analizadas en relación con el servicio militar, no tengan iguales connotaciones en tratándose del fenómeno aquí planteado, como así las ha recogido la Corte para darle el alcance que pretende a esa regulación constitucional, siendo por tanto, aplicables esos conceptos y exigencias al presente caso.

Reconociendo la Sala este marco comportamental, explica cómo esas conductas significan que, ellas deben tener "origen en la actividad congresional,

o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones”, lo cual implica que como lo expuso la Corte, como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia transcrita en lo pertinente, que **“debe existir un vínculo claro de origen entre el delito cometido y la actividad del servicio, esto es, que el hecho punible debe surgir como una extralimitación o abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia de sus funciones”**, debiendo ser ese vínculo “entre el delito y la actividad propia del servicio” **“propio y directo, y no puramente hipotético y abstracto”**, es decir, que tratándose de una **“extralimitación o abuso del poder”**, el delito común debe estar **“ligado directamente a una función propia de las funciones”** del congresista, para nuestro caso, y, *contrario sensu*, “si no se mantiene esa correspondencia entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, no se estará frente a un delito relacionado con el servicio”, como se colige del referido fallo, igualmente transcrito en lo pertinente en acápites precedentes, y bajo la ponencia de la Magistrada Marina Pulido de Barón.

Este vínculo, no puede ser “puramente hipotético y abstracto” sino “próximo y directo”, esto es, **“que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.”**, como vimos lo consideró la Corte Constitucional y la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que es lo que en este caso no ha sucedido; pero además, como también lo han sostenido esas Corporaciones, **“sí desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar el hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la fuerza pública y el hecho punible del actor”,** ya que, **“en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales”**, es decir, que si la finalidad de mi defendido era de utilizar su investidura de Senador para concertarse con los paramilitares con fines criminales posteriores, **“no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento (...) estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron ab initio criminales”**. .

“Esta relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso”, como también se ha enfatizado jurisprudencialmente, y en este caso, esto no ha sucedido, ya que aún bajo la hipótesis de tomar las afirmaciones de la medida preventiva y la acusación para tratar de llegar a esa conclusión, que como veremos esto no es lo que corresponde, es lo cierto, que no existe relación alguna entre las funciones congresionales y el hecho de presuntamente concertarse con los grupos paramilitares para cometer delitos,

como aquí lo ha concluido por la Corte para “retomar” el conocimiento de este proceso, **pues para lograr ese fin no se estaría excediendo ni extralimitando en sus funciones como Senador.**

Es, entonces, dentro del mismo marco conceptual propuesto por la Corte, que se demuestra, sin ninguna clase de elucubraciones, cómo en este caso la interpretación dada al párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, -que por demás, de acuerdo a los principios siempre conservados para aplicar estas normas, debe ser restringida- no es la de entender que la referida “relación” puede estar desprendida de la función o del servicio, y que por ello puede entenderse vinculada con el delito común de Concierto para delinquir, y menos aún, acudiendo -como expresamente lo ha afirmado la Corte- “presumiendo” que los congresistas, y para este caso, el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, quien instrumentalizando la función se fijó el designio de cometer un delito común para luego colaborar desde el Senado con los grupos paramilitares, pues en esta hipótesis no se está extralimitando función congresional alguna, como lo consideró la Corte Constitucional en decisión ya vista, ya que lo que sucede es todo lo contrario, se estaría actuando fuera de las funciones.

No puede entonces, ahora, venir a afirmarse, por ejemplo, que lo que sucede es que el alcance que la Corte le da a la expresión “relación”, es otro, y nada más haya que hablar al respecto. Pues no, ya que nos encontramos frente a un proceso penal que se rige por una determinada normatividad jurídica y unos determinados parámetros hermenéuticos, que en ejercicio del derecho de defensa es dable, como derecho y como deber, discutirlos, analizarlos y compartirlos o disentir de ellos a favor de los derechos representados. Esa es la razón de ser del derecho en un Estado de Derecho, Social y Democrático, y no de lo que el Dr. ARAÚJO CASTRO se está defendiendo es del concepto adoptado por la Sala para recuperar la competencia de este proceso.

Y, es que, precisamente, el hecho de que esta interpretación sea la que corresponda al propio marco conceptual fijado para ello por la propia Corte, no es una coincidencia, sino que ello se debe a que, precisamente, cuando en el párrafo del artículo 235 de la Constitución Política se dispone que el fuero se mantendrá “para las conductas punibles que tengan relación **“con la funciones”**”, lo es condicionado a “las desempeñadas”, es decir, a las constitucional y legalmente asignadas a los congresistas, **pues ninguna otra distinta puede ejecutar un Senador**, siendo esa la razón, por la cual, las únicas conductas delictivas por las cuales puede investigar y juzgar la Corte a un congresista, son las que haya ejecutado “(...) **por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo**”, como esa misma Corporación lo ha precisado, esto es, que los delitos denominados comunes no pueden ser objeto de esta competencia, en cuanto, si estas posibilidades delictivas vienen a concretarse en una extralimitación o abuso de las funciones, es claro que ese mismo desafuero es de “las funciones” constitucionales y legales detentadas, y no como lo ha propuesto ahora la

Sala, al postular como nueva interpretación la ejecución de cualquier otra conducta, confundiendo “extralimitar” con “fuera de los límites”, cayendo aquí en un gran error, pues el prefijo “extra” está vinculado con la base de la acción, o dicho de otra forma, lo que se extralimita en la función, la ejercita pero excediéndose en su límites, mientras que cuando el funcionario comete un delito común no está extralimitando la función, sino realizando una conducta **fuera de la función**, y en estas condiciones, no puede estar amparada del fuero constitucional para su investigación y juzgamiento por parte de la Corte, como tampoco con la tesis del abuso, pues el argumento resulta ser el mismo, se estaría abusando “de la función” constitucional y legalmente conferida.

No resulta, por tanto, consecuente la base conceptual del cambio jurisprudencial con el resultado del argumento, como ha quedado demostrado, pues, sucede todo lo contrario, el marco conceptual fijado por la Sala implica excluir del fuero los delitos comunes como el Concierto para delinquir y el Constreñimiento al elector, en cuanto a que “no se relacionan con las funciones desempeñadas”, pues como lo afirmara la Sala con ponencia del Magistrado Mauro Solarte Portilla en la casación proferida dentro del proceso No. 17.946 el 10 de marzo de 2004:

“(…) Este vínculo funcional solo puede entenderse estructurado cuando se cumplen los siguientes presupuestos básicos:

En primer lugar, que el sujeto activo del delito esté realizando labores específicas dentro del marco de la actividad funcional que le es propia: policial o militar. (...).

En segundo lugar, que la conducta ilícita sobrevenga como resultado del ejercicio extralimitado o desviado de la función policial o militar que se está ejecutando; y, en tercer término, que exista un vínculo próximo y directo entre el delito y la actividad propia del servicio, exigencia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido como la necesidad de que el acto de extralimitación o desvío se cumpla durante la realización de la labor funcional que legítimamente se está llevando a cabo, y que guarde relación directa con su ejercicio, en el sentido de que se origine en ella.

También ha sido precisado –agrega la Sala- que cuando la actividad funcional dentro de cuyo contexto se comete el hecho punible es ideada o utilizada para la realización de la conducta, o la conducta desarrollada contradice abiertamente los cometidos de la función policial o militar, destruyendo cualquier hilo conductor entre el servicio y el hecho investigado (como cuando se cometen delitos de gravedad inusitada), o cuando resulta totalmente desconectada de la labor policial o militar que se viene cumpliendo, no opera la protección foral, por ausencia de relación con el servicio”.

Lastimosamente los antecedentes de la vigente Constitución Política han quedado limitados oficialmente a los documentos publicados en la Gaceta Constitucional, resultando por ello inoficioso rememorar los análisis y discusiones internas de los constituyentes no plasmadas en esos documentos, como un auxiliar interpretativo histórico, pero siendo que aquellos son los que para estos efectos del parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, debemos tener como fuente, a ellos debemos acudir, y que para el actual cambio de jurisprudencia, los ha dejado la Corte remitidos a los señalados por la Sala en la providencia de 29 de noviembre de 2000 en el proceso radicado con el No. 11.507 y a los de la sentencia C-025 de 1993, que corresponden a algunas transcripciones parciales de las intervenciones de los ponentes, consignados en la Gacetas números 10, página 19; la 15, página 12; la 36, página 16; la 51, página 27 y la 79, páginas 16 y 17, de cuyas constancias únicamente es dable extraer la voluntad de los constituyentes en abolir la inmunidad parlamentaria que reconocía la Constitución de 1886, variando el sistema y pasando a la Corte Suprema de Justicia la investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, sin que ningún antecedente haya quedado en esas publicaciones en apoyo de la interpretación que ahora la Corte le ha dado al inciso de la norma objeto de análisis. Por el contrario, como se puede colegir, los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente, sustentan la tesis opuesta, esto es, la sostenida desde la expedición de la vigente Constitución por esa misma Sala, y que ahora se dice recoger.

De ahí, que se torne necesario determinar, cuál fue específicamente el proceso que antecedió en la Asamblea Nacional Constituyente esta disposición, pues de los apartes transcritos por la Sala, pareciera que quiere dar a entender que los antecedentes de este parágrafo avalan su nueva jurisprudencia. En efecto:

Es en el “Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia” No. 13, presentado por la Constituyente María Teresa Garcés Lloreda, bajo el título “Ampliación de la Democracia”, es donde empieza a gestarse la reforma al régimen de inmunidades de los congresistas, por cuanto, como lo afirma en la Exposición de Motivos en el acápite correspondiente a “La inviolabilidad limitada (término que en la transcripción que aquí ha hecho la Corte, lo ha suprimido) de los Congresistas. Supresión de la inmunidad”, “En el proyecto se precisa más la inviolabilidad de los Congresistas en cuanto se consagra únicamente para su voto o sus opiniones dentro del Parlamento, exceptuando las ofensas de carácter calumnioso. Pero (la Corte ha cambiado este término por la expresión, “**por eso**”) se suprime la inmunidad parlamentaria por haberse presentado en nuestro país para innumerables abusos” (Gaceta Constitucional 10, página 19). Sin embargo, en el Proyecto de articulado, lo que propuso fue modificar el artículo 106 de la anterior Constitución con el siguiente texto: “Los Congresistas son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo, exceptuando las ofensa de carácter calumnioso”, suprimiendo el artículo 107, no incluyendo en

la propuesta reformativa del artículo 214 el actual numeral tercero del artículo 235, ni menos el párrafo referido al fuero parlamentario para los delitos comunes. (Gaceta Constitucional 10, páginas 12 y 14).

Posteriormente, en el documento intitulado “NOS CORRESPONDE BRINDAR REGLAS DE CONVIVENCIA QUE SATISFAGAN LAS EXPECTATIVAS DE TODOS LOS COLOMBIANOS” “El reto es crear un Estado más fuerte y eficiente”, fechado el 22 de febrero de 1991, vuelve a reiterar su propuesta en iguales términos (literalmente hablando) a los que concretó en la referida Exposición de Motivos. (Gaceta Constitucional 15, página 12)

Luego, en la Ponencia presentada por los Constituyentes María Teresa Garcés Lloreda y José María Velasco Guerrero, no a la Asamblea Nacional Constituyente, como pareciera dar a entender la Corte en la transcripción referida, sino a la Comisión Cuarta, efectivamente, allí se expuso:

“En relación con el juzgamiento de los altos funcionarios, parece importante resaltar el hecho de suprimir la acusación previa del Senado para el juzgamiento **por** (la Corte cambió este término por el de “**de**”) delitos comunes, acusación que debe subsistir en el caso de juzgamiento por motivos de responsabilidad en el ejercicio del cargo.

Teniendo en cuenta que en varios proyectos de reforma al Congreso de la República se termina con la inmunidad parlamentaria, parece lógico que el juzgamiento de los congresistas por los delitos comunes, se haga también por la Corte Suprema de Justicia”. (Gaceta Constitucional 36, página 16)

No obstante, en el Proyecto presentado en esta ponencia respecto a las atribuciones asignadas a la Corte Suprema de Justicia, no se incluyó la de investigar y juzgar a los congresistas, y por su puesto, nada se refirió en relación con lo posteriormente regulado en el párrafo del actual artículo 235 de la vigente Constitución Política. (Gaceta Constitucional 36, página 18), al igual que sucedió con la normatividad aprobada por la misma Comisión (Gaceta Constitucional 83, página 31 y Gaceta 85, página 13).

Posteriormente la Subcomisión segunda, encargada de redactar el título III de la Constitución Nacional, integrada por los Constituyentes Aida Abella, Raimundo Emiliani Román, Germán Toro, Diego Uribe Vargas y María Mercedes Carranza, “quienes analizaron cuidadosamente los textos dentro de los cuales se consignaron reformas presentadas, tanto por el Gobierno, como por los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente y otras entidades universitarias e intelectuales, las comisiones preparatorias, las mesas de trabajo y las organizaciones contempladas en el reglamento de la Asamblea” (se tuvieron en cuenta 90 proyectos que se refieren a los principios, los cuales desarrollan 98 temas constitucionales), presentaron los ponentes el “Proyecto de la Nueva Democracia. Carta de Derechos,

Deberes, Garantías y Libertades”, citada en un descontextualizado párrafo por la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 1993, también acogida como motivación por la Sala en este cambio de jurisprudencia, en el que al tratar lo referente a la “INMUNIDAD E INVOLABILIDAD”, concretó que como **el objeto** de esta regulación era el de “evitar que por razones política (sic) se utilice a la justicia para impedir a un congresista su intervención en determinado asunto o votación (inmunidad) y evitar que los congresistas pierdan autonomía por temor a que sus opiniones puedan utilizarse para denuncias penales en su contra (inviolabilidad)”, la inmunidad se explicaba por debido a que:

“En épocas en las que era posible detener a un congresista sin que la opinión pública se enterara se justificaba la figura de la inmunidad. Hoy día, cuando los medios de comunicación masiva pueden hacer pública inmediatamente cualquier actuación de la justicia que parezca maniobra política, no parece necesaria la inmunidad para proteger al congresista de las arbitrariedades. En cambio, es una figura que se presta a la inmunidad del congresista que delinque. La inviolabilidad en cambio, parece necesaria para evitar que los debates políticos se impidan mediante acciones penales por difamación o calumnia. En reemplazo de la inmunidad sería mejor un fuero especial, como el de los altos funcionarios del Estado, para que solamente la Corte Tuviera competencia para juzgar a los congresistas”. (Gaceta Constitucional 51, página 27).

Siedo, así, únicamente lo resaltado con negrillas lo que transcribe la Corte Constitucional y a lo cual se adhiere, sin más, la Sala Penal de la Corte ahora, nada refiere en relación con el “PROYECTO DE ARTICULADO” propuesto como consecuencia de esa Exposición de Motivos, en el que en punto de la “INMUNIDAD, INVOLABILIDAD Y FUERO DE LOS CONGRESISTAS”, se propuso:

“Artículo 10. Los congresistas serán inviolables por las opiniones que expresen en el curso de los debates y por los votos que emitan en el ejercicio de su cargo, pero estarán sometidos a las normas que contemple el reglamento de las cámaras.

Artículo 11. Derógase el artículo 107 de la Constitución Política.

Artículo 12. De los delitos cometidos por los miembros del Congreso mientras se hallen en ejercicio de su investidura, conocerá en forma privativa en primera y única instancia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Ningún miembro del Congreso será detenido sino en virtud de orden de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. En caso de flagrante delito, deberá ser detenido y puesto inmediatamente a disposición de la misma.”. (Gaceta Constitucional 51, página 28).

Y, en el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, “Rama Legislativa del Poder Público”, “Ponencia única que reúne las Ponencias individuales

presentadas por lo siguientes Constituyentes: ALVARO ECHEVERRY URUBURU: Monocameralismo, HERNANDO YEPES ARCILA: Composición y Funcionamiento del Congreso, ALFONSO PALACIO RUDAS y LUIS GUILLERMO NIETO: Función legislativa, ALFONSO PALACIO RUDAS: Control Político del Congreso, LUIS GUILLERMO NIETO ROA: Estatuto del Congresista y ARTURO MEJÍA BORDA: Función Legislativa”, también reseñado por la Corte Constitucional en la sentencia C-025 de 1993, citada por la Corte en este cambio de jurisprudencia, se limita a transcribir la recomendación en forma parcial, desconociendo el artículo propuesto. Este es el texto de esta recomendación sobre la “Inmunidad e inviolabilidad”:

“Estas dos instituciones, creadas para garantizar la independencia del congresista al actuar, fueron analizadas para decidir si sería necesario mantenerlas o suprimirlas. Se decidió recomendar a la Asamblea la supresión de la inmunidad y su sustitución por un fuero especial, igual al de los altos funcionarios del Estado, para que los miembros del Congreso solamente puedan ser detenidos por orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (salvo casos de flagrante delito) y juzgados por este mismo tribunal.

En cuanto a la inhabilidad, se encontró conveniente conservarla, haciéndose énfasis en que ella sólo opera para las opiniones expresadas dentro del recinto y en desarrollo específico de un debate” (Gaceta Constitucional 79, páginas 16 y17).

Y, este el del articulado recomendado, en cuanto al “FUERO DE LOS CONGRESISTAS”, se refiere:

“De los delitos cometidos por los miembros del Congreso **mientras se hallen en ejercicio de su investidura**, conocerá en forma privativa en primera y única instancia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Ningún miembro del Congreso será detenido sino en virtud de orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. En caso de flagrante delito, deberá ser detenido y puesto inmediatamente a disposición de la misma.”. (Gaceta Constitucional 79, página 21).

Es en el primer debate de la plenaria en el que al aprobarse “las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia”, pero sin ninguna motivación al respecto, aparece el referido parágrafo, pero sin incluir entre esas funciones la investigación y el juzgamiento de los congresistas. Este es el texto del proyecto aprobado en esa plenaria:

- “1. Actuar como tribunal de casación.
3. *Previa acusación del Fiscal General de la Nación*, juzgar por cualquier hecho punible que se le atribuya a los ministros del despacho, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo, a los magistrados

de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, a los fiscales delegados ante la Corte y los tribunales, a los jefes de departamentos administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefes de misión diplomática, o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los comandantes generales.

4. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación en los casos previstos por el derecho internacional.

5. Darse su propio reglamento y las demás que señale la ley.

Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enumerados anteriormente hubieren terminado el ejercicio del cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con la función desempeñada". (Aprobado el 15 de junio de 1991. Gaceta Constitucional No. 109, página 18 y Gaceta Constitucional No.137, página 5. Votación: 48 afirmativos, 0 negativos, 1 abstención).

Es en el segundo debate en plenaria, sin que en la Exposición de Motivos se hubiese hecho alusión expresa alguna a la adopción de este precepto, como consta en la Gaceta Constitucional No. 115, páginas 18 y siguientes), se incluyó entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, como tercera, la de "Investigar y juzgar a los miembros del congreso" con importante modificación al parágrafo, que quedó del siguiente tenor:

"Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas". (Gaceta Constitucional No. 113, página 17).

Como se evidencia, la expresión "terminado", se cambió por "cesado" y las expresiones "la función desempeñada" por "las funciones desempeñadas", lo cual, así no se haya dejado constancia expresa sobre el por qué del cambio, es claro que su modificación tenía, como en efecto tiene, toda una connotación jurídica, pues, en el texto inicial la limitante del fuero estaba condicionada a la "terminación" del período constitucional y en el aprobado en el segundo debate plenario, lo es para cualquier momento en que el congresista hubiere "cesado" en el desempeño de sus funciones, que puede ser, desde luego, por haberse terminado el período constitucional o por haber renunciado del cargo, es decir, los Constituyentes previeron que el fuero no se perdía únicamente por el vencimiento del período sino que también lo sería por la renuncia del cargo. Pero además, el empleo del plural, tampoco es gratuito, pues se quiso incluir todas las funciones constitucional y legalmente fijadas a los congresistas, por cuanto al advertirse su pluralidad, no quiso dejarse al intérprete constitucional la exclusión de alguna de las funciones a ellos asignadas.

Así, con la numeración de Artículo 235 quedó aprobada como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, la de "Investigar y juzgar a

los miembros del Congreso” y el párrafo con igual texto al últimamente transcrito (Gaceta Constitucional 127, página 17). Este es el texto vigente, que corresponde al aprobado en el segundo debate el primero de julio de 1991 con 50 votos afirmativos, no existiendo constancia en el acta de votos en contra o abstenciones, habiéndose acogido el texto propuesto por la Comisión Codificadora, sustituyendo el artículo 151 de la Constitución anterior, proveniente del acto legislativo 1 de 1945, artículo 52, sin que la Comisión de Estilo hubiere hecho modificación alguna a esta atribución de la Corte ni al párrafo, como consta en las páginas 100 y 101 del documento elaborado por el Instituto Caro y Cuervo.

Como se ve, la voluntad del Constituyente fue la de que la Corte investigara y juzgara a los congresistas por los delitos funcionales y comunes, mientras detentan el fuero, y “si hubieren cesado en el cargo” lo siguiera haciendo solo para aquellos, pues mientras la primera propuesta lo fue respecto de **“los delitos cometidos por los miembros del congreso mientras se hallen en ejercicio de su investidura”**, en la presentada para el Primer Debate de la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, donde se incluye el texto de lo que, sustancialmente, ahora corresponde al párrafo del artículo 235 de la Carta Política, lo fue cuando todavía no se le atribuía a la Corte la función de investigar y juzgar a los congresista, es decir, que esa normatividad sobre la competencia lo era para aquellos eventos en los que la Corte debía, *“3. Previa acusación del Fiscal General de la Nación, juzgar por cualquier hecho punible que se le atribuya a los ministros del despacho, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo, a los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, a los fiscales delegados ante la Corte y los tribunales, a los jefes de departamentos administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefes de misión diplomática, o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los comandantes generales”*, o sea, que para estos funcionarios el fuero no lo era sólo para que fueran juzgados por la Corte sino también para que fueran investigados por el Fiscal General, conforme quedó regulado en el numeral cuarto del mismo artículo 235 constitucional, lo cual significa cómo dicho fuero no se estaba consagrando para los congresistas como secuela de la supresión del régimen de la inmunidad parlamentaria; y de ahí que se lo haya condicionado únicamente a los delitos cometidos “en relación con las funciones desempeñadas”, pues las razones que ahora se exponen para justificar la nueva jurisprudencia respecto de los congresistas, tendría que aplicarse para los demás funcionarios relacionados en el ahora numeral cuarto del citado artículo 235 en referencia, que no sería lo coherente, pues la naturaleza jurídica, política y social del Congreso es distinta a la de un embajador, de un general o un almirante, e inclusive, de un Procurador Delegado ante la Corte, por ejemplo. Con el ítem de que ahora, con el nuevo criterio jurisprudencial, la competencia para instruir los procesos contra esos funcionarios también debe extenderse para el Fiscal General.

Es que esta incoherencia que necesariamente se presenta con la nueva jurisprudencia, encuentra su explicación en el hecho de que la norma en cuestión (el párrafo del artículo 235 de la Constitución Política) no fue concebida con ese fin, pues –como se vio– en los iniciales proyectos este fuero respecto de los congresistas lo era “para los delitos cometidos por los congresistas”, **“mientras se hallen en el ejercicio de la investidura”**; de ahí el por qué posteriormente se les haya hecho extensivo a estos funcionarios el contenido del mismo párrafo con el referido condicionamiento a que procedía mientras **“no hubieren terminado en el ejercicio del cargo”** y posteriormente, mientras **“no hubieren cesado en el ejercicio de su cargo”**, manteniéndose respecto de **“las conductas punibles que tengan relación con la función desempeñada”** y luego, en relación con **“las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”**, es decir, que lo que el Constituyente hizo fue dejar la competencia de la Corte sólo para los delitos cometidos en ejercicio de las funciones de congresista, pues, esa y no otra, es la explicación que fluye del decurso de la elaboración de la norma, al recurrir a la excepción, ya que si en el mencionado párrafo se hubiere querido incluir los delitos comunes, carecía de razón excepcionar en el sentido de que **“el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”**, sino en el sentido contrario, esto es, que aún habiendo cesado el congresista en el cargo, la Corte seguiría conociendo del proceso, pues ya previamente se había establecido en el numeral tercero la competencia general en el sentido de que esa Corporación conocería de todos los delitos cometidos por “los miembros del Congreso”, tanto propios como comunes.

Así, el alcance de la expresión “relación” “con las funciones desempeñadas” en los términos de la nueva jurisprudencia carece de cualquier apoyo histórico en los antecedentes directos y previos a la elaboración de la nueva Constitución, pues en ella únicamente se manejaron, como se ha visto, dos: la relacionada con los delitos funcionales, o propios, y los comunes, que carecen de esa relación, tratándose la redacción de la norma, de una forma idiomática, la más precisa posible para significar que los delitos que seguirían en competencia de la Corte era los funcionales, pues son los únicos que tienen “relación con las funciones”, o dicho en otra forma, que dependen de la función; de ahí que el Instituto Caro y Cuervo no haya hecho objeción alguna a esa redacción y no haya tenido oposición entre los Constituyentes.

Carecen, en consecuencia, de relación esencial, las extensas transcripciones que inicialmente hiciera el Magistrado Sigifredo Espinosa en su salvamento de voto y que luego vino a convertirse en la decisión, por medio del cual se ha cambiado la jurisprudencia en este caso, en cuanto a que las sentencias de la Corte Constitucional con las que se pretende justificar la posición adoptada, no sirven para demostrar la interpretación que ahora la Sala le ha dado al párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, pues con ellas lo que se precisa jurisprudencialmente es la naturaleza jurídica del

fuero congresional, el contenido y alcance de la inmunidad parlamentaria y la razón de ser para que hubiera desaparecido esa institución de nuestra Carta Política, lo cual, junto con el alcance que a esa norma le venía dando la Sala Penal de la Corte, lo que se ha hecho es fijar los antecedentes sobre el fenómeno a analizar, pero en ninguna forma, vienen a constituir precedentes del nuevo alcance hermenéutico, sencillamente porque esta interpretación carece de antecedentes jurisprudenciales y doctrinales; de ahí que le haya sido necesario a la Sala traer a colación la decisión de la Corte Constitucional que posibilita el cambio de jurisprudencia, que en realidad, tampoco era necesario, pues con ella o sin ella, la Corte Suprema puede hacerlo. Es que esto entre nosotros no corresponde a aporte alguno del “nuevo derecho”, como tampoco la teoría de los precedentes, como ya se explicó

Lo que se evidencia, sí, es que ante una posición predeterminada, lo que se ha pretendido es buscar los argumentos que la legitimen, y para ello se ha encontrado como vía la adhesión al “nuevo derecho”, como expresamente lo ha manifestado la Corporación, para por ese conducto desconocer el principio de legalidad, única posibilidad para poder llegar a la conclusión a la que se ha llegado, afianzando ese desconocimiento, también expreso, como se ha manifestado en el proveído que le negó la nulidad solicitada por el Procurador Segundo Delegado para la Investigación y el Juzgamiento, en el criterio de que la previa regulación punitiva, tanto sustantiva como procesal, se ha superado por corresponder a un postulado “clásico”, que debe ser reemplazado por el del “juez creador de derecho”, pues ya el juez no puede ser la “boca de la ley”.

Realmente, la problemática que se abre ahora es lo suficientemente densa y extensa para aquí profundizarla. Sin embargo, lo que se torna imperativo observar es que el principio de legalidad del Juez Natural que para el Procurador, como en efecto ha sucedido, se ha desconocido por la Corte, nada tiene que ver con el “nuevo derecho”, pues dentro de nuestra Carta Política se encuentra reconocido, y con una u otra concepción, debe respetarse, pues no puede ser fijado a criterio de cada juez, esta no es problemática del “nuevo derecho” en sistemas como el nuestro, en el que no podrá admitirse que esa garantía pueda desconocerse, y no podrá admitirse -no por la anticipada resistencia a esta posición doctrinaria a que alude el profesor López Medina, tanto en el Derecho de los Jueces como en su Teoría Impura del Derecho, de donde casi textualmente recoge la idea la Corte, sino porque dentro de esta nueva posición, la autonomía del juez no es, ni puede, aún dentro del limitado campo bibliográfico que maneja este autor sobre el problema de la hermenéutica jurídica, aún sobre “el nuevo derecho”, que corresponde, desde luego a la que le sirve de amparo a su posición- sino porque el cuestionamiento que se le hace por esta corriente del pensamiento jurídico al principio de legalidad, lo es frente no a su consagración como principio general de una determinada regulación normativa, pues esta es la aspiración en garantía del respecto

al derecho fundamental del Juez Natural, sino a su realización frente a los casos concretos, recurriendo a los mandatos constitucionales para sacar avante la protección de los derechos de “las minorías”.

Ahora, y si la problemática está dirigida al desconocimiento del principio de legalidad “clásico” ya en su aplicación, en este caso, frente al mencionado párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, esa es la prueba más clara de que no le asiste razón a la Corte en la nueva interpretación propuesta, pues la tesis del “nuevo derecho” en su proyección del “juez creador de derecho” nadie la ha proclamado para desconocer un sistema jurídico preestablecido, pues la autonomía juzgadora no puede ser sinónimo de “juez autoritario”, su actividad se reconoce para que dinamizando el contenido material de la normatividad aplicable la ponga en vigencia lejos de su literalidad, pero sin desconocerla, frente a la realidad social actuante al momento de aplicarla, y fundamentalmente ante los casos de difícil solución o posibles “vacíos legales”, eventos en los cuales, y ante la imposibilidad del “juez Hércules” ya propuesto por Durkheim, para graficar a aquél juez capaz de hacerlo con el pleno dominio de los principios y valores necesarios para tomar una decisión justa, razón por la cual, se ha bautizado esa aspiración como un mito, se ha propuesto toda una complejidad argumentativa que posibilite al juez poder realizar esa pretendida “creación judicial”, recurriendo a la elaboración de procedimientos, convertidos en principios argumentales, para con base en ellos, a la manera de TETS a la hora de ser practicados, pueda tomarse una decisión justa frente al reconocimiento de los derechos fundamentales, como son el de proporcionalidad, igualdad, racionalidad, ponderación, en fin, todos aquellos que posibiliten que frente a una colisión de derechos o a su reconocimiento, se llegue al punto más justo, no desconociendo las bases normativas sino dinamizándolas para actualizarla en su aplicación frente a las realidades conflictivas en las que hay que aplicarlas. Así no sería posible que con base en el “nuevo derecho” un juez pretenda convertir un sistema capitalista en socialista, por tomar un ejemplo ya común en esta temática.

Aquí, nada de esto ha pasado. Ningún análisis sustentado en la teoría argumentativa del “nuevo derecho se ha expuesto”. Ha sido suficiente que por “vía de autoridad” la Sala afirme que se adhiere al “nuevo derecho” y que con base en esa adhesión desconozca el principio de “legalidad clásico”, para justificar la recuperación del conocimiento de procesos como el presente; y para ello, a la manera de intérprete auténtico de la Constitución Política, le da un nuevo y *sui generis* significado y alcance a la expresión “relación” del párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, sin más.

Pudiera decirse, que precisamente por la dificultad, la confusión que en sí mismo genera la expresión “relación” en comento, era necesario que el juez “cree derecho”, pero aquí en verdad eso no se torna necesario, no sólo por la claridad de la norma solucionable en su interpretación con los

métodos tradicionales de hermenéutica jurídica, sino porque la misma Corte así termina reconociéndolo, ya que como quedó demostrado en acápites anteriores, esa “relación con las funciones desempeñadas” la entiende la Sala materializada cuando la conducta se ha realizado **“por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo”**, como se lee en la página 52 de la decisión tomada en este sentido en el proceso seguido contra ULISES TORRES, quedando así eliminado el presunto “vacío normativo” o su “absoluta complejidad” o “el desconocimiento de un derecho fundamental” que imponga “crear” la solución por parte del juez, pues se trata simplemente de fijar el alcance jurídico que corresponda a estas alternativas conductuales, que en nuestro caso, como también lo reconoce la Corte, encuentra antigua y pacífica elaboración jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional como de la Suprema, al igual que de la doctrina, tanto nacional como comparada, para lo cual no resulta ni siquiera necesario afirmar que para ello se debe declinar del concepto “clásico de legalidad”, pues tampoco con el “estricto de legalidad” o de “legalidad sustancial”, resulta justificable, porque, además, aquí no tendría por qué generar modificación alguna a la solución dada, pues si la solución es esa, a ella se ha llegado precisamente por la vía del principio “clásico de legalidad”.

Es que aquí, en realidad resulta inusitada la matrícula de una Corte, y en forma expresa, a una determinada corriente doctrinaria, adoptando un procedimiento quizá extraño en el campo del derecho, tanto nacional como comparado, y menos para efectos de la comprensión general del Derecho, no sólo por el inmenso compromiso que genera una adhesión doctrinaria frente a la solución de todos y cada uno de los casos que deben ser resueltos por una Corporación, -pues por el principio de igualdad tendrá que serlo bajo los parámetros que ha ido caracterizando a esa corriente doctrinaria, dirigida a un “Derecho Penal mínimo”, y para los doctrinantes más extremos al “abolicionismo”-, lo cual, si bien de suyo, resulta interesante, también lo es, -y esto deberá tenerse muy presente- que la problemática del “nuevo derecho” no es únicamente un asunto de precedentes ni antiformalismo, que sin rótulo nuestra jurisprudencia y la doctrina ha venido elaborando, respetando, eso sí, la garantía universal del principio de legalidad, superando la aplicación exegética de la ley, más ahora, cuando la constitucionalización de todas las ramas del derecho entre nosotros, afortunadamente es un hecho, sino un problema sustancial que emana desde la propia concepción filosófico-política que se tenga sobre el mismo *ius puniendi*.

Por ello, no es que exista, por lo menos de nuestra parte, resistencia a estos nuevos postulados, pero entendidos no como la novedad de “un nuevo desembarque de teorías”, al decir del profesor Zaffaroni, pues ya se ha dicho, cómo hoy más que nunca, el derecho es universal, sino que su aplicación debe ser consecuente al sistema jurídico normativo existente, sin que se puede considerar retrogrado o atrasado al que no comulgue con ella

porque considere de mayor convencimiento otra, o entienda que el marco normativo no la posibilite.

Nadie ha puesto en duda entre nosotros la independencia del juez, y nada tendría que ver este principio y derecho para efectos de considerar la aplicación del “nuevo derecho” en el ámbito patrio. Ese postulado lo refieren los tratadistas, pero para el caso donde se pone en duda esa independencia, como igualmente sucede con la “creación del derecho” frente al principio de legalidad para aquellos países en que la regulación constitucional no lo contiene, que tampoco es nuestro caso; y en relación con los precedentes, también normativamente lo tenemos regulado. Entonces, necesario se torna tener presente, que la doctrina del “nuevo derecho” o cualquier otra, bien puede ser de recibo, pero siempre y cuando ello se torne necesario y viable ante la realidad jurídica y social interna y que el fenómeno jurídico a resolver así lo posibilite.

Pues, afirmar que hasta ahora es que empezamos a conocer la problemática de los precedentes judiciales, o que hasta ahora es que recapitamos para rebasar la concepción de Becaria sobre la interpretación de la ley, o que hasta ahora es que se nos indica que la interpretación de la ley debe estar fundamentada en el marco constitucional, o que nuestra jurisprudencia penal estaba y está anclada en esas superadas etapas de la evolución jurídica y, especialmente, penalística, no puede ser de recibo., pues la constitucionalización de la hermenéutica legal, en verdad, no es de ahora, ya desde 1897 la había advertido Don José Vicente Concha en su primera edición del Tratado de Derecho Penal, al reconocer la Constitución como fuente del Derecho Penal.

Importante es, desde luego, la novedad de las nuevas teorías como la del “nuevo derecho” para los “nuevos juristas”, pero ello no puede llevar a cambiar un sistema que en su jurisprudencia y doctrina ha hecho grandes esfuerzos, y los sigue haciendo, para que sea garantista, ante todo en cuanto se refiere al principio de legalidad, para con un modelo anglosajón, donde su sistema jurídico es otro, dejarlo a la deriva. Es que el derecho comparado es para compararlo no para aplicarlo incondicionalmente. Es preferible, como le ha sucedido al Procurador Delegado, que se le cuestione por desactualizado y no por antigarantista, quien puede estar seguro que son sus planeamientos los certeros, pues el principio de legalidad se ha vulnerado, pues afirmando la Corte que le ha dado un alcance distinto al parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, está desconociendo en su conclusión decisoria la claridad del mandato, no obstante que la interpretación que le ha dado es la que a la norma corresponde.

Y, es con estos supuestos, Señores Magistrados, los del “nuevo derecho”, con los que afirma se ha retomado la competencia por la Corte para seguir conociendo del presente proceso, por cuanto se ha considerado que de acuerdo con lo afirmado en la medida de aseguramiento por esa

Corporación y por la Fiscalía en la acusación, está probado el acuerdo de mi defendido con el grupo paramilitar de JORGE 40, para que como contraprestación de la ayuda que le brindaron para aspirar al Senado de la República para el período 2002-2006, él les ayudara desde el Congreso a lograr sus fines legislativos por ellos perseguidos para su beneficio, y en estas condiciones, no obstante que el delito de Concierto para delinquir es un delito común, está “relacionado” con las funciones de congresista que cumplía e iba a cumplir en el período para el cual aspiraba ser elegido, pues, además, **así lo enseña la experiencia.**

Iniciando porque la Corte no señala cuáles son los casos de la experiencia en lo que esta afirmación se ha demostrado, como correspondería en derecho probatorio y en orden al principio de la motivación debida de las decisiones judiciales, surge aquí un hecho evidente, como es el de que con este argumento, mi defendido **ya está condenado**, pues, si ese es el concepto de la Corte sobre la experiencia para estos casos, resulta incuestionable que es el que ha decidido aplicar en este asunto, y contra ello no habría argumento probatorio alguno para demostrar lo contrario, más aún, cuando ya el proceso se encuentra para proferir sentencia, y por ende, ha precluido cualquier oportunidad para alegar nuevamente.

Pero además, si bien en principio, podría afirmarse que la situación probatoria que se debería tener en cuenta para esos fines, sería la acusación, la realidad es otra, pues, como lo he expuesto al principio de esta alegación, precisamente la dificultad que en este proceso se presentó es la de que la investigación se cerró con las pruebas practicadas para esclarecer los hechos imputados a los congresistas del Departamento del Magdalena, y de ahí nuestro pedimento para que se separara de ella la investigación seguida contra el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, con resultados negativos; y en estas condiciones, es en la causa donde realmente se va a investigarlo, siendo allí donde quedó totalmente desvirtuada la acusación, al ser –como quedó expuesto- fue precluida la investigación seguida por el delito de Secuestro, que la Corte había afirmado estaba directamente relacionado con el Concierto para delinquir, se precluyó la investigación contra el Dr. MIGUEL DURÁN, el aspirante a la Cámara junto al Senado de ARAÚJO CASTRO, y de quien se dijo conformaba la dupla que había concertado con JORGE 40 para los fines ya indicados, se precluyó la investigación adelantada contra los testigos a quienes la Fiscal Delegada ante la Corte ordenó en la acusación compulsarles copias para que se los investigara por los delitos de Falso testimonio, e igualmente se precluyó la investigación seguida contra el Dr. ÁLVARO ARAÚJO NOGUERA, sindicado por los delitos de Concierto para delinquir y Secuestro, que también se había afirmado lo había cometido para lograr que su hijo llegara al Senado y de común acuerdo entre los dos; y como si esto fuera poco, quedó demostrado cómo JORGE 40 no actuaba en el Sur del Cesar, donde el dominio era de JUANCHO PRADA, quien ninguna intromisión tuvo con los políticos, y además, quedó demostrado, no sólo testimonialmente sino con la prueba

documental recogida en los correspondientes videos, cómo el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, antes del día de las elecciones y el mismo día, una vez se supo el inicial conteo de los votos, en plena plaza Pública, censuró a los paramilitares acusándolos de haberle interferido en esas elecciones, afectando negativamente su votación.

Y, es que además de esta realidad demostrada, no obra prueba en el proceso que permita demostrar directamente, o por lo menos inferir, que mi defendido haya prestado como Senador apoyo alguno a los paramilitares mediante proyectos de ley, constancias senatoriales o que hubiera realizado alguna actividad en ese sentido. Por el contrario, obra en el proceso **LA PRUEBA IRREFUTABLE de la posición abiertamente contraria a esa presunción que ha hecho la Corte para retomar la competencia de este proceso**, en la que consta cómo el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO cuando se debatía en el Senado el Proyecto de Ley de Justicia y Paz, en la sesión plenaria del 20 de junio del año 2005, intervino, enfatizando que lo hacía porque esas eran “mis convicciones”. oponiéndose abiertamente y prácticamente en forma insular, a la aprobación de los artículos 10 y 11 del Proyecto, en cuanto a que ante la inmensa gravedad de las masacres realizadas por el paramilitarismo afectando las vidas y bienes de miles de personas, no era suficiente, como rezaba el proyecto que el Estado, casi en una actitud pasiva y complaciente, a limitarse a recibir los bienes que a su arbitrio pudieran entregar estos delincuentes, sino que se debía obligarlos “en forma imperativa”, “drástica”, a la entrega de “todos los bienes con que cuenten los paramilitares” a que entregaran todos los que estuvieran en su poder, o que estuvieran bajo la protección de testaferros, pues si bien la desmovilización era necesaria, también lo era la incautación de los bienes ilícitamente obtenidos, razón por la cual propuso la modificación del texto original, siendo derrotado en su propuesta.

Elocuente es su intervención en este sentido, mucho antes de que se iniciara esta investigación, como puede constatarse en el video de esa sesión, no obstante que obra en el proceso y que fue analizado en la audiencia, **me permito allegarlo para facilitar su consulta**, pues entre las decenas de videos, grabaciones y los miles de folios, bien puede dificultarse su ubicación en esta oportunidad. E igual de elocuente es el video correspondiente a sus intervenciones en plaza pública contra el paramilitarismo antes de las elecciones del 10 de marzo de 2002 y el mismo 10 luego del conteo de votos, cuando no obstante los resultados positivos obtenidos protestó por la intervención de los “elementos extraños”, esto es, los paramilitares que no le habían permitido sacar la votación que le correspondía.

Entonces, y sólo por señalar estas dos pruebas, que por su naturaleza no dejan duda al respecto, pues es abundante la que obra en la causa demostrando su ninguna vinculación con esos grupos ilegales, y menos que se hubiera aliado con ellos para lograr su curul al Senado de la República, ya que como se analizó en la audiencia pública, y de bulto surge del proceso,

en ninguna forma necesitaba un tal auxilio, no existe razón alguna, **por falta de sustento probatorio**, para que ahora y con el fin de justificar la retoma de la competencia, la Corte venga a afirmar que ello es posible, por cuanto de acuerdo con la acusación está demostrado que el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO acordó con el grupo paramilitar de JORGE 40 apoyarlos legislativamente desde el Senado.

Nuevamente le asiste razón al Magistrado Socha Salamanca en su referido salvamento de voto, cuando al referirse al desconocimiento del Derecho Penal de acto, al principio de legalidad, al del debido proceso y, desde luego, al del juez natural al que se llega con la nueva jurisprudencia, se torna más censurable cuando se acude a las “presunciones” para estructurar el delito de Concierto para delinquir sustentándolo en un indebido concepto de la “relación funcional” a que se refiere el parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, haciendo emanar de ese inusitado alcance interpretativo, la competencia en cuestión.

De estos dos hechos, adjunto copias de los videos, pues, ante la falta de inmediación probatoria por parte de la Sala en este juicio, muy seguramente, hasta este momento, desconocen que en el presente proceso obran pruebas como estas, y de ahí que haya dado como acto procesal base para materializar su posición la Resolución Acusatoria, desconociendo que la prueba que integra el proceso para estos momentos, es toda la que obra en el expediente, y de acuerdo con ella es que debe establecer esa pretendida y novedosa relación, que de suyo modifica el tipo penal del Concierto para delinquir.

Entonces, ¿cómo puede afirmarse que la hipótesis de la experiencia plasmada en la referida decisión concurre en este caso contra mi defendido?, si por el contrario, siendo coherente con su general proceder, lo que hizo fue oponerse en el Senado a los intereses de los paramilitares, fuera que ninguna de las otras hipótesis tampoco aquí le es atribuible al Dr. ARAÚJO CASTRO, como que le hubieran ayudado económicamente, que hubiese hecho proselitismo en su favor, que hubiese firmado pacto o que haya asistido a reuniones con los jefes paramilitares.

Lo que se está es presumiendo, como lo afirma el Magistrado Julio Socha Salamanca en su referido y valeroso salvamento de voto, quien demostró como tiene claro los conceptos y límites del Derecho Penal, y que la tesis del “nuevo derecho” aquí sólo es un sofisma, con gravísimas consecuencias, como que podía llegarse hasta condenar sin prueba, sólo con criterios de experiencia y presunciones.

Es esta realidad probatoria la que la Corte debe tener en cuenta para, aún bajo su nueva doctrina, determinar si concurre en este caso, pues, la prueba obrante en el proceso no posibilita llegar a la conclusión a que llegó, con un peligro más grande, como es, que de acuerdo a lo expuesto en el proveído por medio del cual recobró la competencia para conocer de este proceso,

la Sala está manejando el preconceito con que se inició esta investigación al englobar la situación del Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO con la de los congresistas del Magdalena y la del Dr. MAURICIO PIMIENTO, cuando la realidad probada precisamente ha demostrado lo contrario, no resultando hoy cierto que la situación de mi defendido sea igual a la del Dr. PIMIENTO, como lo demostró el Procurador Delegado en la Audiencia Pública al igual que la defensa, pues ninguno de los elementos probatorios que la Corte tuvo como base para condenarlo aquí se dan.

Estos son los fundamentos de dicho fallo:

A. Ausencia del país por más de tres años.

“El Dr. MAURICIO PIMIENTO BARRERA, conforme lo reseñó en sus distintas intervenciones al referirse en su trayectoria pública anterior a su elección, como Senador de la República, en marzo del 2002, ocupó entre mayo de 1992 y abril de 1994, el cargo de Director del Fondo de Desarrollo Rural Integrado DRI y el de Gobernador del Cesar entre 1995 y 1997, posteriormente, durante los primeros 4 meses de 1998 fue jefe de debate de la campaña presidencial de la Dra. NOEMÍ SANÍN y a mediados de ese mismo año se trasladó a estudiar en los Estados Unidos, permaneciendo allí hasta noviembre de 2001.

“Ahora bien: No obstante, la referencia a visitas esporádicas a Colombia y al mantenimiento de contacto políticos con al país durante los más de 3 años de ausencia sostenidos fundamentalmente a través de la internet, lo cierto es que estuvo alejado de la actividad política proselitista en el Departamento del Cesar y que simplemente, tras la sugerencia de algunos amigos suyos y muy especialmente la de ÁLVARO ARAÚJO CASTRO que lo visitó en Washington e invitó a postular su nombre al Senado de la República, circunstancia que según anotó había tenido ocurrencia hacia mayo del 2001, decidió aspirar al cargo por el movimiento SI COLOMBIA y consiguió ser elegido con un total de 47.027 votos 34.120 en el Departamento del Cesar.” (Páginas 33 y 34 del fallo de 16 de mayo de 2008).

Ante este primer argumento lo que se impone precisar, es que en ningún momento mi defendido invitó al Dr. MAURICIO PIMIENTO a que se postulara al Senado de la República, pues fuera de que una tal invitación carecía de la más simple lógica, pues, en esas condiciones estaría invitando a quién tendría que entrar a disputar los votos con él, la verdad es que – como lo afirmó en su indagatoria- lo que hizo fue invitarlo a que participara en su campaña, que son dos situaciones muy distintas. Pero además, este supuesto en ninguna forma concurre en la situación del Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, pues como está demostrado en el proceso, y como lo afirman los testigos que han trabajado políticamente con él, y su propia permanencia en el Congreso desde 1994, en forma ininterrumpida, alejan cualquier consideración en contrario. De esto no hay ninguna duda en el proceso. Y no se ha tratado de una permanencia estática, sino con una constante actividad política, tanto en el Congreso, como con la comunidad.

La dinámica que venía desarrollando con sus líderes políticos, como ellos mismos lo han explicado en sus testimonios rendidos especialmente en el juicio, su activa participación cuando su tía CONSUELO ARAÚJO aspiraba a la Gobernación del Cesar, su actividad en la campaña de HORACIO SERPA para la Presidencia de la República, los cursos que dictaba en los colegios del Cesar sobre Política y Democracia, sus gestiones para obtener la realización de obras en su Departamento, como la del gas natural, etc., son muestras claras de que no apareció días antes aspirando al Senado de la República, sino que nunca estuvo ausente de la actividad política ni menos del proselitismo necesario para ello, no durante un día o unos meses, sino, sin solución de continuidad, desde antes de 1994.

B. Documento de San Ángel, Pacto de Pivijay.

Como se demostró en la Audiencia, ninguna relación existe entre mi defendido y ese ilegal pacto, por ninguna parte aparece su nombre y ni siquiera el mínimo indicio o sospecha que permita asegurar lo contrario, como si sucede con el Dr. MAURICIO PIMIENTO BARRERA, que como la Corte lo concluyó, en cuatro oportunidades aparece su nombre completo y en seis sus iniciales; además, corroboran este documento, la interceptación de llamada telefónica que transcribe la Corte como sustento de esta prueba. (Páginas 37 a 54).

Entonces, aquí hay un hecho claro, el Pacto de Pivijay lo fue para el Magdalena y el Norte del Cesar, que correspondía a las regiones donde tenía poder JORGE 40, sin que en el mismo, haya tenido algo que ver el Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO. La situación es al contrario, precisamente no aparece en ese pacto porque no estaba con ellos; de ahí que la comparación de cifras de votantes en el Norte del Cesar le sean inferiores y los del Sur superiores a los del Norte respecto a los votos obtenidos por el Dr. MAURICIO PIMIENTO.

Es que no se puede desconocer que JORGE 40 se inició en el Departamento del Magdalena, pues aunque es oriundo de Valledupar, su primer centro operativo tuvo lugar, como lo dijo alias “ERNESTO BÁEZ” en su testimonio, en el Municipio del DIFÍCIL, Departamento del Magdalena, según consta en el proceso seguido contra el Dr. DURÁN GELVIS, logrando tener para el año 2002, **pleno control territorial en ese Departamento**, imponiendo las primeras candidaturas únicas en el 2000, extendiendo su poder a la zona Norte del Departamento del Cesar integrada por los Municipios de Chimichagua, Chiriguani, Astrea, El Paso, La Jagua de Ibirico, Becerril, Codazzi, Bosconia, El Copey y Valledupar, precisamente en donde resultaron electos JORGE RAMÍREZ URBINA y MAURICIO PIMIENTO.

Véase, entonces, cómo las primeras candidaturas únicas para alcaldías de las que tuvo noticia la historia política del país, tuvieron lugar en el Departamento del Magdalena, en el año 2000, en los Municipios de Piñón del Carmen, Tenerife, Chivolo, Ariguaní, El Díficil y Pivijay, siendo éstos

dos últimos municipios colindantes con los de Astrea, Bosconia y El Paso en el Departamento del Cesar.

Así si de confrontar ese documento con estos municipios se trata, no se puede desconocer que, precisamente para el Departamento del Magdalena, los congresistas **ALFONSO CAMPO ESCOBAR, JORGE LUIS CABALLERO CABALLERO, DIEB MALOOF CUSE y JOSE GAMARRA SIERRA**, han aceptado cargos en cuanto a que, en el año 2002, los grupos paramilitares impulsaron sus candidaturas.

Los congresistas **SALOMÓN SAADE y JORGE CASTRO PACHECO**, también son investigados por éstos hechos, y el Senador **LUIS EDUARDO VIVES LACOUTURE** fue condenado por la Corte Suprema de Justicia, al igual que lo ha sido el **Dr. MAURICIO PIMIENTO** y su compañero de fórmula **JORGE RAMÍREZ**, quien se acogió a sentencia anticipada.

Para el año 2002, vemos como, las parejas de Senado y Cámara, obtuvieron las mayores votaciones en los distritos electorales que **JORGE 40** armó, *para la realización de su proyecto político paramilitar en el departamento del Magdalena:*

Para los candidatos a Senado **SALOMÓN SAADE** y Cámara **JORGE LUIS CABALLERO**, fueron asignados los Municipios de: Sitio Nuevo, El Piñón, Cerro de San Antonio, Concordia, Pedraza, Fundación, Tenerife, Plato, Zona Bananera, Aracataca y El Retén.

A los candidatos a Senado **DIEB MALOFF** y Cámara **JOSÉ GAMARRA SIERRA**, les fueron asignados los municipios de: Pivijay, Zapayán, Salamina, Remolino, San Ángel, Algarrobo, Chibolo, Ariguaní El Difícil y Fundación, siendo esta zona la denominada: **región del río Ariguaní**, colindante con los municipios de la zona norte del departamento del Cesar, **Astrea, El Paso, Bosconia y El Copey**.

A los candidatos al Senado **LUIS VIVES LACOUTURE** y Cámara de **ALFONSO CAMPO ESCOBAR**, les fueron asignados los municipios de: El Banco, Guamal, San Sebastián, San Zenón, Santana, Pinto, Piñón y Granada.

Para las elecciones del año 2003, se presentaron nuevamente candidaturas únicas para alcaldías en los municipios de **Piñón, San Sebastián, Zapayán, San Ángel, El Reten, Zona Bananera, Concordia, Salamina, Ariguaní, El Difícil, El Banco y Plato**.

También en el año 2003, en el Departamento del Magdalena, se presentaron binomios de candidatos para las alcaldías municipales, donde el ganador tenía una victoria arrolladora en las urnas, tal y como sucedió en los siguientes Municipios: **Aracataca, El Difícil, Cerro de San Antonio, Chivolo, El Banco, Piñón del Carmen, Guamal, Nueva Granada, Pedraza, Pivijay, Remolino, Salamina, Sitio nuevo, Tenerife y Zapayán**.

En los Municipios de Cerro de San Antonio y **Ariguaní El Difícil** se presentaron *candidaturas únicas para el concejo*.

Finalmente, en el año 2003, se presentó la candidatura única a la Gobernación del Departamento de **TRINO LUNA**, con una votación del **81.09%** del total de la votación, según el reporte oficial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, y quien también se ha acogido a sentencia anticipada.

Así, resulta claro que el Pacto de Pivijay no corresponde a un documento improvisado, y que concuerda con los resultados electorales obtenidos, demostrándose cómo lo pactado corresponde a la región que dominaba **JORGE 40**, que no era otra que el Departamento del Magdalena extendido a aquellos Municipios limítrofes correspondientes a su Departamento vecino, es decir, al Norte del Cesar.

Explicativo, gráfico, fue el Dr. **ÁLVARO ARAÚJO CASTRO** en su intervención en la Audiencia Pública, valiéndose, inclusive, de las proyecciones respectivas, que obran en el expediente, para demostrar toda su trayectoria política y la de su familia, los resultados electorales obtenidos desde 1994, y antes por su padre y por su tía, hasta el 2006, demostrando cómo el que obtuvo para las elecciones al Senado de 2002 son explicables, tienen un sustento real y que en ninguna forma fueron los resultados de acuerdo político alguno con las autodefensas de **JORGE 40**, como lo comprueba este proceso.

C. Disminución de la votación en el año 2006.

Luego de analizar la votación del año 2006 respecto a la registrada como candidato a la Gobernación del Cesar en el año 1994 y la obtenida en el año 2002 para el Senado, concluye la Corte:

“Las anteriores cifras electorales ponen de manifiesto que el apoyo obtenido en las elecciones de 2002 por el Congresista procesado no obedeció a las alianzas políticas con líderes del Departamento, ni a su gestión como Gobernador ni a un proceso electoral normal como se pretendió acreditar con el estudio del Dr. **CASTRO GUERRERO**”. (Página 56).

Este es otro elemento que tampoco confluye aquí, más bien por el contrario, en el caso del Dr. **ÁLVARO ARAÚJO CASTRO**, en cuanto a que la situación electoral de mi defendido demuestra todo lo opuesto, pues para el año 2006 mantuvo la votación del 2002 en el sur, a pesar de que en esta oportunidad el Dr. **MIGUEL DURÁN** fue su contrincante al Senado, mientras que en el Norte recuperó lo que le habían arrebatado en el 2002, como bien lo denunció públicamente el día 10 de marzo de 2002, conforme consta en el video exhibido en el Debate Público y que obra en el proceso.

D. Desconocimiento de reglas de la experiencia que enseña, que en materia política, el trabajo personal y permanente como la relación directa con la comunidad, es lo que permite construir y mantener un apoyo electoral de ella. (Página 56).

Como se expuso con anterioridad, “EL TRABAJO PERSONAL Y PERMANENTE CON LA COMUNIDAD” exigido por las reglas de la experiencia, en el caso del **Dr. ARAÚJO CASTRO** es la característica esencial en su labor política, de la cual hizo una profesión, como se lo reconoce toda la comunidad, conforme consta en proceso mediante todos y cada uno de los testimonios vertidos en este expediente, que sin dubitación algún, dan fe de ello, como ya lo referí al tratar el primer argumento de este acápite, pero igualmente consta a lo largo del proceso y en especial en los testimonios vertidos por sus parciales políticos en este juicio, dejando claro que todos ellos, no únicamente se refieren a su apoyo y gestión electoral, sino a las circunstancias en que se desarrollaron estas actividades y los líderes que en cada municipio colaboraron con esa labor proselitista.

La relación con la comunidad en el caso del Dr. **ÁLVARO ARAÚJO CASTRO** es incuestionable, permanente, constante, brilla en el proceso, todos los testigos, inclusive hasta sus mismos opositores como los **OCHOA** dan fe de ello, su trato diario es indiscutible, el cariño de las gentes es inocultable, de ahí, el mismo trato de “**ALVARITO**” como toda la comunidad se refiere a él; el reconocimiento por las obras que gestionó para la comunidad, como el gas natural así lo acredita, que hasta de homenaje fue objeto por esa labor, además de las demás ejecuciones de que dan cuenta los testigos a lo largo del proceso, incluyendo a un propio Ministro de Estado, como consta en autos.

Esta fue y ha sido, precisamente, la inconformidad del Dr. **ARAÚJO CASTRO** con las fuerzas paramilitares, y específicamente con las que comandaba **JORGE 40**, que venía exponiendo desde la propia campaña política, que reiteró con gallardía y con tristeza, el mismo día en que se terminaron las elecciones donde expuso ante sus simpatizantes su inconformidad por la afectación de que fue víctima por esos grupos, ya que de lo contrario, los resultados electorales hubieran sido superiores; y volvió a insistir en ello en el referido Consejo de Seguridad de la Popa ante el señor Presidente de la República.

¿Cómo, entonces, puede afirmarse que la situación de hecho en este proceso respecto del Dr. **ÁLVARO ARAÚJO CASTRO** es la misma que para el caso del Dr. **MAURICIO PIMIENTO BARRERA**?

No lo demostró el señor Fiscal en la Audiencia, se limitó únicamente a hacer la afirmación como último recurso para justificar su intervención, y es que no podía demostrarlo porque no tenía cómo. Aquí ya no se puede continuar con el “caballito de batalla de la inferencia entre el Magdalena y el Cesar”.

Eso se acabó. Ya separadas las investigaciones, y allegada a esta causa la prueba que demuestra la realidad de lo sucedido, es claro que no hay prueba que comprometa penalmente frente a los hechos objeto de acusación al Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, y que es inocente del pretendido Concierto para delinquir.

Entonces: ¿Cómo puede afirmarse ahora, para efecto de retomar la competencia en este asunto, que las inferencias de la Fiscalía en la acusación, e inclusive las inicialmente vertidas por la propia Corte en la providencia en la que le resolvió la situación jurídica no sólo al Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, sino en su conjunto, a todos los demás congresistas allí procesados, demuestran la mencionada relación delictual?. Esto no es posible, pues se estaría desconociendo la realidad probatoria existente en el proceso. Y, si bien se podría afirmar, que esa valoración se haría en la sentencia, es claro que al absolverse a mi defendido porque la pretendida relación con el delito común no existió, como sin duda es lo que corresponde, se tendría que colegir que la Corte no era la competente para hacerlo, precisamente porque es esa relación la que, de acuerdo con la nueva jurisprudencia, se la da.

Es que siendo, como lo ha afirmado la Sala, que la aplicación de la nueva tesis jurisprudencial deberá analizarse “caso por caso”, es lo lógico y jurídico, que esa revisión debe hacerse de acuerdo con la prueba obrante en cada uno de los procesos, y esto es lo que aquí no ha sucedido, siendo este el temor que en realidad le asalta a la defensa, no que sea la Corte la que profiera el fallo, sino que de una parte, como ya se ha visto, sin confrontar la prueba allegada a la causa, se maneje el preconcepto instructivo de los procesos del Magdalena, de los cuales apresuradamente y sin que se hubieran practicado las pruebas que permitieran investigar la conducta del Dr. ÁLVARO ARAÚJO CASTRO, se “infirió” que lo mismo tendría que haber sucedido en el Cesar, cuando en los más de 17.000 folios que integran este expediente, fuera de los más de 50 CD probatorios, demuestran lo contrario; y de otra, que con un tal proceder, se haya prácticamente adelantado una sentencia condenatoria, a lo cual no es posible llegar ante la prueba aportada al proceso, y básicamente en la causa, pues –como se advirtió en precedencia- al cerrarse tan apresurada e irregularmente la investigación, esto no fue posible.

6. Petición.

Es esta la realidad procesal que brinda este expediente, es para esta defensa claro que se ha vulnerado por parte de la Sala el debido proceso al desconocer el derecho del Juez Natural previsto en el artículo 29 de la Constitución Política y en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, y que al haberse proferido como auto de cúmplase el que recobró la competencia para continuar conociendo de este proceso, imposibilitándose por tanto recurrirlo por la vía de los recursos ordinarios, se impone acudir a esta extrema petición con base en el numeral primero del artículo 306

del mismo Estatuto Procesal Penal aplicable a este caso (Ley 600 de 2000), dejando claro que, si bien es cierto, esa Corporación le ha negado igual petición al Señor Procurador Segundo Delegado para la Instrucción y el Juzgamiento, este defensor procede a elevar igual declaración de invalidez en cuanto a su petición final se refiere, pero con argumentos diversos, la cual debe ser declarada a partir del proveído del 15 de septiembre del presente año en adelante.

Y, ante mi petición, que aspiro sea atendida para que de acuerdo con la constante, pacífica y recientemente reiterada jurisprudencia que he citado en el cuerpo de esta alegación, como consecuencia de la nulidad se disponga que sea la Juez Quinta Especializada de Bogotá, la que proceda a dictar la correspondiente sentencia en este proceso, si bien ha advertido la Sala, tanto en la providencia base de este cambio jurisprudencia proferida en el proceso seguido contra ULISES TORRES como en la que recobró la competencia del presente, que su posición es inmodificable, sea reconsiderada para mantener el criterio precedente, que *strictu sensu*, es el que corresponde ante su mesurada interpretación del referido párrafo del artículo 235 de la Constitución Política, sin que ello implique pérdida de autoridad alguna por parte de la Corte, porque esa es la dinámica y compromiso de un Juez, y lo ha sido tradicionalmente de esa Corporación, como lo demostró en otro caso muy publicitado del país hacia la década de los años ochenta, cuando luego de haber casado la sentencia absolutoria proferida mayoritariamente por el Tribunal Superior de Santa Marta en el proceso seguido contra el Dr. Alfredo Riascos Labarcés, ex Gobernador del Magdalena y en consecuencia haber proferido el consiguiente fallo condenatorio, que lo fue el 28 de marzo de 1989 en el proceso No. 2.618, al volver a revisar el proceso en el cual se había cambiado la jurisprudencia sobre la procedencia del recurso de casación en cuanto se refiere al *quantum* punitivo, modificando el criterio de independencia delictual para contabilizarlo por el concurso de delitos, resolvió, no obstante ser ya de público conocimiento el cambio jurisprudencial, cambiar prontamente de criterio y considerar que el que pacíficamente se venía aplicando era el que debía continuar, procediendo a declarar la nulidad, por incompetencia, del referido fallo sustitutivo (julio 6 de 1989), pues, si bien podían existir algunos argumentos para sustentar ese cambio jurisprudencial, eran más los puntos discutibles y débiles los que quedaban sosteniéndolo y en esas condiciones de plena fragilidad, judicial y doctrinaria, era lo prudente y lo que correspondía para un cambio de jurisprudencia el consenso de la Sala y la seguridad en sus fundamentos.

Este antecedente, Señores Magistrados, nunca se ha visto como una manifestación de falta de seriedad o de autoridad de la Corte, sino por el contrario, desde ese mismo momento en que se produjo, ha constituido un ejemplo de la verticalidad e independencia de esa Corporación, digno de tenerse en cuenta y siempre resaltarlo como guía de un sano respeto por la seguridad jurídica.

