

**EL FUERO PARLAMENTARIO CONSTITUCIONAL: IMPUNIDAD O INMUNIDAD
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991, FRENTE A LOS PROCESOS
POR PARAPOLÍTICA**

ARMANDO CASTRO PÉREZ

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
MAESTRÍA DE HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2011

**EL FUERO PARLAMENTARIO CONSTITUCIONAL: IMPUNIDAD O INMUNIDAD
EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991, FRENTE A LOS PROCESOS
POR PARAPOLÍTICA**

ARMANDO CASTRO PÉREZ

**Tesis de Grado como requisito para optar al título de
Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho**

**Director
ORLANDO PARDO MARTINEZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
MAESTRÍA DE HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2011

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FUERO	16
1.1 ¿QUÉ ES EL FUERO PARLAMENTARIO CONSTITUCIONAL?	20
1.2 ACEPCIONES DEL TÉRMINO EN NUESTRA LEGISLACIÓN	22
1.3 HISTORIA DEL FUERO PARLAMENTARIO EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL	24
1.4 EL FUERO Y EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	43
2. EL FUERO DESDE LA ÓPTICA HERMENÉUTICA DE ALGUNAS TEORÍAS DEL DERECHO	46
2.1 EL FUERO DESDE LA ÓPTICA DEL PARADIGMA POSITIVISTA DEL DERECHO	46
2.1.1 Marco Positivismo Teórico-jurídico y validez formal del derecho	46
2.1.2 El fuero Constitucional desde la óptica del positivismo socio-jurídico y validez autopiética del derecho	54
2.2 MARCO DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LA JUSTICIA FORAL, DESDE EL PARADIGMA CONSENSUAL DEL DERECHO	61
2.2.1 Principios de justicia, consenso y legitimidad del fuero en el derecho	61
2.3 MARCO TEÓRICO DEL FUERO DESDE LA ÓPTICA DEL PARADIGMA HERMENÉUTICO, INTERPRETATIVO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	67
2.3.1 Fuero como garantía, respuesta correcta y decisión judicial	67
2.3.2 Reglas de argumentación jurídica y justificación moral del Fuero Constitucional	70
2.3.3 Marco de institucionalidad del Fuero y su relación trilemática desde las teorías críticas del Derecho y paradigma discursivo	73
2.3.3.1 La tradición post-estructuralista	73
2.3.4 El fuero desde las Teorías críticas del Derecho	74

2.3.4.1 Fuero, cosificación y paradigma discursivo	75
2.3.5 El fuero desde el punto de vista de la filosofía del derecho	80
3. DE LAS INVESTIGACIONES DERIVADAS DE LOS PROCESOS CONTRA AFORADOS CONSTITUCIONALES	84
3.1 DE LAS PRINCIPALES CONDUCTAS PUNIBLES DE AFORADOS CONSTITUCIONALES	87
3.2 INTERPRETACIONES JURÍDICAS DE LOS ASPECTOS PROCESALES EN LOS CASOS JUZGADOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CONTRA AFORADOS CONSTITUCIONALES	97
3.3 DE LA COMPETENCIA PARA INVESTIGAR Y JUZGAR AFORADOS CONSTITUCIONALES	107
3.3.1 Tesis que sostiene que la corte suprema no es competente para conocer de los delitos del aforado constitucional	113
3.3.2 Algunos salvamentos de voto a la tesis anterior	115
3.3.3 Cambio de Jurisprudencia de la Corte Suprema, para mantener la competencia en la Investigación y Juzgamiento de Aforados Constitucionales	121
CONCLUSIONES	131
BIBLIOGRAFÍA	139

RESUMEN

TÍTULO: EL FUERO PARLAMENTARIO CONSTITUCIONAL: IMPUNIDAD O INMUNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991, FRENTE A LOS PROCESOS POR PARAPOLÍTICA*

AUTOR: CASTRO PÉREZ, Armando**

PALABRAS CLAVE: Fuero parlamentario, fuero constitucional, crímenes de lesa humanidad, parapolítica.

DESCRIPCIÓN

El Fuero Parlamentario en Colombia, según lo establecido en la Constitución de 1991, se ha convertido en un instrumento jurídico muy controvertido a partir de las tesis planteadas por la Corte Suprema de Justicia en los denominados procesos de parapolítica. En dichos procesos son juzgados e investigados los aforados constitucionales que representan el poder legislativo en este país. Por tal razón, este privilegio de inmunidad que ostentan algunos miembros del Congreso es materia de estudio, donde se busca dilucidar el alcance y aplicabilidad de las teorías del Derecho frente a las posibles soluciones que ha dado la Justicia en Colombia. Es allí en donde las sentencias de la corte se han fortalecido con cambios jurisprudenciales por la aparición de nuevos delitos y crímenes contra la humanidad. ¿Esto es inmunidad o impunidad? El Fuero Parlamentario Constitucional, desde su origen, se ha consagrado en un derecho que ha cambiado la derivación de nuevos tipos penales, una competencia privativa, un procedimiento especial y aspectos probatorios dentro de las sentencias y fallos contra los aforados constitucionales.

En conclusión, dentro de los procesos juzgados por la Corte Suprema de Justicia Colombiana, en torno a los denominados casos de parapolítica, se generó como resultado el desarrollo de la justicia transicional, un estudio más definido y decantado de la figura del fuero Constitucional y finalmente como efecto colateral y de reparación de los afectados, una ley de víctimas aprobada en el Congreso de la república de Colombia.

* Tesis de Grado.

** Maestría de Hermenéutica Jurídica y Derecho. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, UIS. Director: Orlando Pardo Martínez.

ABSTRACT

TITLE: THE CONSTITUTIONAL PARLIAMENTARY FORUM: IMPUNITY OR IMMUNITY CONSTITUTION OF 1991, IN FRONT OF THE PROCESS BY PARAPOLITICS*

AUTHOR: CASTRO PEREZ, Armando**

KEY WORDS: Parliamentary jurisdiction, constitutional jurisdiction, hurt humanity's crimes

DESCRIPTION

According to the beforehand established in the Constitution of 1991 in Colombia, has become a very controversial juridical instrument, starting from the theses outlined by the Supreme Court of Justice in the denominated parapolítica processes where are judge and investigated constitutional right granted that have the representation of the legislative power in this country. For such a reason, this immunity privilege that some members of the Congress show, is the study matter where elucidating the approach and applicability of law theories in front of the possible solutions that the justice in Colombia has given. There it is where the sentences of the court have been strengthened with jurisprudence changes because of the appearance of new crimes against humanity. Is this impunity or immunity? The Constitutional Parliamentary Jurisdiction, from its origin, has been consecrated into a right that has changed the derivation of new penal types, an exclusive competition, a special procedure and probatory aspects inside the sentences and shortcomings against constitutional right granted.

In conclusion, inside the processes judged by the Supreme Court of Colombian Justice, around the denominated cases of parapolítica, it was generated the development of the transitional justice as a result, a defined and decanted study of the figure of the Constitutional jurisdiction. And finally as a side effect, and of repair of those affected, avictims' law approved in the Congress of the republic of Colombia.

* Thesis.

** Master of Law and Legal Hermeneutics. School of Law and Political Sciences, UIS. Director: Orlando Pardo Martinez.

INTRODUCCIÓN

A la luz de la nueva Constitución Nacional aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, se estableció en nuestro ordenamiento positivo, modalidades y variables legales de fueros que se pueden denominar constitucionales, los cuales dentro de su definición y naturaleza, han siendo interpretados y considerados jurídicamente por la jurisprudencia de las altas cortes de manera muy particular.

Sin embargo, centrandolo efectos legales en el tiempo, en el espacio y en la modalidad de su vigencia, en lo que hermenéuticamente se podría llamar “Fuero Constitucional”, se plantea y delimita el presente trabajo de investigación únicamente al denominado Fuero Constitucional Parlamentario, contra aforados constitucionales. Es en este sentido y orientación, hacia donde enfocaremos la atención e interpretación de las múltiples consecuencias jurídicas que se pueden plantear en la siguiente pregunta de investigación:

¿Qué cambios sustanciales a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, se presentan en torno a la interpretación, análisis y sistema garantista del denominado Fuero Constitucional parlamentario, aplicado a los miembros del Congreso de la República de Colombia?

Esta pregunta y otros interrogantes se pueden subsumir en una mirada interior al problema en cuanto a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, en relación a algunas sentencias controvertidas, las cuales pueden ser dilucidadas a la luz de su desarrollo legislativo, jurisprudencial, de principios, valores y nuevas tendencias dentro las teorías de Derecho, para cuestionar, interpretar y revisar su legitimidad, validez y eficacia.

Conforme a lo establecido en el artículo 186° de la Constitución Política¹, “... *los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia*”. Y por otro lado, el numeral 3° del artículo 235° de la Carta², establece que a la Corte Suprema de Justicia le corresponde “*investigar y juzgar a los miembros del Congreso*”. De donde se deduce que a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, se ha establecido un fuero Constitucional específico para los miembros del Congreso de la República, consistente en asignar una competencia especial para ser investigados, procesados y juzgarlos en forma privativa por la Corte Suprema de Justicia.

Por esta razón la pregunta inicial en materia de fuero Constitucional parlamentario, tienen que ver con la naturaleza jurídica especial de dicha prerrogativa o privilegio por parte de los senadores y representantes a la cámara, dentro de los cuales se encuentran investigados, juzgados y sentenciados, algunos miembros pertenecientes al Departamento de Santander, frente a la posibilidad o conveniencia legal de que con la renuncia al cargo y por ende de su privilegio de funcionarios públicos aforados, la Corte Suprema de Justicia pierda la competencia en la investigación de sus conductas dentro o fuera del ejercicio de sus cargos.

Sobre este problema, ha de tenerse en cuenta que en la Constitución de 1991 por vacío legal, se presenta la figura de la anomia legislativa Constitucional o reglamentaria, ya que no existe una norma expresa aplicable que regule este punto de discusión. El único texto que hace referencia al caso planteado, se expresa aunque de manera indirecta, en el párrafo del artículo 235° *ibídem*, que señala que “cuando los funcionarios antes numerados hubiese cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”. (Subrayas fuera de texto)

¹ Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 127 de octubre de 1991.

² *Ibíd.*

Se puede pensar en este caso concreto, que la norma constitucional así instituida, establece que cuando un miembro del congreso de la república renuncia a su cargo y por ende a su fuero constitucional, ¿las conductas por las que se le investiga y juzga, si no tienen relación con el cargo, pierde la Corte Suprema de Justicia competencia para juzgarlos?

Pese a las diferentes interpretaciones desde el punto de vista hermenéutico que han surgido en casos cuestionados de investigaciones a un gran número de congresistas por procesos de parapolítica, dentro de los cuales este trabajo no delimita a los del departamento de Santander, la respuesta está muy lejos de la realidad para ser respondida de manera positiva y afirmativa.

De otra parte, es evidente que numerosos críticos, organizaciones no gubernamentales, colectivos de abogados y observadores nacionales e internacionales que monitorean los procesos contra aforados constitucionales del congreso, en torno a la violación de Derechos Humanos y masacres cometidas por grupos armados o paramilitares al margen de la ley, han expresado su preocupación por la legitimidad, validez y eficacia, de dichos procesos, no sólo por las normas expedidas por el congreso y corrupción de sus actuaciones, sino que además, han pensado que aquellos actuaron en complicidad con algunos miembros del legislativo, firmando pactos y acuerdos para delinquir y concertar grupos de limpieza social, dentro de los que se ha denominado refundar el Estado, o crear una nueva patria libre de subversión y delincuencia común.

Por estos graves y delicados antecedentes, la comunidad internacional ha manifestado inclusive, en la voz de algunos medios de comunicación, grupos de abogados y organizaciones no gubernamentales (ONG), que dentro del mandato constitucional, el hecho cierto que exista el numeral 5º del artículo 14º del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP)³, es un arma de doble filo para recurrir a una doble instancia si se establece que “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”. En consonancia con lo anterior, por disposición expresa el literal h) numeral 2) artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁴ consagra que toda persona juzgada y condenada por un delito tiene “*derecho de recurrir al fallo ante juez o tribunal superior*”, condición que tiene, *grosso modo* la posibilidad de aceptarse ineludiblemente como una garantía, prerrogativa o derecho, por activa o por pasiva, al aceptar o al renunciar al fuero Constitucional, con el propósito claro e ineludible de que se le garantice la llamada apelación o recurso de alzada en segunda instancia.

En este sentido, y analizando que gran parte de las decisiones judiciales que se fallaron y otras no resueltas, en contra de aforados constitucionales implicados por procesos de parapolítica, en donde igualmente se encuentran algunos representantes de elección popular por el Departamento de Santander, por el que haremos una revisión hermenéutica de comprensión, interpretación y lingüística del problema, a fin de revisar analíticamente algunos radicados de procesos contra aforados, dilucidando de esta forma si la Corte Suprema de Justicia avocó correctamente su jurisdicción y competencia, y de igual forma si riñe o no, con las normas de los tratados internacionales (Art. 93º C.N.), ya que la investigación dentro de estos procesos y el fallo de juzgamiento de los senadores y representantes, corresponde privativamente a la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal en única instancia.

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", adoptado en: San José, Costa Rica, fecha: 11/22/69: Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, entrada en vigor: 07/18/78 conforme al artículo 74.2 de la Convención depositario: Secretaria General OEA (instrumento original y ratificaciones) Texto: Serie sobre tratados, OEA, No. 36, registro ONU: 08/27/79 No. 17955

En este orden de ideas, nos ocuparemos de los siguientes puntos e interrogantes que complementan la pregunta inicial de investigación: (i) ¿Es potestativo de un miembro aforado del congreso de la República de Colombia, dimitir a su cargo y en ese sentido renunciar al fuero Constitucional?, (ii) ¿Puede perder por sustracción de materia y por mandato constitucional, la Corte Suprema de Justicia la competencia para investigar y juzgar a un congresista de Colombia, cuando renuncia a su cargo e investidura?, (iii) ¿Resulta inconstitucional y contrario a los convenios y tratados Internacionales sobre derechos humanos, el que la Corte Suprema de Justicia adelante, investigue y juzgue a los congresistas en única instancia?

Por otra parte, dentro del derecho comparado, analizaremos en el desarrollo del trabajo una variada relación de opiniones dentro de las legislaciones de otros países en materia de Fuero Constitucional, en las cuales se observa igualmente una amplia tendencia a otorgar inmunidad a ciertos funcionarios de Estado, con el agravante de no existir dentro de los órganos de investigación, control y juzgamiento, una plena autonomía e independencia dentro de la estructura y división de los poderes públicos que garantice la separación de los mismos y el sistema de frenos y contrapesos. Por el contrario, en Colombia a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, proclamada por la declaración de la Asamblea Nacional Constituyente, la Justicia tambalea en un limbo jurídico que no genera estabilidad jurídica o política y ha mantenido en el poder ejecutivo la potestad indirecta de elección del Fiscal General de la Nación, mediante la terna que el presidente debe enviar a la Corte Suprema de Justicia (Inciso 1º, Artículo 249 C.N.). Esta figura legal que riñe con las funciones especiales que debe tener este ente inquisidor, frente a la autonomía e independencia de poder investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de **fuero constitucional**, con las excepciones previstas en la Constitución (Numeral 1º, Artículo 251 C.N., modificado por el Acto Legislativo No. 03 de 2002. Negrilla fuera del texto), pone en tela de juicio la transparencia, legitimidad, validez y eficacia de los procesos

que se adelanta en la actual coyuntura judicial que reclaman algunos congresistas investigados por vínculos con la criminalidad organizada, quienes se han beneficiado con las alianzas a quienes son responsables de graves delitos de lesa humanidad, de concierto para delinquir y delitos contra la democracia como el constreñimiento a los electores que ejercieron algunos grupos armados de paramilitares, la suplantación de votantes y la financiación de elecciones con dineros producto del narcotráfico y actividades de paramilitarismo.

Fueron los aforados constitucionales, quienes apostaron a la expedición de la ley de Justicia y paz y renunciaron a su fuero parlamentario para ser juzgados por la Fiscalía General de la Nación y mantener por ende la doble instancia y el manejo político que este ente del poder judicial y público, puede tener en la decisión de sus procesos, frente a la reforma política recientemente aprobada. Resulta contrario a la legalidad del orden Constitucional que se pretenda entorpecer las investigaciones judiciales que adelanta la Corte Suprema de Justicia para restablecer la responsabilidad de algunos grupos de dirigentes incluyendo a parlamentarios de nuestro departamento, por la participación y vínculos con la delincuencia, pretendiendo eludir y diluir las sanciones legales ejemplares a través de reformas a la Constitución o mediante la apelación al Constituyente primario.

De otro lado el freno y contrapeso que ejerció la Corte Suprema de Justicia, durante el último periodo del presidente Uribe, al rechazar los nombres de la terna que presentó el ejecutivo, exigiendo idoneidad, calidad, probidad e independencia de los miembros de la terna, conllevó a una dilación y larga espera para elegir en propiedad al actual Fiscal General de la nación. Sobre este aspecto considero se debe hacer una revisión al texto constitucional, a fin de darle independencia y control legal, por una parte, a la conformación de la terna de candidatos, para que no sea potestad exclusiva del poder ejecutivo, y por otra parte, un ejercicio nominativo más autónomo y separado del poder ejecutivo, en la escogencia y elección que haga la Corte Suprema de Justicia del Fiscal General de la Nación.

Finalmente, y como antecedente general del Fuero Constitucional parlamentario, presentaremos una serie de conclusiones que diversos analistas, doctrinantes, juristas, radicados de sentencias y autos de la Corte Suprema de Justicia, han tenido a bien hacer sobre el caso de análisis, en el llamado “fuero constitucional” o de “aforados constitucionales”.

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL FUERO

El término “*fuero Constitucional*”, representa desde su concepción jurídica y comprensión hermenéutica, una variada e infinita cantidad de significados y acepciones, como resultado inevitable del desarrollo de la teoría Constitucional dentro de sus diversas corrientes, que han impreso el término y su proceso de evolución histórica.

En Inglaterra uno de los países con formaciones consuetudinarias más representativas de libertad y antigua tradición legislativa de la historia, según Pedroza⁵ consideró la base de gobierno parlamentario bicameral en el siglo XVII, desarrollando el concepto, por una parte de inmunidad parlamentaria y por la otra el de la inviolabilidad parlamentaria, denominados respectivamente, “***freedom from speech***” y el “***freedom from arrest***” como una excepción de ir a prisión frente a las acciones judiciales de carácter civil, no frente a las acciones judiciales criminales o penales.

En Francia por otra parte, según García Eloy⁶ a partir de la Revolución francesa dentro del nuevo sistema de gobierno republicano, un Decreto de fecha 26 de junio de 1790, plasmó el concepto de inmunidad parlamentaria en el cual mencionaba que los miembros de la Asamblea Nacional gozaban de la *inviolabilité*, refiriéndose a la inmunidad sólo que con un vocablo distinto. El fin de esta prerrogativa era otorgar protección al poder legislativo en contra de los

⁵ PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Tháfa. “El Congreso General Mexicano. Análisis sobre su evolución y funcionamiento actual”. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN).Página 5. 2003. Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo de 2011, 7:23 p.m.].

⁶ GARCÍA, Eloy. Inmunidad Parlamentaria y Constitución Democrática. En: Revista de Derecho de la Universidad Complutense. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN). México. 1989. Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo de 2011, 7:48 p.m.].

mandatos de los reyes. Posteriormente en una Ley de junio de 1791, en sus artículos 51º y 53º se reguló una forma de fuero similar al conocido hoy.

En España como antecedente de la inmunidad parlamentaria, según García Eloy⁷, se encuentra un Decreto del 24 de septiembre de 1810, el cual protegía al parlamentario de las infracciones penales y no del arresto por responsabilidad civil como en el sistema inglés. Otro antecedente según el mismo autor, se encuentra en la Constitución Política de la Monarquía Española, es decir, en la Constitución de Cádiz de 1812. Este documento fue inspirado por los textos constitucionales de EE.UU. -1787- y Francia -1791- y entre los derechos y libertades mencionaba, el reconocimiento de los fueros castrense y eclesiástico, la inviolabilidad y el de la inmunidad parlamentaria; la última mencionada en el artículo 128º, segunda parte, señalando que las causas criminales contra diputados serán juzgadas por el Tribunal de las Cortes –unicameral.⁸

En las nuevas provincias de España dentro de la estructura política del siglo XV, según el autor ya citado⁹, esta figura legislativa empezó a gestarse concretamente a partir del momento en que inició la conquista de América. Fortalecida la conquista, se inició el periodo de la Colonia y con esto, la organización político-administrativa encabezada por el Rey de España. El régimen gubernamental se transformó en virreinato en 1535. Aunque el poder del Virrey era muy extenso, casi absoluto; igualmente existía una única y efectiva limitación a tal hegemonía, la cual consistía en someter al Virrey a “**juicio de residencia**”. El juicio de residencia fue, junto con la figura de las “**Visitas**”, el elemento de control político y judicial del poder ejecutivo más importante de la época colonial.

Este mecanismo tuvo su origen en el derecho medieval castellano, y jurídicamente apareció en las Partidas de Alfonso X el Sabio; sin embargo, fue en América

⁷ Ibíd., p. 5.

⁸ Ibíd., p 5.

⁹ GARCÍA, Eloy. Op. Cit., p. 5

donde alcanzó su mayor desarrollo y auge, es por ello que el rey Carlos III lo reformó, devolviéndole su vigencia y adecuándolo a las necesidades de su tiempo.

Los objetivos de este juicio fueron evitar la corrupción y obtener un equilibrio en el nivel de honradez en la administración pública indiana resguardando el bien de la ciudadanía y de la Corona, además, pretendía proteger los derechos de los particulares frente a la administración, evitando abusos de poder de los funcionarios. Otros grupos que eran privilegiados con prerrogativas específicas, fueron el clero católico que estaba exento de la jurisdicción civil, puesto que los delitos de los eclesiásticos eran juzgados por tribunales especiales y; la milicia, cuyo juzgamiento de los delitos cometidos se realizaban en tribunales castrenses, es decir, en tribunales diferentes a los de la justicia ordinaria¹⁰.

Dentro del Estado Mexicano según este mismo autor para el año 1812, con la guerra de independencia, la Constitución de Cádiz fue uno de los documentos determinantes para la instauración del México Independiente; proclamada por las Cortes de España en marzo de 1812. Dentro de sus disposiciones, en el artículo 128º del Capítulo VI -*De la celebración de las Cortes*- se regula la “**inmunidad parlamentaria**”, que a la letra seguida dice, según Tena Ramírez:¹¹

Artículo 128. *Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni por ninguna autoridad, podrán ser reconvenidos por ellas. En las causas criminales, que contra ellos se intentaren, no podrán ser juzgados sino por el Tribunal de las Cortes, en el modo y forma que se prescriba en el reglamento del gobierno interior de las mismas. Durante las sesiones de las Cortes, y un mes*

¹⁰ GARCIA, Eloy. Inmunidad Parlamentaria y Constitución Democrática. En: Revista de Derecho de la Universidad Complutense. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN). México. 1989, p. 5-6. Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo de 2011, 4:48 p.m.]

¹¹ TENA RAMÍREZ, Felipe. Constitución de la Monarquía Española. En Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN). 2002, p. 6. Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo de 2011, 4:48 p.m.]

después, los diputados no podrán ser demandados civilmente ni ejecutados por deudas.

La redacción de esta norma es muy similar a la contemplada en las primeras constituciones de nuestro país, especialmente la de 1886, conocida como la Carta Política de Rafael Núñez.

En el estado Mexicano en 1814 posteriormente, la Constitución de Apatzingán retomó la “*inmunidad parlamentaria*”, y apareció por primera vez el antecedente cercano al juicio de declaración de procedencia -juicio de residencia-, que en el artículo 59º de la ley, se expresa según el mismo autor, en los siguientes términos:

Artículo 59º: *Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso podrá hacérseles cargo de ellas; pero se sujetarán al juicio de residencia por la parte que les toca en la administración pública, y, además, podrán ser acusados durante el tiempo de su diputación, y en la forma que previene este reglamento por los delitos de herejía y por los de apostasía, y por los del Estado, señaladamente por infidencia, concusión y dilapidación de los caudales públicos.*¹²

Posteriormente, en este mismo país en el año 1824. Surgió la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (4 de octubre de 1824), en la cual se integro, dentro de las atribuciones que tenía el Poder Legislativo, la inviolabilidad de sus opiniones, y de nuevo, se retomó la figura del “fuero constitucional” o “inmunidad parlamentaria” y la de juicio de declaración de procedencia en el artículo 43º, que expresó según Tena Ramírez¹³: **Artículo 43.** *En las causas criminales que se intentaren contra los senadores o diputados, desde el día de su elección hasta dos meses después de haber cumplido su encargo, no podrán ser aquellos acusados sino ante la Cámara de éstos, ni éstos sino ante la de*

¹² TENA RAMÍREZ, Felipe. Constitución de la Monarquía Española. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN). 2002. Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo de 2011, 7:23 p.m.].

¹³ *Ibíd.*, p. 6

senadores, constituyéndose cada Cámara a su vez en gran jurado, para declarar si hay o no lugar a la formación de causa”.

1.1 ¿QUÉ ES EL FUERO PARLAMENTARIO CONSTITUCIONAL?

Etimológicamente el término fuero proviene de la raíz latina, *fórum*, que significa foro “recinto” “senadoconsulta” o “plaza pública”, haciendo referencia al lugar donde se administraba la justicia. En Roma, se establecían los tribunales en las plazas públicas (Foros), para vigilar y sancionar las transacciones mercantiles, dentro de la conocida *lex mercatorum*. Posteriormente y en todo el mundo, los jueces se limitaron a atender en sus propias instalaciones, pero éstas siguieron conociéndose con el nombre de foros.¹⁴

Según el Diccionario de la Lengua Española, “Fuero Real”, equivale a una exención o privilegio otorgado a alguna persona o clase social.¹⁵ De esta definición destacaremos que el significado, natural y lógico del término **Fuero** es una exención o privilegio, que en su primera acepción destacamos como exención la facultad o el derecho que le concede la Constitución y la Ley, de no ser juzgados por otra autoridad diferente a su juez constitucional. No obstante esta expresión sin ser técnica o jurídica, se otorga a una persona o clase especial, sin tener en cuenta por otra parte el calificativo de privilegio, el cual también es importante aclarar en aras de precisar si el mismo recae sobre cargos, investidura o cualquier denominación que se adopte, o sobre las personas que ostentan tal **privilegio**, las cuales dentro de una consideración más objetiva que subjetiva, deben ser objeto de aplicación y declaración del mismo. Por esta razón, como lo analizaremos en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, el privilegio permea o protege a la persona en cuanto ejecute las actividades propias del cargo

¹⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. UNAM, 1992.

¹⁵ Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Tercera Edición. Barcelona: Espasa Calpe. 2005.

que ocupa o del grado que ostenta al momento de la exención; y no de sus actividades particulares que han tenido otra interpretación.

Para Mario Arboleda Vallejo y José Armando Ruiz Salazar¹⁶, el Fuero desde el punto de vista del Derecho Penal: *“Es la institución que impone el juzgamiento de determinadas personas por jueces especiales, en razón de su cargo o investidura, tales como el fuero presidencial, militar y parlamentario; la doctrina dominante no lo considera como una limitación a la aplicación de la ley penal sustancial en cuanto a los sujetos, ya que es una institución que tan sólo determina factores de competencia para el juzgamiento”*.

El fuero Constitucional, desde el punto de vista de la hermenéutica como comprensión, argumentación y como interpretación se puede definir conforme a la tradición y proceso de desarrollo jurídico-constitucional de algunos países, -que igualmente contemplan esta misma prerrogativa,- como la imposibilidad de poner en dinámica el órgano de justicia ordinaria de aplicación nacional, regional o local, para no ser detenidos, procesados y condenados, sino conforme a un procedimiento previo especial, que permite garantizar el debido proceso, desarrollo de sus funciones y el ejercicio del cargo, conforme a la investidura de quien ostenta tal carácter de servidor público o de una categoría de personas a quien la Constitución le sustrae un procedimiento especial para su investigación y juzgamiento.

A fin de diferenciar los contenidos y conceptos de fuero Constitucional dentro de sus múltiples acepciones, para efectos del presente trabajo de investigación, nos referiremos a los diferentes conceptos de fuero como privilegio, inmunidad e inviolabilidad, así como al concepto, procedencia y declaratoria de seguimiento de causa.

¹⁶ ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando. Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial. Novena Edición. Bogotá: Editorial Leyer. 2008. p. 106.

1.2 ACEPCIONES DEL TÉRMINO EN NUESTRA LEGISLACIÓN

En este trabajo de investigación, además de tener en cuenta el desarrollo de la teoría constitucional de derecho comparado, para efectos prácticos de estudio del denominado Fuero Constitucional dentro de los países latinoamericanos, nos remitiremos a la noción y concepto de fuero como un “privilegio”, y también como una “prerrogativa”, “facultad” o “derecho” del que gozan ciertos y determinados funcionarios o servidores públicos del Estado para no ser juzgados, procesados y sentenciados, sino conforme a las normas propias de cada juicio y siguiendo el procedimiento constitucional establecido. (Art. 29º C.N.)

Contrario a los antiguos fueros que significaban “privilegios” a favor de una determinada clase social y de la Constitución de 1886 que incluía algunas modalidades del mismo, la intención de la Asamblea Nacional Constituyente al expedir la Carta de 1991, fue conferir a determinadas personas y servidores públicos el fuero constitucional, para delimitar específicamente la garantía foral a cierta categoría de personas, por su condición especial, para ser investigados y juzgados por un juez natural, creando las siguientes categorías de fuero constitucional, contemplados en los siguientes artículos de la Constitución Nacional¹⁷; artículos 29º (Debido proceso), 39º (fuero Sindical), 43º (Fuero de Maternidad), art. 55º (Fuero circunstancial por negociación colectiva), art. 100º (Fuero Diplomático), art. 116 (Fuero Militar), art. 174 (Fuero para altos funcionarios del gobierno, magistrados de la corte suprema de justicia, el Consejo de Estado y los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación), Art. 185 (Inviolabilidad por opiniones y votos), art. 186 (Fuero parlamentario) y art. 246º (fuero para los pueblos indígenas).

Todas estas categorías y modalidades de fueros obedecen algunos a la necesidad de proteger derechos ciudadanos de sectores de población vulnerables y otros a

¹⁷ Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 127 de octubre de 1991.

permitir el desempeño de las funciones públicas en forma independiente y eficiente, permitiendo asimismo, el seguimiento y control de múltiples procesos penales que se consideran inoficiosos para el ejercicio de estos poderes públicos, por una parte y por la otra, a una condición especial o *status* de quien tiene y goza de una investidura o cargo considerado por el gobierno como un sujeto procesal especial.

Si bien es cierto, el Fuero Constitucional debe interpretarse estrictamente como un mecanismo de protección en el ejercicio de la función de poder legislativo, para que pueda expresarse y realizar estrictamente su función con autonomía y libertad, también es válidamente aceptado y desafortunado que en nuestro país, no ha surtido tal efecto. En los mencionados casos de parapolítica, antes y después de la expedición de la Ley de Justicia y Paz¹⁸, la concentración del poder político en el partido de gobierno y el autoritarismo que se percibe dentro del poder ejecutivo en nuestro país, han hecho equivalentes en muchos casos, la inmunidad con la impunidad, puesto que se ha desvirtuado la filosofía del derecho, razón de ser y la naturaleza implícita que debe tener el mecanismo de aforo parlamentario frente a la política de grupos al margen de la ley que han orquestado todo tipo de actividades para uso y abuso del llamado fuero constitucional parlamentario.

Esto ha generalizado entre los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la opinión pública una actitud de condena y de rechazo al ejercicio del fuero parlamentario, su conveniencia y manipulación en cuanto a su garantía constitucional, de los cientos de congresistas investigados por vínculos y nexos con el paramilitarismo, llegando incluso a ser algunos de ellos, comandantes y patrocinadores de dichos grupos armados al margen de la ley, como una nueva fuerza política dentro del Congreso.

¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005.

1.3 HISTORIA DEL FUERO PARLAMENTARIO EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL

Originariamente el fuero en el desarrollo de la conquista de las provincias del reino de España dentro de la estructura política y social después del siglo XV, según el autor ya citado¹⁹, se convierte en una figura de protección legislativa especial que comenzó a formarse a partir del desarrollo comercial que se gestó por parte de los reyes en las colonias de América recién descubiertas. El régimen gubernamental que imperó se transformó en el virreinato de la Nueva Granada, teniendo como sedes principales las ciudades de Santa Marta fundada en 1529, Cartagena en 1533, y posteriormente se ampliaría a la ciudad bautizada con el nombre de Santa fe de Bogotá. Aunque el poder del Virrey era muy extenso para los grandes territorios explotados, existía una única y efectiva limitación a tal autoridad, la cual consistía en someter al Virrey a “**juicio de residencia**”, este junto con la figura de las “**Visitas**”, eran los elementos de control judicial especial más importante durante la época de la colonia en la Nueva Granada, en donde también se regían los decretos de las siete partidas y las ordenanzas de Bilbao en cuanto a legislación comercial.

Este mecanismo tuvo su origen en el derecho medieval castellano, y jurídicamente apareció en las Partidas de Alfonso X el Sabio; sin embargo, fue en América donde alcanzó su mayor desarrollo y auge. Es por ello que el rey Carlos III lo reformó, devolviéndole su vigencia y adecuándolo a las necesidades de su tiempo. Los objetivos de este juicio en principio fueron evitar la corrupción y obtener un equilibrio en el nivel de honradez en la administración pública indiana resguardando el bien de la ciudadanía y de la Corona, además, pretendía proteger

¹⁹ GARCIA, Eloy. Inmunidad Parlamentaria y Constitución Democrática. En: Revista de Derecho de la Universidad Complutense. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN). México. 1989. p 5. Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo de 2011, 2:15 p.m.]

los derechos de los particulares frente a la administración, evitando abusos de poder de los funcionarios dentro de lo que se denominó posteriormente las leyes de indias. Otros grupos que eran privilegiados con prerrogativas específicas, fueron el clero católico que estaba exento de la jurisdicción civil, puesto que los delitos de los eclesiásticos eran juzgados por tribunales especiales y; la milicia, cuyo juzgamiento de los delitos cometidos se realizaban en tribunales castrenses, es decir, en tribunales diferentes a los de la justicia ordinaria²⁰.

Dentro de nuestra historia Liévano Aguirre,²¹ en relación a los acontecimientos que precedieron como causas militares y políticas del debilitamiento interno de la corona española (1808), presenta cómo el cabildo extraordinario logró que las guarniciones de la capital bajo las ordenes de José María Carbonell, quien con la ayuda de estudiantes y gente del común hizo la revuelta para que pidieran cabildo abierto en contra del virrey penetrando las iglesias y echando las campanas al vuelo, logrando con su proceder constituir una junta suprema de gobierno, integrada por Acevedo y Gómez, Camilo Torres, José Miguel y Juan Bautista Pey, Manuel de Pombo, Frutos Joaquín Gutiérrez, Manuel B. Álvarez, Sinforoso Mutis y otros. Proclamó la Junta Suprema de Gobierno instalada que “... *no abdicará los derechos imprescriptibles de la soberanía del pueblo a otra persona que a la de su augusto y desgraciado monarca Fernando VII, siempre que venga a gobernar entre nosotros*”. (Negrilla fuera de Texto).

Esta sentencia de soberanía popular es la que desvanece dentro de nuestra historia el antiguo mito del “derecho divino de los reyes” que todavía para la época tenía plena y honda vigencia entre la comunidad de los granadinos como colonia Española. Como consecuencia de la gesta revolucionaria de los criollos y

²⁰ GARCIA Eloy, “Inmunidad Parlamentaria y Constitución Democrática”, México 1989: En Revista de Derecho de la Universidad Complutense. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN): p. 5. Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo, 3:23 p.m.]

²¹ LIÉVANO AGUIRRE Indalecio, “Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra Historia, 2ª ed., Bogotá, Edit. Tercer Mundo, 1966, p. 576 y ss.

españoles nacidos en América, se le atribuye al movimiento del 20 de julio el mérito de instalar en nuestro suelo la Junta Suprema de Gobierno elegida por los representantes del pueblo en el cabildo.

El acta de la independencia de 1810, para Pérez Escobar²² fue una verdadera Constitución en el sentido material de vocablo. Sin embargo creemos que la misma fue y representa la expresión de un acto Constituyente de creación de un nuevo Estado, ya que en ella se dieron y aseguraron las bases fundamentales de la organización política del mismo al momento de su proclamación. Por lo que, según este evento de vital importancia para nuestra nación, se dio el nacimiento de la Nueva Granada como Estado, estableciéndose en pie de igualdad al de España.

Desde el punto de vista hermenéutico e ideológico, se les impuso a los miembros de la Junta Suprema de Gobierno nombrada, que debían prestar juramento de *“cumplir religiosamente la Constitución y voluntad del pueblo expresada en esta Acta, acerca de la forma de gobierno provisional que ha instalado”*. Este acto significó en concepto de Samper Bernal, la proclamación del liberalismo como doctrina política en la Nueva Granada, al reconocerse que *“...el pueblo soberano tenía manifestada su voluntad por el acto más solemne y augusto con que los pueblos libres usan sus derechos, para depositarlos en aquellas personas que merezcan su confianza”*²³.

A partir de entonces se despliega dentro de nuestro desarrollo histórico constitucional, una serie de propuestas y reformas que insertan en su mayoría la estructura de división tripartita de los poderes públicos y establecen rasgos característicos de una serie de documentos que enunciaremos, tales como las Constituciones Provinciales de 1811 a 1815, el acta de Federación de Provincias

²² PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004. p. 165.

²³ SAMPER BERNAL, Gustavo. Breve historia constitucional y política de Colombia. Talleres Editoriales de la Litografía Colombia. T. I. p. 36.

Unidas de la Nueva Granada de 1811, la Constitución de Cúcuta de 1821, la Constitución de 1830, la Constitución del Estado de la Nueva Granada o de 1832, la Constitución de la República de la Nueva Granada o de 1843, la Constitución Centro-federal o de 1853, la Constitución de la Confederación Granadina o de 1858, la Constitución de Estados Unidos de Colombia o de 1863, la Constitución de la República de Colombia de 1886, y sus reformas principales, las cuales han sido las de 1910, 1936, 1945, 1957 o Plebiscitaria, 1968, y 1986. Finalmente la Constitución de 1991.

Avanzando en el estudio de las Constituciones Políticas y sus principales reformas en relación a la evolución histórica de la justicia y garantía foral dentro de las disposiciones Constitucionales, tenemos como datos encontrados y determinantes, los siguientes a saber:

a.)La Constitución de 1821 o de Cúcuta.

Como un vestigio histórico de control del poder público, en octubre de 1817, Bolívar comenzó a dictar una serie de decretos sobre creación y organización de la Justicia y el Consejo de Estado para que sirviera de contrapeso a su autoridad, además del Consejo de Gobierno y el Tribunal de comercio. Pero, al regresar de una de sus campañas, pidió al Consejo de Estado que nombrara una comisión que se encargara de estudiar la manera de hacer las elecciones populares para un Congreso Constituyente, con la idea de que Venezuela y la Nueva Granada se unieran en un solo país. Este se instaló en acto solemne el 15 de febrero de 1819, con el nombre de Congreso de Angosturas, donde el libertador abrió sesiones con un extraordinario discurso²⁴.

Propugnaba entre otros temas en relación con la justicia, una organización judicial independiente del Congreso y del Gobierno, pero en cuya elección intervinieran

²⁴ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. "Derecho Constitucional Colombiano", Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2004. p. 174.

ambos. El poder Judicial debía estar constituido por cortes y tribunales inferiores que juzguen en primera instancia, con el fin de asegurar la doble instancia judicial, dejando entrever una marcada influencia en su pensamiento político, de escritores del liberalismo individualista de la época como Bentham, Locke, Montesquieu y Rousseau.

Una de las tantas célebres ideas del discurso del Libertador Simón Bolívar, es la siguiente: *“Por el engaño se nos ha dominado más que por la fuerza, y por el vicio se nos ha degradado más bien que por la superstición. La esclavitud es hija de las tinieblas; un pueblo ignorante es un instrumento ciego de su propia destrucción”*²⁵.

El 27 de agosto de 1828, Simón Bolívar buscando consolidar la unidad de la anhelada Gran Colombia cada vez más lejana, expide el decreto orgánico de su dictadura que debía de servir de Ley Constitucional del Estado hasta el año 1830, considerando que: desde principios del año 1826 se manifestó el deseo vivo de ver reformadas las instituciones políticas, hasta haber inducido al congreso de 1827 ha convocar la gran convención y anticipando el periodo indicado en el artículo 191º de la Constitución de 1811; que la convención reunida en Ocaña el 9 de abril de 1828, declaró solemnemente y por unanimidad de sufragios, la urgente necesidad de reformar la Constitución, por lo que decide crear un poder supremo que él se encarga de ejercer como libertador y presidente por orden legal y sufragio público. Dentro de sus funciones estableció en los numerales: *“8.) Hacer que la Justicia se administre pronta e imparcialmente por los tribunales y juzgados para que sus sentencias se cumplan y ejecuten”*.

Es dentro de estas atribuciones que Bolívar se abrogó como suprema autoridad, aún por encima del fuero interno de juzgamiento de los tribunales especiales, la facultad número 9º.- que dice a reglón seguido: *“Aprobar o reformar las sentencias*

²⁵ HENAO HIDRÓN, Javier. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. Quinta Edición aumentada. Bogotá: Editorial Temis. 1981. p. 10

de los consejos de guerra y tribunales militares en las causas criminales seguidas contra los oficiales de los ejércitos y de la armada nacional". Lo mismo se puede decir del numeral 10º que al respecto reza: *"conmutar las penas capitales con dictamen del Consejo de estado..."* y la número 11º que consistía en conceder amnistía o indultos generales o particulares; y disminuir las penas cuando lo exijan graves motivos de conveniencia pública, oído siempre el Consejo de Estado, el cual podía presidir. Todas estas funciones del poder público supremo, según Bolívar, estaban concentradas en su dignidad, conformando la dictadura del poder ejecutivo frente a las demás ramas del poder público, pero, previendo como fue característico del libertador, un freno político y legal para sus actos, por lo que en el título segundo crea el Ministerio de Estado y Consejo de Ministros en seis departamentos, en donde incluye el de justicia cuyo titular y secretario de Estado, es responsable en todos los casos que no falten al exacto cumplimiento de sus deberes en los cuales serán juzgados de conformidad con un decreto especial que se daría sobre la materia.

Como mecanismo de control político, Bolívar contempló que el presidente del Consejo de Ministros, de los secretarios de Estado, fuera la persona quien en caso de enfermedad, ausencia o muerte del presidente supremo del Estado, se encargará del gobierno de la república. Por otro lado en el título V del Decreto Orgánico de la Dictadura, Bolívar establece y crea el formalismo judicial de procedimiento en la parte resolutive de las sentencias, que como solemnidad los jueces y magistrados, emplean hoy en sus fallos, el cual aún es utilizado ampliamente por la jurisprudencia, en las siguientes palabras: **"Administrando en nombre de la república de Colombia y, por autoridad de la Ley"**, y al respecto dice que la justicia será impartida por una alta corte, cortes de apelación y juzgados de primera instancia, tribunales de comercio, cortes de almirantazgo y tribunales militares, consagrando en esta forma una justicia aforada de acuerdo a la naturaleza de los sujetos, en donde se expresa una verdadera organización del Ministerio Público.

b.)La Constitucional Nacional de 1886*

Dentro de la Carta Política de Rafael Núñez, como se le conoce a esta importante norma fundamental que estuvo vigente por casi un siglo, se destaca una importante innovación que contempla la declaración que hiciera en su momento el Consejo de Estado de la pérdida de la investidura de congresistas, en virtud de los siguientes hechos: i.) La infracción del Régimen de incompatibilidades. ii.) La infracción al régimen de conflicto de interés; y iii) La ausencia o falta en un periodo constitucional anual, sin causa justificada, a ocho de las secciones plenarias en que se voten proyectos.

Dentro de los lineamientos ideológicos que expuso Núñez en su elocuente discurso en la instalación del Consejo Nacional de Delegatarios, instalado el 11 de noviembre de 1885, este expresó: *“La reforma política, comúnmente llamada Regeneración fundamental, no será, pues, copia de instituciones extrañas, no parto de especulaciones aisladas de febriles cerebros: ella será un trabajo como de codificación natural y fácil del pensamiento y anhelo de la nación”*²⁶. Es sin embargo, dentro de las prerrogativas y privilegios que a partir de ésta Carta Magna, donde se otorgaron y reconocieron a los congresistas, -y que en las constituciones anteriores habían subsistido-, amén de la necesidad de mantener las cuotas de poder político y la influencia sobre el electorado como ha sido tradición, las que llevaron a que los miembros del congreso para esa época, implantaran dentro de las costumbres legislativas del país, sin ningún tipo de restricción dentro de la carta de 1886, ciertas facultades que podían interpretarse como ventajas de tipo individual o personal, más que de tipo político o corporativo, siendo en este caso ostensibles y protuberantes para la época, las de contenido

* Sancionada el 5 de agosto de 1886 por Campo Serrano como designado del Consejo Nacional de Delegatarios y promulgada el día 7 de agosto dentro del aniversario de la Batalla de Boyacá, siendo presidente de la República Rafael Núñez.

²⁶ HENAO HIDRON, Javier. Panorama del Derecho Constitucional Colombiano. Quinta Edición aumentada. Bogotá: Editorial Temis. 1981. p. 31.

presupuestal, reconocidas como auxilios parlamentarios. Conocido de autos fue el caso del senador Martín Caicedo Ferrer.

El artículo 106 de la Constitución de 1886²⁷, reconoció la inviolabilidad como una prerrogativa o garantía de independencia de los parlamentarios en el ejercicio de la labor de control, que en relación al gobierno, siempre ha sido atribución del Congreso por cuanto sus miembros son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio del cargo. (Artículo 106 C.N. 1886).

La Constitución Nacional de 1886, establece una responsabilidad que es exigible única y exclusivamente a la Cámara de representantes, la cual quedó facultada para la imposición de sanciones disciplinarias a los parlamentarios, conforme al reglamento interno; además, quien presidía la sesión podría llamarlos al orden en caso de abuso de la libertad de expresión. Este mismo derecho o prerrogativa se dispuso a los diputados en las asambleas departamentales según la ley 4º de 1913, en su artículo 93º.

La otra prerrogativa que establece la Carta Política de Núñez, es la Inimpunidad, que desde tiempos muy remotos surgió en el parlamento inglés como protección y defensa de los parlamentarios de su integridad, ante posibles abusos y persecuciones políticas del poder ejecutivo. Esta facultad o fuero constitucional asociado en la norma fundante de 1886, se consagró por lo tanto, a favor del Congreso directamente y solo indirectamente a los miembros del congreso de manera individual, es decir se reconoce el factor subjetivo y objetivo de la garantía foral.

Para Henao Hidrón, la evolución constitucional de la inmunidad en Colombia demuestra que su tratamiento ha oscilado entre criterios a veces restrictivos, y a veces de amplia cobertura. Es por esta razón, que la Constitución de 1886

²⁷ Constitución Política de la República de Colombia. Bogotá: Editorial Temis. 1991.

dispuso: *“Cuarenta días antes de principiar las sesiones, y durante ellas, ningún miembro del congreso podrá ser llamado a juicio civil o criminal sin permiso de la cámara a que pertenezca. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la cámara respectiva”* (ib. Art.107)²⁸. De otra parte, respecto del periodo de inmunidad comentaba Samper²⁹ *“Para fijar el término de cuarenta días se consideraron con alguna largueza las dificultades de locomoción que ofrece el territorio nacional; y en cuanto a la inmunidad posterior a las sesiones, se estimó que no era justificable, puesto que, una vez concluida la reunión del congreso, faltaba el justo interés de proteger a sus miembros para que concurriesen a ejercer sus funciones con la seguridad necesaria”*. Con las reformas que vinieron después modificando la Constitución de 1886, posteriormente el constituyente de 1910 prorrogó los términos, incluyendo el de veinte (20) días después de las sesiones.

La norma incluía inicialmente los juicios criminales como los civiles, pero a partir de la reforma de 1936, se suprimió la prerrogativa con relación a estos últimos, (los civiles) por lo que la disposición quedó redactada de la siguiente manera: *“Ningún miembro del congreso podrá ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la cámara a que pertenezca, durante el periodo de las sesiones, cuarenta días antes y veinte días después de estas. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la cámara respectiva”*.

c.)La reforma Constitucional de 1968

Dentro de los intentos de reformas a la Constitución de Rafael Núñez, se aprobaron sendas modificaciones a la norma fundante, pero solo hasta después de la expedición de la Constitución de 1886, con la reforma Constitucional de 1968, Carlos Lleras Restrepo, durante su campaña presidencial, como en ejercicio

²⁸ HENAO HIDRON, Javier. Op. Cit., p. 170.

²⁹ SAMPER, José María. Derecho Público Interno de Colombia. T. II, Biblioteca Popular Cultura Colombiana. Bogotá. 1951. p. 251.

de la Jefatura del Estado, se refirió a la Redistribución de Funciones entre el ejecutivo y el parlamento como punto fundamental de reforma constitucional. Dispuso en su alocución del 14 de marzo de 1966, que:

La nueva organización permitirá a los miembros del congreso familiarizarse mejor con los problemas públicos y los detalles de la administración y hará de ese cuerpo un semillero de buenos gobernantes; será más efectiva la responsabilidad del ejecutivo ante las cámaras; una seria disciplina interna y una adecuada reglamentación de los debates restaurarán el respeto de que la institución parlamentaria debe estar rodeada y permitirá a la opinión pública seguir fácilmente el detalle de sus actividades y juzgar la conducta individual de cada congresista.³⁰

En esta reforma, aunque el Congreso perdió fuerza como rama legislativa, aumentó su capacidad de fiscalización política sobre el gobierno, por cuanto las funciones que fueron atribuidas a la comisión especial permanente o “Comisión del Plan” como se le denominó en ese momento, tenía entre otras el juzgamiento por el senado, previa acusación de la cámara, de altos funcionarios del Estado, por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de sus cargos y aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de estos³¹. Es en esta reforma a la Jurisdicción Constitucional, donde se crea dentro de la Corte Suprema de Justicia la sala Constitucional integrada por magistrados especialistas en derecho público, como un inicio del tribunal supremo constitucional, hoy denominado, Corte Constitucional.

d.) Reforma Constitucional de 1979

Dentro de la Reforma Constitucional de 1979, el acto legislativo No. 01 del 4 de diciembre de ese año, en el gobierno del presidente Julio Cesar Turbay Ayala, se sentó la base de una reforma estructural con el objetivo de modificar y hacer eficaces la rama legislativa y jurisdiccional. Fue la creación de la Fiscalía General de la Nación como parte integrante del Ministerio Público, a la par de la Procuraduría General de la Nación. La auto-reforma del órgano legislativo, fue

³⁰ HENAO HIDRON Javier, Op. Cit., p. 61-63.

³¹ *Ibíd.*, p. 63

muy importante por el significado del ejercicio de las nuevas normas acerca de su funcionamiento y por la reglamentación de aspectos inherentes al cargo de congresistas; tales como inhabilidades e incompatibilidades más estrictas, conflicto de intereses, ampliación de la inmunidad, pérdida de la investidura y reestructuración del régimen salarial de los parlamentarios³².

En relación con la pérdida de la investidura de congresistas, se aprobó que el Consejo de Estado pueda de manera potestativa declararla, para las tres causales siguientes:

- Infracción del régimen de incompatibilidades.
- Infracción al régimen de conflicto de intereses, y
- Ausencia dentro del periodo legislativo anual, sin causa justificada, a ocho de las sesiones plenarias en que se voten proyectos.

Respecto de la prerrogativa de la inmunidad, anteriormente la respectiva cámara podía decidir acerca del levantamiento de la inmunidad a uno de sus miembros, previa solicitud del juez de instrucción o del conocimiento, para efectos de aprehensión o del llamamiento a juicio.

Como aspecto nuevo en el sistema de juzgamiento parlamentario, la reforma de este año preceptuó que; durante el periodo de sesiones, treinta (30) días antes y veinte (20) después de ellas, ningún miembro del Congreso podrá ser detenido, ni privado de su libertad por motivo alguno, a menos que en su contra se dicte sentencia judicial condenatoria de primer grado. La captura podrá producirse en caso de Flagrante delito, debiendo el congresista ser puesto a disposición de la mesa directiva de la cámara correspondiente, la cual decidirá sobre el levantamiento de la inmunidad. Entre tanto, permanecerá “en custodia” por las autoridades de policía³³.

³² *Ibíd.*, p. 88-90.

³³ *Ibíd.*, p. 90.

El Ministerio Público se reestructuró con la orientación de conferirle una mayor autonomía, aun cuando no completa, para hacer del mismo una nueva rama del poder público. Por lo que se suprimió la frase del artículo 142º de la Constitución que decía: “*El ministerio público será ejercido bajo la suprema dirección del gobierno*”. Esta función pública al parecer dentro de nuestra actual Carta Política, aún subsiste, como quiera que se sigue presentando la polémica y controvertida pugna de poderes, entre el ejecutivo de nombrar la terna para la elección del Fiscal, y el rechazo presentado en cuanto a la calidad, idoneidad e imparcialidad de los candidatos por parte de la Corte Suprema de Justicia, quien se negaba elegir al representante del Ministerio Público, causando serios problemas, dilataciones y consecuencias funestas para la democracia, ya que se presentó de manera reiterada la reelección del Fiscal general encargado, por la negativa de la Corte a elegir el representante del Ministerio Público de los afectos y del mismo grupo del Presidente de la República.

La crítica al sistema inquisitivo que debe tener el actual Fiscal general de la Nación, consiste en que debe ser independiente del poder ejecutivo, para que no tenga ninguna incompatibilidad o inhabilidad que le impida investigar al mismo Presidente y los más altos cargos del Estado, adelantando las correspondientes investigaciones y presentando las denuncias del caso, frente a sus jueces naturales. Al respecto se transcribe lo expresado por Henao Hidrón³⁴ refiriéndose al imperio de la Constitución como garantía de las relaciones adecuadas entre el Estado y los particulares, que genera derechos y obligaciones para ambas partes, y de estas para la comunidad: “*Será siempre la disciplina social, la cultura política y el respeto por el derecho ajeno, concebidos como practica constante de un pueblo, lo que en definitiva delinearán la fisonomía de una sociedad justa, libre y progresista. Solo así podrá alejarse el peligro de los privilegios y de las tiranías,*

³⁴ *Ibíd.*, p. 123.

que, como recordaba Bolívar, desgraciadamente resultan más fáciles de mantener que el equilibrio de la libertad”.

La responsabilidad social integral (RSI) de los particulares por una parte y de los funcionarios y empleados al servicio del Estado por la otra, es una de las conquistas del sistema republicano que no impide o aniquila la existencia de *fueros* para ciertas y determinadas personas con ocasión de su dignidad intrínseca o extrínseca, o la calidad o peculiaridad de los cargos que desempeñan e investidura que ostentan. Tal es el caso igualmente, de altos funcionarios de Estado como sería el caso del Presidente de la República, Ministros, procurador, magistrados de las cortes y consejeros de estado, quienes solamente pueden ser juzgados políticamente por el Senado, previa acusación de la cámara, debiendo aquella corporación poner al acusado a disposición de la Corte Suprema de Justicia, en caso de considerar que hay lugar a seguimiento de causa por delitos comunes. (Art. 96º, 97º 102º No.4 de la Constitución de 1886, hoy artículo 174º y 175º de la actual Carta Fundamental).

Como mecanismo de control sobre el ejecutivo y de la responsabilidad política de los altos funcionarios del Estado, el fuero constitucional del presidente de la República en la Constitución anterior contemplaba en los artículos 96º, 97º 102º No.4 y 5, art. 130º y 131º de la Constitución de 1886, que éste al igual que los ministros del despacho, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación y el Fiscal General, consiste en que su responsabilidad política por indignidad en el ejercicio del cargo, solo puede hacerla efectiva el senado, previa acusación de la cámara de representantes; y la responsabilidad penal , por delitos cometidos en el ejercicio del cargo, es competencia de la Corte Suprema de Justicia, una vez hayan sido cumplidas las “*condiciones de procedibilidad*” (acusación de la cámara, aceptada por el Senado, y declaración de la Fiscalía General de la Nación acerca de la necesidad de un pronunciamiento judicial).

Pero, cuando se trata de tipos penales comunes -diferentes, en este caso, a los estrictamente oficiales-, tanto la investigación como la acusación ante la Corte Suprema, es función de la Fiscalía General, en los términos que señale la ley. La aceptación por el senado de la acusación proveniente de la plenaria de la cámara, produce el efecto de suspender de inmediato (*ipso facto*) al funcionario en el desempeño de su empleo. El juicio político en el Senado será procedente cuando la acusación se refiera a delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (delitos oficiales) o a indignidad por mala conducta. Pero, dada la naturaleza de esta corporación para la época, solamente se podría imponer sanciones políticas, mediante sentencia pronunciada en sesión pública por los dos tercios de los votos presentes de los senadores asistentes: destitución del empleo y privación de los derechos del acusado de sus derechos de ciudadanía³⁵.

A los funcionarios mencionados es factible deducirles responsabilidad “*aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus funciones*”, pero siempre “*por hechos u omisiones en el desempeño de las mismas*”. Este sistema, que en el derecho anglosajón, según HENAO HIDRÓN³⁶, es conocido con el nombre de *impeachment* fue utilizado en el curso de nuestro país, únicamente contra presidentes militares: Antonio Nariño, José María Obando, Tomás Cipriano de Mosquera y Gustavo Rojas Pinilla. Los tres primeros juicios políticos corresponde al siglo XIX, mientras el último data de 1959. Con excepción de Nariño, los demás acusados fueron condenados.

No obstante, un nuevo planteamiento sobre este mismo tema aparece con motivo del acto legislativo de 1979. En su obra de Derecho Constitucional Colombiano Henao Hidrón señala que:

³⁵ *Ibíd.*, p. 161-162.

³⁶ *Ibíd.*, p. 165

Aún cuando llegó hasta proponerse la supresión de la inmunidad, por no justificarse en el estado actual de las relaciones entre las ramas ejecutiva y legislativa, terminó por imponerse un criterio lato con respecto a ella, hasta hacer innecesario el levantamiento de la inmunidad por la cámara respectiva para efectos de la privación de la libertad, como que esta solo podrá producirse como consecuencia de que en contra del congresista se dicte sentencia judicial condenatoria de primer grado.³⁷

Referente a la categoría de delitos cometidos en flagrancia, se establecía en dicha reforma, que si la captura se produce de inmediato, el congresista será puesto a disposición de la mesa directiva de la cámara a que pertenezca, la cual lo entregará en custodia a las autoridades de policía. La finalidad que orientó y guió la reforma a la constitución de 1979, fue la supresión de los debates en el seno de las cámaras, sobre materias que, por lo delicadas, graves y espinosas, solían trascender más allá de tal manera a la opinión pública, que creaban un ambiente negativo a la institución parlamentaria.

El texto definitivo de la reforma constitucional de 1979, con todos los conflictos que para esa época tenían los congresistas, quedó redactado de la siguiente manera:

Los miembros del Congreso gozarán de inmunidad durante el periodo de sesiones, treinta días antes y veinte después de estas. Durante dicho tiempo no podrá ser detenido, ni privado de su libertad por motivo alguno, a menos que en su contra se dicte sentencia judicial condenatoria de primer grado. En caso de Flagrante delito, podrán ser capturados y puestos a disposición de la mesa directiva de la cámara correspondiente, para ser entregados en custodia a las autoridades de policía. (Art. 107).

e.)Constitución Nacional de 1991

En la actual Constitución, de conformidad con el artículo 93º los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En este sentido mediante el artículo 1º del Acto Legislativo No. 2 de 2001, reconoce la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998, por la conferencia de plenipotenciarios

³⁷ *Ibíd.*, p. 171.

de las Naciones Unidas. Pero, es en los artículos 183º , 184º, 185º , y 186º , donde se consagran las causales para la perdida de la investidura, su decreto, la inviolabilidad de sus opiniones, los votos que emitan en el ejercicio del cargo y finalmente el de los delitos cometidos por congresistas.

Dentro de los privilegios y prerrogativas que la nueva Carta Política contempla, se pueden analizar dos facultades que fueron establecidas con la finalidad de asegurar la autonomía e independencia de los miembros del Congreso respecto al Gobierno, de los jueces y magistrados. Estas dos figuras, que ya se venían gestando son en su orden: la inviolabilidad y el fuero constitucional. La primera de ellas conforme al artículo 185º establece que éstos son irresponsables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo, pero, por el uso de la palabra sólo serán responsables ante la Cámara a que pertenezcan, ya que podrán ser llamados al orden por quien presida la sesión y sancionados de acuerdo con el reglamento del Congreso.

Respecto del Fuero Constitucional, la Carta anterior consagraba a favor de los Miembros del Congreso el privilegio de la inmunidad según el artículo 107º, sin embargo, la constitución de 1991, eliminó este privilegio y a cambio estableció el fuero de los congresistas al tenor del artículo 186º superior, en donde establece que los delitos cometidos por los congresistas debe conocer en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que puede ordenar su detención. No obstante que en caso de flagrante delito deben ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición del mismo tribunal de Justicia.

Como una novedad de la Carta de 1991, respecto del periodo de los congresistas podemos señalar tres situaciones: i.) La pérdida de la investidura ii.) La separación temporal del cargo y iii.) Los reemplazos.

La primera de ellas se pierde por:

- Vencimiento del período constitucional para el cual fue elegido (Art. 132 C. N.)
- Cuando le sea aceptada su renuncia del cargo. (Art. 181 C.N). Esta renuncia en particular, muy cuestionada por una serie de sentencias y autos de la Corte Suprema de Justicia, sala penal, la trataremos de dilucidar e interpretar más adelante en relación a los casos de parapolítica. Creemos que la renuncia de que se trata, debe ser sustentada y presentada ante el presidente de la Corporación a la cual pertenezca el congresista, sea Senado o Cámara de Representantes.
- Por pérdida de investidura decretada por el Consejo de Estado, en cada una de las siguientes causales, según los artículos 183º y 184º de la Constitución Nacional:
 - Por violación del régimen de inhabilidades.
 - Por violación del régimen de incompatibilidades.
 - Por violación del régimen de conflicto de intereses.
 - Por indebida destinación de dineros públicos.
 - Por tráfico de influencias debidamente comprobado.
 - Por inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
 - Por no tomar posesión dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
 - Por violación del tope máximo de financiación de las campañas, debidamente comprobada, según la reglamentación legal (Art. 109º , inc. 6º).

La Ley 5º de 1992 (Reglamento del Congreso) y la Ley 144 de 1994, han fijado el procedimiento de declaratoria de pérdida de investidura de los miembros del Congreso de la República, pero en su trámite y decisión se suscitaron controversias y discusiones, especialmente entre las Cámaras legislativas y el Consejo de Estado, quienes paulatinamente han venido formando un análisis jurisprudencial que evitará en el futuro interpretaciones no ajustadas a la letra y al espíritu de la Carta.

La separación temporal del cargo de congresista se produce por el contrario, en los siguientes eventos:

- Cuando el congresista sea detenido, en cuyo caso, es la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el artículo 186º de la C.N., la encargada de conocer de los delitos y la de ordenar su detención, para efectos de determinar si éste puede o no, asistir a las reuniones de las Cámaras y sus Comisiones.
- Cuando el congresista esté en licencia de incapacidad u otra causa. Este evento se deduce de lo dispuesto en los artículos 134º, 183º y 261º de la Constitución Nacional.

En cuanto a los reemplazos de los congresistas, a diferencia de lo que consagraba la Carta anterior, en relación a los suplentes numéricos que reemplazaban a los miembros del congreso en sus faltas absolutas o temporales, el Acto Legislativo No. 3 de 1993, creó la figura denominada de los **□suplentes potenciales□** que fue modificada por el artículo 6º del Acto Legislativo No. 1 de 2009³⁸, que expresa que no tendrán suplentes, solo podrán ser reemplazados por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral. Esta nueva figura pretende depurar los privilegios inicialmente establecidos en la Constitución de 1991, con la figura de las suplencias en el Congreso que pregonaba la continuidad política y la corrupción en los últimos años, luego de la detención de los primeros congresistas por vínculos con narcotráfico, corrupción, concierto para delinquir, parapolítica y delitos de lesa humanidad.

Todo lo anterior como reza el modificado texto constitucional, al referirse en el inciso 3º del artículo 6º del Acto Legislativo No. 1 de 2009, referente al reciente proceso de reemplazo de los miembros del Congreso:

³⁸ Acto Legislativo No. 1 de 2009. En: Diario Oficial No. 47.410. 14 de julio de 2009.

Como consecuencia de la regla general establecida, en el presente artículo, no podrá ser reemplazado un miembro de una corporación pública de elección popular a partir del momento en que le sea proferida orden de captura, dentro de un proceso penal al cual se le vinculare formalmente, por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos de lesa humanidad. La sentencia condenatoria producirá como efecto la pérdida definitiva de la curul para el partido al que pertenezca el miembro de la corporación pública.

No habrá faltas temporales, salvo cuando las mujeres, por razón de licencia de maternidad deban ausentarse del cargo. La renuncia de un miembro de corporación pública de elección popular, cuando se le haya iniciado vinculación formal por delitos cometidos en Colombia o en el exterior, relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, generará la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal o edil, y no producirá como efecto el ingreso de quien corresponda en la lista. Las faltas temporales no darán lugar a reemplazos.

Cuando ocurra alguna de las circunstancias que implique que no puede ser reemplazado un miembro elegido a una corporación pública, para todos los efectos de conformación de quórum, se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas.

Si por faltas absolutas, que no den lugar a reemplazo, los miembros de cuerpos colegiados elegidos por una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el gobierno convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falte más de diez y ocho (18) meses para la terminación del periodo.

PARAGRAFO TRANSITORIO.- El régimen de reemplazos establecido en el presente artículo se aplicará para las investigaciones judiciales que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo.

f.) Ley 5º de 1992. Reglamento del Congreso

Dentro de esta disposición se crean las comisiones constitucionales permanentes y las comisiones legales y una de esta última es la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, que fue reformada en su artículo 55º y 58º por el artículo 2º de la Ley 1434 de 2011*, que respecto de su creación y composición dice:

ARTÍCULO 55. INTEGRACIÓN, DENOMINACIÓN Y FUNCIONAMIENTO.
<Artículo modificado por el artículo 2º de la Ley 1434 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Además de las Comisiones Legales señaladas para cada una de las Cámaras con competencias diferentes a estas corresponderá integrar aplicando

* Modifica el artículo 55º y 58º de la Ley 5º de 1992, la Ley 1434 de 2011, fue publicada en el Diario Oficial No. 47.944 de 6 de enero de 2011.

el sistema del cociente electoral y para el Periodo Constitucional, la Comisión de Derechos Humanos y Audiencias, la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, la Comisión de Acreditación Documental y la Comisión para la Equidad de la Mujer.
“ARTÍCULO 58. COMPOSICIÓN E INTEGRACIÓN. *En cada una de las Cámaras funcionará una Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, compuesta por once (11) miembros en el Senado y diecisiete (17) en la Cámara de Representantes. Serán elegidos dentro de los primeros quince (15) días de la fecha de instalación o sesión inaugural, para el respectivo período constitucional.*

Se puede decir, como hecho notorio y presente, en nuestro actual momento histórico, que el engaño orquestado por los parlamentarios dentro de los procesos por parapolítica, en ejercicio del contrato social que depositamos en el voto, es el vicio de la democracia que nos ha degradado en medio de la corrupción de nuestra clase dirigente y frente a la ignominia e ignorancia del pueblo, que cada día es más ciego y callado en la opinión de sus ideales políticos frente a la participación del Estado.

1.4 EL FUERO Y EL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

El concepto de “debido proceso” o (*The due process law*) como se le denominó en el derecho angloamericano, teniendo como fuente de origen el “*Common Law*” tiene como antecedente la célebre Carta Magna otorgada por el rey Juan Sintierra en 1215 a los Barones del Reino Inglés, que consagró por primera vez el término “*habeas corpus*”, como una exigencia legal de garantía o (warrant), para el arresto de personas, el respeto por su investidura o cargo, la inviolabilidad del domicilio, el juzgamiento por su “juez natural” y el otorgamiento de las formas de ley previamente a la condena.³⁹

De la garantía legal y Constitucional que se desprende del debido proceso de ley, se adoptan todas las medidas necesarias para efectos de asegurar la

³⁹ VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Derecho y Valores. Introducción a la Ética de la praxis jurídica. Universidad Sergio Arboleda, Serie Major 19, Primera Edición. Santa Fe de Bogotá D.C. 1999. p. 330.

preservación de los derechos y prerrogativas de las personas penalmente inculpadas ante la justicia o contra quien se adelanta una investigación, para que sean sometidas a un tratamiento justo por parte de un juez especial, acorde con su naturaleza jurídica, investidura o debido proceso y derecho, que le asiste al procesado de recibir un procedimiento adecuado a su cargo y responsabilidad.

La noción de fuero si bien es cierto no es equivalente al debido proceso, como derecho o como garantía o facultad de ser juzgado conforme a la ley preexistente, ha sido incorporada a las ramas de Derecho Público, donde quiera que surja un trámite penal o procesal contra una persona aforada o contra un alto funcionario del Estado por la mayoría de los países civilizados del mundo. Tanto así, que el fuero y el debido proceso va de la mano correlacionalmente, para que la operación de juzgamiento en sede Constitucional por garantía de Derechos y debido proceso, sea admitida por la doctrina y la jurisprudencia, incorporando a la legislación la parte sustantiva del mismo, como fundamento de los derechos humanos y fundamentales.

Históricamente el debido proceso como garantía constitucional del fuero parlamentario y de otras modalidades de justicia especial, fue consagrado por el artículo 26º de la Constitución Política de 1886⁴⁰, con la consecuente y consabida expresión de *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”*. Esta fórmula constitucional es contrastante y ampliamente desarrollada por la Asamblea Nacional Constituyente, en el artículo 29º de la actual Carta Política, que extiende el amparo constitucional referente al fuero con el debido proceso tanto de las actuaciones judiciales, como administrativas de los altos funcionarios del Estado, y que para el caso nuestro incluimos a miembros del Congreso de la República de Colombia en representación del Departamento de Santander, por cuanto y tanto, el problema

⁴⁰ Constitución Política de Colombia, 1886. Editorial Legis.

que estamos tratando tiene pertinencia regional y local respecto de nuestra representación popular en el Legislativo.

De este contexto, se extrae concreta y expresamente la favorabilidad de la Ley Penal, la presunción de inocencia, el derecho de defensa asistido por un abogado como apoderado judicial, la celeridad y publicidad del proceso, la contradicción de las pruebas y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho entre otras, que para el caso del fuero aplican en su totalidad, dada la investidura y categoría constitucional del procesado, a quien igualmente se le aplica el debido proceso de ley, en este caso, tomando su rango constitucional para la legítima defensa de sus derechos y garantías procesales.

2. EL FUERO DESDE LA ÓPTICA HERMENÉUTICA DE ALGUNAS TEORÍAS DEL DERECHO

El tema del presente trabajo requiere de un análisis de reflexión crítica, profundización jurídica y hermenéutica, respecto de las teorías del derecho y escuelas más importantes que han desarrollado el debate en torno a la validez, eficacia y legitimidad, respecto a la vigencia del Fuero Constitucional, sobre la comprensión del mismo, la justicia social en relación a la estabilidad e institucionalidad como responsabilidad social del Estado en el amparo, aseguramiento y respecto por los derechos humanos fundamentales, su construcción conceptual y la relación fáctica en torno a las perspectivas (i) jurídica de **validez**, (ii) Sociojurídica de **eficacia**, y (iii) política de **legitimidad**. Por esta razón, al indagar y plantear el trabajo del Fuero Constitucional en su relación legitimidad, validez y eficacia, el marco teórico apropiado es conveniente desarrollarlo en el siguiente orden:

2.1 EL FUERO DESDE LA ÓPTICA DEL PARADIGMA POSITIVISTA DEL DERECHO

2.1.1 Marco Positivism Teórico-jurídico y validez formal del derecho. Los formalismos legales para la creación de las normas de derecho positivo, en cuanto al debido proceso para reconocer este mecanismo de garantía constitucional, considera el fuero como parte de la estructura legal dentro de un ordenamiento jurídico interno, el cual también es básico para el desarrollo de la justicia en términos de la validez teórico-práctica del derecho en atención al principio *pacta sunt servanda*.

En este orden de validez de las normas constitucionales y en especial el artículo 93º Superior y por ende del desarrollo de la justicia penal internacional suscrita en

los convenios y tratados internacionales respecto de la aplicación de la ley, una cosa es el contenido implícito de válido y otra sustancialmente distinta, es el fundamento de validez en su aplicación jurídica interna, como los fallos y autos que se analizarán en las sentencias proferidas en los últimos años por la Corte Suprema de Justicia, respecto a los Congresistas de nuestro país por los sonados casos de parapolítica y respecto del indebido manejo de bienes incautados al narcotráfico en poder de algunos miembros del Congreso, con la participación y anuencia de la Dirección Nacional de Estupeficientes. Así las cosas, su fundamento lo podemos comparar conforme lo plantea Kelsen cuando expresó: *“A la postre, su validez sólo puede fundarse en una norma presupuesta, según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente. Esta norma puede prestar solamente el fundamento de validez, pero no el contenido válido, de las normas en ella fundadas.”*⁴¹

En este aspecto sobre su contenido de validez interna, es importante interrogarnos ¿Sí es válido y eficaz para el ejercicio de la actividad judicial de los operadores y encargados de administrar justicia en Colombia, conforme al artículo 93º de la norma fundante superior, considerar dentro de su discrecionalidad la aplicación y fundamentación de validez del fuero, interpretando los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, como una garantía para no juzgar o castigar delitos cometidos en el ejercicio de un cargo aforado determinado, no en relación a la persona, ni a la investidura que ostenta, sino reconociendo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma?

La respuesta crea muchos interrogantes, principalmente, si las sanciones y beneficios de favorabilidad que se puede predicar de esta prerrogativa o privilegio,

⁴¹ KELSEN, H. Teoría Pura del Derecho. trad. Roberto I. Vernego. IIª Edición México, Ed. Porrúa. 2000. p. 204.

pueden violar el principio del debido proceso y tipicidad de las penas para las personas, funcionarios y servidores públicos contemplados en la Constitución de 1991, es decir, dentro del determinismo temporal, antes, durante o después del ejercicio de sus funciones.

Y por otra parte cabe preguntarnos: ¿son válidas moralmente, eficaces jurídicamente y legítimas las garantías forales que tiene determinada persona, cuando está siendo juzgada por tipos penales, en concurso con otros delitos considerados atroces o de lesa humanidad, sobre todo si proceden de miembros del congreso elegidos popularmente, que tuvieron antes, durante y después, vínculos con grupos paramilitares?. ¿Puede deslegitimarse el ejercicio del poder legislativo si las leyes expedidas fueron aprobadas por un grupo de miembros del congreso que tenían conflicto de intereses y vínculos con el paramilitarismo?

La respuesta que podemos dar se puede enfocar igualmente desde la óptica de KELSEN cuando al referirse al tema de la norma fundante básica y su validez, escribió: *“La norma fundante básica sólo provee el fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquélla, establecen las normas positivas de ese sistema.”*⁴²

Un argumento flaco, deductivo y lógico dentro de nuestro sistema jurídico positivo, diría que sí lo es, siempre y cuando sea expedida, conforme a un procedimiento y orden legal establecido en la norma básica, de donde procede su fundamento de validez en ese orden jurídico, siempre y cuando, no sean cuestionadas sus conductas dentro del ejercicio legislativo, como lo expone en su obra KELSEN⁴³.

Con ello surgen algunas dudas sobre la misma aplicación de validez, si

⁴² *Ibíd.*, p. 204.

⁴³ *Ibíd.*, p. 205.

analizamos como la Ley de Justicia y Paz⁴⁴ y su inmunidad no aforada, se convirtió en un mecanismo lazo y flexible para los miembros de los grupos armados que se acogieron a ella, dentro de la validez y favorabilidad para la cual fue creada, con el determinismo claro de no dejar impune todos los crímenes y delitos que se cometieron buscando la reparación y reconciliación de las víctimas, más que una forma de desdibujar su penalidad y anti juridicidad, de la cual depende su eficacia, fue un mecanismo legal válido, propiciado por la mayoría de miembros del congreso aforados, para y a favor de los mismos grupos y miembros de los cuales ellos formaban parte integral.

Podríamos anotar como lo describe Smend⁴⁵ *“El fracaso de la teoría del Estado vigente hasta ahora se muestra claramente en las antinomias típicas en las que se ve envuelta. La relación entre individuo y comunidad, individuo y Estado, individualismo y colectivismo, personalismo y transpersonalismo, surgen permanentemente como un problema insoluble”*.

Podríamos preguntarnos igualmente ¿por qué vale la norma general y abstracta así estatuida? ¿Riñe con los tratados internacionales que castigan los crímenes de lesa humanidad?

La respuesta a esta pregunta es: porqué esa norma (Ley de Justicia y Paz) fue dictada en aplicación del código penal, que contienen una norma general según la cual, bajo condiciones verificadas en el caso dado, debe aplicarse una pena, independientemente de las condiciones legales o procesales que dieron origen a esa normatividad dentro de la legitimidad de esos poderes que la sustenta. En este orden de ideas, la validez y eficacia de esta norma posteriormente expedida y promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, conforme al principio *lex posterior derogat priori*, incluido en ese facultamiento, como lo

⁴⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005.

⁴⁵ SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Trad. José Ma. Beneyto Pérez. Colección Estudios Constitucionales. Madrid. 1985. p. 48.

presenta Kelsen⁴⁶.

La validez de la norma relacionada en este sentido y del fuero legislativo que introduce la carta política de 1991, a favor de todos los parlamentarios incluyendo los del Departamento de Santander, no puede ser inmune o por lo menos indiferente a la garantía foral que los sustrae de responsabilidad de sus actos.

Esta situación así expresada de la norma en mención se configura según opinión de Schmitt⁴⁷ de varias formas, "*bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos.*" Estos son los tres modos de pensar jurídico que plantea Schmitt, en su obra *Distinción de los Modos de Pensar la Ciencia Jurídica: "El legal o normativo, el decisionista y el del orden y configuraciones concretos"*.

Para nuestro ordenamiento jurídico como sistema de normas positivas escritas, dentro de las cuales nuestra Carta Política expresa el denominado Fuero Constitucional, es claro que el **normativismo constitucional** de Schmitt⁴⁸, se configura en el pensamiento normativo del Estado de Derecho. En este orden del pensamiento jurídico la pugna de los tres poderes dentro de la institucionalidad de la Justicia en los procesos por parapolítica incluyendo a los senadores de Santander y su fuero, plantea y recrea la tesis de Schmitt. No se trata de la contraposición entre Derecho y norma, decisión u orden, sino de la distinción entre el pensamiento normativo, el pensamiento decisionista y el pensamiento de orden, cada uno de los cuales pretende tener la razón. De ahí que el debate sobre la norma y el fuero es, o bien un sentido de impunidad, o de inmunidad parlamentaria, por fuero o desafuero, si se puede renunciar a él para favorecer los efectos legales y constitucionales de otra jurisdicción y competencia que garantice

⁴⁶ KELSEN, H. Op.cit., p. 215.

⁴⁷ SCHMITT, C. *Distinción de los modos de Pensar la ciencia jurídica: Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid 1996. Técnos cap. I, p. 10.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 11.

la doble instancia, dentro de la autonomía del principio de derecho de defensa, instancia, autonomía y control de las autoridades encargadas de investigar por una parte, acusar por la otra y juzgar los delitos cometidos por los aforados constitucionales, después de la expedición de la Constitución de 1991.

En este sentido la Carta Política de 1991 y su función reguladora en la expedición de leyes aprobadas por miembros del Congreso aforados, con el concurso y participación de parlamentarios tachados de parapolíticos, no representa un sentido válido de normas que inducen a la inmunidad sin aforo, sino a una desviada representación de validez popular como lo diferencia SCHMITT⁴⁹ al plantear: *“La norma o regla no crea el orden, tiene más bien, sobre el terreno y en el marco de un orden dado solamente una cierta función reguladora; en la que la medida de validez, en si autónoma, de la ley, es decir, independiente de la situación de las cosas.(...). Continuamente se ha repetido que sólo la ley y no las personas deben gobernar”*.

Así las cosas y en el caso de la expedición de la Ley de justicia y paz, se plantea un interrogante que dubita en la conciencia de quienes apoyaron y aprobaron esta norma, como valor de justicia y validez en contra de las víctimas del paramilitarismo, al abrogar no sólo su condición de verdugos y victimarios, sino en la calidad de jueces en parte y arte, amparados por el mecanismo constitucional de aforo, para no ser procesados conforme a la Ley ayudando a sus colaboradores. De ahí podemos concluir en concepto del mismo autor⁵⁰ *“también las frecuentemente repetidas antítesis entre ratio y voluntad, veritas y auctoritas apoyan la pretensión normativista de un gobierno de la ley contrapuesto a un gobierno personal.”*

Los congresistas en este sentido legislaron y crearon una ley viciada y

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 12 y 13.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 13.

contaminada por el velo de acuerdos y pactos que dejaban en la impunidad e inmunidad, la conducta de un grupo organizado de hombres y mujeres que sistemáticamente buscaban la comisión de diferentes tipos de delitos, y por los cuales ellos mismos buscaron el fuero y desafuero para defenderse de la justicia, amparándolos en un manto de inmunidad, de cara al derecho internacional.

Sobre esta contradicción de quien expide las leyes y quien las aplica, SCHMITT⁵¹ sostiene al hacer un análisis comparativo lo siguiente: *“El orden interno concreto, disciplina y gloria de toda institución, mientras dure la institución, repugna cualquier intento de normación y regulación total; coloca a todo legislador y a todo el que aplica la ley ante el dilema de o bien aceptar y utilizar los conceptos jurídicos concretos que vienen dados con la institución misma.”*

Este reconocimiento legal que se debe hacer de la ley, como el fuero dentro de la Constitución, según HART⁵², es como él denomina una regla de Reconocimiento y validez jurídica. El fuero indudablemente es la regla que regula y reconoce la aplicación de una ley especial para sus miembros protegidos y amparados constitucionalmente.

La "Estabilidad Social" se profesa de una normatividad constitucional o regla de reconocimiento según HART, que garantice el principio de seguridad y estabilidad jurídica, dentro del marco institucional del Estado, según un orden jurídico actual, legitimado por la transparencia, validez y eficacia de su ordenamiento legal. Por esta razón el Fuero Constitucional no puede ser la excepción, sino la regla de reconocimiento o norma fundante que así lo reconoce. Por lo que en nuestra legislación positiva, una regla de reconocimiento como las normas sobre beneficio foral, está conectada directamente a esa jerarquía de normas desde la constitución misma a partir del año 1991.

⁵¹ HART, H. L. A. Reglas de reconocimiento y validez jurídica: en El concepto de Derecho. Buenos Aires 1995, Trad. Genaro R. Carrio. Ed. Arboledo-Perrot. p. 21.

⁵² *Ibíd.*, p. 128.

Desde el punto de vista interno de nuestro sistema legislativo, debemos reconocer, que hoy en día la división de los poderes públicos corresponde a la calificación y equilibrio de unas reglas de reconocimiento que no creen distensión del problema, que puede plantear el fuero constitucional especialmente el parlamentario, respecto a la independencia de los órganos de control fiscal, investigación, acusación y juzgamiento de altos miembros y representantes del Estado, como lo plantea HART⁵³ quien al respecto anota lo siguiente: *"El uso, por los jueces y por otros, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno".* Y, sobre la validez manifiesta: *"(...)Si se comprende este uso de una regla de reconocimiento aceptada al formular enunciados internos, y se lo distingue cuidadosamente de un enunciado fáctico externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas oscuridades referentes a la noción de "validez" jurídica."*

La situación jurídica y la validez de las Leyes expedidas por un congreso minado de críticas y censuras por parte de la Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría, a la mayoría de congresistas por los casos de parapolítica, se plantea desde la eficacia según HART⁵⁴ así: *"Se dice que algunas de las perplejidades vinculadas con la idea de validez jurídica se refieren a la relación entre la validez y la eficacia del derecho"*. Así también, cuando pasamos del enunciado normativo o fáctico de lo que representa el Fuero Constitucional a partir de 1991, como garantía dentro de la regla de reconocimiento del sistema que puede ser excelente, y el sistema mismo de valores basado sobre ella, digno de apoyo, hemos pasado de un enunciado de validez jurídica a un enunciado de valor. Este problema según el profesor Oscar

⁵³ *Ibíd.*, p. 128.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 129.

Mejía Quintana⁵⁵ hace referencia, el primero (Legitimidad) a la esfera política y el otro (Eficacia) a la esfera de lo social, los cuales serán abordados hermenéuticamente desde la institucionalidad del fuero constitucional en el presente trabajo, haciendo una revisión documental de los radicados y expedientes de los principales casos de investigación y juzgamiento de aforados constitucionales.

2.1.2 El fuero Constitucional desde la óptica del positivismo socio-jurídico y validez autopiética del derecho. El problema social de las leyes, las estructuras éticas y morales del fuero Constitucional y su validez, se puede abarcar para el tema de análisis, en la validez autopiética del derecho que según autores como LUHMANN⁵⁶, dentro de la relación sistémica de la sociedad y su legitimación para con los miembros del conglomerado que la conforman, expresa que: *“Lo que sigue siendo discutible es únicamente si el derecho tal como rige, necesita una ‘legitimación’ más allá de sí mismo. Su status interno permanece sin ser aclarado.”* Y concluye: *“Se puede, naturalmente, hacer un juicio político o moral sobre el derecho prevaleciente; pero en el sistema del derecho, el hecho de que junto al derecho positivo exista otro derecho, y que ése no fuera un derecho positivo, se tomaría en calidad de oposición, lo cual sería algo alarmante.”*(Subrayas fuera de texto)

Desde la óptica de dicha legitimación que plantea el positivismo según este autor, este concepto de Fuero Constitucional en el derecho como garantía o prerrogativa, aunque no sea suficiente para distinguirlo del derecho natural o del racional, abarca de manera clara su validez desde la decisión. Lo que hace según LUHMANN⁵⁷ que se le atribuya su alto grado de decisionismo, en el error de que

⁵⁵ MEJÍA QUINTANA, O. Elementos para la reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho en Revista Pensamiento Jurídico (No.16) Bogotá D.C. 2006. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional).

⁵⁶ LUHMANN, N. La clausura operativa del sistema de derecho: en El Derecho de la Sociedad. 2003. p. 24.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 24.

exista, una decisión carente de objetividad o contraria al derecho, dependiendo de la fuerza de imposición.

No podemos frente al Fuero Constitucional hacer juicios de valor para orientar la teoría principalística, en contra del formalismo, para los procesos que se sigan a los miembros del congreso, inclusive a los miembros en representación del Departamento de Santander, amparados por el Fuero parlamentario, frente a los delitos por parapolítica, pero si revisar la validez jurídica de esta garantía constitucional al momento de analizar y verificar los antecedentes legales de las conductas punibles, por parte de las personas aforadas en cuanto a su beneficio y decisión, especialmente frente al problema de validez que plantea el orden legislativo interno, de tener contaminadas todas las instancias del Congreso frente a un poder ejecutivo que nombra la terna de la máxima autoridad dentro del poder inquisitivo del país y quien en la misma forma decide indirectamente por mayoría política dentro del Congreso, -con o sin la anuencia del mismo-, quien es el Fiscal General de la Nación, que deberá elegir la Corte Suprema de Justicia.

De otra parte, el problema de la validez jurídica que tienen los miembros de la sala plena de la Corte Suprema de Justicia para elegir al Fiscal General de la Nación, así lo confirma. No existe la autonomía plena y clara decisión que plantee la validez del sistema, para el nombramiento del Fiscal General de la Nación, por cuanto la sesgada y parcializada decisión del ejecutivo, impide su libre ejercicio de manera objetiva y transparente, situación ésta que aunque tangencial, es relevante para el caso de que se trata.

En los juicios por parapolítica se distinguen decisiones de gran significado y validez jurídica de nuestro sistema de Derecho, como las que asumió la Corte Suprema de Justicia al reasumir y avocar de nuevo la competencia de los procesos que habían pasado a la Fiscalía por la renuncia del fuero e investidura de parlamentarios de otras regiones.

A pesar de los juicios para distinguir el Derecho de la moral,-como lo pudo haber asumido la Corte- dentro de la Teoría del Derecho aplicada a sus fallos en relación al fuero como garantía del derecho positivo y pese al enjuiciamiento discursivo o axiológico sobre la moral, que ésta pueda conllevar, no se ha hecho un juicio de valor por encima de la juridicidad e historicidad de esta figura constitucional.

Luhmann⁵⁸ afirma que para contextualizar el problema de la positividad del Derecho se debe intentar recurrir a la ayuda de medios sistémicos teóricos, entendiendo por éstos un entramado corriente de reglas y operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones, independientemente de lo que estas comunicaciones afirman respecto al derecho. Lo que conduce según el mismo autor citado, al constructivismo operacional o tesis de la clausura de operación, las cuales construyen afirmaciones sobre la diferencia entre sistema y entorno; o lo que podría ser lo mismo, entre fuero como derecho y el derecho como mecanismo de defensa y respeto por las garantías procesales del reo en su entorno de inmunidad parlamentaria.

Luhmann⁵⁹ aclara qué es lo que debe observarse para saber dentro del positivismo, qué es lo que pertenece al sistema y qué al entorno, y en este sentido afirma: “...como sistema operativamente clausurado deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos”.

Este autor introduce en su obra el concepto de **autopoiésis** que aporta luces al problema de la relación entre estructura y operación (proceso) y también a la de regla y decisión. Este autor⁶⁰ afirma en este sentido: “No sólo la producción de operaciones mediante operaciones, sino también, y sobre todo, la condensación y

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 26.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 28.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 33.

la confirmación de estructuras mediante operaciones que se orientan a tales estructuras, es la realización de la autopoiesis. Bajo este punto de vista nosotros veremos al sistema de derecho como un sistema que se determina a sí mismo”.

Tal es el caso de cómo nuestra estructura legislativa ha creado y recreado, posiciones dispares en torno a la evolución y operación del fuero parlamentario constitucional, como un derecho, o dentro del sistema jurídico que se determina a sí mismo, se tiene en el Derecho la producción de otro derecho, privilegio o prerrogativa constitucional.

Para Mejía Quintana⁶¹ en este mismo sentido citando al autor ya mencionado, frente a la complejidad social, que podría representar nuestro sistema político, y judicial en términos de validez jurídica, expresa:

La idea de LUHMANN es que la complejidad social se reduce constriñendo la complejidad interna del sistema jurídico. La apertura cognitiva en el entorno supone una clausura normativa del sistema jurídico, en el sentido de que el código binario propio al Derecho es el que garantiza que la complejidad social se traduzca al lenguaje jurídico y se resuelva en términos jurídicos y no sociales. El Derecho reduce complejidad social en términos de validez jurídica, (subrayado fuera de texto) no de eficacia social o legitimidad política.

En este sentido las connotaciones sociales que han rodeado el andamiaje legal y jurídico de los casos de la parapolítica frente al fuero Constitucional en torno a la legalidad y validez de sus actuaciones y cargos formulados por la Corte Suprema de Justicia, serán analizados hermenéuticamente desde una perspectiva jurídica del Derecho, el cual es eficaz y válido en las decisiones judiciales de nuestros jueces naturales.

A partir de la constitución de 1991, con la protección y amparo de las diversas modalidades de Fuero Constitucional y los derechos fundamentales al debido

⁶¹ MEJÍA QUINTANA, O. Op. Cit., p. 128.

proceso (Art. 29 C.N), se presentaron dentro de la ocasión para incubar y desarrollar de manera emprendedora una serie de debates jurídicos profundos por parte de los jueces, tribunales y Cortes frente a la interpretación constitucional de esta prerrogativa, que antes era considerada una estructura política un tanto decorativa para el derecho, por lo que a partir de la concepción iuspositivista de HART, es la regla de reconocimiento donde se encuentra la ley, el Derecho y el Fuero para nuestro estudio, dentro de la que se podría denominar un estado constitucional o un Fuero Constitucional.

Según Cepeda⁶² “Esto dio lugar a una crisis de la concepción histórica y tradicional del derecho constitucional y del derecho en general”. Por esta razón Luhmann⁶³ propone en torno a la clausura moral lo siguiente:

*La tesis de la **cerradura normativa** se dirige en primer lugar contra la concepción de que la moral podría ser válida dentro del sistema jurídico. Esto ya fue excluido por los formalismos de numerosos órdenes jurídicos antiguos y luego encontró compensación a través de la distinción entre justicia y equidad. En la sociedad moderna es todavía más notoria la imposibilidad de la validez inmediata de la moral dentro del sistema jurídico: por razones obvias.*

Según Martínez⁶⁴, citando a Kelsen para hacer referencia a la moral en términos de su validez jurídica: “El derecho, la moral y la política como sistemas sociales son concebidos dentro del paradigma **autopoiético**; también denominado autorreferencial, como autónomos el uno del otro dentro de una comunicación sistémica y funcional, conformando el derecho positivo de Kelsen, en términos de una concepción autorreferente de validez jurídica.” Esta variable de programa de intervencionismo estatal, dentro de las sentencias que serán analizadas a la luz de los procesos de parapolítica en contraposición al amparo de Fuero Constitucional, se manifiesta en una "crisis de racionalidad" que plantea Habermas y que tiene

⁶² CEPEDA, M. J. Los Derechos fundamentales en la constitución de 1991. Bogotá: Editorial Temis. 1991. p. 21

⁶³ LUHMANN, N. Op. Cit., p. 53.

⁶⁴ MARTÍNEZ, J. Teoría de sistemas: autorreferencia" en La Imaginación Jurídica. Debate. Madrid. 1992. p. 192-198.

como causas la complejidad de los procesos socioeconómicos, políticos, e imperativos de la administración de la desigualdad en las oportunidades, mediada por una intensa lucha política de grupos al margen de la ley.

Los acontecimientos y procesos sociales de esa lucha permanente que genera la violencia en el campo, son simplemente densos, complejos y potencialmente contradictorios para ser tenidos en cuenta de manera adecuada dentro de los distintos mecanismos de control de legalidad, por lo cual se han mantenido dispersos y distantes de las estructuras legales. Es esta crisis de irracionalidad social, la que en última instancia supone una amenaza al sistema de integración social, administración de justicia, versus la impunidad e inmunidad, ya que limita las posibilidades de la racionalidad material en el derecho, la ley y la justicia, frente la validez y eficacia del fuero, en donde observamos la aparición y consolidación de una crisis de "legitimación" dentro del estado normativo.

Bourdieu y Teubner⁶⁵ al respecto dicen: *"Puesto que este papel facilitador es congruente con las normas que surgen de racionalidad discursiva, el derecho reflexivo, con su orientación procedimental, parece bastante adecuado para solucionar los problemas de legitimación de la sociedad postmoderna."* Este paralelo que surge desde la relación de legitimidad y validez es igualmente apoyado por Bourdieu y Teubner⁶⁶, cuando se refieren a las nuevas estructuras de la sociedad: *"La 'crisis' del derecho autónomo se genera porque al derecho, especialmente en sus estructuras conceptuales, no se ha adaptado aún a las exigencias de una sociedad altamente diferenciada"*.

El interrogante que se abre aquí es por consiguiente, dentro de las normas morales y sociales que rigen nuestro sistema positivo, ¿Qué ponderación tiene mayor efecto adverso y hostil para el derecho y consecuentemente para la

⁶⁵ BOURDIEU, P. y TEUBNER, G. La fuerza del derecho, Bogotá: Siglo del hombre Editores. 2000. p. 128

⁶⁶ *Ibíd.* p. 129

administración de justicia; la garantía foral, la impunidad, la inmunidad parlamentaria, las penas aplicables a los violadores por delitos sexuales; o las penas impuestas antes y después de la ley de justicia y paz a los procesados por masacres, delitos comunes y de lesa humanidad?. Nuevamente la respuesta hacia la moral social de reprimir conductas típicas y antijurídica, es el grado de culpabilidad que el derecho positivo orienta a decisiones, sanciones y penas privativas de la libertad similares e iguales y en algunos casos superiores para intereses jurídicos tutelados como la libertad sexual. De donde se puede colegir, frente al amparo de aforados constitucionales, por los procesos de parapolítica de miembros del Congreso, ¿Es justa, proporcional y equitativa la pena aplicada a un grupo de privilegiados comúnmente conocidos como delincuentes o criminales de cuello blanco?

¿Qué ponderación normativa tiene entonces un aforado por delitos cometidos dentro del ejercicio de un cargo, acusado de crímenes atroces y de lesa humanidad?, ¿la misma consideración que tendría un ciudadano por delitos sexuales o comunes?

Desde este punto de vista la respuesta que se podría plantear según concepto de Robert Alexy⁶⁷, es la tesis del punto máximo que desemboca en la idea de que en el ámbito de los principios y de los derechos fundamentales, siempre existe una única respuesta correcta. Si a esta idea se suma que, a causa de la existencia del Derecho general de libertad y del principio general de igualdad, así como su efecto expansivo, el ámbito de los principios *iusfundamentales* se expande ilimitadamente a todo el sistema jurídico permeando su eficacia, frente a la valoración y tarifa legal de sus penas.

⁶⁷ ALEXY, R. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda Edición en Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2007. p. 523.

2.2 MARCO DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LA JUSTICIA FORAL, DESDE EL PARADIGMA CONSENSUAL DEL DERECHO

2.2.1 Principios de justicia, consenso y legitimidad del fuero en el derecho.

La justicia como consenso social y político, hace parte de las aspiraciones de cualquier conglomerado de personas, que tienen como ideal dentro de su juridicidad, mantener el imperio de la ley y el derecho, respetando las garantías procesales y el debido proceso frente a figuras como el Fuero Constitucional.

Según RAWLS⁶⁸ tomando sus comentarios de la obra Justicia como Equidad, para asimilarlo al problema de estudio, éste plantea lo siguiente:

*Para fijar ideas, consideramos al conflicto entre las demandas de la igualdad en la tradición del pensamiento democrático. Los debates a través de los dos últimos siglos dejan claro que no hay un acuerdo básico sobre cómo han de organizarse las instituciones para mejor favorecer la libertad y la igualdad de la soberanía democrática. Hay una línea divisoria entre la tradición que arranca de Locke, tradición que pone el acento en lo que Constant llamó **la libertad de los modernos** (libertad de pensamiento y libertad de conciencia, ciertos derechos básicos de la persona y de propiedad, y el imperio de la ley) y la tradición que viene de Rousseau, que pone el acento en lo que Constant llamó **la libertad de los antiguos** (las libertades políticas iguales y los valores de la vida pública.*

Por esta razón uno de los objetivos primordiales y meta fundamental para alcanzar la justicia como equidad, respetando las garantías constitucionales que permean el Fuero en sus diferentes expresiones y modalidades a partir de nuestra carta magna (1991), es que sirva para proteger a sus titulares y al mismo tiempo para reparar e indemnizar los daños de relación, tanto materiales, como morales subjetivos de las víctimas, ya que es difícil en medio del terror, miedo e ignominia, resarcir todos los perjuicios causados.

El verdadero alcance que debe tenerse en cuenta, es la de proporcionar en este

⁶⁸ RAWLS, J. Ideas Fundamentales: en Justicia como Equidad: Una Reformulación. Barcelona: Paidós. 2002. p. 24

análisis de interpretación hermenéutica al problema de la justicia, una base filosófica y moral aceptable para la superación y recuperación de las instituciones democráticas, hoy deterioradas por el choque y pugna de poderes, frente a las demandas de libertad, reparación e igualdad de afectados y desplazados en el conflicto, frente a la inmunidad e impunidad de sus agresores y victimarios.

Prioritario sería sembrar y consolidar el respeto por los Derechos Humanos y la defensa y amparo de las instituciones garantes de los derechos fundamentales. Hemos avanzado desde la constitución de 1991, pero las venganzas y retaliaciones personales, colectivas y sectarias del pasado, revivieron en exceso los límites de la institucionalidad, desde esa relación de validez, eficacia y legitimidad que plantea la antología y epistemología de nuestras acciones, hechos y actos jurídicos.

En la idea de una sociedad bien ordenada, según RAWLS⁶⁹, para orientar los requisitos que en nuestro caso, paradójicamente deberíamos cumplir, éste reafirma que debe estar regulada por una concepción pública de la justicia, ya que decir que una sociedad política está bien ordenada comporta tres aspectos según este autor:

- a) Una aceptación de la idea de política de justicia, y sus principios.
- b) Una regulación efectiva de cooperación de sus principales instituciones políticas y sociales.
- c) Un sentido efectivo de la justicia que los capacite para entender y aplicar los principios públicamente reconocidos de justicia, con los deberes y obligaciones.

Sin embargo, esta idealización de lo que debe ser una sociedad bien organizada, aunque no resuelve el problema de la validez, eficacia y legitimidad, sirve en efecto para plantear una mirada a la idea de justicia como equidad y del fuero como garantía, sin exceder y tomar ventaja de sus beneficios y privilegios. Por

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 24.

ende, no se puede parcelar intrínseca o extrínsecamente, ni endógena o exógena los parámetros y reglas generales de justicia como equidad universalmente aceptados. Hacer diferencias en su concepción moral, política o social, va en contravía de la libertad que deben tener los jueces para decidir sus procesos dentro de la validez y eficacia de sus fallos, excepto cuando la misma ley que los orienta y crea, se desvía en sus actos de justicia por la desproporción de un amparo que raya en la inmunidad e impunidad de sus destinatarios.

En igual sentido podemos decir que si una regla de justicia es aplicada localmente, para proteger los derechos fundamentales al medio ambiente como forma efectiva de salvaguardar la vida en todas sus manifestaciones naturales y sociales, no podríamos justificar la justicia supranacional o internacional de un país que no respete los mismos derechos, que en esencia y validez, son legítimamente iguales, como sería comparativamente nuestra situación de violación y respeto de los derechos humanos frente al derecho internacional.

En Colombia, el agravio más penoso de injusticia social, política y moral, que desdibuja la equidad, es la violencia progresiva y sistemática que generan los grupos armados al margen de la Ley, en todo el territorio nacional desde el occidente al oriente y de norte a sur en toda su dimensión y magnitud, ha sido el legado tardío que se ha cosechado al interior de nuestras instituciones por encima de la validez, eficacia y legitimidad del Derecho, la ley y la justicia. Corolario de estas expresiones grotescas de barbarie y crueldad, han sido las matanzas sistemáticas y masacres anunciadas y denunciadas categóricamente ante las cortes Internacionales de Justicia, con la complicidad de sus autores materiales e intelectuales detrás del manto de la inmunidad parlamentaria. Por lo que estamos pagando bien caro, este penoso episodio de crueldad y desconocimiento de claros y transparentes principios, valores y derechos humanos, inviolables, imprescriptibles e inalienables de nuestros más simples ciudadanos.

La justicia como equidad según RAWLS⁷⁰ no es "*una doctrina religiosa, filosófica o moral comprensiva, esto es, una doctrina que se aplique a todos los objetos y que comprenda todos los valores*".

Determinar límites o fijar parámetros de su posición original, estableciendo situaciones sociales distintas a las doctrinas comprensivas particulares a las personas, que las representan en su posición social es lo que RAWLS⁷¹ denomina "**velo de ignorancia**", en términos de límites a la información. Este paradigma consensual arraigado en nuestra sociedad, es el que nutre y alimenta las más bajas pasiones de violencia histórica, como consecuencia de la ignominia e ignorancia de la gente por su formación política y pedagógica de los valores y principios de justicia, que llevan a hacer justicia por su propia mano y bajo el ejercicio arbitrario de sus propias razones. En lo que sarcásticamente sería injusticia e inequidad en el derecho como marco de valores y principios fundamentales.

Por esta razón no puede haber justicia con equidad en las circunstancias de legitimidad, validez y eficacia que subsumen la crisis política y social en que vivimos en los últimos veinte años de existencia de nuestra Constitución Nacional, lapso este que circunscribe el trabajo de las decisiones más difíciles que ha tenido que enfrentar la corte constitucional en la pedagogía social y política de la ley, la justicia y el derecho. Ya que no es filosofía moral aplicada, sino que podría ser filosofía política con problemas distintivos entre orden y moral, o correlativamente entre fuero y justicia.

En este mismo sentido Rawls⁷² subraya: "*...que la concepción de la persona como libre e igual es una concepción normativa: es construida por el pensamiento y la práctica - morales y políticos - , y es estudiada por la filosofía moral y política y*

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 38.

⁷¹ RAWLS, J. Teoría de la Justicia. Segunda Edición. México: F.C.E. 1996. p. 39 y 40.

⁷² RAWLS J. Ideas Fundamentales. Op. Cit., p. 49.

por la filosofía del derecho."

Nuestra carta política consagra estos dos principios inherentes a las personas como derechos fundamentales, pero estos como otros son violados y desconocidos permanentemente como muestra clara y palpable de la sistemática, desquiciada y organizada vulneración de los Derechos Humanos básicos de convivencia social. Un ejemplo no muy claro de nuestra cultura política, social y de legalidad en lo que RAWLS denomina equilibrio reflexivo y consenso entrecruzado.

En el plano de la moral y la ética social del estado, frente a la legalidad, eficacia y validez de sus normas, es claro que cualquier cuestionamiento sobre lo justo o injusto, lo bueno o lo malo de las actuaciones de cualquiera de sus poderes públicos, pone en tela de juicio la "dimensión moral" de las instituciones más importantes que pueden perder su grado de respeto y credibilidad. En este sentido el profesor Mejía Quintana Oscar⁷³ en su ensayo titulado "Elementos para la reconstrucción del estado epistemológico de la filosofía del derecho" expresó:

La justificación moral, preconventional o postconventional que la legitimidad o la obediencia al derecho supone muestra, de entrada, la orientación política y jurídica que la reflexión connota. Así como es imposible aislar el problema de la validez de la legitimidad y la eficacia y, a su vez, el de la legitimidad de la justificación moral que supone, así como el de la eficacia de los presupuestos de legitimación política y justificación moral que la sustentan, de manera análoga no puede desconocerse la proyección de la problemática moral en el marco social y jurídico político donde cobra sentido.

Por esta razón, si tomamos la relación de la justificación moral y la legitimación que puede tener o no el fuero Constitucional a partir de la Constitución Nacional de 1991, encontramos que debe tener de manera integrada la epistemología del

⁷³ MEJÍA QUINTANA, Oscar. Elementos para la reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho en Revista Pensamiento Jurídico (No.16) Bogotá D.C. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional).2006. p. 172.

derecho y su política filosófica, según Mejía Quintana⁷⁴, esta es:

Ante esto, se impone como una necesidad histórica, máximo en nuestro contexto desgarrado por una guerra civil no declarada, relacionar sistemáticamente las diferentes esferas de la filosofía práctica (moral, política, jurídica y social), a través de la consideración integral, interdisciplinaria pero, sobre todo, transdisciplinaria, de las problemáticas de la legitimidad, la validez y la eficacia, tres problemas que ya no pueden ser abordados, ni epistemológica ni ontológicamente, de manera aislada.

Este punto de convergencia podemos plantearlo desde la perspectiva que reúne los puntos de fuga, en el caso de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, en relación a los casos de parlamentarios involucrados en parapolítica, como un problema de interpretación del Derecho en las decisiones judiciales para los casos difíciles.

Según Mejía Quintana⁷⁵ citando a Rawls en su obra Teoría de la Justicia, en relación a la articulación filosófica de estos tres elementos concluye: “*Al resurgir la filosofía moral, jurídica y política, con la publicación de la obra Teoría de la Justicia (1971) se constituye un nuevo intento por fundamentar la nueva concepción de la moral, el derecho y la política, y de sus relaciones recíprocas entre cada una de ellas, para el desarrollo institucional de la filosofía moral, jurídica y política contemporánea*”.

Plantea el mismo autor⁷⁶ tres puntos de vista que subyacen a la razón práctica, en tres momentos de un mismo proceso en construcción: (i) El diálogo moral (ii) El político contractual y (iii) El ético-contextual. El primero sobre la base de un consenso racional y argumentado sobre concepciones de justicia. El segundo donde la concepción política de justicia se fundamenta desde el consenso entrecruzado de concepciones omni-comprensivas razonadas de la sociedad y finalmente el tercero desde la persona y el sujeto colectivo, subsume o no los

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 174.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 185.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 185.

principios dentro de su irreductible e irrenunciable esfera particular.

2.3 MARCO TEÓRICO DEL FUERO DESDE LA ÓPTICA DEL PARADIGMA HERMENÉUTICO, INTERPRETATIVO Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

2.3.1 Fuero como garantía, respuesta correcta y decisión judicial. Si bien es cierto que para el tema de estudio es muy importante la argumentación de las sentencias que presenta la Corte Suprema en los procesos por parapolítica, frente a la renuncia del cargo y por ende del fuero Constitucional por parte de los Congresista investigados y procesados, no menos importante aún, es la integridad de la respuesta correcta en la decisión judicial -cada vez más difícil-, al aplicar las tesis del derecho Penal Internacional sobre violación de derechos humanos por delitos de lesa humanidad o la ley intranacional sobre Justicia y Paz, que contempla delitos políticos con penas más favorables a los procesados.

En este sentido Dworkin⁷⁷ en su obra “*Los Derechos en Serio*” esgrime su tesis contra el positivismo de Hart y empieza hablando de los casos difíciles y hace referencia a los estándares que no funcionan como normas, sino que se refiere a los principios, directrices políticas y otros tipos de pautas incluyendo las morales como exigencias de la justicia.

En el debate Hart y Dworkin de *la decisión judicial* traducido por César Rodríguez, el Principio de Legalidad que deben tener las normas es fundamental, como quiera que en nuestro país estas proceden de cuerpos colegiados de elección popular, que enmarcan la institucionalidad y legitimidad del sistema representativo de la soberanía popular. De ahí, que DWORKIN⁷⁸ en este aspecto considera lo siguiente: “*El ejercicio de potestades legislativas por parte de los jueces, funcionarios designados por vías diferentes a la elección popular, desvirtúa el*

⁷⁷ DWORKIN, R. El modelo de las normas: en *Los derechos en serio*. Trad. César Rodríguez. Barcelona: Editorial Gedisa.1992. p. 72.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 76.

principio democrático y significa una ocupación del ámbito de competencia de otros poderes públicos”.

Y al respecto concluye: *“De acuerdo con este principio, una persona puede ser sancionada sólo con base en una ley vigente en el momento de los hechos que dan lugar a la sanción.”*

Este principio secular del derecho romano, establece que *“No hay crimen, no hay pena, sin previa ley que lo defina”*, plano real que debate algunas consideraciones de la corte, que expresan el sentido político filosófico del derecho y de la justicia moral, para convertir fuera de la ley y de esta frente al fuero Constitucional en un sentido de inmunidad e impunidad de delitos de lesa humanidad, discutidos como tesis en los casos difíciles de los procesos por parapolítica. Tanto así, que para la Corte Suprema de Justicia, resultó un caso difícil (hard cases) limitar y establecer su propia competencia, frente a la facultad de investigación por una parte y la facultad de juzgamiento por la otra, frente a la indecisa interpretación hermenéutica de la norma Constitucional, en los casos del párrafo del art. 235º, 186º y 93º de la Constitución Nacional vigente.

Según el concepto de Hart sobre la validez, expuesto por Dworkin en su obra *El Derecho en Serio*⁷⁹, *“la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó.”* Podemos decir en este caso, que las normas que se expidieron con base en la ley 975 de 2005 sobre justicia y paz, para los paramilitares reinsertados y juzgados por delitos **"políticos"** o **"comunes"** según la primera tesis que acogió la Corte Suprema de Justicia, ¿Se aplica en un grado de validez, dada la competencia del Congreso viciado del manto de duda sobre su relación parapolítica, en el ejercicio aforado de inmunidad parlamentaria? No obstante la pregunta que cuestiona la validez y eficacia de las leyes aprobadas por el congreso en el caso tratado, no se puede idear ninguna fórmula que

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 94.

sustente la comprobación en cuanto al apoyo de institucionalidad que transgrede principios jurídicos como el que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o resultado de acuerdos o pactos ilegales en contra de la ley, y menos aún, para fijar su capacidad de peso legislativo en un orden de magnitud determinado por sus conveniencias de abonar el terreno en caso de ser juzgado por las mismas reglas y principios legislativos de favorabilidad en materia penal, estando amparados por su investidura que les confiere una categoría especial de fuero Constitucional, dentro de un claro conflicto de intereses. No resulta ético para la inteligencia humana común, entender y asimilar tal cuestionamiento profesional o moral, los miembros del congreso deben profesar según la Constitución unos claros principios y valores dentro del ejercicio del cargo según lo expresa de contera el artículo 133º y 150º de la Carta Política, en el supuesto de que son ellos como padres de la patria, llamados a representar las más altas calidades de seres humanos dentro del Parlamento, son ellos quienes *“representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común”* en el ejercicio de sus sagradas funciones constitucionales.

Queda pendiente el juicio de responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, sus efectos de validez, a la eficacia en el tiempo de la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes judiciales, en relación a las prácticas morales que fijan semejantes estándares legales en torno al fuero que los protege.

Por ahora queda como ejercicio de hermenéutica jurídica y profundización, hacer el examen y análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, en torno a los fallos, autos y demás actuaciones de Revisión y de tutela, en relación con los procesos adelantados a más de 133 congresistas investigados por parapolítica, dentro de los cuales se encuentran los parlamentarios por el departamento de Santander.

Se concluye entonces, que el derecho debe su integridad, su legitimidad, validez y eficacia, al formalismo riguroso del iuspositivismo, que establece como norma general, que todo ciudadano podrá ser juzgado sólo por un orden legal establecido, por una autoridad válida y legitimada, que es la norma fundante del fuero como garantía constitucional.

2.3.2 Reglas de argumentación jurídica y justificación moral del Fuero Constitucional. Retomando de manera desprevenida el proceso de interpretación y argumentación jurídica que presenta Alexy⁸⁰ sobre el problema de la teoría del discurso jurídico y en especial a los modelos alternativos para su interpretación y comprensión, creo conveniente para el objeto de este trabajo sobre la validez, eficacia y legitimidad del tema planteado en relación al fuero constitucional, analizar el contenido de las sentencias más importantes de la Corte Suprema de Justicia, enmarcando las principales argumentaciones jurídicas de los magistrados que estuvieron a favor y especialmente quienes salvaron y aclararon su voto, por los diferentes motivos, conceptos o razonamientos legales de aplicación, en torno al discurso de esas decisiones, sobre la renuncia del fuero por activa o por pasiva.

Para ello recurriré siguiendo el círculo hermenéutico que plantea Alexy⁸¹, a realizar una comprensión o hipótesis de abordaje al texto siguiendo las expectativas materiales y reales sobre la posible solución al problema jurídico planteado dentro de los presupuestos procesales analizados, mediante un razonamiento crítico. Posteriormente revisaremos las normas legales que conducen al enfrentamiento y choque de estos poderes de manera holística, separando el todo, del proceso sistémico y las partes de cada uno de esos problemas, para hacer un análisis crítico e interpretativo de las decisiones judiciales, en torno al fuero Constitucional como núcleo central del problema.

⁸⁰ ALEXY, R. Interpretación jurídica y discurso racional: en Teoría del Discurso y Derechos Humanos, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1995

⁸¹ *Ibíd.*

Finalmente, y este será el resultado final del proceso dentro de una tercera esfera de argumentación e interpretación, se tratará de ponderar los elementos fácticos que encuentran aplicación en los casos individuales y concretos analizados, para la tipificación y coherencia de las leyes y normas aplicadas y consideradas, en la rectitud y corrección del Derecho.

Como dice Alexy⁸² en su discurso práctico general: *"La idea básica de la Teoría del Discurso es la de poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos, con una pretensión de rectitud. Bajo problemas prácticos entiendo problemas que conciernen a lo que es debido y prohibido, y lo que es permitido, bueno y malo."*

En este mismo sentido, se discutirá conforme a La Relación Trilemática el problema de validez, eficacia y legitimidad de estas sentencias frente al fuero parlamentario, soportadas en medio de la colisión de poderes y la decisión judicial de los casos de parapolítica. En sus niveles de conexión filosófico, político y jurídico, que estructuran la institucionalidad del fuero dentro del Sistema Jurídico Colombiano, en torno a la debilidad y anacronismo de su razón práctica, que rodea el más grande escándalo de sus instituciones formales del Estado y del Derecho, es importante recrear un marco teórico que dé cuenta de la validez, eficacia y legitimidad del problema que se debate.

Tal como lo plantea Alexy⁸³, al referirse a la institucionalización cuando afirma: *"Un sistema jurídico que desee responder a las exigencias de la razón práctica, sólo puede crecer a través de nexos de elementos institucionales o reales con tales ideales y no sólo de modo institucional"*. Por esta razón dentro del Estado Constitucional que se nutre y alimenta de un alto grado de institucionalidad de sus poderes, se debe respetar los principios fundantes de la Constitución en el respeto de la libertad e igualdad, sin que se vulneren y violen los derechos humanos y sus

⁸² *Ibíd.*, p. 47.

⁸³ *Ibíd.*, p. 52.

prerrogativas fundamentales, que son el fruto de la Teoría del Estado y del Derecho por el respeto a la ley y a la justicia, y de la filosofía ética de la moral y el derecho.

No se puede desvariar o ser incongruentes con estas reglas, como las que propone Alexy, en relación a la actual crisis de institucionalidad de la justicia, ya que en medio del mal, debe surgir y palpitar en el fondo una solución institucional del consenso democrático general para solucionar y conjurar la crisis.

Pero de ninguna manera, como dice Alexy⁸⁴ en cuanto a la argumentación práctica general, que no conduce a resultados que todos aprueben, la cual, en el discurso todavía no es con certeza de observancia general: *"Los conflictos sociales no pueden ser resueltos basados en reglas que se contradicen unas a otras, y el cumplimiento de reglas que todos, sin tener que temer sanciones"*.

Centrando el tema en el contexto del fuero Constitucional en la Carta Política de 1991, como quedó plasmado en el título del trabajo, es fundamental en concepto del autor que venimos citando (Alexy), para centrar el vínculo de relación trilemática en un equilibrio del poder, de autoridad y de decisión concertada. En este sentido y orientación Alexy, dice al respecto: *"Una institucionalización lograda conforme a los criterios de la teoría del discurso incluye los principios del estado constitucional democrático, entre otros, el de democracia, el de separación de poderes y el de Estado de Derecho. La noción de autoridad del derecho positivo, apoyada por este principio, exige una preeminencia de los fundamentos institucionales sobre los sustanciales"*.⁸⁵

Esta es la razón primordial para que el Fuero Constitucional dentro de la institucionalidad, del Derecho, la ley y la justicia, prime y salga triunfante, frente a

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 53.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 58.

los principios fundamentales, por encima de cualquier otra consideración o razón práctica de pugna o lucha de poderes, en contra de la legitimidad, validez y eficacia del derecho nacional y supranacional.

2.3.3 Marco de institucionalidad del Fuero y su relación trilemática desde las teorías críticas del Derecho y paradigma discursivo

2.3.3.1 La tradición post-estructuralista. Dentro de la obra de Foucault⁸⁶, el sentido referente al Panóptico de Bentham, puede ilustrar el sentido de apología en las políticas paramilitares de la figura arquitectónica de esta composición que lleva su nombre. El Fuero disciplina y excluye relaciones sociales, políticas, militares, económicas y jurídicas para garantizar a un determinado grupo de personas una jurisdicción especial, pero no a paramilitares o parapolíticos, en una estructura desarticulada que busca la impunidad frente a la violencia cruel y deshumanizada que como peste, carcome las instituciones, llegando incluso a cuestionar la validez y eficacia de legitimidad de la justicia. Como lo expresa en este sentido Foucault para afirmar y garantizar el funcionamiento automático del poder en su ejercicio de vigilancia y castigo: *“Que la perfección del poder tienda a volver inútil la actualidad de su ejercicio; que este aparato arquitectónico sea una máquina de crear y sostener una relación de poder independiente de aquel que lo ejerce, en suma, que los detenidos se hallen insertos en una situación de poder de la que ellos mismos son los portadores.”*⁸⁷

El panóptico lo describe Foucault⁸⁸ como un anillo periférico donde se controla totalmente el panorama sin ser visto al interior de la torre central, de donde se ve todo. Como la concibió Bentham, quien había imaginado también una vigilancia acústica, por medio de tubos que unían las celdas a la torre central. Algo muy similar al panoptismo político del poder ejecutivo central, lo constituyó las denuncias por las llamadas chuzadas e interceptaciones a las comunicaciones

⁸⁶ FOUCAULT, M. El Panoptismo: en vigilar y castigar. México: Editorial Siglo XXI. 1980. p. 204.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 205.

telefónicas de la Corte Suprema y Constitucional, muy discutidas en estos días en medios de expresión hablados y escritos, quienes a través de los partidos políticos de su gobierno y mecanismos de inteligencia, observaron y escucharon las decisiones judiciales y conversaciones personales del poder judicial – **en contra de su institucionalidad**-, como una manera utilitarista a favor de sus intereses, generando agudas crisis de choques de poder.

2.3.4 El fuero desde las Teorías críticas del Derecho. Si se observa el problema objeto de análisis, desde la perspectiva de un desarrollo político en nuestro país, que parte de la lucha de clases por los esquemas de poder dentro de la institucionalidad, podemos ver cómo autores dentro de las teorías críticas del Derecho como Juan A. Pérez Lledo⁸⁹, al respecto, dice: *"El Derecho expresa las contradicciones generadas en la lucha de clases; la ciencia y la enseñanza del Derecho **siguen teñidas de formalismo e idealismo**, "ocultan el carácter móvil y contradictorio de la realidad social, cuando la hipótesis fundamental del movimiento es que la ciencia de lo jurídico parte de una ciencia de lo político."*

Es precisamente esa realidad social y la práctica generalizada e inveterada de formación política en nuestras instituciones electorales y su pedagogía, la que ha colapsado la legalidad de un fuero circunstancial, que se plantea en la legitimidad de la mayoría de nuestros representantes y senadores en el congreso, quienes al realizar acuerdos políticos de coalición y consenso -como lo fuera en otra época con la llamada **narcopolítica**- degeneran y corroen la validez y eficacia de nuestras leyes en el contexto nacional, que se analiza de las instituciones del poder público a raíz de las decisiones de la Corte Suprema sobre la forma de administrar justicia frente a la validez y eficacia de la competencia constitucional.

⁸⁹ PÉREZ LLEDO, J. A. Teorías Críticas del Derecho. En: E. Garzón F. Laporta (Eds) El Derecho y la Justicia, Madrid: Trota. 1996. p. 91.

Por lo anterior, podemos concluir como lo anota Pérez⁹⁰ en su análisis alternativo que: *"...el Derecho, como aparato ideológico del Estado, es la 'forma' de las relaciones de producción, y tiene una 'eficacia propia' enmarcada en una relación de "causalidad estructural (ya no directa) con las demás instancias de ese todo complejo."*

2.3.4.1 Fuero, cosificación y paradigma discursivo. Antes de la Constitución Nacional de 1991, el Fuero Constitucional no advertía ninguna duda en cuanto a la legitimidad y eficacia de su aplicación en el Derecho, sin embargo, en relación a los principios fundamentales de cosificación de esta garantía o privilegio desde el paradigma discursivo, podemos encuadrar dentro del Estado social de Derecho, una prerrogativa diferente que se niega a romper los viejos paradigmas, según Habermas⁹¹, quien al respecto puntualiza: *"El paradigma jurídico indica entonces cómo en el marco de tal modelo pueden entenderse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho. Los dos paradigmas jurídicos que más consecuencias han tenido en la historia del Derecho moderno y que aún hoy siguen compitiendo entre sí son el del derecho formal burgués y el del derecho materializado en términos del Estado Social."*

La representación democrática del sistema del partido de gobierno que presenta Habermas⁹² se puede ver afectada por una tiranía de los jueces, o en caso contrario, cuando esta viene del poder central y de la posición mayoritaria de los partidos de mismo, que son en el caso de la parapolítica, mayoría dentro de la bancada del poder ejecutivo. En este caso concordamos con Habermas cuando integra los poderes más importantes del Estado con las decisiones de los jueces, que como poder fundamental y adalid de la Justicia, debe mantener su imparcialidad e institucionalidad frente al fuero para juzgar a quienes tienen esa

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 92.

⁹¹ HABERMAS, J. Facticidad y validez sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Trotta. 1998. p. 264.

⁹² *Ibíd.* p. 165.

categoría especial. Al respecto afirma: *“En el Estado democrático de derecho la legislación política se considera la función central. Y en ella no solamente están implicados hoy los partidos, el cuerpo electoral, los organismos parlamentarios y el gobierno, sino también la práctica de las decisiones judiciales, que sirven al desarrollo del Derecho, y también las decisiones de la administración, en la medida en que ésta se programa a sí misma”*⁹³

Esta situación concreta, hace referencia a la injerencia legislativa en la preposición jurídica y enunciado de normas que estudia el congreso y aprueba explícitamente para su observancia y aplicación por el poder judicial.

Dentro de la validez y eficacia judicial del estado social de Derecho, Habermas, plantea: *“Por otro lado, la teoría del Derecho coincide con la dogmática jurídica en privilegiar la perspectiva del juez. Esto se explica por la posición funcional que la actividad judicial ocupa en el sistema jurídico en sentido estricto”* (...) *“El proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis del sistema jurídico.”*⁹⁴

La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia, como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de tranquilidad de estar dictando las decisiones correctas, para garantizar la imparcialidad y estabilidad de la Justicia frente a los miembros del legislativo aforados. La respuesta a esta afirmación se debate en momentos históricos para la jurisprudencia colombiana, cuando cualquier actuación judicial de las altas cortes, podría ser cuestionada de prevaricato o de parcializada en contra de los oscuros intereses del congreso y el propio poder ejecutivo, cuestionados por la paraparlítica. No en vano este choque de poderes afecta y desestabiliza la imparcialidad de los jueces en su producción jurisprudencial y calidad legislativa.

⁹³ *Ibíd.*, p. 265.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 266.

Por lo que en este mismo sentido Habermas, indicara al respecto: *"La tesis defendida en este contexto de que el discurso jurídico (de aplicación) moral, no hace empero justicia a la complejidad de la relación entre la actividad judicial y la producción legislativa"*⁹⁵

Habermas plantea igualmente en este sentido lo siguiente: *"Esta legitimación a través de la legalidad del procedimiento de producción normativa da primacía a la procedencia, es decir, a la corrección del proceso de positivación o de toma de acuerdos, por encima de la fundamentación racional del contenido de una norma: las reglas son válidas por venir producidas conforme a derecho por las instituciones competentes."*⁹⁶.

Parafraseando a este autor, no basta por ende que pretensiones en conflicto se transformen y se conviertan en pretensiones jurídicas y por vía de una demanda ante los tribunales se decida de forma jurídicamente vinculante. Los fallos emitidos, para cumplir la función socio integradora que ha de ejercer el orden jurídico y satisfacer a la pretensión de legitimidad del derecho, han de cumplir a la vez los requisitos de representar decisiones e intereses consistentes y de ser racionalmente aceptables⁹⁷.

Habermas da cuenta de la institucionalidad de la justicia y citando a Dworkin en el plano de la institucionalidad comenta: *"Al igual que las leyes, también las decisiones judiciales son creaturas tanto de la histórica como de la moral: lo que un individuo está legitimado a tener en la sociedad civil, depende, tanto de la práctica, como de la justicia de sus instituciones políticas"*⁹⁸

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 267.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 271.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 271.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 269.

Habermas en este dilema plantea tres respuestas al problema de la racionalidad de la administración de justicia consistente para asegurar, la seguridad jurídica por una parte y por otra, la rectitud o corrección normativas. Como cuestión central en la teoría del derecho presenta alternativas de respuesta a saber (a) La hermenéutica jurídica (b) Del realismo jurídico y (c) Del positivismo jurídico⁹⁹.

La primera contra el modelo convencional de la decisión jurídica, como subsunción de un caso bajo la correspondiente regla, y propone para ello un método procesal de interpretación que comienza con la precomprensión de marcado carácter evaluativa de racionalidad.

Según Habermas dentro de la Hermenéutica: *"Estos factores externos explican cómo los jueces llenan el ancho espacio de discrecionalidad de sus decisiones judiciales en términos históricos, psicológicos o sociológicos."*¹⁰⁰ Esta situación parece extrapolar la decisión jurídica que plantea la Corte Suprema de Justicia frente a los procesos de parapolítica, en cuanto al resultado de los diferentes expedientes judiciales ya que se puede obstruir la justicia, perdiendo el fuero y sentido de imparcialidad, por la concurrencia de intereses, por la socialización del proceso, su pedagogía legal, por la conveniencia social, por la presión y la actitud política o por la formación y estructura de la personalidad de los jueces naturales, por las tradiciones ideológicas, por el choque de las constelaciones de poder, por los factores económicos y por otro tipo de factores sociales y culturales que operan dentro y fuera de nuestro sistema jurídico.

Las decisiones en torno al Fuero Constitucional planteadas y analizadas, son el reflejo de esa validez y eficacia, que proyecta la legitimidad de las leyes y decretos aprobados por los demás órganos de la función pública en este choque de poderes.

⁹⁹ *Ibíd.* p. 268.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 270.

No comparto el ámbito de discrecionalidad de los jueces planteado desde el punto de vista de *Legal Realism*, de la "Escuela del Derecho Libre" y de la "Jurisprudencia de intereses" ya que no se puede establecer una distinción clara y eficaz entre derecho y moral o política.

Como lo expresa Habermas¹⁰¹:

La primacía de la seguridad jurídica se muestra en cómo el positivismo trata los casos difíciles (hard cases). Habermas citando a Hart en la derivación de la necesidad de interpretación que tienen las normas jurídicas, respecto de los lenguajes naturales, plantea una conclusión decisionista, en la medida en que el derecho vigente no baste para una determinación exacta de un estado de cosas, el juez no tendrá más remedio que decidir conforme a su propio criterio. Ese espacio de discrecionalidad el juez lo llena mediante preferencias no fundamentales jurídicamente y, dado el caso, orienta sus decisiones por criterios morales que no vienen cubiertos por la autoridad del derecho.

Para Habermas, refiriéndose a los principios planteados por Dworkin en contraposición al positivismo y la hermenéutica jurídica, la norma fundamental goza de status del derecho natural de todos los seres humanos, cuando expresa: *"Evitando connotaciones jusnaturalistas, esto puede entenderse también como una explicitación del sentido deontológico de los derechos fundamentales en general. Este sentido de validez se transfiere o comunica también a los derechos institucionalmente vinculantes o derechos 'políticos' y presta a las pretensiones jurídicas individuales un momento de incondicionalidad"*¹⁰²

Dentro de este capítulo es importante además abarcar y analizar el concepto de "Derecho Reflexivo", en relación al tema de la legitimación política de los partidos que apoyan al gobierno del presidente Uribe en el seno del Congreso y los proyecto de acto legislativo No. 02 de 2004 y ley 975 de 2005, en su calidad de normas positivas y decisiones que sobre las consecuencias de su validez y eficacia jurídica posterior al año 2002, se censuran por su legitimidad.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 272.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 273.

Se puede analizar el concepto que sobre el particular plantea la obra de la Fuerza del Derecho de Bourdieu P. y Teubner G., cuando expresa: "*Los problemas de legitimación política que surgen conducen, a su vez, a una politización de los sistemas culturales con la consecuente crisis cultural que sólo puede resolverse mediante cambios fundamentales en las estructuras normativas. Dentro de ese marco, la crisis de la racionalidad legal formal se encuentra íntimamente conectada con un fenómeno externo: la aparición del intervencionismo estatal moderno*".¹⁰³

2.3.5 El fuero desde el punto de vista de la filosofía del derecho. El eje central y fundamento del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho, lo trae La teoría jurídica contemporánea que adopta dos vías diferentes según Mejía¹⁰⁴ citando a Rafael Hernández¹⁰⁵ en su obra Historia de la Filosofía del Derecho Contemporáneo cuando expresa:

La segunda bifurcación nos pone en dirección de la teoría jurídica contemporánea a partir de la tensión entre las dos lecturas sugeridas por Kant y Hegel, respectivamente. En la línea Kantiana, aunque no siempre directamente derivada de su postura, se inscribirán escuelas como la de la Exégesis y la jurisprudencia de conceptos, mientras que la matriz hegeliana será indudablemente recogida por la Escuela Histórica del Derecho, así como ciertas mixturas, que de la misma manera pondrán su énfasis ya en aspectos universales ya en contextuales, como la Jurisprudencia de Intereses y la Escuela del Derecho Libre.

Una dimensión de la crisis social que vivimos a partir de la ventilación de estos procesos de parapolítica en la corte y en la Fiscalía General de la Nación, sobre la validez y eficacia del Fuero Constitucional, es la identificación del problema jurídico de funcionarios públicos aforados, dictando leyes a favor de grupos

¹⁰³ BOURDIEU, P. y TEUBNER, G. La fuerza del derecho, Bogotá: Siglo del hombre Editores. 2000. p. 124.

¹⁰⁴ MEJÍA QUINTANA, O. Elementos para la reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho en Revista Pensamiento Jurídico (No.16). Bogotá D.C. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional). 2006.

¹⁰⁵ HERNÁNDEZ, R. Historia de la Filosofía de Derecho Contemporánea. Madrid: Editorial Tecnos. 1980. p. 178.

armados donde ellos eran parte dentro de las raíces del conflicto, que se han arraigado a la institucionalidad en todos sus órdenes, producto de la secuela social que vivimos en los últimos cincuenta años. Es una fisura de conflicto de intereses de algunos miembros del Congreso, que cometieron delitos contra el electorado, que derivan de una serie de investigaciones en donde se pudo comprobar que algunos eran parte y patrocinaban los grupos armados al margen de la ley.

Dentro de la Filosofía del Derecho y Teoría del Discurso de Habermas, la validez jurídica, moral y social que presenta en torno a esta concepción según Mejía¹⁰⁶ es:

Una validez jurídica que supone que la norma es dictada por órgano competente y según un procedimiento previsto: en segundo lugar, una validez moral, que supone que la norma esta moralmente justificada y el sistema posee una pretensión de corrección en caso de normas injustas, y, en tercer lugar, una validez social que supone que la norma vale socialmente porque es obedecida y en caso de desobediencia se aplica una sanción.

Todo este conflicto de gran connotación moral y social permea nuestras más importantes instituciones de poder a todo nivel, de ahí que integrar la relación trilemática dentro del ordenamiento jurídico-político y social, representa abordar sus relaciones intrasistémicas en consideración a su validez jurídica y sus consecuencias tanto morales como sociales, las cuales, se pueden percibir fácilmente en los procesos de parapolítica de parlamentarios, que aprobaron la Ley de Justicia y Paz. En su dimensión intersistémica que presupone la legitimidad del ordenamiento político, también es cuestionada por la moralidad de su validez y legitimidad tanto legal como moral.

Todas estas funciones dentro de la argumentación analítica del problema del fuero Constitucional deben ser coherentes y explícitas con el sistema de Derecho positivo colombiano que representa la validez, consecuentemente con el contenido

¹⁰⁶ MEJÍA QUINTANA, O. Op. Cit., p. 187.

formal y material del concepto de justicia del ordenamiento para su legitimidad, que sustenta dentro del Estado Social de Derecho la estabilidad y eficacia del sistema social, congruente con los valores, reglas y principios que se permean desde la Constitución Nacional. El núcleo esencial de este planteamiento teórico gravita y se enfoca por ende, en una triada de elementos fundamentales como lo afirma Mejía¹⁰⁷.

En el concepto de Locke¹⁰⁸ sobre los principios referentes a la moral de esta relación triádica que se plantea, es importante retomar de su pensamiento lo que en este sentido se puede extrapolar: "*nada puede ser tan peligroso como los principios adoptados sin examen, especialmente si conciernen a la moralidad e influyen en la vida de los hombres*".

Sobre la moral y los principios Locke subsume íntegramente a la legalidad de los procedimientos dentro de factores de legalidad. Subyace en su teoría de contractualismo de la sociedad política y plantea el concepto de legitimidad y la eficacia del sistema, como un *factum* innegociable.

Filosóficamente el fuero plantea una dimensión moral para el sujeto que lo detenta en su beneficio, pero, ¿Puede esta circunstancia hacer del Fuero Constitucional, un principio o un valor de legitimidad, para ser juzgado y sentenciado con imparcialidad?

Revisando la concepción moral que este derecho o prerrogativa tiene, según Kant en su obra La crítica de la razón práctica que se publicó en 1788, puede existir en efecto, una razón pura de orden práctico; en la que se funda en el hecho absoluto de la ley moral, en una experiencia ontológica a la que Kant llama "**imperativo categórico**". En este texto aparece también, su rigorismo intransigente y crítico: *el deber ser*, que surge de los postulados de la razón práctica. La moral dice, "...es

¹⁰⁷MEJÍA QUINTANA, O. Op. Cit., p. 100.

¹⁰⁸ LOCKE, J. Ensayo sobre el entendimiento humano. Luis Enrique Aranda. Madrid, España: Ediciones Sarpe. 1984. p. 191.

una exigencia real, no sujeta a las contingencias de la historia ni a la subjetividad”¹⁰⁹.

¹⁰⁹KANT, I. Nueva crítica de la razón pura. trad. Alfonso Castaño Piñan. Madrid, España: Ed Sarpe. 1984. p. 47-61

3. DE LAS INVESTIGACIONES DERIVADAS DE LOS PROCESOS CONTRA AFORADOS CONSTITUCIONALES

Han sido innumerables los procesos que se han fallado en los distintos tribunales del país, por delitos comunes asociados a casos especiales de garantía foral, sin embargo, a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991, estas investigaciones derivadas de procesos contra aforados constitucionales se presentaron en grado sumo, asociadas a casos de parapolítica por parte de grupos armados que fueron filtrando y asegurando un espacio político y militar en las diferentes regiones del país, quienes a través de pactos y acuerdos de lucha contra la guerrilla y la delincuencia común, instalaron dentro de los estamentos de representación popular una fuerza militar, electoral y gubernamental, para financiar un proyecto político y social, que significaba volver a fundar o refundar un nuevo Estado o Gobierno de seguridad y prosperidad en el campo.

Recientemente y a raíz de procesos políticos de lucha contra la corrupción se han enmarcado otra clase de procesos contra aforados constitucionales por hurto de bienes del Estado, peculado por apropiación, cohecho y otros que han derivado procesos contra congresistas implicados en estas conductas penales. Sin embargo, de las investigaciones que se siguieron y que actualmente se adelantan en la Corte Suprema de Justicia contra aforados constitucionales por delitos comunes, se han sumado denuncias graves de miembros de grupos armados que confesaron haber cometido por orden de sus superiores, delitos contra la humanidad o de lesa humanidad, en cuyo caso, surge para la justicia colombiana dentro de la actual marco constitucional, (Artículo 93º C.N. Adicionado por el art. 1º del Acto Legislativo No.2 de 2001) la obligación de compulsar copias de lo actuado a la Corte Penal Internacional para que avoque su conocimiento, en los términos previstos en el Estatuto de Roma.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, no puede obviar la responsabilidad social y el compromiso internacional que tiene de investigar y juzgar delitos que se constituyan como crímenes atroces o de lesa humanidad, ya que su inactividad, o falta de capacidad para juzgarlos, genera de inmediato la actividad, competencia y participación de la Corte Penal Internacional, en los casos en que:

*(i) no lleven a cabo investigación o enjuiciamiento alguno (inacción a priori); (ii) inician sus actuaciones pero las suspenden antes de finalizarlas sin razón técnica que lo justifique a la luz de sus respectivas leyes de enjuiciamiento penal (inacción a posteriori); (iii) no tiene la disposición necesaria para llevar realmente a cabo las investigaciones o enjuiciamientos iniciados (falta de disposición); o (iv) no tiene la infraestructura judicial necesaria para llevar a cabo las actuaciones que han iniciado debido al colapso total o parcial de su administración de justicia o al hecho de que carecen de ella (incapacidad).*¹¹⁰

A raíz de la Sentencia condenatoria en contra del ex representante a la Cámara Gonzalo García Angarita por el delito de concierto para delinquir agravado, Radicado 27941, del 14 de diciembre de 2009, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, estimó que en este proceso, seguido contra el aforado por el delito de concierto para delinquir agravado, es procedente además ordenar se compulse copia de las partes a la Corte Penal Internacional y demás actuaciones pertinentes para investigar en forma independiente los eventuales delitos de lesa humanidad en que haya podido incurrir el ex parlamentario GONZALO GARCÍA ANGARITA con ocasión de su posible incursión en el Bloque Tolima de las AUC, consideración fundada en lo expuesto en el auto que resolvió su situación jurídica, en el cual se sostuvo que el procesado *“compartía con sus comandantes y daba indicaciones sobre presuntos colaboradores de la guerrilla o miembro de la insurgencia, llegando al punto de acordar la muerte de quienes eran luego*

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Procesos contra Aforados Constitucionales- Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda. p. 230.

*asesinados por las autodefensas, lo que lo puede hacer incurso en otros delitos de carácter internacional*¹¹¹.

Como una forma de blindar sus fallos, en una importante providencia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió avocar conocimiento de manera inmediata en la investigación de crímenes de lesa humanidad, contra aforados constitucionales que pertenecían a grupos paramilitares. Se trata de la sentencia condenatoria que profirió la Corte Suprema de Justicia el pasado tres (3) de diciembre de 2009, (Radicado Nro. 32.672) contra el ex gobernador del departamento de Sucre Salvador Arana Sus, que sirvió de orientación para reconocer, no crímenes comunes como es el caso del concierto para delinquir en concurso con otros delitos, sino de crímenes atroces o de lesa humanidad*.

La situación que se plantea en estos dos casos, por parte de las investigaciones derivadas de los procesos contra aforados constitucionales, abre un camino de competencia de la Corte Penal Internacional, frente al fuero constitucional que la Carta de 1991, expresamente refería a la sala penal de la Corte Suprema de Justicia. Lo que en resumen, representa un caso de control concurrente de competencias para juzgar a miembros del congreso aforados, por delitos contra la humanidad. Porque si bien es cierto, el Estado debe garantizar el juzgamiento de sus nacionales, también de esta forma es consecuente con la aplicación y dosificación de las penas que determinan los tratados y pactos internacionales, para rendir cuenta de sus decisiones a la Corte Penal Internacional por delitos atroces y de lesa humanidad.

¹¹¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Proveído de 21 de septiembre de 2009, proceso de Justicia y Paz, radicado 32.022.

* Véase Héctor Olásolo Alonso, Ensayos sobre la Corte Penal Internacional, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 71-127. La Sala ha sido clara en advertir que los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra ocurridos en Colombia pueden ser investigados y juzgados por la Corte Penal Internacional en los términos de los artículos 1, 17, 18, 19 y 20 del Estatuto de Roma (Véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia de 21 de septiembre de 2009, radicación 32022).

3.1 DE LAS PRINCIPALES CONDUCTAS PUNIBLES DE AFORADOS CONSTITUCIONALES

Dentro del desarrollo histórico que ha tenido que afrontar nuestro país, a raíz de los sonados casos y procesos de investigación contra un gran número de parlamentarios y miembros del Congreso investigados por delitos, algunas veces comunes, otras por delitos políticos, ha sido una constante el cambio de jurisprudencia y el estudio de las conductas punibles de los aforados constitucionales. Sin embargo, la tesis predominante de la Corte Suprema de Justicia, es no haber acogido inicialmente las denuncias de los cabecillas y miembros de los grupos alzados en armas, para investigar la tipificación de tipos penales como el concierto para delinquir, homicidio, violación, constreñimiento a los electores, narcotráfico, hurto agravado, peculado por apropiación, cohecho, etc. Sino la que se derivó de las investigaciones en donde se vincularon a miembros del poder legislativo a procesos por delitos de terrorismo y de lesa humanidad, como crímenes atroces en contra de la humanidad.

Cuando hablamos de delitos o crímenes de lesa^{*} humanidad, se trata de conductas punibles graves y lesivas al derecho internacional, que violan los derechos humanos, que ofenden la moral y la conciencia ética de la humanidad y que por ende, niegan la existencia y vigencia de las normas indispensables para la coexistencia humana. En ese sentido, el efecto aparente del tipo penal de lesa humanidad tiene dos connotaciones: por una parte, causa un perjuicio directo a una colectividad o número plural de personas, con características étnicas, religiosas, o políticas^{**} y, por la otra, inferir injuria causando una lesión moral por la vía de la representación a toda la humanidad.

* El término "Lesas" viene del latín "laesae", que corresponde al participio presente, en voz pasiva, del verbo "Laedo", que significa: herir, injuriar, causar daño.

** En nuestro sistema penal se contempla que incurre en el delito de genocidio, "el que con el propósito de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros" (Código Penal, artículo 101).

En esta segunda situación, la naturaleza del acto lesivo moral es de tal orden, que la humanidad se hace una representación del daño, evocando el dolor y el sufrimiento que provoca dicho tipo de actos a otros seres humanos, presumiéndose que esos hechos socavan la dignidad humana de los individuos, por la sola circunstancia de ejecutarse a pesar de que no estén involucrados directamente los nacionales de otros países. Así entonces, el perjuicio que causa el delito de lesa humanidad se traslada, por representación, a toda la comunidad internacional, constituyéndose en el límite de lo soportable para la humanidad y el ser humano mismo que desea la convivencia pacífica.

Antes de la expedición del Estatuto de Roma, el procedimiento para sancionar delitos de lesa humanidad se encontraban dispersos en varios instrumentos jurídicos. Así, en tiempos de guerra, la categorización de tales delitos estaba dada por las Convenciones de Ginebra y de la Haya, mientras que en tiempo de paz, este tipo de conductas se tipificaba en Convenciones diversas, tales como los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, y la Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio¹¹².

En el Estatuto del Tribunal de Núremberg, artículo 6, literal c.), se incluyeron como crímenes de lesa humanidad: el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación o cualquier acto inhumano cometido contra la población civil antes o durante la guerra, y las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del

¹¹² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda. p. 261.

Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieren sido perpetrados¹¹³.

Sin embargo, esta categoría de delitos, dentro de los cuales se tipifican las conductas punibles de algunos parlamentarios del congreso, que incurrieron en crímenes atroces de lesa humanidad, se extendió históricamente a partir de los procesos del apartheid con la Ley 26 de 1987, que incorporó al ámbito nacional la Convención Internacional para la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, suscrita en New York, el 30-11-1973 de 1973¹¹⁴, con delitos como la desaparición forzada de personas, la violación y la prostitución forzada. De igual manera, los elementos esenciales de la noción de crimen de lesa humanidad han sido precisados por ciertos tratados internacionales, resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU y sentencias proferidas por los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para Ruanda y la antigua Yugoslavia.

No obstante a partir de la expedición y vigencia del Estatuto de Roma, se codificaron los principios y los delitos internacionales que se hallaban antes dispersos en varios pactos o tratados internacionales. Es así como en el artículo 7º se describen algunos tipos penales que caben dentro de la definición dada a los "Delitos de Lesa Humanidad", agregando características comunes a estos como los de "generalidad", "sistematicidad" y "conocimiento". Sin embargo, el Estatuto no entra a diferenciar entre delitos internacionales y delitos de lesa humanidad, razón por la cual se considera que los últimos forman parte del género de los

¹¹³ Véase el Estatuto del Tribunal de Nüremberg en Luis Jiménez de Asúa, Tratado de derecho penal, Tomo II, Buenos Aires, 1964, p. 1232 ss.

¹¹⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda. p. 261.

primeros y, por tanto, siendo específicos contienen rasgos muy concretos que los diferencian de otros delitos¹¹⁵.

A partir de la definición de crimen atroz contra la humanidad o crimen de lesa humanidad tipificada en el Estatuto de Roma, se manifiestan las conductas acogidas como asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3º, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier otro acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada; apartheid (discriminación racial institucionalizada); o cualesquiera actos inhumanos que causen graves sufrimientos o atenten contra la salud mental o física de quien los sufre, siempre que dichas conductas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque¹¹⁶.

Las principales conductas punibles de aforados constitucionales a partir de los procesos por parapolítica, se han expresado en éste catálogo de delitos internacionales que hoy son acogidos por los fallos de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal y así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia de revisión a la Ley aprobatoria del Estatuto Penal de Roma¹¹⁷, cuando expresó que la definición de crímenes de lesa humanidad que trae el Estatuto de Roma, difiere de la empleada hasta el momento en el derecho penal internacional en varios

¹¹⁵ *Ibíd.*, p. 262.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578/02.

aspectos. Por un lado, el Estatuto amplía la definición para incluir expresamente las ofensas sexuales (distintas a la violación¹⁶⁰), el apartheid y las desapariciones forzadas. Además, el Estatuto aclara que tales crímenes se pueden cometer en tiempos de paz o de conflicto armado y no requiere que se ejecuten en conexión con otro crimen, salvo que se trate del enjuiciamiento de cualquier grupo o colectividad, la cual ha de estar relacionada con otro acto enumerado en el artículo 7.1, o cualquier otro delito de la competencia de la Corte Penal Internacional.¹¹⁸

Según la Corte Suprema de Justicia en la compilación de sentencias contra los aforados constitucionales, Radicado 32672 – 3 de diciembre de 2009, Sentencia condenatoria en contra del ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus por los delitos de desaparición forzada agravada, homicidio agravado y concierto para delinquir agravado, expresa que:

... Cuando El ataque sistemático o generalizado implica una repetición de actos criminales dentro de un periodo, sobre un grupo humano determinado al cual se le quiere destruir o devastar (exterminar) por razones políticas, religiosas, raciales u otras. Se trata, por tanto, de delitos comunes de máxima gravedad que se caracterizan por ser cometidos de forma repetida y masiva, con uno de tales propósitos. En ese contexto, el crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque: a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado; c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.

A fin de concertar los términos que se incluyen en la definición del concepto de “crimen de lesa humanidad”, la Sala transcribe el artículo 7.2 del Estatuto, en cuanto define que: i) "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una

¹¹⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. Cit., p. 264.

organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

De otra parte es pertinente aclarar que en la citada sentencia C-370/06, la Corte Constitucional destacó que estos delitos, que afectan y ofenden la dignidad inherente al ser humano, tienen varias características específicas, a saber: (i) Son crímenes imprescriptibles. (ii) Son imputables al individuo que los comete, sea o no órgano o agente del Estado.

A nivel interno, en desarrollo de los procesos adelantados contra los congresistas aforados, ya lo ha dicho la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación a los crímenes de lesa humanidad que tienen fundamento constitucional y legal. En el primer orden, la Carta Política contiene una serie de mandatos que se constituyen en la plataforma para la punición de los crímenes de lesa humanidad. Así, el artículo 11º dispone que "*el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte*"; por su parte, el artículo 12º establece que "*nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*"; el artículo 13º recoge el principio fundamental de igualdad, que para el efecto prohíbe cualquier tipo de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; el artículo 17 en cuanto prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.¹¹⁹

Concomitantemente y en forma complementaria, en virtud de la teoría del bloque de constitucionalidad, derivada del artículo 93º de la Carta Fundamental, que consagra la prevalencia, en el orden interno, de los tratados y convenios de derechos humanos y derecho internacional humanitario, por encima de las normas

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 265-266.

especiales que confieren a los congresistas garantía foral, resulta indiscutible la fuerza vinculante del conjunto de normas internacionales que prohíben conductas constitutivas de crímenes de lesa humanidad. Colombia suscribió el 8 de mayo de 1994 la “Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994, y aprobada internamente por la Ley 707 de 2001.¹²⁰

En este mismo sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en el auto que decide sobre la competencia de la Corte para adelantar la investigación y el juzgamiento del ex representante a la cámara César Pérez García, Radicado 33118 – 13 de mayo de 2010, plantea el principio de la imprescriptibilidad de la acción penal en casos de delitos de lesa humanidad: por cuanto no viola el principio de legalidad ni el debido proceso y obedece al cumplimiento de obligaciones internacionales del Estado.¹²¹

A fin de poder alcanzar el fin propuesto mediante el presente análisis, y poder determinar la imprescriptibilidad y la adecuación del tipo penal en relación con conductas cometidas bajo la vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980, con fundamento en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos reconocidos por Colombia-, se debe atender a lo ya referido por la Corte Constitucional mediante sentencia No. C-225 de 1995, sobre la prevalencia de dichos Tratados y su interrelación con la Constitución Política de Colombia: (...) *“Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores...”* (Subrayas fuera de texto).

¹²⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, auto de segunda instancia de 21 de septiembre de 2009, radicación 32022.

¹²¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Op. Cit., p. 270.

En este sentido, es plausible que en cumplimiento del principio de legalidad se exige que para que una persona pueda ser juzgada por la comisión de un delito, éste, previamente debe encontrarse reglado en una norma en dicho sentido, no lo es menos que la normativa interna debe ajustarse a lo definido en los Tratados Internacionales y, en ese sentido, armonizarse con los mismos y con la Constitución; razón por la cual, es aceptable que se pueda predicar la aplicación del contenido de dichos instrumentos como fuente de derecho, en atención a la mora del legislado en acoplar las leyes a lo allí definido. Por esto, sería posible aplicar el contenido de un Tratado Internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad.

La Corte Constitucional, al analizar la competencia de la Corte Penal Internacional, en los procesos de aforados constitucionales estableció que:

Fue concebida como un instrumento para combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos básicos, de las leyes de la guerra y del derecho internacional humanitario, incluso dentro de las fronteras de un Estado. Complementa los sistemas penales nacionales en la sanción de los responsables, en la reparación a las víctimas y en el restablecimiento de los derechos, al buscar que quienes sean responsables de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o el crimen de agresión, y no hayan sido o no hayan podido ser juzgados en el ámbito nacional, sean juzgados por una Corte Penal Internacional con vocación de universalidad.¹²²

Todo lo anterior, se corrobora por la validez que otorga nuestro derecho interno a los Tratados de Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en el sistema de reconocimiento, protección integral y garantía de los mismos, como en el ámbito punitivo, donde se compromete indubitablemente al Estado Colombiano y a sus órganos judiciales competentes

¹²² *Ibíd.*, p. 272-273.

para investigar y juzgar las graves formas de criminalidad contra delitos en contra de la humanidad o de lesa humanidad.

Esa misma obligación ha sido expresada por doctrinantes que manifiestan cómo a partir de la Constitución Nacional de 1991, se insertó en nuestro sistema jurídico la noción de **'Bloque de Constitucionalidad'**, figura jurídica que ha logrado conciliar o equilibrar el principio de supremacía de la Constitución (art. 4º) con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario (art. 93), lo que significa, en resumen, que la Constitución Nacional, respecto a los aforados constitucionales, no agota su articulado, sino que incluye otras disposiciones contenidas especialmente en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (Ley 16 de 1972), entre otras, las cuales contienen una serie de postulados mínimos, que rigen en el orden interno y representan un límite al Estado Colombiano, en el sentido de no poder disminuir el alcance de dichas garantías respecto de los miembros del congreso amparado con fuero Constitucional.

*Estas disposiciones, “por orden de la jurisprudencia y las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos deben servir de criterio preferente de autoridad e interpretación, tanto en la justicia constitucional, como en la justicia ordinaria; la cual, si bien no puede desconocer las particulares configuraciones sociales y culturales del país, contribuye a la llamada globalización de los derechos humanos”.*¹²³

¹²³PÓVEDA PERDOMO, Alberto. Terrorismo y Constitución. Breve análisis de la propuesta de reforma a la Constitución para enfrentar el terrorismo. En dicho texto cita a BERNAL CUÉLLAR, Jaime. Bloque de Constitucionalidad y derecho Penal, en El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 195 y 201.

En la Sentencia condenatoria en contra del ex representante a la Cámara Dixon Ferney Tapasco Triviño, por el delito de concierto para delinquir agravado, radicado 26584 – 03 de febrero de 2010, la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia al analizar y estudiar la conducta típica y la manera como se expresa el concierto para delinquir agravado con la finalidad de promover y crear grupos armados al margen de la ley, dice la corte cuando el acuerdo nace de consensos entre congresistas y actores armados, que se expresa en lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo anterior y lo que de ordinario sucede en aparatos organizados de poder – todo para no desconocer el bien jurídico, el sentido del tipo penal, o los contenidos de la conducta, el aporte del político a la causa paramilitar cuando coloca la función pública a su servicio debe mirarse no tanto en la creación de disfunciones institucionales – que, claro, le agregan mayor gravedad al injusto -, sino en la medida que con esa contribución se incrementa el riesgo contra la seguridad pública al potenciar la acción del grupo ilegal, como puede ocurrir cuando por la influencia de las autodefensas se crean condiciones materiales mediante inversión estatal en lugares donde la acción del paramilitarismo es evidente.

En otras palabras: la distorsión de la función estatal, cuando eso sucede, es la prueba del acuerdo; así como en el concierto simple, los delitos ejecutados en función del acuerdo son la manifestación del consenso ilegal. En el primer evento, si la distorsión de la función estatal implica la consumación de un injusto, concursará con el concierto para delinquir agravado, así como los delitos comunes lo hacen con el delito de concierto para delinquir simple.¹²⁴

Por el contrario, en la sentencia absolutoria a favor del aforado ex representante a la cámara Pompilio de Jesús Avendaño Lopera, radicado 28779 – 9 de diciembre de 2009, la corte expresó que el análisis del contenido de la conducta no puede hacerse por fuera del bien jurídico de la seguridad pública, que es, una relación social dinámica que antes que la sola conservación del *statu quo*, tal como se estilaba en el lenguaje del Estado demoliberal, pretende garantizar condiciones materiales mínimas para el ejercicio de los derechos humanos, cuando, dice:

El problema que toda cultura, sociedad o Estado debe resolver es trazar los límites, dentro de los cuáles el ser humano puede ejercer esa libertad. Esta delimitación de los márgenes, dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad

¹²⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Op. Cit., p. 304.

*y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos, se llama ‘seguridad’. Esta no es más que la expectativa que podemos razonablemente tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques en nuestros bienes jurídicos por parte de otras personas.*¹²⁵

Conforme lo ya expuesto y con lo que de ordinario acontece en organismos organizados de poder, como lo afirma Welzel – todo para no desconocer el bien jurídico, el sentido del tipo penal, o los contenidos de la conducta.*

3.2 INTERPRETACIONES JURÍDICAS DE LOS ASPECTOS PROCESALES EN LOS CASOS JUZGADOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CONTRA AFORADOS CONSTITUCIONALES

El Procedimiento seguido por la alta corporación para investigar y juzgar aforados constitucionales ante la Sala de Casación Penal, se ha distinguido por seguir un procedimiento de tendencia inquisitiva, sin embargo, este análisis hermenéutico no es así de simple, como quiera que en el proceso de juzgamiento de los procesos por parapolítica de parlamentarios aforados, se presentó un cambio legislativo en su estructura adjetiva. Un ejemplo de procesos de tendencia inquisitiva seguidos contra parlamentarios garantes del amparo foral, lo constituyen los Radicados 26118 – 19 de diciembre de 2007 y Radicado 26470A – 01 de agosto de 2008, el primero de estos corresponde a la Sentencia condenatoria en contra del ex representante a la cámara Éric Julio Morris Taboada, por el delito de concierto para delinquir agravado en donde la corte realizando un análisis de hermenéutica respecto de la aplicación del numeral 3º del artículo 235º de la Constitución Nacional, es decir la facultad de “*investigar y juzgar*”, a los congresistas, no concibe una tendencia “mixta” conforme lo establece la Ley 600 de 2000, sino que

¹²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. El Nuevo derecho penal autoritario. En el derecho penal ante la globalización y el terrorismo. Tirant lo blanch, p. 164.

Welzel consideraba que las estructuras lógico objetivas constituían un límite al poder de configuración de legislador. En consecuencia, el legislador no crea las conductas sino que las extrae de la vida social. Por lo tanto, desde ese mismo punto de vista, que el juez no puede desconocer el sentido ni el contenido de las conductas.

por el contrario se remite a interpretar y hacer una aplicación de un proceso de corte inquisitivo, en el cual es el mismo funcionario el que investiga, acusa y juzga, siguiendo plenamente la facultad oficiosa en la práctica de pruebas. Por otra parte, es complejo y contradictorio determinar que los delitos cometidos en vigencia de la Ley 906 de 2004, puedan tramitarse para estos aforados, dentro de la sistemática acusatoria, precisamente porque es característica en ella, el que sea uno el funcionario que acusa y otro el que decida, por cuanto de ninguna forma puede acoplarse a lo ordenado a la norma fundante superior por crear una adversidad dentro del plano del principio de legalidad. Lo anterior por cuanto el artículo 32-7, de la Ley 906 de 2004, siguiendo los postulados de la norma constitucional, establece en consonancia que le compete a la Corte “*la investigación y juzgamiento de los Senadores y Representantes a la Cámara*”, por este motivo no es posible que de verdad ello pueda llevarse a la práctica dentro de los postulados de la sistemática acusatoria, como lo ha expresado la alta corporación en el referido proceso.¹²⁶

Por otra parte en el proceso Radicado 26470A – 01 de agosto de 2008, referente a la Sentencia condenatoria en contra del ex senador Luis Eduardo Vives Lacouture por los delitos de concierto para delinquir agravado y alteración de resultados electorales, la Corte expresó:

De manera que el procedimiento que ha venido aplicando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia corresponde a una estructura en la cual es a partir de las reglas constitucionales en que se funda su legitimidad, la que no se puede poner en tela de juicio por pronunciamientos posteriores que incluso dejan a salvo las actuaciones de la Sala, en el entendido de que las nuevas reglas que muy posiblemente se habrán de proferir, no pueden afectar la validez de las actuaciones iniciadas por conductas cometidas con anterioridad al 29 de mayo de 2008.

En esta ocasión la Corte Suprema de Justicia, sin haber advertido los efectos y los fundamentos de la sentencia C-545 del 28 de mayo de 2008, manifestó de manera

¹²⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Op. Cit., p. 33 y 34.

inequívoca, que los efectos de la decisión de inexecutable de la Corte Constitucional, referente al fallo antes mencionado, se diferían para el caso de investigaciones por conductas punibles que sucedieran a partir del 29 de mayo de 2008, dejando intangible el sistema hasta ahora empleado por la Corte, que corresponde justamente al que preveía la Ley. Lo que equivale a decir, conforme al principio general consignado en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996^{*}, referente a los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional, que éstos generan consecuencias hacia el futuro, a menos que la propia Corte resuelva darles efectos retroactivos, por expresa mención del Tribunal Constitucional la declaratoria de inexecutable no afecta la validez del presente juicio.¹²⁷

En este mismo sentido la petición del defensor del Senador Vives Lacouture, que deprecia se le reconozcan los efectos favorables de la sentencia de constitucionalidad C-545 de 2008, según la cual en el caso del procedimiento de los aforados se debe escindir las funciones de investigación y juzgamiento, no puede admitirse.¹²⁸

La tesis hermenéutica más discutida dentro de los procesos investigados y juzgados, contra los aforados constitucionales que desarrollo la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Penal a partir de las sentencias contra los casos de parapolítica específicamente, es sin duda, la que se desprende del Radicado 31.653 – 1 de septiembre de 2009, sobre el Auto que decide la competencia de la Corte para adelantar la investigación y el juzgamiento del ex representante a la cámara Edgar Eulises Torres Murillo.

En esta oportunidad, la alta corporación manifestó que el procedimiento de única instancia para investigar y juzgar aforados constitucionales no es violatorio del

^{*} “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, **tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario**” (resalta la Sala).

¹²⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Op. Cit., p. 35.

¹²⁸ *Ibíd.*

debido proceso, ni del derecho de defensa, interpretando las normas del marco jurídico internacional y haciendo un recuento jurisprudencial frente a la norma fundante constitucional.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia, se fundamenta en los resultados precedentes de la Sentencia C-934 de 2006, con ponencia del Magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en esta ocasión indicó la Corte Constitucional:

(...)

¿Vulnera los derechos al debido proceso y a la defensa, así como el principio de la doble instancia consagrados en el artículo 29 de la Carta y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el que los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 32 de la Ley 906 de 2004 establezcan que los procesos penales que se sigan contra altos funcionarios del Estado enunciados en tales disposiciones son de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia?

En este punto de discusión sobre el interrogante que abre el máximo Tribunal Constitucional, en torno a la constitucionalidad que los altos funcionarios del Estado, incluyendo los aforados parlamentarios, sean investigados y juzgados penalmente por la Corte Suprema de Justicia mediante un procedimiento de única instancia, se ha proferido, según ésta Corporación, varias sentencias a saber, pero por razones de orden práctico, solo trataremos los casos más importantes: El primero de esos pronunciamientos es la sentencia C-142 de 1993, MP: Jorge Arango Mejía, en donde la Corte Constitucional decidió lo siguiente:

Dentro de todos los derechos que conforman el debido proceso, en materia penal, importa destacar este: el de impugnar la sentencia condenatoria. Pues la prosperidad de la demanda depende de la inexistencia de tal derecho en la legislación colombiana¹²⁹.

(...)

¹²⁹ Citada por CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda. p. 37.

El artículo 29 de la Constitución establece que quien sea sindicado tiene, entre otros derechos, el de "impugnar la sentencia condenatoria. (...).

Lo anterior nos lleva a definir qué se entiende por "impugnar la sentencia". Impugnar, según el Diccionario de la Lengua Española, publicado por la Real Academia Española, es: "Combatir, contradecir, refutar. (...) Der. Interponer un recurso contra una decisión judicial". Puede, en consecuencia, afirmarse que impugnar una sentencia es oponerse con razones a lo resuelto en ella, en general interponer un recurso. Si la sentencia es condenatoria, el condenado la impugnará para ser absuelto o, al menos, disminuir la pena.

Desde ahora conviene no olvidar que el artículo 29 utiliza el verbo impugnar, que es genérico, y no se refiere a una forma de impugnar en particular. Como tampoco menciona recurso alguno.

Hay que decir esto porque, como se verá, en el procedimiento penal colombiano existen diversos medios de impugnación de las sentencias. En efecto, veamos¹³⁰.

1) Acción de Revisión. (...) Esta procede, al decir del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, contra las sentencias ejecutoriadas (...). La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce "De la acción de revisión cuando la sentencia ejecutoriada haya sido proferida en única o segunda instancia por esta Corporación", como expresamente lo prevé el numeral 2 del artículo 68, del decreto 2700 de 1991. Como también conoce de la misma acción contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Tribunal Nacional o por los Tribunales Superiores. Estos últimos, por su parte, conocen de la acción de revisión "contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces del respectivo distrito". Como se ve, no hay sentencia ejecutoriada que no sea impugnabile mediante la acción de revisión. Puede, en consecuencia, concluirse que con la acción de revisión se cumple la exigencia de la Constitución relativa a la posibilidad de impugnar las sentencias condenatorias. Según la legislación anterior, la acción de revisión era un verdadero recurso, pues se denominaba "recurso extraordinario de revisión". Y, no tenía, como no tiene hoy, límite de tiempo para su interposición. (...) Pero, sea recurso o acción, para los efectos de este fallo lo mismo da, pues el resultado es igual, ya que indudablemente es un mecanismo de impugnación de la sentencia.

2) Recurso de apelación. El recurso de apelación procede contra todas las sentencias, "salvo disposición en contrario" (artículo 202, decreto 2700 de 1991). Si se analizan las normas sobre competencia, en especial los artículos 68, 69, 70, 71, 72, 73 y 76 del decreto 2700, no aparecen procesos de única instancia, fuera de los atribuidos a la Sala de Casación Penal de la Corte en relación con los altos dignatarios del Estado. Lo cual permite concluir que, con las excepciones mencionadas, todas las sentencias dictadas en procesos penales son apelables.

3) Recurso extraordinario de casación. El recurso extraordinario de casación está contemplado en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (...). El inciso tercero del artículo 218, permite a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, aceptar un recurso de casación cuando lo considere necesario para la "garantía de los derechos fundamentales". Y si se interpreta este inciso en concordancia con el inciso 3 del artículo 220 citado, y a la luz del artículo 29 de la Carta, hay que concluir que en materia penal el recurso de casación se ha

¹³⁰ *Ibíd.* p. 38.

convertido en una manera, casi ilimitada, de corregir errores judiciales que vulneren derechos fundamentales.

4) La nulidad de los actos procesales. Otro medio de impugnar las sentencias condenatorias, consiste en la nulidad. Las causales de nulidad establecidas por el artículo 304, (...) cobijan todo lo que podría invocar en su favor el condenado, con base en el debido proceso y en la violación del derecho de defensa. (...) El legislador ha consagrado el principio de la intangibilidad de los fallos definitivos del máximo tribunal, en esta materia la Corte Suprema de Justicia definida por el artículo 234 de la Constitución como el "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria".

(...) Pues bien: si la Corte Suprema de Justicia, es el "más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria", la mayor aspiración de todo sindicado es ser juzgado por ella. En general, esto se logra por el recurso de apelación, por el extraordinario de casación, o por la acción de revisión¹³¹.

Otro importante fallo en donde la Corte Constitucional se refirió al juzgamiento de altos funcionarios e igualmente incluyó aforados parlamentarios, se plantea en la resolutoria de la sentencia C-411 de 1997, MP: José Gregorio Hernández Galindo, en esta ocasión se declaró la constitucionalidad de la palabra "única", contenida en el artículo 68-2 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal)¹³², y se mantuvo en lo resuelto en la sentencia C-142 de 1993, en relación con el artículo 68-6 del Decreto 2700 de 1991. Dijo la Corte Constitucional entonces lo siguiente¹³³:

Entiende la Corte que la censura propuesta por el demandante en cuanto al carácter único de la aludida instancia guarda relación específica con los juicios que la Corte Suprema debe adelantar contra los congresistas, según lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 235 de la Constitución Política, pues afirma que se los ha excluido de todo recurso y garantía judicial posterior a la sentencia.

¹³¹ *Ibíd.* p. 39.

¹³² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-411 de 1997, MP: José Gregorio Hernández Galindo. La parte resolutoria de la sentencia dice: "Primero. Declárese EXEQUIBLE, en los términos de esta Sentencia, la palabra "única" del artículo 68, numeral 2, del Código de Procedimiento Penal, adoptado mediante Decreto 2700 de 1991. Segundo.- ESTESE A LO RESUELTO por la Corte en Sentencia C-142 del 20 de abril de 1993, acerca de la constitucionalidad del numeral 6 del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

¹³³ Citada por CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda. p. 40.

En primer lugar debe destacarse que la norma, entendida en su conjunto, lejos de constituir un límite al derecho de defensa de quien haya sido condenado, lo que consagra es una posibilidad de revisión extraordinaria de lo actuado, inclusive y con mayor razón cuando, según el ordenamiento jurídico, el trámite procesal no ha sufrido dos instancias.

Ello significa que, si la Corte accediera a declarar la inconstitucionalidad de la palabra mencionada, el efecto no sería otro que el de suprimir -contra lo que el demandante dice defender- la acción de revisión y la consiguiente competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando la sentencia ejecutoriada hubiese sido proferida en única instancia.

Ahora bien, si lo que busca el impugnante es que allí donde la norma acusada contempla como de única instancia los procesos que se adelantan contra los congresistas esta Corporación introduzca la doble instancia, dando así posibilidad de apelar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en esa clase de procesos, su pretensión está llamada al fracaso, por cuanto la función de definir las instancias procesales en las distintas materias corresponde al legislador (artículos 31 y 150-2 C.P.).

Debe observarse, además, que la disposición demandada no está circunscrita al caso único de los miembros del Congreso, pues otros procesos, como los originados en la acusación del Fiscal General de la Nación contra los ministros del Despacho, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los agentes del Ministerio Público ante la Corte Suprema, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales, los directores de departamentos administrativos, el Contralor General de la República, los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, los gobernadores, los magistrados de Tribunal y los generales y almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen, también se tramitan en única instancia ante la Corte Suprema de Justicia, por razón del fuero constitucional que para dichos funcionarios ha sido señalado.

La corte continúa en su exposición de motivos en esta sentencia, concluyendo:

Al efectuar el análisis de constitucionalidad solicitado, esta Corte ha de reiterar que el principio de la doble instancia, con todo y ser uno de los principales dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tiene un carácter absoluto, como resulta del precepto constitucional que lo consagra (artículo 31 C.P.), a cuyo tenor "toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley"

Luego está autorizado el legislador para indicar en qué casos no hay segunda instancia en cualquier tipo de proceso, sin perjuicio de los recursos extraordinarios que, como el de revisión, también él puede consagrar, y sobre la base de que, para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales afectados por vías de hecho, quepa extraordinariamente, la acción de tutela, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte a partir de la Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992.

Pero, por otra parte, la misma Constitución Política se ha ocupado en definir ciertos juicios como de única instancia, pues los ha confiado a las corporaciones que tienen la mayor jerarquía dentro de la respectiva jurisdicción. Sin ir más lejos, los artículos 174, 175 y 178 de la Carta, que desarrollan las reglas aplicables a los procesos iniciados contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, contra los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o contra el Fiscal General de la Nación, plasman la única instancia, tanto ante el Senado, en lo que a él corresponde, como ante la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la responsabilidad penal si los hechos ameritan una pena adicional a las de destitución del empleo, privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos (Fuero constitucional especial). A los congresistas y a otros altos servidores del Estado la Constitución ha reservado un fuero, previsto en el artículo 235, en cuya virtud, en única instancia, han de ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia. La pérdida de la investidura, contemplada en los artículos 183 y 184 de la Constitución, carece también de segunda instancia y está reservada de manera exclusiva al Consejo de Estado, como lo destacó la Corte en las sentencias C-319 del 14 de julio de 1994, C-247 del 1 de junio de 1995 y C-037 del 5 de febrero de 1996.

Pero, resulta de interés la interpretación que la Corporación hace de las líneas jurisprudenciales, en los siguientes términos a reglón seguido:

Según la línea jurisprudencial recordada, (i) el juzgamiento de altos funcionarios por la Corte Suprema de Justicia no desconoce el debido proceso, porque obedece a las previsiones establecidas por el legislador en desarrollo de lo estatuido en la propia Carta; y (ii) el Legislador goza de potestad de configuración (a) para definir los cargos de los funcionarios que habrán de ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia, como quiera que el texto constitucional autorizó expresamente al legislador para atribuir funciones a la Corte Suprema de Justicia; (b) para distribuir competencias entre los órganos judiciales (artículo 234, CP); (c) para establecer si los juicios penales seguidos ante la Corte Suprema de Justicia serán de única o doble instancia, dado que el principio de la doble instancia no tiene un carácter absoluto, y el legislador puede definir excepciones a ese principio;¹⁰ y (d) para definir los mecanismos a través de los cuales se pueden corregir eventuales errores judiciales, como quiera que el legislador puede establecer las acciones o recursos disponibles para impugnar decisiones adversas o contrarias a derecho. Adicionalmente, cabe destacar que el juzgamiento de altos funcionarios por parte de la Corte Suprema de Justicia constituye la máxima garantía del debido proceso visto integralmente por las siguientes razones: (i) porque asegura el adelantamiento de un juicio que corresponde a la jerarquía del funcionario, en razón a la importancia de la institución a la cual éste pertenece, de sus responsabilidades y de la trascendencia de su investidura. Por eso, la propia Carta en el artículo 235 Superior indicó cuáles debían ser los altos funcionarios del Estado que gozarían de este fuero; (ii) porque ese juicio se

adelanta ante un órgano plural, con conocimiento especializado en la materia, integrado por profesionales que reúnen los requisitos para ser magistrados del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria; y (iii) porque ese juicio se realiza ante el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, quien tiene a su cargo la interpretación de la ley penal y asegurar el respeto de la misma a través del recurso de casación. La Corte se refirió ampliamente a la constitucionalidad de procesos de única instancia en la sentencia C-040 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett, cuyas consideraciones se citan in extenso dada su pertinencia para el asunto bajo revisión, así dicho fallo se haya producido en un contexto diferente: La doble instancia y su relación con el debido proceso.

(...)

La consagración de la doble instancia tiene entonces un vínculo estrecho con el debido proceso y el derecho de defensa, ya que busca la protección de los derechos de quienes acuden al aparato estatal en busca de justicia. Sin embargo, la posibilidad de apelar una sentencia adversa no hace parte del contenido esencial del debido proceso ni del derecho de defensa en todos los campos, pues la propia Constitución, en su artículo 31, establece que el Legislador podrá consagrar excepciones al principio general, según el cual toda sentencia es apelable o consultable.¹³⁴

Si bien es cierto en las sentencias C-319 del 14 de julio de 1994, C-247 del 1º de junio de 1995 y C-037 del 5 de febrero de 1996, configuran una línea jurisprudencial muy importante en estos casos juzgados por la Corte Constitucional referente a la doble instancia, también es válidamente aceptado que fue el mismo Congreso de la República de Colombia, como legislador en función de su facultad de configuración legislativa el que cambió y modificó el listado de cargos amparados por el fuero Constitucional, frente a la Corte Suprema de Justicia, no obstante lo anterior, a partir del año 2.000 el mismo Congreso de la República fijó la inserción de la garantía foral para los siguientes cargos y funcionarios: (i) los mencionados en los artículos 174 y 235, numerales 2, 3, y 4 de la Carta, (ii) el viceprocurador, (iii) el vicesfiscal, (iv) los magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, (v) del Tribunal Superior Militar, (vi) del Consejo Nacional Electoral, (vii) los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y (viii) los tribunales superiores de distrito, (ix) los procuradores delegados, (x) el

¹³⁴ Citada por CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda. p. 41 al 43.

Registrador Nacional del Estado Civil, (xi) el Director Nacional de Fiscalía y (xii) los directores seccionales de fiscalía. En consecuencia, la Corte declaró la exequibilidad de dichas inclusiones en las sentencias C-142 de 1993, C-561 de 1996, C-411 de 1997 y C-873 de 2003.

Finalmente en estos fueros especiales, la prerrogativa del debido proceso es alcanzada por el hecho mismo de que esos altos funcionarios son investigados y juzgados penalmente por la máxima corporación judicial de la justicia ordinaria. Así, en relación con el fuero penal de los altos funcionarios del Estado, la corte ya había señalado en la Sentencia C-142/93. MP Jorge Arango Mejía, lo siguiente:

Pues bien: si la Corte Suprema de Justicia, es el 'más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria', la mayor aspiración de todo sindicado es ser juzgado por ella. En general, esto se logra por el recurso de apelación, por el extraordinario de casación, o por la acción de revisión.

Pero cuando la Corte Suprema conoce en única instancia del proceso, como ocurre en tratándose de los altos funcionarios, el sindicado tiene a su favor dos ventajas: la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia.

No es pues, acertado afirmar que el fuero consagrado en la Constitución perjudica a sus beneficiarios.¹³⁵

El principio de la doble instancia en el derecho internacional de los derechos humanos y el sentido y alcance de los mismos, de recurrir el fallo condenatorio ante “tribunal superior”, se encuentra consagrado tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es por ello que en materia penal, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), dispone que: “*Garantías judiciales. (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso toda persona tiene derecho, en*

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 44.

*plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”.*¹³⁶

A su vez, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: “(...) 5. *Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (...)*”.¹³⁷

La misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera genérica y en relación con todo tipo de procedimientos, determina en el artículo 25º que:

(...) Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

1. Los Estados partes se comprometen:

a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;

b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

*c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*¹³⁸

3.3 DE LA COMPETENCIA PARA INVESTIGAR Y JUZGAR AFORADOS CONSTITUCIONALES

Sin duda el aporte más importante en la hermenéutica de comprensión e interpretación de la competencia foral que tiene la Corte Suprema de Justicia, para investigar y juzgar estos delitos, lo constituye los fallos y decisiones dentro del proceso penal contra los aforados constitucionales, en principio es claro que los altos dignatarios y especialmente los congresistas deben ser juzgados por la Sala de Casación Penal y no por la Corte Suprema en pleno, ya que la libertad de

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 47.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 48.

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 48.

configuración que tiene el legislador establece los límites de su potestad y esta es la que la Corporación hizo en las siguientes consideraciones, de cara al principio de especialidad y el fuero penal de los altos dignatarios cuando expresó:

A diferencia de lo sostenido por la demandante, la Corte considera que el numeral 7° del artículo 68 de la legislación procesal penal no viola los artículos 234 y 235 de la Carta Política, sino que constituye un desarrollo legítimo de los mismos. En primer término, la Corte ha sido clara en señalar que, como regla general, la distribución de competencias es una materia en donde el Legislador cuenta con una amplia libertad de configuración, pues la facultad de atribuir competencia a las distintas autoridades judiciales para conocer de los asuntos que con fundamento en una determinada y preconcebida política criminal se les asigne, es tarea propia y exclusiva del legislador.¹³⁹

El artículo 175° de la Constitución Nacional define, en su numeral 3°, el marco general para que las personas amparadas por el fuero especial, sean juzgadas previamente por el Congreso, mediante un trámite que implica una actuación previa en las respectivas Cámaras, como elemento necesario y fundamental para que pueda llevarse a cabo el proceso penal ante la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁰. En sentido estricto, la norma constitucional hace entonces una remisión genérica a la Corte Suprema de Justicia, sin entrar a distinguir en qué Sala ocurre aquel seguimiento de causa del que habla el artículo 175° de la Carta. Por esta razón la tesis dominante y respuesta es la del artículo 234° que dispone de manera general la división funcional de la Corte Suprema de Justicia y establece que la ley la dividirá "en Salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno".

Así las cosas podemos sintetizar, que una remisión funcional general, como la que hace el artículo 175° Superior, en sus numerales 2° y 3°, que se refieren a la Corte Suprema de Justicia, se sigue lógicamente el señalamiento también general que hace el artículo 234° ídem, y la definición de atribuciones que a ella le

¹³⁹ Sentencia No. C-076 de 1993. MP. Jaime Sanín Greiffenstein.

¹⁴⁰ Véase sobre la naturaleza de estos juicios, entre otras, las sentencias C-222 de 1996 y C-386 de 1996.

corresponden y que las reseña el artículo 235º ídem. Por su parte, y ya siendo ello una consecuencia del coherente desarrollo legislativo, el artículo 68º de la legislación procesal penal, concreta las funciones específicas de la Sala Penal dentro de esas atribuciones generales señaladas por las normas constitucionales. Esta interpretación quedó plasmada en el proceso radicado 31.653 de fecha 1 de septiembre de 2009, dentro del auto que decide sobre la competencia de la Corte para adelantar la investigación y el juzgamiento del ex representante a la cámara Edgar Eulises Torres Murillo.¹⁴¹

Como un precedente muy importante en la jurisprudencia constitucional, referente a la competencia de la Corte Suprema de Justicia, para adelantar la investigación y el juzgamiento de aforados parlamentarios, la sentencia C-025 de 1993, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional señaló:

(...)

31. *El fuero especial consagrado en la norma citada no tiene el carácter de privilegio. No se otorga competencia alguna al Congreso para autorizar o rechazar la investigación o juzgamiento de uno de sus miembros. El origen popular del poder y la alta misión que la Constitución confía a las autoridades públicas - con mayor razón si se trata de sus representantes - de proteger y hacer cumplir los derechos y las libertades, no se concilia con la creación de prerrogativas que vulneran el principio democrático de la igualdad de todos ante la ley. El estatuto de los servidores públicos debe guiarse por el principio de la responsabilidad y no de su exoneración.*

32. *De la siguiente manera explicó el Constituyente la abolición del anacrónico privilegio de la inmunidad: "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 impunidad del Congresista que delinque". (Informe - Ponencia "Estatuto del Congresista", Gaceta Constitucional No. 51, pág. 27).*

33. *En razón de lo anterior, se decidió "recomendar a la Asamblea la supresión de la inmunidad y su sustitución por un fuero especial, igual al de los altos funcionarios*

¹⁴¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales-Parapolítica. Op. Cit., p. 57.

del Estado, para que los miembros del Congreso solamente puedan ser detenidos por orden de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y juzgados por este mismo Tribunal" (Informe - Ponencia para primer debate en plenaria "Rama Legislativa del Poder Público", Gaceta Constitucional No. 79, pág. 16-17).

34. El estatuto del Congresista, particularmente la determinación de sus deberes y derechos, es un asunto que en modo alguno puede ser ajeno a la materia propia del Reglamento. La actividad y el funcionamiento del Congreso, se origina y proyecta en la actuación de sus miembros. De ahí que la ley, por la cual se expide su reglamento no pueda ser objeto de censura constitucional, por este concepto. De otra parte, las garantías institucionales previstas en la Constitución, enderezadas a velar por la independencia del Congreso y la existencia de un proceso político abierto, libre y democrático, se expresan en algunos casos tomando como destinatarios directos a los Congresistas individualmente considerados.

En estos eventos, la naturaleza institucional - no meramente personal - de la garantía, se colige de su otorgamiento a la persona en cuanto miembro del Congreso.

35. Sin embargo, no puede el Congreso, a través de ley instituir privilegios o prerrogativas, cuya concesión sólo podría remitirse al momento constituyente. Más tarde, un poder constituido, sólo a riesgo de abusar de sus propios instrumentos y quebrantar el principio de igualdad (C.P. art. 13), podría rodearse de tales exenciones.

Remplazado el antiguo sistema de la inmunidad, por el de un fuero especial, el único papel que puede asumir el Legislador al dictar su reglamento se contrae a hacer compatible su normal funcionamiento con la existencia y plena operancia de dicho fuero.

En este sentido, la precisión que se introduce en la ley acusada desconoce la independencia (C.P. art. 228) y la competencia funcional de la Corte Suprema de Justicia para ordenar la detención del Congresista (C.P. art. 186) y configura en favor de este último la consagración de un privilegio - adicional a su fuero - no previsto por el Constituyente y, por tanto, de imposible concesión unilateral por parte del mismo poder constituido beneficiario del mismo.

De otra parte, la reserva expresa y absoluta de competencia para ordenar la privación de la libertad de un Congresista que la Constitución atribuye única y exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia - máximo Tribunal de la jurisdicción Ordinaria -, independientemente de la etapa de investigación o juzgamiento y de la época de la comisión del delito, constituye suficiente garantía para el Congreso como institución y para cada uno de sus miembros, que no se interferirá de manera arbitraria e inconveniente en su correcto funcionamiento y en el ejercicio de sus deberes y derechos.¹⁴²

De otro lado y bajo el entendido, que la Justicia no puede denegarse por constituir delito de prevaricato, abriendo un grave antecedente jurisprudencial y también como precedente muy importante de competencia para juzgar aforados constitucionales, la sentencia absolutoria a favor del ex representante a la cámara

¹⁴² *Ibíd.*, p. 59-61.

Pompilio de Jesús Avendaño Lopera, Radicado 28779, del 9 de diciembre de 2009, referente a la línea jurisprudencial existente hasta el primero de septiembre de 2009, que señalaba con fundamento en los artículos 180º y 235º de la Carta Magna, que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce de las investigaciones y juicios penales contra parlamentarios aforados, excepto cuando dejen de ejercer el cargo, como una condición de que la conducta típica imputada, no tenga relación con la función relativa al cargo. No obstante, a partir de las mismas consideraciones y de una concepción distinta de la relación entre función y delito, la Sala modificó ese criterio cuando dijo:

(...) ...en el auto del 18 de abril de 2007, radicado 26.942, se exige para mantener el fuero a los congresistas después de haber cesado en el desempeño de sus labores, que se proceda por un delito de los denominados 'propios', cuando lo cierto es que el párrafo del artículo 235 de la normativa fundamental establece que el fuero se mantendrá 'para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas', sin aludir en manera alguna a la exigencia asumida antes por la Sala, que se convertía en un requisito adicional a los previstos en la Constitución Política.¹⁴³

En ese orden de ideas y enfocando el punto crítico o estratégico de la función legislativa que estructura el cargo e investidura de congresista, la Corte Suprema de Justicia en la misma decisión expresó:

*La 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 sus funciones.
"Tal es el caso de los Congresistas a quienes se les imputa la conducta de concierto para delinquir agravado por sus eventuales vínculos con miembros de las 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*

¹⁴³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto de sustanciación del 1 de septiembre de 2009, radicado 31.653. Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales- Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda. p. 65.

*delinquentes para orquestar la comisión de delitos no es ni podrá ser inherente al ámbito funcional de dicha corporación, si pone de presente, de un lado, que posiblemente hacía 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.*¹⁴⁴

En un abierto sentido teleológico de causa-acción, a fin de reflexionar y dilucidar sobre los aportes que se manifiestan en organizaciones ilegales, para afinar la relación entre función y conducta, señaló la Corte igualmente lo siguiente:

*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 medios 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 consideraba 'importante' para la sociedad.*¹⁴⁵

Observando y considerando hermenéuticamente ese punto de vista jurisprudencial, la Sala de la Corte Suprema reasumió de nuevo su competencia privativa, teniendo en cuenta que el núcleo esencial de la acusación y preposición jurídica, gira en torno a la posibilidad de que el señor Avendaño Lopera, al mantener su investidura en el cargo, hubiese ofrecido recursos del Fisco – lo que fue materia probatoria –, o dado el caso entregado sus propios recursos – lo que también se investigó – con el fin de promover la organización armada ilegal, como requisito para pedir a cambio de la ayuda electoral de las autodefensas. Si esta premisa así es aceptada, como se pronunció en la trascendental decisión del primero (1º) de septiembre de 2009, que en tratándose de aforados constitucionales, la ayuda que el mismo ofreció no puede ser distinta “*al de poner al servicio del grupo ilegal el andamiaje de sus funciones como Senador de la República*”, con la posibilidad que, en este sentido, ello hubiese ocurrido, por cuanto en este evento se ofrecía admisible y es válido para el tribunal, asumir

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 66.

¹⁴⁵ *Ibíd.*

nuevamente la competencia, pues se juzga el eventual compromiso por parte del parlamentario de influir en el Congreso (Corte Suprema de Justicia, Sala penal, providencia citada), con el único móvil y determinante de conseguir inversión social en las zonas de dominio de las autodefensas o grupos armados al margen de la Ley. Al menos, entonces, en lo que a la competencia se refiere, la Sala considera que la prueba permitía aproximarse a un juicio en el que la posibilidad de la relación entre conducta y función no era imposible, pero sobre todo en el caso de José Albeiro García, se refirieron al compromiso del político de direccionar inversión social hacia municipios en los que las autodefensas y grupos armados, habían sentado sus dominios, lo cual incrementaría el riesgo contra la seguridad pública, pues no es lo mismo la contribución del particular, que la del político con posibilidad de influir en el entorno legal o legislativo, donde opera y tiene base el grupo ilegal.

Por consiguiente, en éste juicio de valor sobre la competencia, confirma la Corte, no requiere certeza en sus premisas y conclusiones, sino la posibilidad de que se ofrezca admisible o válida la relación entre el factor funcional y objetivo del delito a los cuales se refiere la Carta Política, sin que ello implique que la Sala asuma inexorablemente que el procesado es por eso responsable de la conducta punible.

3.3.1 Tesis que sostiene que la corte suprema no es competente para conocer de los delitos del aforado constitucional. En controversial decisión dentro del radicado 26585 del 17 de septiembre de 2008, se observa en el auto que decide sobre la competencia de la Corte para adelantar la investigación y el juzgamiento del ex senador Humberto Builes, que la Sala Penal de la Corte Suprema, recrea hermenéuticamente el mismo análisis jurisprudencial, en torno a la pérdida de la competencia de la Corte Suprema de Justicia, por renuncia del aforado constitucional a su cargo e investidura.

En este caso se hará un extenso análisis de hermenéutica jurídica a esta importante sentencia, que conforme a la documentación allegada por la Corte en

el expediente e instructivo, quedó reseñada o señalada como la renuncia al cargo de congresista. En efecto, como es evidente la conducta que se le imputa al señor Humberto Builes, consiste en el delito de concierto para delinquir agravado previsto en el artículo 340.2 del Código Penal. Bajo la supuesta campaña proselitista como integrante y miembro de lista al Senado de la República para el período 2002-2006, bajo el entendido que esta no guarda ninguna relación con las funciones propias del cargo desempeñadas como congresista, por una parte y por la otra, porque en esa justa medida se desvanece o se desvirtúa el “fuero constitucional”, en lo que se podría definir como “desafuero parlamentario”.

En esta ocasión se dispuso por la Sala Penal de la Corte, enviar el expediente y sus actuaciones con destino ciego a la Fiscalía General de la Nación.

Esta tesis o situación jurídica compleja de decisión de casos difíciles, como lo plantea Hart, fue sostenida por la Corte y planteada en el siguiente contexto:

De ahí resulta claro que cuando los congresistas hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, la competencia para conocer de los delitos que no guardan nexo alguno con las funciones oficiales cometidos mientras eran miembros del Congreso o con anterioridad a su vinculación al órgano legislativo, deja de corresponder a la Corte y se determinará por los factores que señala el Código de Procedimiento Penal, ya que sólo si los hechos imputados tienen relación con las funciones desempeñadas, el fuero del congresista se mantiene una vez ha hecho dejación del cargo, pues la garantía de ser investigado y juzgado por un Juez Colegiado constitucionalmente predeterminado por hechos vinculados funcionalmente a su condición de servidor oficial se conserva”¹⁴⁶. (Subrayado fuera del texto)

Aunque en principio no compartimos esta tesis de la Corte, con los mismos argumentos, que en su momento esgrimieron los magistrados que salvaron su voto, es claro que la alta corporación no puede denegar justicia y su conducta podría ser entendida como contraria a la Constitución, por incurrir en una acción que puede tipificarse penalmente como prevaricato.

¹⁴⁶ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal, auto de única instancia de 10 de agosto de 2006, radicado 24.162.

3.3.2 Algunos salvamentos de voto a la tesis anterior. En este sentido el salvamento de voto del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, infiere que la Corte debe en todo caso, mantener su competencia a pesar de la renuncia del aforado a su cargo, de lo contrario se afecta el derecho al debido proceso, el principio del juez natural y la naturaleza del fuero constitucional.

El Magistrado disidente Espinosa Pérez, manifestó en este caso concreto como fundamento jurídico de su oposición, a la tesis mayoritaria de la sala de sustraer la competencia natural y el debido proceso, lo siguiente:

(...)

Y si bien, esas reservas únicamente se tradujeron en las respectivas constancias dentro de los debates, que no ahondaban en la materia, en tanto, se seguía la tradición de la Sala sobre ese aspecto, ahora, cuando se examina más a fondo el asunto y se observan, en el momento histórico concreto de la nación, los perversos efectos que sobre la juridicidad ello ha producido, advierto necesario salvar el voto, con la esperanza de que, a futuro, ello tenga eco una vez se verifique con mayor presteza como la decisión de la mayoría afecta no solo la característica constitucional de Estado social y democrático de derecho que signa la nación de acuerdo con lo consagrado en el artículo 1° de la Carta Política de 1991, sino caros principios del derecho penal tales como el debido proceso y el juez natural.

No se trata, debo aclarar, de que la Corte cambie su jurisprudencia, sino de afinar los conceptos de cara a hechos concretos, para evitar que se evalúen como delitos comunes conductas claramente vinculadas con la función congresional, o que se permita del aforado, por su sola decisión, determinar cuál ha de ser su juez o el procedimiento que habrá de determinar la responsabilidad atribuida.

Prosigue el magistrado disidente concretando en este punto de análisis, que comparativa y metafóricamente se asimila a una brecha o espacio de diferencia conceptual, que debe ser cerrada para no desmembrar la naturaleza de la garantía foral, en función del cargo, y expresa:

Es, entonces, en defensa de esa postura uniforme de la Sala, que entiendo necesario cerrar esas fisuras, para que ellas no se tornen, finalmente, grietas por las cuales se socave su esencia.¹⁴⁷

En el mismo planteamiento teórico, expone como precedente el magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, en torno a la adecuación definida por la sala en el

¹⁴⁷ Citado por Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de sustanciación del 1 de septiembre de 2009, radicado 31.653. Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales- Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda. p. 70.

pronunciamiento de fecha 29 de noviembre de 2.000, dentro del proceso de única instancia radicado con el No 11507 seguido contra el ex Representante a la Cámara Jairo Chavarriaga Wilkin, cuyo resumen, para los efectos de esta sentencia, es el siguiente:

3.- Los artículos 186 y 235 de la Carta Política establecen a favor del órgano legislativo y en garantía de la independencia y continuidad de sus funciones constitucionales, un fuero especial para sus miembros, según el cual, los delitos que éstos cometan serán conocidos “en forma privativa” por la Corte Suprema de Justicia, autoridad que tiene como una de sus atribuciones constitucionales propias, investigar y juzgar a los miembros del Congreso” pudiendo adelantar dichas actuaciones en todo momento.

De la preceptiva constitucional se establece que la garantía de que se viene hablando, es plena mientras los funcionarios cobijados con ella permanezcan en el cargo, ya que compete a la Corte conocer de las conductas punibles en que hayan incurrido antes de posesionarse como congresistas, y por los eventuales delitos que éstos cometan durante el período de su desempeño; de donde se deriva, entonces, que durante el ejercicio del cargo la competencia del órgano límite de la jurisdicción ordinaria no cubre únicamente los hechos punibles vinculados al ejercicio de sus funciones como parlamentarios, sino también los realizados como ciudadanos comunes.

Pero si los miembros del Congreso han cesado en el cargo, la Constitución establece que el fuero se limita a las conductas punibles “que tengan relación con las funciones desempeñadas” cuando ejercieron la actividad oficial, de acuerdo con lo establecido por el artículo 235 de la Carta Política.

Son entonces el cargo, o las funciones discernidas, los factores que determinan la aplicación del fuero constitucional y el rango del tribunal al que le compete conocer del asunto, independientemente de la persona individualmente considerada o de la existencia en contra suya de otras investigaciones o procesos penales; por ello se le caracteriza como funcional e impersonal y, su origen se radica en la conveniencia de sustraer a éstas específicas dignidades de las reglas generales que gobiernan la competencia judicial, para garantizar, como ha sido visto, de una parte la dignidad del cargo y de las instituciones que representan, y, de otra, la independencia y autonomía de algunos órganos del poder público a fin de que sus actuaciones no se vean entorpecidas por el ejercicio abusivo del derecho de acceso a la justicia o la injerencia de otras autoridades.¹⁴⁸

Considerando la extensa exposición de motivos que presenta el disidente en esta sentencia, y como quiera que resulta fundamental y primordial recurrir a la cita de referencia extensa, consideramos necesaria la transcripción que trae el mismo, para cimentar en sus palabras como pilares fundamentales del instituto del fuero,

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 71

su naturaleza y alcances, lo que se traduce sin lugar a dudas en advertir cómo algunas de las expresiones que se debatieron por los aforados que renunciaron a su calidad parlamentaria, no obedecían a la realidad y se apartaban flagrantemente del espíritu que acuña e imprime la Carta fundamental.

Y concluyó el mismo actor:

(...)

Es la Corte, y así expresamente lo consagró ese Constituyente Primario, el Juez natural de los miembros del Congreso de la República. A su turno, es claro que el procedimiento y la intervención misma de la Corte, en la investigación de esos funcionarios con calidades especiales, no constituye violación o cercenamiento de garantías para el investigado.

Todo lo contrario, a pesar de la impresión que algunos pretendan causar en los medios de comunicación, es lo cierto que la competencia de la Corte se erige en garantía de los derechos del congresista, pues, así se faculta que sea el máximo órgano de la justicia ordinaria, con sus excelsas calidades, quien adelante el trámite, de manera colegiada y con pleno respeto del debido proceso y derecho de defensa.¹⁴⁹

En este análisis sistemático de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se expresa que el hecho de que no exista la oportunidad de acudir a otra instancia, no viola preceptos superiores de la Carta, como tampoco vulnera garantías fundamentales, por cuanto se concluye la competencia privativa de la misma para adelantar la investigación y el juzgamiento, conforme el artículo 235^o-3 Superior.

Por otra parte, es primordial reconocer que el instituto del fuero constitucional no ha sido instituido única y exclusivamente a favor de la persona del aforado constitucional, sino de su función legislativa y por ende, del cuerpo colegiado, por manera entonces que no es dado al funcionario, *per se*, determinar por su fuero interno, si es viable si o no, que la Corte Suprema de Justicia asuma de inmediato el conocimiento de la investigación que lo involucra o continúe con el mismo, una vez avocado conocimiento por la misma corporación.

De contera, dijo entonces la Corte al respecto:

¹⁴⁹ *Ibíd.*, p. 72-73.

(...)

De ahí resulta claro que cuando los congresistas hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, la competencia para conocer de los delitos que no guardan nexo alguno con las funciones oficiales cometidos mientras eran miembros del Congreso o con anterioridad a su vinculación al órgano legislativo, deja de corresponder a la Corte y se determinará por los factores que señala el Código de Procedimiento Penal, ya que sólo si los hechos imputados tienen relación con las funciones desempeñadas, el fuero del congresista se mantiene una vez ha hecho dejación del cargo, pues la garantía de ser investigado y juzgado por un Juez Colegiado constitucionalmente predeterminado por hechos vinculados funcionalmente a su condición de servidor oficial, se conserva.¹⁵⁰

Según la referencia bibliográfica que venimos revisando, la cual fue creada por la Corte Suprema de Justicia, en la obra ya citada, la Magistrada Marina Pulido de Barón, dentro del mismo proceso salvó su voto, en posición desde el plano de la facticidad funcional y objetiva del específico caso, para retener y conservar la competencia de la Sala, y al respecto se pronunció:

Más aún, a partir de esta clara y explícita previsión de rango constitucional, también admito que la prórroga del fuero en estos eventos depende de la concurrencia de un requisito de carácter funcional u objetivo, consistente en la relación directa y próxima que debe tener la conducta punible con las funciones desempeñadas, que tratándose de los miembros del Congreso de la República, se encuentran previstas en los artículos 150 y siguientes de la Carta Política.

Mi discrepancia surge, entonces, en la conexión que realiza la mayoría de los integrantes de la Sala, de esta exigencia puramente objetiva o funcional, reitero, con el elemento subjetivo de ciertas infracciones a la ley penal para colegir, por esta vía, en contra de la comprensión que surge del texto superior, que el fuero ante la dejación del cargo se mantiene exclusivamente respecto de los llamados delitos propios, que por definición presuponen la calidad de servidor público, para el caso de los congresistas. Pero, además, no una relación directa e inmediata de la conducta punible con la función pública, sino el abuso funcional o del cargo, que es un aspecto asaz diferente.

En otras palabras, esta interpretación, en mi criterio, 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, es decir, estudiando tal aspecto frente a una situación concreta con la necesaria y debida ponderación de sus específicas circunstancias de comisión, única forma de poder concluir si, atendiendo el mandato constitucional en cita, debe mantenerse el fuero para su investigación y eventual juzgamiento.¹⁵¹

¹⁵⁰ *Ibíd.*, p. 73-74.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 74-75.

En su exposición, la misma magistrada, para puntualizar el concepto de 'juez preconstituido', que tiene soporte legal y constitucional, amén al fuero de los congresistas que se discute en el presente caso, cita como precedente un salvamento de voto que hoy tiene plena vigencia, como quiera que se refiere a aspectos generales y universales del derecho, apoyándose en la Sentencia C-1064 de 2002, que en este sentido expresó:

El concepto de juez ordinario natural busca proteger el mismo tiempo una pluralidad de valores; dentro de esos valores están: La imparcialidad del juez; la independencia del juez; el principio de legalidad; el debido proceso, y todas ellas apuntan a proteger la libertad de los ciudadanos. El concepto de juez natural ha evolucionado en el sentido de garantizar la determinación del juez (antes de que cometa el hecho), no sólo en abstracto, sino también en concreto, de tal manera que la garantía cobija no sólo la determinación del órgano que juzga sino que además la composición del órgano que juzga; con el fin de que la determinación del juez en concreto se haga por el legislador y además con reglas objetivas que eviten que se designen jueces a dedo.

El principio del juez natural es una garantía de la libertad de los ciudadanos. Con fundamento en tal principio, ninguna persona puede ser juzgada si no es por el juez preconstituido por la ley, esto es, el juez establecido con anterioridad a aquel particular juzgamiento y, lógicamente, se requiere que ese juez sea competente para juzgar ese hecho, competencia que le ha sido dada por una ley anterior al juicio mismo.

El principio del juez natural, entendido como norma sustancial, implica no sólo la preconstitución del órgano competente para juzgar sino también la preconstitución de su composición. Por esta razón, en ciertos sistemas jurídicos, como el alemán, la garantía del juez natural cobija también la determinación previa del procedimiento interno con que se juzga; por ejemplo, que esté establecido claramente cómo se hace el reparto a los diversos jueces o el reparto interno de los tribunales; cómo se determina en estos últimos el orden del día de los casos que van a ser fallados, etc.¹⁵²

Como se puede observar, la clara, transparente y diáfana exposición de motivos que presenta la magistrada Marina Pulido de Barón, para connotar el principio del juez natural que tiene amplia y vasta cultura constitucional, pues el mismo constituye un derecho inalienable e ineludible, que en determinados casos, con un criterio restrictivo, es excepcional para la sala como instancia judicial, dada su

¹⁵² *Ibíd.*, p. 75.

esencia constitucional y legal de ser investida de adelantar la investigación y juzgamiento de los aforados constitucionales.

De donde se deduce puntualmente, que la interpretación restrictiva que hasta el presente caso, ha observado la Corte en esta discutida sentencia, si bien es cierto se mantiene en una dirección firme y clara de lo que se deduce del parágrafo del artículo 235º de la Constitución Política, también es válidamente aceptado para el intérprete no debe perder de vista, la confrontación sistemática y contextualizada del mandato constitucional ordenado por el constituyente primario y, específicamente, velar por el reconocimiento de los valores y principios que orientan e inspiraron la norma fundante.

En sede de interpretación y análisis desde la sistemática, o desde la finalidad e historicidad del problema planteado, podemos concluir de esta sentencia que cuestiona la legitimidad y eficacia de la competencia de la Corte Suprema de Justicia para juzgar aforados constitucionales, un criterio válido y único de interpretación (por encima del sistemático, teleológico e histórico), por cuanto sería necesario -antes de cualquier consideración jurídica-, reconocer la presencia o existencia de una antinomia constitucional, situación ésta que ciertamente resulta inaceptable desde una lógica de proporcionalidad, ya que su significado y alcances, en relación a los valores y principios fundamentales de prevalencia del juez natural, debe primar por encima de todo, en aras de reconocer la legitimidad, eficacia y validez de la justicia, como un imperativo categórico de superior jerarquía.

Interpretación que concluye, que sería tanto como reconocer que la facultad de investigar y juzgar a un aforado constitucional, no depende de la simplicidad, practicidad, funcionalidad y objetividad de la norma fundante superior, sino del capricho o libre albedrío del sujeto procesal. En este caso, el garante del privilegio foral, quien podría ostentar dicha investidura como un arma de doble que se

podría esgrimir en contra de los más claros principios y valores constitucionales que orientan el preámbulo de la Carta Fundamental.

Como extensión de esta argumentación podemos anotar según lo ha manifestado la corte:

El primer camino atiende a la interpretación contextualizada y de cara a los valores y principios constitucionales que debe primar en la interpretación de lo consagrado en el párrafo del artículo 235 de la Carta Política, en consecuencia de lo cual, incontrastable que la Sala abrió investigación penal en contra del aforado, cuando éste desempeñaba su función congresional, no importa cuál sea el tipo de delito que se le enrostra (funcional o común), es necesario que se siga el trámite hasta su culminación con decisión de fondo, tarea en la cual ninguna incidencia tiene la renuncia que recientemente hizo el parlamentario a su investidura, pues, claro asoma que esa dejación del cargo tuvo como norte evadir la competencia de la Corte para investigarlo, con palpable desmedro del debido proceso y el principio del juez natural.

La segunda vía atiende a la naturaleza del delito por el cual se vincula penalmente al sindicado y su evidente relación con el cargo, o mejor, con la Condición de aforado consecuencial al mismo. Si claramente el párrafo del artículo 235 Constitucional, advierte permanente el fuero, independientemente de la pérdida de la investidura “para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”, una cabal interpretación de lo atribuido al procesado, permite concluir que, en efecto, ese delito a él atribuido tiene relación “con las funciones desempeñadas.”¹⁵³

3.3.3 Cambio de Jurisprudencia de la Corte Suprema, para mantener la competencia en la Investigación y Juzgamiento de Aforados Constitucionales. El día 1º de septiembre de 2009, en el Radicado 31.653, mediante auto que decide sobre la competencia de la Corte para adelantar la investigación y el juzgamiento del ex representante a la cámara Edgar Eulises Torres Murillo, la Corte Suprema de Justicia conservó su competencia a pesar de la renuncia del aforado a su cargo.

En este importante cambio de jurisprudencia la alta corporación mantiene el *statu quo*, que el constituyente primario le abrogó a la Corte en los artículo 186º y 235º

¹⁵³ *Ibíd.*, p. 79.

No. 3 de la Carta Fundamental, asumiendo de contera el ejercicio jurisdiccional que como operación dentro del poder público le corresponde.

Realizando una revisión minuciosa y retrospectiva a los principales pronunciamientos que ha expedido la Corte en torno a esta jurisprudencia, a partir de la expedición de la Constitución Nacional de 1991, encontramos las siguientes tesis y planteamientos sobre la materia aforados Constitucionales:

En el auto de fecha 18 de marzo de 1992. Rad. 7.092, la corte dijo: “Cuando hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, la competencia para conocer de los delitos que cometieron mientras eran miembros del Congreso y que no tienen nexos alguno con sus funciones oficiales, deja de corresponder a la Corte y de determinará por los factores que señala el Código de Procedimiento Penal” (subrayas fuera de texto).

En el auto de fecha 15 de febrero de 1995. Rad. 9675, modifica la tesis:

Dentro de los parámetros de la aplicación del artículo 235.3 de la Constitución Nacional, la Sala ha entendido que el fuero integral de investigación y juzgamiento allí consagrado para los Senadores y Representantes a la Cámara cobra vigencia frente a cualquier ciudadano que ostente una de esas dos calidades, sea cual fuere la índole del hecho punible que se le atribuya, y se mantiene, aún cuando el imputado o procesado se haya separado del ejercicio de ese cargo de elección popular, a condición de que la conducta que se le imputa ‘tengan relación con las funciones desempeñadas (Subrayas fuera de texto).

En el auto de fecha 18 de febrero de 1997. Rad. 10684, expresó que se mantiene, teniendo en cuenta dos puntos de vista, un factor funcional y otro que puede ser un factor de protección personal, así:

El fuero constitucional creado por la Carta Política de 1991, en contraposición a la inmunidad que garantizaba la de 1886, debe entenderse entonces desde un doble punto de vista: Desde la óptica de protección de la actividad parlamentaria como función, caso en el cual la competencia de la Corte, en el supuesto de la desvinculación del sujeto pasivo de la acción penal, se mantiene para todos aquellos ilícitos cometidos por razón o con ocasión de la función congresional; y, desde la perspectiva de la protección personal de sus miembros, pues en tanto estén vinculados a la actividad legislativa solo pueden ser investigados y juzgados

por el máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea la época en que se haya cometido la infracción que origina la actuación judicial. (Subrayado fuera de texto)

En el auto de fecha 23 de mayo de 2001. Rad. 17.657, dijo la Corte en torno a las funciones del parlamentario, que son factor de competencia de orden público que se mantiene, si guarda relación con las funciones del cargo, y al respecto puntualizó:

El fuero de investigación y juzgamiento reservado a la Corte Suprema de Justicia y consagrado para los Senadores y Representantes a la Cámara en el numeral tercero del artículo 235 de la C.N., por ser un factor de competencia y por ende de orden público, cobra vigencia frente a cualquier ciudadano que ostente una de esas dos calidades, sin importar la índole del hecho punible que se le atribuya, ni la época de la comisión del reato, dado que el fuero persistirá mientras se desempeñe el cargo, y se mantendrá aún ante la cesación en el ejercicio de aquél, la renuncia a la investidura de Congresista o la pérdida de ella, si el hecho imputado guarda relación con las funciones parlamentarias ejercidas. (Subrayas fuera de texto).

En la Sentencia de fecha 2 de junio de 2004. Rad. 9.121, la corte cambia significativamente la tesis, esta vez dependiendo de la condición fáctica de ser o no congresista, es decir, de si se tiene o no la investidura y conforme a esta situación, se allana a una competencia que podríamos denominar funcional, al respecto la corporación expresó:

La Corte Constitucional ha dicho que 'razones elementales de sentido común y claras prescripciones constitucionales indican que esa competencia de la Sala de Casación Penal no cubre únicamente los delitos cometidos por los congresistas como ciudadanos corrientes sino que se extiende a aquellos hechos punibles ligados al ejercicio de sus funciones como parlamentarios. En efecto, el parágrafo del artículo 235, que señala las competencias de la Corte Suprema, precisa que, una vez que la persona ha cesado en el ejercicio del cargo, el fuero 'sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas'. Esto significa que la Carta distingue dos hipótesis: mientras una persona sea congresista, será investigada por la Corte Suprema por cualquier delito; sin embargo, si la persona ha cesado en su cargo, entonces sólo será juzgada por esa alta corporación judicial si se trata de delitos relacionados con el cargo¹⁵⁴ (subrayas fuera de texto).

¹⁵⁴ Véase también en concordancia la Sentencia **SU-047** del 29 de enero de 1999.

En el auto de fecha 3 de agosto de 2005. Rad. 23254, la Corte sigue dándole continuidad al criterio de interpretación jurisprudencial, en el entendido de aforar al parlamentario, como si éste tuviera una sombra o manto en sus actuaciones, respecto de la funcionalidad y el ejercicio fáctico de la investidura respecto de las funciones del cargo desempeñadas, y en este sentido manifiesta:

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 235 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 186 ibídem, es atribución exclusiva de la Corte Suprema de Justicia investigar y juzgar a los miembros del Congreso por los delitos que se les imputan. Esa tutela foral que la Constitución le brinda a los Congresistas, ha precisado la jurisprudencia de la Sala, ‘significa, desde la perspectiva de la protección personal de sus miembros, que en tanto estén vinculados a la actividad legislativa sólo pueden ser investigados y juzgados por esta Corporación, cualquiera que sea la época en que se haya cometido la infracción que origina el proceso judicial’ -Auto del 29 de septiembre de 1999, Radicado 15608-. Cuando tales 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’, reza a renglón seguido el Parágrafo del precepto citado en primer lugar.

Como las conductas atribuidas al ex-parlamentario en mención no guardan relación alguna con la función de congresista, es claro que la cesación en el ejercicio del cargo ha hecho desaparecer el factor personal generador de la competencia de la Corte para seguir conociendo de este asunto, conforme al citado Parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política.

Desde este punto de vista, se puede observar hasta aquí, que a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, la tesis dominante de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se mantuvo incólume o estática, respecto a conservar la garantía foral para las “*conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas por aforados constitucionales*”, tal como lo consagra expresamente y de manera categórica y funcional el artículo 235º de la Constitución Política.

En punto de discusión e interpretación de esta serie de actuaciones del alto tribunal, podemos concluir que el factor predominante de la competencia de la Corte en estos casos, brillo más por el carácter de la función, que por la luz propia del factor personal de su investidura y protección personal que tiene la garantía o privilegio foral.

Sin embargo, este cambio jurisprudencial en la línea de fallos y decisiones de la Corte Suprema de Justicia, a la luz del amparo y tutela foral, se modificó sustancialmente a partir del auto del 18 de abril de 2007, tal como se puede consultar en el radicado 26.942 de la Sala Penal, en donde quedó consignado el siguiente criterio de análisis jurisprudencial, cuando esta dijo:

Para que el fuero se mantenga en la segunda hipótesis – cuando se ha perdido la calidad congresional – no basta con cualquier relación entre la conducta atribuida y la condición de parlamentario, sino que se precisa que ese vínculo sea directo e inmediato en términos de estar frente a lo que la doctrina denomina ‘delitos propios’, entendiendo por tales los que sólo puede cometer el servidor público en relación con las funciones que le han sido deferidas por mandato de la Constitución o de la Ley y los que le sean conexos.

Bajo la anterior premisa (‘los cabecillas de esa especie de agrupaciones ilegales promovieron tal tipo de pactos con personas con cierto grado de representatividad’, se aclara), la calidad de congresista u otras similares resultan aleatorias, como también la relación que pudiera predicarse entre dicha calidad y la posible conducta prohibida, máxime si se entiende que lo que es objeto de eventual reproche hace relación a la posible asociación ilegal para la promoción de la organización armada, conducta que como también es natural entender, mal puede concebirse como una de aquellas que de manera exclusiva y excluyente pueda cometer un parlamentario por razón de las funciones que desempeña (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Con este fallo de fecha 18 de abril de 2007, radicado 26.942, se integra y agrega como requisito adicional para conservar la garantía foral por parte de los parlamentarios, el haber terminado el ejercicio de sus funciones, para que se tipifique un delito de los denominados por la corporación como “**propios**”, cuando en realidad de verdad, en el parágrafo del artículo 235^o de la Carta Magna, se consagra el amparo foral, en los siguientes casos y “para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas”, sin evadir o separar en manera alguna, la exigencia asumida antes por la Sala, excediendo los límites de su potestad reglamentaria.

Definitivamente, el término de “**delitos propios**” agregado en esta jurisprudencia y el fuero parlamentario se conservan en tanto se trate de conductas punibles

inherentes al ejercicio de la función, según su investidura pública objetiva que corresponde a Senadores y Representantes en los términos del artículo 150º y ss. de la Carta Política, sin embargo, se debe acudir al referido párrafo del artículo 235º de la Constitución cuando no se trata específicamente de “**delitos propios**”, sino de punibles “que tengan relación con las funciones desempeñadas”, siempre que de su contexto se advierta el vínculo con la función pública propia del Congreso.

Así las cosas en la sentencia absolutoria a favor del ex senador Carlos García Orjuela por el delito de concierto para delinquir agravado, Radicado 29632 del 29 de septiembre de 2010, la Corte nuevamente modifica su competencia para conocer de los delitos cometidos por aforados constitucionales, y reitera que con fundamento en el artículo 235º de la Constitución Política y 75, numeral 7 de la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal conoce de los procesos penales que se adelanten contra congresistas, tanto de la fase de la investigación como la del juicio, siempre que la conducta punible que se les endilgue tenga relación directa con su función y cargo.

En este sentido, la Sala de la Corporación en decisión de 1º de septiembre de 2009, varió su posición jurisprudencial conforme con la cual sostenía que perdía competencia para investigar y juzgar cuando el congresista abandonaba su curul por renuncia o vencimiento del período constitucional y en tal sentido precisó:

(...)

La relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza por cuenta 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 que sea 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. (Subrayado fuera del texto)

Tal es el caso de los congresista a quienes se les imputa la conducta de concierto para delinquir agravado por sus eventuales vínculos con miembros de las autodefensas cuando ya ocupaban una curul en el Congreso de la República, proceder que si bien no es propio de sus funciones, en cuanto reunirse con delinquentes para orquestar la comisión de delitos, no es ni podrá ser inherente al ámbito funcional de dicha Corporación, sí pone de presente, de un lado, que

posiblemente hacía 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 si se tiene en cuenta que de conformidad con las reglas de la experiencia, en una empresa delictiva dada 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 con 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 judiciales¹⁵⁵.

Como consecuencia directa de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia el día 1º de octubre de 2009, reasumió la competencia del proceso adelantado contra el parlamentario Carlos Armando García Orjuela y aunque la decisión no fue recurrida por vía del recurso horizontal, finalmente ratificó y confirmó su planteamiento al resolver sendas solicitudes de nulidad presentadas por el Ministerio Público y el defensor dentro del término señalado en el artículo 400º de la Ley 600 de 2000, cuando respecto a este tema concreto, determinó:

Dicho escenario permite evaluar el nexo exigido por el mandato constitucional, entre los delitos imputados y su relación con las funciones desempeñadas por el congresista, permitiendo ello, de acuerdo con la posición jurisprudencial referida, que se mantenga la competencia de la Sala para conocer de la actuación, no obstante, García Orjuela, hubiese cesado en sus funciones.

En otras palabras, lo que para el caso debe evaluarse como en efecto se ha hecho es que la conducta atribuida a él tenga relación, vale decir, se hubiese materializado en unos entornos de conexión, enlace, correspondencia o efectos reflejos con las funciones públicas desempeñadas. La finalidad paramilitar de refundar la patria fue un proyecto político- criminal al que se concertaron servidores públicos que pusieron al servicio el cargo que ostentaban y la funcionalidad del mismo.

Por tanto, para el caso no se trata de una mirada restrictiva en la que tan solo tenga cabida de manera exclusiva y excluyente de los delitos denominados propios funcionales con sujeto activo cualificado como requerimiento esencial e

¹⁵⁵ Citado por, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, auto de sustanciación del 1 de septiembre de 2009, radicado 31.653. Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales- Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda. p. 95-96.

*indispensable porque esa no es la lectura que resulta del párrafo constitucional del artículo 235.*¹⁵⁶

Finalmente y para concluir el análisis hermenéutico en este punto del tema, respecto de la Competencia de la Corte Suprema de Justicia para investigar y juzgar aforados constitucionales, se desprende de la sentencia condenatoria contra del ex senador Vicente Blel Saad, según el Radicado 23802 del 26 de enero de 2010, por el delito de concierto para delinquir agravado, mediante auto del pasado primero (1º) de septiembre de 2009, ya comentado en el proceso de única instancia con el radicado No. 31653, la Corte en esta oportunidad varió la tesis anterior sostenida desde el pasado 18 de abril de 2007, en el radicado No. 26942 y volvió nuevamente a acoger el precedente constitucional que sostuvo desde mucho antes de esta decisión, que según se puede apreciar del simple análisis, ha oscilado en uno y otro sentido de manera dispar, es decir, fluctuante en su opinión y contenido jurisprudencial, que da la mediática impresión, de que ocurrió en un suceso político - jurídico, y contexto social convulsionado frente a la pugna de todos los poderes del Estado, especialmente de las altas Cortes con el Gobierno del Doctor Álvaro Uribe Vélez.

Así las cosas, la Corte en su momento sostuvo la tesis que pese a la renuncia del fuero e investidura del congresista allí investigado, en este caso Édgar Eulises Torres Murillo, la Corte mantenía la competencia para juzgarlo, pues el delito a él imputado, a pesar de no ser de los denominados “propios”, tenía relación con las funciones desempeñadas. En este caso, luego de regresar el expediente a la Corte proveniente del Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en donde se adelantó la etapa del juicio, la corte por mayoría dispuso reasumir el conocimiento para proseguir la actuación.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, p. 96.

En efecto, sólo a partir del 18 de abril de 2007 dentro del radicado identificado con el No. 26942 y hasta el día 1º de septiembre de 2009, fue criterio reiterado, dominante y mayoritario de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los procesos adelantados en dicho lapso, apartarse del conocimiento de los mismos y enviando los expedientes de única instancia potestativos de su competencia contra aforados constitucionales, a la Fiscalía General de la Nación para que ésta institución continuara las actuaciones, cuando los miembros del Congreso de la República de Colombia, renunciaban a su garantía foral y presentaban renuncia en el ejercicio de sus cargos, bajo la ingeniosa e impropia óptica jurídica conforme a la cual, tan sólo los “delitos propios” correspondían a lo expresado en el párrafo del artículo 235º Superior, es decir, bajo el entendido que éstos eran los únicos que tenían relación con la función constitucional.

Sin embargo, desde el día 1º de septiembre de 2009, en la sentencia que se viene analizando, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, reasume y avoca conocimiento de los casos denegados conforme la tesis anterior del 18 de abril de 2007, y aclara para corregir su error como criterio mayoritario de la Sala, que no importa la renuncia al cargo e investidura del aforado constitucional y así éste haya cesado en el ejercicio de sus funciones, no produce *per se* y en forma automática, el desprendimiento de la competencia de la Corte, para investigar y juzgar cualquiera de los delitos comunes cometidos aforados constitucionales.

Obviamente, es la normativa constitucional consagrada en el párrafo del art. 235º de la Carta la que permite inferir la conclusión, porque si bien es cierto se venían considerando como relacionados con la función tan sólo los “delitos propios”, tan bien es válidamente aceptado al hacer el análisis jurisprudencial, que estos no son los únicos con esa característica especial. Se evidencia en tal sentido y así se puede interpretar, que si la conducta propia o no - como se le denominó- (delitos propios), tiene relación directa con la función, lo cual no puede resultar de un simple análisis de interpretación meramente exegética, sino por el contrario, de una interpretación teleológica y sistemática, pues se advierte así, que

lo que constitucional y legalmente permite extender y mantener la competencia, pese a la cesación o renuncia en el cargo e investidura foral, es que la conducta punible o delito **“tenga relación”** –nexo, vinculo, conexión, enlace o correspondencia- con las funciones desempeñadas en el cargo de senador o representante y no por el contrario como erróneamente se había interpretado, única y exclusivamente por los delitos cometidos en cumplimiento de las funciones, pues ello no fue precisamente lo que el constituyente primario contempló; si se considera que las funciones de los aforados parlamentarios, deben orientarse a lo dispuesto por el artículo 133º y 150º de la Carta Política, en el supuesto de que son ellos como padres de la patria (*Pater patriae*), quienes *“representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común”* en el ejercicio de sus sagradas funciones constitucionales.

CONCLUSIONES

Colombia como Estado social de derecho, se ha constituido a partir de la Constitución Nacional de 1991, como República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, sin embargo, lejos de cualquier consideración axiológica en torno al tema central de la tesis, en torno a la impunidad o inmunidad del Fuero Constitucional parlamentario frente a la mayoría de los procesos iniciados por la Corte, y por una gran mayoría que no han sido decididos y fallados, es importante resaltar que con el descubrimiento del fenómeno de la parapolítica, el choque de trenes entre los tres poderes públicos, los ataques a la privacidad los magistrados de las altas Cortes y recientemente los casos de corrupción por parte de aforados constitucionales, especialmente senadores y representantes dentro de los cuales, obviamente hay congresistas Santandereanos, se cambió de manera drástica y categóricamente, la idea y percepción social que se observó en los últimos años del Estado colombiano de cara a la opinión internacional y de los observatorios de Derechos Humanos en el exterior.

Los gobiernos que antecedieron al presidente Alvaro Uribe Vélez, se dieron a la tarea diplomática de concebir y transmitir la falsa y errónea idea, o falacias de misericordia, autoridad y del arenque rosado, que estábamos frente a un '**Estado víctima**' secuestrado y asediado por fuerzas armadas terroristas al margen de nuestra institucionalidad, de grupos ilegales que se peleaban entre sí por conseguir el poder territorial y respeto del pueblo dentro de nuestras más apartadas regiones, quienes cometían toda clase de delitos atroces y de lesa humanidad en contra de la población civil.

No obstante, esta connotada y lamentable situación, que se desencadenó en un fenómeno social de acción y reacción de masas, se vio reflejada de manera tardía al interior de nuestra clase dirigente, intentos por lograr la paz y legitimidad de nuestras instituciones democráticas de representación popular. En este sentido, empresarios, ganaderos y todos los que de una u otra forma se vieron afectados por la ingobernabilidad del Estado, permearon tal corrupción con la ineludible intención de crear y respetar pactos y acuerdos para refundar la patria, -como denominaron algunos miembros de esos grupos armados-, a fin de responder a la defensa legítima de sus intereses y al mismo tiempo ilegal, por tratar de hacer justicia por sus propias manos, en un ejercicio arbitrario y acomodado de sus propias razones.

Determinar, limitar y aceptar este dilema, frente a nuestro sistema jurídico normativo y constitucional, es la situación fáctica más relevante, dentro de un proceso de justicia transicional que siempre gira en torno a la decisión de reparar a las víctimas y perseguir criminalmente a quienes cometieron crímenes considerados atroces o de lesa humanidad. Este dilema social, se crea de una confrontación clara entre las demandas de justicia de la sociedad, por una parte y de la reparación de las víctimas, de cara a los intereses de los grupos armados en conflicto y las necesidades prácticas de las negociaciones de paz, por la otra, en medio de herramientas jurídicas constitucionales, como las dispares y variadas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en los mencionados procesos, expedientes, radicados y autos de decisiones tomadas a favor o en contra de los aforados Constitucionales.

La solución a esta fuerza de tensión es determinante en nuestro Estado social de derecho, ya que fundamenta la estrategia de reconstrucción y reconciliación social. Sin embargo, no hay una respuesta unívoca y certera frente a la verdad que pretenda resolver esta situación. De hecho existen varias opiniones que respaldan diversas posiciones que van desde la política de olvido, indulto,

amnistía y perdón, hasta el punto final del castigo de todos y cada uno de los violadores de los derechos humanos y fundamentales, por el compromiso que tiene adquirido el país ante la comunidad internacional.

Por esta razón, algunos de los cuestionamientos de la Corte fueron materia de discusión en el reciente proceso de negociación con los paramilitares que se acogieron al proceso de paz en Colombia. La solución jurídica y constitucional del problema planteado y por la cual optó el Estado colombiano, tuvo en cuenta antecedentes totalmente diferentes que vale la pena mencionar. En primer lugar, el proceso de paz que se dio antes de los años noventa, trajo consigo la firma de acuerdos parciales de paz, en los cuales un requisito fundamental era la concesión por parte del Estado, representado por el Gobierno de turno para conceder la amnistía, el perdón y el indulto.

No obstante, que en Colombia sólo se permite la concesión de la amnistía y el indulto por delitos denominados políticos, algunos desmovilizados en aquella época, sí fueron procesados penalmente. Por esta razón la política de los gobiernos anteriores a la Constitución de 1991, en materia de justicia para el caso de que se trata, fue de perdón y olvido. *Contrario sensum*, la política después de la expedición de la actual Constitución Política, se equilibra en la búsqueda de la persecución penal de los desmovilizados, creando el asincrónico mecanismo novedoso en el mundo de la verdad, la conciliación y la reparación de las víctimas del conflicto.

El marco jurídico constitucional pretende dar una respuesta satisfactoria a la pregunta central: ¿Qué cambios sustanciales a partir de la vigencia de la Constitución Nacional de 1991, se presentan en torno a la interpretación, análisis y sistema garantista del denominado Fuero Constitucional parlamentario, aplicado a los miembros del Congreso de la República de Colombia? Para responder a este interrogante, se creó por parte de los honorables miembros del Congreso de la

república, un marco jurídico que tiene su fundamento en la Ley de Justicia y Paz, a favor de los miembros de los grupos armados en conflicto, donde algunos de estos aforados constitucionales eran miembros y simpatizantes.

Y por otra parte, se plantea la estructura del denominado fuero Constitucional teniendo en consideración el régimen legal y constitucional de privilegio y garantía foral. Los dos sistemas iniciales tienen *per se*, dos objetivos y criterios formales distintos, que impactan de contera al resto del marco jurídico constitucional desarrollado con posterioridad a la Carta de 1991. El primero, con el objetivo claro de facilitar los procesos de paz y de reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley; el segundo, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Un tercer proceso resulta de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en torno a la validez y aplicación del amparo foral, a los miembros del Congreso que resultaron implicados por las versiones libres de los miembros de grupos ilegales armados al margen de la ley, como aforados Constitucionales.

Desde esa perspectiva legal y pertinencia hermenéutica frente al análisis, interpretación, comprensión y aplicación de la Constitución Nacional de 1991 en materia de Fuero como garantía, sus diferentes modalidades, y resultados judiciales conforme a las sentencias y expedientes radicados en la Corte, se pudo concluir el alcance de esta garantía constitucional, que como prerrogativa y derecho, tienen los sujetos activos aforados a partir de la vigencia de la nueva carta política, frente a sus implicaciones, alcances, contenidos legislativos y jurisprudenciales, para hacer una mejor comprensión y metodología de las situaciones que afloran a la luz de sentencias analizadas sobre la validez, eficacia y legitimidad de esta figura constitucional en el caso de los senadores y representantes dentro del Congreso de la República, en los llamados casos de parapolítica o de corrupción parlamentaria como se puede presentar en el futuro

por los casos denunciados recientemente de cohecho, tráfico de influencias, contratación pública, información privilegiada, desviación de recursos públicos y otros tipos penales que se encuentran en la ruleta del congreso y de los altos funcionarios del gobierno en el orden del día.

La razón de ser de esta prerrogativa y garantía (Fuero Constitucional) es la de mantener el equilibrio y estabilidad entre los poderes del Estado dentro de regímenes democráticos y Estados sociales de Derecho, para salvaguardarlos de eventuales acusaciones sin fundamento o de choques o roces de poderes, como se ha caracterizado en los últimos años dentro del enfrentamiento del gobierno con las altas Cortes, y de éstas con el congreso por los denominados juicios de parapolítica.

Por otra parte, vale la pena reconocer que puede llegar a existir cierta responsabilidad de los legisladores, (Senadores y representantes) para cumplir su exigencia constitucional, frente al fuero de los altos dignatarios del Estado, si estos no se pronuncian o no requieren de la declaratoria de seguimiento de causa o declaración de procedencia, como se ha llamado en otros países, que pretenden desmontar y aniquilar la figura de doble filo que jurídicamente representa el Fuero Constitucional.

Una expresión de uso común, que suele emplearse en estos casos, frente al ejercicio de esta aplicación constitucional, como ente acusador frente al ejercicio de la garantía constitucional denominada fuero Constitucional, es la de inmunidad parlamentaria, que excluye a la Fiscalía General de la Nación, ente que no debe estar supeditado al poder ejecutivo, para evitar las incompatibilidades de ejercicio inquisidor al momento de juzgar a los altos funcionarios del Estado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según algunos observadores internacionales y monitores de opinión frente a los procesos de parapolítica por

delitos comunes adelantados contra Congresistas –senadores y representantes en su gran mayoría de la coalición de gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez-, inicialmente acogió la tesis de delitos de concierto para delinquir agravado en concurrencia con otros delitos y posteriormente cuando se conoció el momento de verdad en las declaraciones y testimonios de los jefes y de los comandantes y miembros de los grupos armados paramilitares, se cambió la orientación jurídica y jurisprudencial de la Corte, para calificarlos como delitos atroces y de lesa humanidad, teniendo que blindar y acorazar sus fallos y sentencias aplicando ineludiblemente el artículo 93º de la Constitución Nacional, adicionado por el Acto Legislativo No. 02 de 2001, en su artículo 1º, para que el imperio de la Ley surja dentro de su legitimidad, eficacia y validez en sus sentencias, con la obligación de compulsar copias de lo actuado a la Corte Penal Internacional para que avoque su conocimiento, en los términos previstos en el Estatuto de Roma, por encima de la premeditada y favorable renuncia del Fuero constitucional, de su competencia para juzgarlos y para buscar una supuesta doble instancia, ante las presiones y situaciones de interceptación de llamadas, celulares y otras circunstancias que pusieron en evidencia una intromisión parcializada e inestable situación de la Justicia, por parte del Congreso y del gobierno, amparados en el fuero Constitucional como una prerrogativa de senadores y representantes, así como los demás servidores públicos, que no pueden ser detenidos, presos o juzgados, con excepción de los casos que determina la Constitución y las leyes, sin previa autorización del Congreso de la República.

En conclusión, es claro y razonable pensar que el constituyente al expedir en la carta de 1991, los artículos sobre fuero constitucional, sustrayendo la justicia a la competencia previa y especial de ciertos jueces especiales, quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los artículo del título VI, capítulo 4º y 6º en consonancia con el art. 29º de la Constitución Nacional, entregándole al legislador y a la Corte Suprema de Justicia, la prerrogativa de respeto por el Fuero

Constitucional, pero facultando a dichos jueces naturales para ejercer dicha función jurisdiccional, limitada a casos concretos.

También frente al tema del Fuero Constitucional, surge el deber de reparar a las víctimas a través de cinco mecanismos: (i) la entrega al Estado de bienes obtenidos ilícitamente para la reparación de las víctimas; (ii) la declaración pública que restablezca la dignidad de la víctima y de las personas más vinculadas con ella; (iii) el reconocimiento público de haber causado daños a las víctimas, (iv) la declaración pública de arrepentimiento, la solicitud de perdón dirigida a las víctimas y (v) la promesa de no repetir tales conductas punibles; la colaboración eficaz para la localización de personas secuestradas o desaparecidas y la localización de los cadáveres de las víctimas y la búsqueda de los desaparecidos y de los restos de personas muertas.

Una vez cumpla la pena alternativa y las condiciones impuestas en la sentencia, al aforado constitucional se le podrá conceder libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período durante el cual el beneficiado se compromete a no reincidir en los delitos por los cuales fue condenado y a presentarse periódicamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda y a informar cualquier cambio de residencia.

La libertad a prueba podrá ser concedida sí cumple las siguientes condiciones: proveer al Fondo para la Reparación de las Víctimas los bienes, si los tuviese, destinados para tal fin; realizar satisfactoriamente los actos de reparación que se le hayan impuesto; colaborar con el Comité Nacional de Reparación y Reconciliación o suscribir un acuerdo con el Tribunal Superior de Distrito Judicial que asegure el cumplimiento de sus obligaciones de reparación.

Resulta importante reseñar brevemente las instituciones más relevantes que la Ley diseñó para participar en las instancias del proceso a favor de las víctimas es:

- La Unidad Nacional de la Fiscalía para la Justicia y la Paz, encargada de adelantar la investigación y de acusar ante los Tribunales a los desmovilizados que se acogen a la Ley de Justicia y Paz.
- La Procuraduría Judicial para la Justicia y la Paz, encargada de velar tanto por los derechos de las víctimas como por el respeto al debido proceso de los victimarios
- La Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR)
- Las Comisiones Regionales para la Restitución de Bienes, que bajo la coordinación de la CNRR se encargan de facilitar los trámites relacionados con los reclamos sobre propiedad y tenencia ilegítima de bienes.
- El Fondo para la Reparación de las Víctimas; una cuenta especial sin personería jurídica, integrada por los bienes entregados por los desmovilizados, recursos del presupuesto nacional y donaciones nacionales e internacionales para la reparación de las víctimas.
- Salas de Justicia y Paz al interior de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Barranquilla y Bogotá, que juzgarán a quienes se acogan a la ley.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando. Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial. Novena Edición. Bogotá: Editorial Leyer. 2008.

ALEXY, R. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición en Castellano. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007.

_____. Interpretación jurídica y discurso racional. En: Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.

BOURDIEU, P. y TEUBNER, G. La fuerza del Derecho. Bogotá: Siglo del hombre Editores. 2000.

CEPEDA, M. J. Los Derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Bogotá: Editorial Temis. 1991.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Procesos contra Aforados Constitucionales- Parapolítica. Compilación de autos y Sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Diciembre de 2007 a septiembre de 2010. Editores María del Rosario González Lemus, Camilo Ernesto Bernal Sarmiento: Bogotá, Centro Internacional de Justicia Transicional. 2010. Opciones Gráficas Editores Ltda.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Pacto de San José de Costa Rica, adoptado en: San José, Costa Rica, fecha: 11/22/69: Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos, entrada en

vigor: 07/18/78 conforme al artículo 74.2 de la Convención depositario: Secretaría General OEA (instrumento original y ratificaciones) Texto: Serie sobre tratados, OEA, No. 36, registro ONU: 08/27/79 No. 17955 vol.

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 127 de octubre de 1991. Bogotá.

DWORKIN, R. El modelo de las normas: en Los derechos en serio. trad. César Rodríguez. Barcelona: Editorial Gedisa. 1992.

Diccionario Jurídico Mexicano. UNAM. 1992

Diccionario de la Lengua Española, vigésima tercera edición. Editorial Espasa Calpe. 2005.

GARCIA, Eloy. Inmunidad Parlamentaria y Constitución Democrática. México 1989: Revista de Derecho de la Universidad Complutense. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN): Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo de 2011, 7:48 p.m.]

FOUCAULT, M. El Panoptismo: en vigilar y castiga”. México: Editorial Siglo XXI. 1980.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. Experiencia parlamentaria de la responsabilidad de los servidores públicos. En: Las responsabilidades de los servidores públicos. UNAM-Porrúa. 1984.

HABERMAS, J. Facticidad y validez sobre el Derecho y el Estado democrático de

Derecho en términos de teoría del discurso. trad. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Trotta. 1998.

_____. Sobre el Realismo Jurídico Americano cf. R.S. Summers, Instrumentalism and American Legal Theory, 1982. Ithaca.

HART, H.L.A. Reglas de reconocimiento y validez jurídica: en El concepto de Derecho. Trad. Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Editorial Arboledo-Perrot. 1995.

HENAO HIDRON, Javier, Panorama del Derecho Constitucional Colombiano, Quinta Edición, aumentada. Bogotá: Editorial Temis. 1981.

HERNANDEZ, R. Historia de la Filosofía de Derecho Contemporánea. Madrid: Ed. Tecnos.1980.

KANT, I. Nueva crítica de la razón pura. trad. Alfonso Castaño Piñan. Madrid, España:d Sarpe. 1984.

KELSEN, H. Teoría Pura del Derecho. IIª Edición. Trad. Roberto I. Vernego. México: Ed. Porrúa. 2000

LOCKE, J. Ensayo sobre el entendimiento humano. Luis Enrique Aranda. Madrid, España: Ediciones Sarpe. 1984.

LIÉVANO AGUIRRE, Indalecio. Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra Historia. 2ª ed., Bogotá: Editorial Tercer Mundo. 1966. p. 576 y ss.

LUHMANN, N. La clausura operativa del sistema de derecho: en El Derecho de la Sociedad. 2003

MARTINEZ, J. Teoría de sistemas: autoreferencia. Debate. En: La Imaginación Jurídica. Madrid 1992.

MADRID-MALO, Garizábal, Mario, Diccionario de Derecho Político Colombiano, Legis, 1984.

MUÑOZ CONDE, Francisco. El Nuevo derecho penal autoritario. En el derecho penal ante la globalización y el terrorismo. Tirant lo Blanch.

IZUZGUIZA, I. El sistema del Derecho. En: La Sociedad sin Hombres. Barcelona: Ed. Anthropos. 1990.

MEGIA QUINTANA, O. Elementos para la reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho en Revista Pensamiento Jurídico. (No.16) Bogotá D.C. 2006: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional).

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía. El Congreso General Mexicano. Análisis sobre su evolución y funcionamiento actual. 2003. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN). Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo de 2011]

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Séptima Edición, Bogotá: Edit. Temis S.A. 2004.

PÉREZ LLEDO., J. A. Teorías Críticas del Derecho. En: E. Garzón F. Laporta (Eds) El Derecho y la Justicia. Madrid: Trota. 1996.

POVEDA PERDOMO, Alberto. Terrorismo y Constitución. Breve análisis de la propuesta de reforma a la Constitución para enfrentar el terrorismo. En dicho texto cita a BERNAL CUÉLLAR, Jaime. “Bloque de Constitucionalidad y derecho Penal”, en El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. p.195 y 201.

TENA RAMÍREZ, Felipe. Constitución de la Monarquía Española. 2002.

RAWLS, J. Ideas Fundamentales: en Justicia como Equidad: Una Reformulación. Barcelona: Paidós. 2002.

RAWLS J. Teoría de la Justicia. Segunda Edición. México: F.C.E. 1996.

RAWLS. El Liberalismo Político. Barcelona. Ed. Crítica. 1996.

RIVERA ESTRADA, H. Responsabilidad política y fuero constitucional. México, 2005.

SAMPER BERNAL, Gustavo. Breve historia constitucional y política de Colombia. Talleres Editoriales de la litografía Colombia. T. I.

SAMPER, José María. Derecho público interno de Colombia. T. II, Biblioteca Popular Cultura Colombiana. Bogotá. 1951.

SCHMITT, C. Distinción de los modos de Pensar la ciencia jurídica: en Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica. Madrid: Técnos cap. I. 1996.

SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Centro de estudios Constitucionales. Trad. José Ma. Beneyto Pérez. Madrid: Colección Estudios Constitucionales. 1985.

TENA RAMÍREZ, Felipe. Constitución de la Monarquía Española. 2002. Resumen extraído del Instituto de Investigaciones legislativas del Senado de la República de México, Dirección General de Estudios Legislativos: Política y Estado (IILSEN). Disponible en Internet, URL: http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/fuero_constitucional.pdf [Consultado el 8 de marzo de 2011]

VÉLEZ GARCÍA, Jorge. Derecho y Valores. Introducción a la Ética de la praxis jurídica. Universidad Sergio Arboleda. Serie Major 19, Primera Edición. Santa Fe de Bogotá D.C. 1999.