

**RELEVANTE
SALA DE CASACIÓN PENAL**

M. PONENTE	: SALA DE CASACIÓN PENAL
NÚMERO DE PROCESO	: 47451
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: AP1653-2016
CLASE DE ACTUACIÓN	: ÚNICA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: AUTO INTERLOCUTORIO
FECHA	: 30/03/2016
DELITOS	: Homicidio / Concierto para delinquir
FUENTE FORMAL	: Constitución Política de Colombia de 1991 art. 29,235-4, 303,305,306 y 307 / Ley 600 de 2000 art. 75-6, 306, 307, 365-4 y 369 / Ley 153 de 1887 art. 40 y 235 / Decreto 1222 de 1986 art. 94, 95-3 y 98-3

ASUNTO:

Si en desarrollo del presente asunto, se vulneró el debido proceso por haberse adelantado la investigación y la etapa de juicio por funcionarios que carecían de competencia para ello, vulnerando así el principio rector del juez natural, que conllevaría la nulidad de la actuación desde el momento procesal pertinente

TEMA: CASO PARAPOLÍTICA

FUERO - Gobernador: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones / **FUERO** - Gobernador: competencia de la Corte Suprema para juzgamiento / **FUERO** - Gobernador: nulidad, falta de competencia de los funcionarios que adelantaron la actuación / **NULIDAD** - Falta de competencia: aforado

«Teniendo como punto de partida que la resolución de acusación constituye la ley del proceso y, por tanto, el marco fáctico y jurídico sobre el cual se debe desenvolver la actuación procesal y decidirse por parte del juez, procede esta Corte a establecer si en desarrollo del presente asunto, se vulneró el debido proceso por haberse adelantado la investigación y la etapa de juicio por funcionarios que carecían de competencia para ello, vulnerando así el principio rector del juez natural, que conllevaría la nulidad de la actuación desde el momento procesal pertinente.

[...]

Limitándose a las valoraciones probatorias efectuadas en las decisiones ya comentadas, esta Corporación advierte su competencia para resolver este asunto.

En efecto, el numeral 4º del artículo 235 de la Constitución Política, establece que son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, "juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, (...) a los embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los gobernadores (...) por los hechos punibles que se les imputen", situación que en el mismo sentido consagra el numeral 6º del artículo 75 de la Ley 600 de 2000.

A su turno, el parágrafo de la norma constitucional enunciada, prevé que en aquéllos eventos en los que los funcionarios antes citados hubiesen cesado en el ejercicio de su cargo "el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas".

La Sala en innumerables oportunidades ha reiterado que el fuero constitucional de los congresistas surge de dos posibilidades: que el imputado o sindicado de una

infracción a la ley penal se desempeñe en el cargo, lo que exige la actualidad de la investidura (arista personal), o que después de haber cesado por cualquier razón, en el ejercicio del cargo, la conducta que se le imputa tenga relación con las funciones desempeñadas (arista funcional).

En los autos del 1º de septiembre y 15 de septiembre de 2009, radicados números 31653 y 27032, respectivamente, la Sala fijó los derroteros de interpretación del parágrafo del artículo 235 de la norma superior y de la Ley 153 de 1887, así como la valoración en cada caso en particular, para determinar si es competente.

Así, sostuvo que el vínculo del delito con la ocupación oficial se verifica cuando aquél se realiza por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que el comportamiento tenga origen en la actividad congresual, o sea su necesaria consecuencia, o que el discurrir del cometido oficial se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones. O, en aquéllos eventos en los que el comportamiento resulta eficaz para acceder a la posición de poder y, por ende, para comprometer la ocupación pública.

En el presente evento, la Corte Suprema de Justicia está facultada para ejercer la competencia y conocer de este asunto, dado que las conductas atribuidas a JEAB, en las decisiones ya analizadas, denotan dos situaciones:

La primera, que aunque ya no funge como gobernador, ni ostenta ningún cargo que pudiera darle la condición de aforado, hubo conductas que le facilitaron el acceso al cargo de gobernador, derivados de su connivencia con las autodefensas desde el año de 1997 y, en concreto, con la Casa Castaño desde el año 2001, que le permitieron reunirse a finales del año 2002 con miembros de la organización criminal, para planear la muerte de personas presuntamente vinculadas con la guerrilla y que pudieran representar un obstáculo a sus aspiraciones políticas, tal como se refiere que sucedió con la víctima PL, el 10 de julio de 2003, y, así mismo, recibir apoyo económico de dicha organización para la financiación de su campaña política a la Gobernación [...] el 26 de octubre de 2003.

La segunda, que AB presuntamente se valió de su condición de gobernador y de las funciones propias de su cargo desempeñado entre los años 2004-2007, para constituirse en medio y oportunidad para promover o ayudar a consolidar las estructuras armadas de poder del paramilitarismo, ayudando a la financiación del Bloque [...] de las autodefensas a través de contratos que les cedía con la administración pública, la entrega de insumos, el suministro de información sobre milicianos de la guerrilla y personas contrarias a su ideología, e, igualmente, realizando acciones tendientes a evitar la reacción de la fuerza pública en contra de éstas.

Adviértase frente a este último punto, que dicha relación funcional entre las conductas que presuntamente promovieron el accionar del grupo de autodefensas y las funciones legales del cargo de gobernador, debe estar relacionada en concreto, mas no en abstracto, pues ello no se reflejó en el fallo recurrido. Así, no se puede desconocer que partiendo del marco funcional atribuido al cargo de gobernador en los artículos 303 y 305 de la Constitución Política, es viable predicar que algunas de las conductas que se le endilgan al procesado, tienen relación con sus funciones de acuerdo al Código de Régimen Departamental, que en los artículos 95 numeral 3º y 98 refieren a su capacidad de convocar y dirigir a la fuerza pública y en el artículo 94 num 3º, a su capacidad de incidir en los planes y programas de desarrollo del departamento así como también en las obras públicas.

Como se aprecia, en este evento el desarrollo de la gestión oficial se tomó como medio y oportunidad idónea para la puesta en marcha de los presuntos comportamientos ilícitos, dado que la consolidación del propósito de la supuesta empresa criminal de contraprestaciones políticas, económicas y burocráticas

requería del compromiso del gobernador, en la medida en que era necesario o indispensable que éste implicara sus funciones y su cargo en el ilícito quehacer.

Así las cosas, más que el mismo homicidio, es el delito de concierto para delinquir el que determina la competencia, pues tal como ya lo ha advertido esta Sala, su consumación se prolongó en el tiempo, mientras subsistió ese ánimo de continuidad y permanencia en el propósito delictivo de quienes conforman la empresa criminal, en orden a la comisión de delitos indeterminados, haciendo que todas las acciones que podrían verse de manera aislada, encontraran un único sentido en consideración a la finalidad de promover los intereses de las autodefensas por parte del procesado.

Con lo dicho, se imponía el reconocimiento del fuero constitucional al procesado, derivado del artículo 235 num. 4º de la Constitución Política, lo cual determina la competencia para investigar en este caso por parte del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia.

El caso en concreto hace relación a la falta de competencia funcional, la cual está determinada por el conjunto de funciones, actividades y poderes, que corresponden a determinado órgano, personificado por determinado sujeto, y que comprende la llamada competencia vertical, la competencia por grado, la competencia según la etapa procesal en que se desenvuelva, y también la que se basa en la división del proceso en etapas, cuando tales etapas están confiadas por la ley en su conocimiento a jueces diversos .

Por lo tanto, no puede un funcionario desarrollar actuaciones que ya han sido atribuidas constitucionalmente por el factor funcional a otros de la máxima jerarquía, en razón de la alta dignidad que le asiste al procesado.

[...]

Siendo ello así, la remisión efectuada del proceso por parte del ad quem fue ajustada a derecho, pues advirtiendo la falta de competencia para resolver en segunda instancia los recursos de apelación elevados por los sujetos procesales, no le cabía más opción que remitirlo a esta Corte, pues resulta claro que en materia de nulidades, éstas solo pueden ser decretadas por el funcionario competente, que en el caso del juzgamiento de gobernadores, corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, es claro que sobre esta competencia sobrevenida para la Corte a partir del giro jurisprudencial en torno al fuero congresual, cuando procesos penales que cursan bajo la competencia de jueces o fiscales a quo llegan a conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin que se hayan resuelto recursos legales oportunamente interpuestos, fue ya advertida por esta Sala al considerar que si la Corte es de manera exclusiva y excluyente el juez natural de los congresistas de la República, tal como lo dispone la Constitución Política, “más allá de otras instancias, aplicando la máxima de que quien puede lo más puede lo menos”, si puede conocer privativamente de esos casos, también está facultada para decidir las impugnaciones legales interpuestas oportunamente, que no hayan sido decididas por niveles inferiores de la jurisdicción”.

Aclárese en todo caso que si bien la modulación jurisprudencial ampliamente expuesta hace referencia al fuero congresual, ello no es óbice para que sea extensible a situaciones de altos funcionarios, como el de gobernador, en la medida que la ratio decidendi de los autos del 1º y 15 de septiembre de 2009, la constituyó la interpretación del parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, con miras a determinar la competencia para investigar y juzgar penalmente en única instancia a los aforados constitucionales, siendo claro por ello, que en esta última decisión tan sólo se habla a título ejemplificativo de la solución de algunas hipótesis .

Lo cierto es que las razones aludidas por la Corte en dichos autos de modulación han sido tenidas en cuenta para adelantar el juzgamiento en eventos análogos a este proceso.

Advertida esta atribución para resolver el recurso de apelación, es indudable que en el presente caso no es posible desatar el recurso, en atención a que se advierte una causal de nulidad por falta de competencia.

Ante ello, resulta evidente que se vulneró el principio del juez natural, el cual se constituye en elemento modular del debido proceso, en la medida que desarrolla y estructura el postulado del artículo 29 de la Constitución Política, y sobre el cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puntualizado que tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege no es solamente el claro establecimiento del juez encargado del juzgamiento, previamente a la comisión del hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado .

Dicho esto, esta Corte declarará de oficio, conforme lo establece el artículo 307 de la Ley 600 de 2000, "la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal, y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo para que se subsane el defecto", esto es, la prevista en el artículo 306 numeral 1º de la Ley 600 de 2000, que consagra expresamente "la falta de competencia del funcionario judicial", pues dentro del esquema restringido de nulidades taxativas previstas en la ley, se apunta con ello igualmente a garantizar los principios de seguridad jurídica y celeridad procesal .

Debe aclararse en todo caso que tal como precisó esta Corporación en auto del 15 de septiembre de 2009, que:

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

Esta postura jurisprudencial, se soportó en lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que reza:

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

Por lo expuesto, se declarará la nulidad frente a los actos que implican disposición de la acción penal y que fueron emitidos con posterioridad a la providencia de modulación referida, esto es, luego del 15 de septiembre de 2009.

Así las cosas, se invalidará lo actuado desde que se profirió la resolución del cierre de investigación, lo cual ocurrió el 05 de agosto de 2010, manteniéndose por tanto incólumes las actuaciones precedentes, así como todo el caudal probatorio recaudado y, en consecuencia, se remitirá la investigación por razones de competencia ampliamente expuestas, al Fiscal General de la Nación, para que continúe con la misma o disponga quien deba hacerlo en consideración al fuero del procesado».

LIBERTAD PROVISIONAL - Vencimiento de términos: calificación del sumario

«Precísese por otra parte, que la anulación de la actuación desde el cierre de la instrucción, comporta la reactivación de la fase instructiva, y, con ello, la del término para calificar el sumario, contado a partir de la privación efectiva de la libertad del procesado, que en el presente trámite, acaeció el 14 de marzo de 2011, es decir, han transcurrido hasta hoy cinco años.

Tal situación de carácter objetivo, impone el otorgamiento de la libertad provisional, de acuerdo a lo previsto en el numeral 4º del Art. 365 de la Ley 600 de 2000, en concordancia con el artículo 15 transitorio ibídem, al haberse superado el término máximo legal para calificar el mérito del sumario de 240 días.

En consideración a lo expuesto, y dado que la libertad otorgada no es absoluta, pues pese a la declaratoria de nulidad quedó vigente la medida de aseguramiento impuesta al momento de resolverse situación jurídica, se impondrá al procesado una caución prendaria de acuerdo a lo previsto en el artículo 369 de la Ley 600 de 2000, que, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que le fueron imputados con las connotaciones ya indicadas, en donde incluso se hace referencia a señalamientos en su contra de haber recibido ayuda económica de las autodefensas, como también, de ser financiador de ellas, pero además, distintas situaciones que reflejan su condición económica, aunque atendiendo que desde hace cinco años se halla privado de la libertad, a saber, los altos cargos que desempeñó en el poder público y su consecuente remuneración, tales como [...], se estima dicha caución en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Rad: 31653 | Fecha: 01/09/2009 | Tema: FUERO - Gobernador: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones

Rad: 27032 | Fecha: 15/09/2009 | Tema: FUERO - Gobernador: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones
