



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP1989-2019

Radicación 55395

Aprobado acta número 131

Bogotá, D. C, veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Define la Sala la impugnación de competencia formulada por la defensa de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE dentro de la actuación penal que se lleva en su contra ante el Juzgado Dieciséis Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá por las conductas punibles de *concierto para delinquir con fines de narcotráfico y de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado*, según hechos presentados entre 2017 y 2018.

I. ANTECEDENTES

1. En audiencia de 18 de mayo de 2019, la Juez Dieciséis Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá declaró legal la captura de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE por hechos presentados “*entre junio de 2017 y abril de 2018*”, y dada la supuesta realización de los delitos de *concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico, fabricación o porte*

Rafael

de estupefacientes agravado. Ordenó, igualmente, cancelar la orden de captura que figuraba contra dicha persona.

El 20 de mayo siguiente, la audiencia continuó para los fines de formular la imputación. El defensor del capturado, no obstante, impugnó al inicio de la diligencia la competencia de la Juez. Adujo que SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE ostenta un fuero constitucional debido a que es representante a la Cámara. Citó en soporte de tal postura **(i)** la providencia de 15 de mayo de 2019, de la Sala de Revisión de Jurisdicción Especial para la Paz, Tribunal para la Paz, en la que se ordenó remitir copias no solo a la Sala de Reconocimiento de dicha Corporación, sino también a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia; y **(ii)** la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de 20 de febrero de 2019, en la cual fue rechazada la solicitud de pérdida de la investidura de HERNÁNDEZ SOLARTE.

La Fiscalía señaló al respecto que **(i)** el capturado aún no se ha posesionado como congresista; y **(ii)** las diez (10) curules dadas al partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC), en virtud del Acuerdo de Paz, se hallan actualmente ocupadas.

El representante del Ministerio Público respaldó la tesis conforme a la cual solo con el acto solemne de la posesión en el cargo se adquiere el fuero constitucional.

La Juez se declaró competente para conocer del asunto con base en que SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE no

SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE

se ha posesionado como representante a la Cámara. Por eso, dispuso dar aplicación al artículo 341 de la Ley 906 de 2004 y remitir la actuación al superior jerárquico, en su criterio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La actuación llegó a la Corte el 22 de mayo de 2019.

En escrito presentado al día siguiente, los abogados de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE indicaron aclarar la solicitud de incompetencia funcional en el sentido de que el conocimiento del asunto debía corresponderle a la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz, o bien a la Corte Suprema de Justicia, o de manera subsidiaria a la Corte Constitucional para que resuelva un eventual conflicto entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la justicia ordinaria.

CONSIDERACIONES

1. De la competencia de la Corte

Esta Sala es competente para conocer del asunto, en los términos del proveído CSJ AP725, 21 feb. 2018, rad. 52149, conforme al cual *«si lo que se discute es si el acusado tiene o no la condición de aforado con base en [...] la Constitución, con miras a establecer su juez natural y el procedimiento a aplicar, [...] el superior jerárquico con competencia para resolver lo pertinente es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia»*¹.

¹ CSJ AP725, 21 feb. 2018, rad. 52149.

Rafael

Lo anterior, fundado en los artículos 32 numeral 4 y 341 de la Ley 906 de 2004, y sin que esta postura conlleve «*aceptar automáticamente que hay un aforado, sino verificar si en verdad hay una circunstancia que modifique la competencia del juez de conocimiento, en razón de las calidades de la persona acusada*»².

No sobra agregar que esta tesis en nada ha variado con la entrada en vigencia y efectiva aplicación del Acto Legislativo 01 de 2018, que modificó a los artículos 186, 234 y 235 de la Carta Política para crear las Salas Especiales encargadas de la investigación y juicio de los delitos cometidos por servidores con fuero constitucional.

La competencia que el artículo 32 numeral 4 de la Ley 906 de 2004 le asignó a la Sala de Casación no ha variado por dicha reforma, debido a que el inciso 5° del actual artículo 234 de la Constitución tan solo les reservó a las Salas Especiales el «*conocer de manera exclusiva de los asuntos de instrucción y juzgamiento en primera instancia en las condiciones que lo establezca la ley*».

La Sala de Casación Penal, entonces, continúa siendo la autoridad facultada para decidir, en los términos de la norma legal, «*la definición de competencia cuando se trata de aforados constitucionales*».

Igualmente, la Corte ha admitido que el juez de control

² CSJ AP725, 21 feb. 2018, rad. 52149.

de garantías puede pronunciarse acerca de su competencia antes de iniciar la audiencia de formulación de la imputación, al igual que otras audiencias preliminares, según se indicó en las providencias CSJ SP, 14 may. 2013, rad. 41228; CSJ AP, 22 sep. 2015, rad. 46772; CSJ AP, 20 may. 2015, rad. 46039; CSJ AP, 19 ag. 2015, rad. 46271; CSJ AP, 4 may. 2016, rad. 47981; y CSJ AP3979, 21 jun. 2017, rad. 50515, entre otras.

2. Del planteamiento del problema jurídico

La discusión en este caso surgió con miras a establecer si el capturado SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE es uno de los aforados constitucionales de que trata el artículo 186 de la Carta Política.

Según la norma superior, adicionada por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2018, “[d]e los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención”.

La calidad de representante a la Cámara (o, lo que sería lo mismo, de congresista) de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE no tendría origen en los mecanismos democráticos de elección popular, sino en el Acto Legislativo 03 de 2017, “por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. Esta persona, a su vez, estaría en un principio sometido a la justicia que administra la Jurisdicción Especial para la Paz (o JEP).

Pero, del artículo 5 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, *“por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, y se dictan otras disposiciones”*, se desprende que, a partir del 1º de diciembre de 2016, si *“alguna de las personas sujetas a la jurisdicción de la JEP cometiera un nuevo delito, este será de conocimiento de la justicia ordinaria”*.

Es dentro de este escenario en el cual debe la Sala definir la competencia. Aunque en el caso no se adelantó la audiencia de formulación de la imputación, la Corte encuentra de las decisiones preliminares que la precedieron (orden de captura y su control de legalidad) que SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE está siendo investigado por hechos *“entre junio de 2017 y abril de 2018”*, debido a comportamientos que, según la Fiscalía, se ajustarían a las conductas punibles de *concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado* previstos en los artículos 340 inciso 2º, 376 y 384 del Código Penal. Es decir, por ilícitos al parecer presentados luego del 1º de diciembre de 2016.

De ahí que le correspondería a la justicia ordinaria, y no a la transicional, investigar por la eventual realización de tales conductas punibles. La pregunta entonces es a cuál autoridad de esta jurisdicción habría que asignársele el conocimiento del asunto.

Si SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE ostenta el fuero constitucional, la Juez de Control de Garantías carecía

Rafael

de competencia para declarar la legalidad del procedimiento de captura y para adelantar la formulación de la imputación. Sería la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia la única autorizada para investigarlo o afectarlo con medidas restrictivas de la libertad. Pero si no tiene ese fuero, la actuación de la funcionaria habrá sido de su competencia y, por lo tanto, ajustada a la legalidad.

Únicamente se esgrimieron dos (2) argumentos con el fin de reconocerle a SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE su condición de aforado: **(i)** que la Sección de Revisión de la JEP ordenó remitir copias a la Sala Especial de Instrucción y, con eso, aceptó que tenía el fuero; y **(ii)** que el Consejo de Estado no solo admitió su investidura como congresista, sino además la imposibilidad de posesionarse en el cargo, a pesar de haber exteriorizado esa voluntad.

La Fiscalía, por su parte, respondió a dicha postura que **(i)** el capturado aún no se ha posesionado como congresista y, por lo tanto, solo tiene la expectativa de ser tal; y **(ii)** todas las diez (10) curules que en virtud del Acuerdo de Paz se le dieron al partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (o FARC) se encuentran en la actualidad ocupadas.

Los hechos relativos al reconocimiento de la investidura y la falta de la solemnidad de la posesión son de conocimiento público, tal como se explicará más adelante (3.2. y 3.3). El problema jurídico, entonces, corresponde al siguiente:

¿Debe reconocérsele el fuero del artículo 186 de la Carta

Ruiz

Política a quien le ha sido reconocida por autoridad competente la investidura de congresista, pero aún no se ha posesionado para ejercer las funciones inherentes a su cargo?

3. De la respuesta de la Corte

Para resolver el problema, la Sala encuentra que el acto solemne de la posesión no es un requisito indispensable para que SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE tenga el fuero constitucional como congresista. Tan solo basta que ostente la investidura como tal, que es lo que sucede en este caso.

Las razones de esta postura son las siguientes:

3.1. *Tradicionalmente, la Sala ha vinculado el ejercicio de las funciones como congresista con el reconocimiento del fuero constitucional cuando del conocimiento de delitos comunes se trataba. De ahí no puede desprenderse, sin embargo, la tesis según la cual la calidad foral se adquiere únicamente a partir de la posesión.*

De tiempo atrás (por ejemplo, en la providencia CSJ AP, 1º abr. 1992, rad. 7197), la Sala ha considerado que el fuero para los congresistas «se trata de una garantía de juzgamiento coetánea con el ejercicio del cargo»³.

De ahí podría desprenderse que la posesión (como acto solemne para el ejercicio de las funciones propias del cargo,

³ CSJ AP, 1º abr. 1992, rad. 7197.

según lo dispone el artículo 122 inciso 2º de la Constitución Política⁴ y el artículo 17 inciso 1º de la Ley 5 de 1992⁵) es un requisito indispensable para ejercer las funciones del cargo de congresista y, por lo tanto, para tener la calidad de aforado.

Sin embargo, esto no es así. Esa tesis surgió del análisis lógico tanto del numeral 3 como del párrafo del artículo 235 de la Carta Política en aquel entonces (actuales numeral 4 y párrafo del artículo 235 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018):

Artículo 235-. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

[...] 4-. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.

Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio del cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.

A partir de la expresión “*hubieren cesado en el ejercicio de su cargo*”, la Sala entendió que, cuando se aludía a delitos comunes (esto es, conductas punibles que no “*tengan relación con las funciones desempeñadas*”), el fuero solo estaría sujeto al ejercicio de la investidura. La tesis, por lo tanto, solo previó situaciones de cesación (por ejemplo, renuncia, suspensión, abandono, etc.) del cargo. Jamás se contempló el problema de

⁴ Artículo 122-. [...]

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

⁵ Artículo 17-. Posesión de los congresistas. Posteriormente, el Presidente de la Junta Preparatoria tomará el juramento de rigor a los congresistas presentes. Con ello se cumplirá el acto de la posesión como requisito previo para el desempeño de sus funciones [...].

cuándo tendría que darse por iniciado el fuero constitucional ni menos si la posesión era la solemnidad sin la cual no podía entenderse configurado.

Véase, por ejemplo, el auto CSJ AP, 27 may. 1992, rad. 7092. Allí la Sala analizó el caso de los congresistas elegidos para el periodo 1990-1994 que, debido al artículo transitorio 3 de la Constitución de 1991, «*habían perdido su investidura al quedar despojados definitivamente de todas sus funciones*»⁶. Se trataba de un asunto de suspensión o de supresión en el ejercicio de cargo, no del momento a partir del cual tenían la condición de congresistas ni de qué relevancia para tal efecto tenía el acto solemne de la posesión.

El problema jurídico que debe resolver la Sala, por ende, es novedoso y no ha sido contemplado como aspecto central en línea jurisprudencial alguna de la que tenga conocimiento.

3.2. *El fuero no es un privilegio personal sino es garantía de la propia condición de congresista. Esto implica que lo que protege la norma es la importancia que tal investidura conlleva.*

De acuerdo con la providencia CSJ AP, 18 mar. 1992, «*el fuero para los congresistas no se les ha otorgado propiamente en razón de su persona, sino por las trascendentales funciones públicas que la misma Constitución les atribuye*»⁷.

Este criterio ha sido refrendado por la jurisprudencia de

⁶ CSJ AP, 27 may. 1992, rad. 7092.

⁷ CSJ AP, 18 mar. 1992 (sin rad.).

Rafael

la Corte Constitucional. Así, por ejemplo, lo señaló en el fallo CC T-1320/01:

En relación con el fuero otorgado a los congresistas para ser investigados por la Corte Suprema de Justicia, ha de tenerse en cuenta que dicho fuero no se instituye como un privilegio de carácter personal, sino en razón de la investidura y con una finalidad protectora de la integridad y la autonomía del Congreso de la República⁸.

De esta manera, el fuero constitucional es una garantía procesal que pretende amparar la investidura de congresista más que al servidor público como tal.

3.3. *Los congresistas tienen investidura incluso antes de la posesión en su cargo.*

Lo anterior se desprende lógicamente del numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política:

Artículo 183-. Los congresistas perderán su investidura:

[...] 3-. Por no tomar posesión del cargo 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 “*investidura*” se entiende la acción de «*conferir una dignidad o cargo importante*» o el «*carácter que se adquiere con [...] ciertos cargos o dignidades*»⁹. Es decir, la investidura como

⁸ CC T-1320/01.

⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Tomo II (h/z), Espasa, Madrid, 2014, p. 1264.

Real Academia Española

congresista corresponde a la misma condición, cargo o calidad de tal (ya sea senador o representante a la Cámara).

3.4. *La investidura de congresista de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE le fue reconocida en la Resolución 1597 de 19 de julio de 2018 por la autoridad competente para ello: el Consejo Nacional Electoral.*

Así lo explicó el Consejo de Estado en la sentencia CE S, 20 feb. 2017, rad. 11001-03-15-000-2018-03883-00:

La calidad de Representante a la Cámara para el periodo 2018 a 2022 del señor SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE [...] consta en la Resolución número 1597 del 19 de julio de 2018, proferida por el Consejo Nacional Electoral, que declaró la elección de la Cámara de Representantes, asignó las curules para el citado periodo legislativo y ordenó la expedición de las respectivas credenciales.

Igualmente, se demostró que el Consejo Nacional Electoral expidió la credencial electoral a favor del señor SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE, en la que lo acredita como Representante a la Cámara de Representantes por el departamento del Atlántico.

En efecto, mediante la Resolución número 1597 de 2018, el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de los congresistas pertenecientes al partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC), de conformidad con el Acto Legislativo número 3 de 2017, “por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”.

En el referido Acto Legislativo se estableció que, en caso de que el Partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC) no

alcanzara el umbral de la votación válida para las Cámaras del Congreso, tendría derecho a cinco curules en el Senado de la República y cinco en la Cámara de Representantes.

Teniendo en cuenta que el partido FARC no obtuvo el umbral del 3% de la votación válida para Senado y Cámara, era preciso garantizar la representación política establecida en el Acto Legislativo número 3 de 2017. En tal virtud, por el departamento del Atlántico se declaró elegido como Representante a la Cámara al señor SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE¹⁰.

3.5. *El Consejo de Estado, en decisión que recientemente fue confirmada en segunda instancia, no solamente admitió que SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE ya ostentaba la condición de congresista al negar la pérdida de su investidura, sino además declaró la existencia de una situación de fuerza mayor (la privación de la libertad) que le ha impedido contra su voluntad posesionarse en el cargo.*

En efecto, la decisión acabada de citar (3.3) corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sala Séptima Especial de Decisión, que el 20 de febrero de 2019 negó «*la solicitud de pérdida de investidura del congresista SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE*»¹¹. A su vez, declaró «*probada la situación de fuerza mayor en relación con su inasistencia a tomar posesión del cargo, de conformidad con el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política*»¹².

En dicha oportunidad, el Consejo de Estado, además de

¹⁰ CE S, 20 feb. 2017, rad. 11001-03-15-000-2018-03883-00.

¹¹ CE S, 20 feb. 2017, rad. 11001-03-15-000-2018-03883-00.

¹² CE S, 20 feb. 2017, rad. 11001-03-15-000-2018-03883-00.

reconocer la condición de congresista del capturado con base en pruebas como las derivadas del Consejo Nacional Electoral, concluyó que la privación de la libertad a la cual se hallaba sometido (y que sigue vigente hasta la fecha, aunque con base en otros supuestos) «*constituye una circunstancia imprevisible e irresistible para él*»¹³.

Indicó así mismo que «*la imposibilidad de tomar posesión del cargo no es imputable al comportamiento del demandado, es decir, no es posible predicar una fuerza mayor culposa*»¹⁴; y, por el contrario, «*las pruebas allegadas [...] dan cuenta de que el demandado ha procurado, a través de diferentes medios y vías, tomar posesión del cargo de Representante*»¹⁵.

En otras palabras, SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE ostenta la calidad de congresista, de acuerdo con decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada del Consejo de Estado y a las pruebas aludidas que lo soportan.

Es decir, que el capturado tan solo perderá la investidura cuando **(i)** obtenga la libertad, **(ii)** no se poseione del cargo en la fecha en que fuere llamado a tal diligencia y **(iii)** la autoridad competente (el Consejo de Estado) así lo declare. Y mientras no pierda la investidura estará amparado por el fuero penal para las investigaciones que se adelanten en su contra.

Esta providencia fue confirmada de manera reciente en

¹³ CE S, 20 feb. 2017, rad. 11001-03-15-000-2018-03883-00.

¹⁴ CE S, 20 feb. 2017, rad. 11001-03-15-000-2018-03883-00.

¹⁵ CE S, 20 feb. 2017, rad. 11001-03-15-000-2018-03883-00.

fallo de segunda instancia (CE, 28 may. 2019, rad. 11001-03-15-000-2018-03883-01 [Pl. 1881-2019]).

3.6. *Ninguna medida provisional o transitoria adoptada con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos políticos del partido FARC puede afectar la calidad actual de congresista del capturado.*

A este respecto, la representante de la Fiscalía presentó un argumento lógico formal: SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE no podría ser actualmente congresista porque su curul está ocupada actualmente por otra persona. Es decir, no puede existir un cargo (o curul) de representante para dos (2) personas a la vez.

Este argumento, en apariencia convincente, no tuvo en cuenta el contexto situacional. La Fiscal, al parecer, se refirió al hecho de conocimiento público conforme al cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo de segundo grado que hizo tránsito a cosa juzgada (por cuanto no fue escogida para su revisión por la Corte Constitucional), estudió «*si, ante la circunstancia de que [...] SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE no haya podido tomar posesión de su curul, es posible ordenar el remplazo de este por [...] Benedicto de Jesús González Montenegro, quien fue el candidato no elegido que según el orden de inscripción o votación obtenida le sigue en forma sucesiva y descendiente en la lista electoral por la circunscripción electoral del Atlántico*»¹⁶.

¹⁶ TAC ST, 10 dic. 2018, rad. 110013334001201800370-01.

En dicha oportunidad, el Tribunal Administrativo revocó la decisión de primera instancia para amparar «*con carácter transitorio el derecho a la participación del partido político Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC)*»¹⁷ y ordenó, en consecuencia, «*a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes que [...] llame a [...] Benedicto o Benedito de Jesús González Montenegro [...] a ocupar de manera transitoria la curul que ocupa [...] SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE [...] en representación del partido político FARC por la circunscripción electoral del Atlántico, hasta tanto se resuelva por el Consejo de Estado la demanda de pérdida de investidura*»¹⁸.

La sentencia de tutela, por lo tanto, fue una medida de protección provisional en defensa de los derechos políticos del partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC).

Ninguna decisión de esa clase tiene la fuerza de trastocar la investidura como representante que le reconoció a SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ el Consejo Nacional Electoral.

No es lógico argüir que el capturado perdió la investidura de manera temporal y la podrá recuperar una vez superada la privación de la libertad que ha suscitado la fuerza mayor no atribuible en su contra. Si él todavía puede posesionarse en el caso de superar la situación (como así lo reconoció el Consejo de Estado), y si la medida adoptada en tutela es provisional, todo esto significa que aún conserva la calidad de congresista.

¹⁷ TAC ST, 10 dic. 2018, rad. 110013334001201800370-01.

¹⁸ TAC ST, 10 dic. 2018, rad. 110013334001201800370-01.

3.7. *Sería contrario a la lógica y a la razón admitir que el orden jurídico le reconoció a SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE la investidura de representante a la Cámara y, a pesar de ello, sostener que, como no se ha posesionado para ejercer el cargo, no tiene la condición de aforado constitucional (es decir, la de congresista).*

Como se indicó (3.2), el fuero no es un privilegio personal sino busca el amparo de la investidura. Si, en el presente caso, el Consejo Nacional Electoral reconoció el nombramiento de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE como congresista (o representante a la Cámara) y, además, el Consejo de Estado negó la pérdida de tal investidura a pesar de no posesionarse en la fecha indicada (debido a razones ajenas a su voluntad), se desconocería la dignidad del cargo que la persona conlleva al permitir que autoridades diferentes a la Corte Suprema de Justicia puedan investigarlo, juzgarlo o afectarlo con medidas restrictivas de la libertad, sin importar que las conductas que se le atribuyan no tengan relación alguna con las funciones.

3.8. *En este orden de ideas, la condición foral del artículo 186 de la Constitución Política inicia con el reconocimiento por parte de la autoridad competente y no con el ejercicio de las funciones derivadas de la solemnidad de la posesión.*

La dignidad del cargo como congresista proviene del acto de designación o de su reconocimiento. En este asunto, de la Resolución 1597 de 2018 del Consejo Nacional Electoral, en la cual le confirió la investidura a HERNÁNDEZ SOLARTE y ordenó expedir la credencial que lo acredita representante a

Rafael

la Cámara por la circunscripción electoral del departamento del Atlántico para el periodo constitucional de 2018 a 2022.

De ahí que la ausencia o falta de posesión que alegó la Juez de Control de Garantías para afirmar su competencia no tiene incidencia en el reconocimiento de tal condición, ya que, como lo ha precisado el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, *«nadie puede posesionarse de un cargo para el cual no ha sido nombrado, elegido, llamado o, en general, designado previamente por la autoridad competente, pues lógica y cronológicamente dicho acto jurídico debe preceder a la posesión»*¹⁹.

Igualmente, esa Corporación ha indicado que la posesión se trata apenas de una diligencia solemne, de una condición destinada a que *«los servidores públicos ejerzan el cargo para el que han sido nombrados, designados o elegidos»*²⁰.

Por eso, la solemnidad de la posesión en los congresistas es un requisito para ejercer las funciones de la investidura. Sin embargo, no da lugar al reconocimiento o constitución de la dignidad, pues este atributo debe estar materializado antes de aquella. Y su omisión implica la pérdida de la calidad de congresista por expreso mandato constitucional y legal, salvo que dicho supuesto hubiese ocurrido por fuerza mayor no atribuible al implicado.

En síntesis:

¹⁹ CE, 5 sep. 2018, rad. 11001-03-06-000-2018-00169-00 (2399).

²⁰ CE, 5 sep. 2018, rad. 11001-03-06-000-2018-00169-00 (2399).

(i) La jurisprudencia tradicional de la Corte ha vinculado el ejercicio de las funciones propias del cargo de congresista con el reconocimiento de la calidad de aforado en situaciones que implicaban dejación, abandono, suspensión o supresión de tales funciones. Nunca trató el tema: “*¿a partir de cuándo se adquiere el fuero del artículo 186 de la Carta Política?*”

(ii) Como quiera que el fuero no es un privilegio de índole personal sino una garantía de la investidura, este comienza cuando la autoridad competente (Consejo Nacional Electoral) le reconoce al congresista tal condición. Y persiste mientras se mantenga vigente. Dicho reconocimiento necesariamente precede a la solemnidad de la posesión.

Y **(iii)** en este asunto, a SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE el Consejo Nacional Electoral, en Resolución de 28 de julio de 2018, le confirió la investidura como representante a la Cámara. Y el Consejo de Estado, en decisión de Sala Plena recién confirmada, negó la solicitud de pérdida de investidura y reconoció que no ha podido posesionarse por motivos de fuerza mayor no atribuibles por su culpa. Ninguna decisión de amparo transitoria o provisional para suplir la curul puede afectar esta condición.

4. De la decisión y de la libertad

Por ende, la Sala declarará fundada la impugnación de competencia que presentó la defensa de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE contra la funcionaria de garantías.

A su vez, definirá que le corresponde a la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia conocer de la actuación que por las conductas punibles cometidas después del 1º de diciembre de 2016 se adelanta en su contra.

Igualmente, ordenará remitir de manera inmediata las diligencias a dicha Sala Especial de Instrucción para que esta autoridad adelante el trámite que en derecho corresponda. La Fiscalía, por supuesto, deberá enviar la evidencia que hubiere recaudado a la autoridad competente.

Por último, la Sala estudiará si debería disponer sobre la libertad de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE.

Según el artículo 186 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia, en lo concerniente a los congresistas, es la “*única autoridad que podrá ordenar su detención*”. Así lo dispone también el artículo 267 de la Ley 5 de 1992.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la sentencia CC C-025/93 que analizó el artículo 267 de la Ley 5 de 1992, dijo al respecto: *«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 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» (negrillas en el original)²¹.

Dado que la Corte es, por mandato legal y constitucional, la garante del fuero constitucional que les es consagrado a los congresistas, y como el capturado es uno de esos aforados, la Sala de Casación Penal, al definir la competencia, tiene que decidir acerca de las consecuencias del reconocimiento de su investidura y no puede dejar de resolver sobre el derecho al restablecimiento de la libertad de aquel frente a decisiones de funcionarios que no tenían competencia para su aprehensión y legalización.

Sería entonces contrario a los derechos fundamentales del aforado constitucional mantenerlo privado de la libertad, cuando aquellos se han desconocido, como en este asunto. Por eso, se impone otorgarle la libertad. Esta decisión es una de las manifestaciones del control constitucional que tienen que ejercer todos los administradores de justicia.

Nótese además que para los aforados constitucionales a los cuales se les atribuye la realización de cualquier conducta punible, el régimen procesal no es la Ley 906 de 2004, sino la Ley 600 de 2000, en la cual son ajenos institutos como el juez de garantías o las audiencias preliminares bajo su control.

En consecuencia, la Sala ordenará la libertad inmediata de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE. La boleta será librada por la Secretaría de esta Sala, la que tendrá que ser

²¹ CC C-025/93.

cumplida por las autoridades penitenciarias siempre que no haya orden de privación de la libertad dispuesta por autoridad competente distinta y por hechos diferentes.

En estos términos, habrá de entenderse por resuelta la solicitud de los abogados de la defensa que en una pretensión principal le pidieron a la Sala reconocer la competencia de la Corte Suprema de Justicia para resolver el caso de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,**

RESUELVE

1. *Declarar* fundada la impugnación de competencia que presentó la defensa del capturado.

2. *Definir* que la competencia para conocer del presente asunto radica en la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia.

3. Como consecuencia de lo anterior, *remitir* de manera inmediata las diligencias a la Sala Penal de Instrucción para que adelante el trámite correspondiente.

4. *Ordenar* la libertad inmediata de SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE en los términos indicados en la parte

motiva.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase


EYDER PATIÑO CABRERA


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria