



Sentencia 3300 de 1996 Consejo de Estado

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / CONFLICTO DE INTERESES - Razones de orden moral y económico / PROYECTO DE LEY - Participación en el debate / CONGRESISTA - Conflicto de intereses por razones de orden moral
 PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / CONFLICTO DE INTERESES - Razones de orden moral y económico / PROYECTO DE LEY - Participación en el debate / CONGRESISTA - Conflicto de intereses por razones de orden moral

GRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / CONFLICTO DE INTERESES

Estima la Sala, y con ello no se está sentado una tesis de última hora, que no es necesario, ni conveniente, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5, o como se estructura en la causal primera de impedimento consagrada en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. No es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto a los Congresistas, cuando éste tiene connotación económica. Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido. No hay razón para afirmar que no por haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo.

Si bien es cierto procesalmente, en materia penal puede afirmarse que el inculpado no se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que se debe determinar es si el Senador que votó participó en la discusión de la ley, sabía que con ello resultaba beneficiado porque, como en el caso *sub examine* tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal.

Conforme a la normatividad analizada de la Ley 5 de 1992, sobre conflicto de intereses, la obligación del Congresista, cuando la decisión a tomarse la afectare de alguna manera, es la de declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivos. Entonces la transgresión de tal imperativo se configura en el momento en que el Congresista, que debió declararse impedido, participa en los debates o vota, con prescindencia de los resultados del debate o de la votación, pues ni la Constitución Política, ni la ley, regularon la pérdida de la investidura condicionándola a tales resultados.

CONGRESISTA - Excepción a la inviolabilidad de opiniones / INVOLABILIDAD DE OPINIONES - Excepción: Sanción disciplinaria de pérdida de la investidura

El Senador demandado, también alega en su defensa que no violó el artículo 183 de la Constitución Política en su numeral primero, pues al intervenir en el debate en que se discutía el artículo cuestionado, hizo uso del derecho preceptuado en el artículo 185 *ibidem*, según el cual, los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo. Una excepción a tal inviolabilidad, consiste en la sanción disciplinaria de pérdida de la investidura consagrada en el reglamento del congreso, cuando quiera que el congresista participa en los debates o vota, en lugar de haberse declarado impedido para hacerlo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: JOAQUÍN BARRETO RUIZ

Santa Fe de Bogotá, D. C., marzo diecinueve (19) de 1996.

Radicación número: AC-3300

Actor: EMILIO SÁNCHEZ ALSINA

Demandado: GUSTAVO ESPINOSA JARAMILLO

El Ciudadano Emilio Sánchez Alsina presentó solicitud de pérdida de la investidura del Senador doctor Gustavo Espinosa Jaramillo acusándolo de haber violado el régimen de conflicto de intereses.

Los hechos esenciales de su acusación consisten en que el 13 de diciembre de 1995 el senador, en la sesión plenaria del Senado de la República, promovió y votó un proyecto de ley que textualmente dice: (por la transcripción deficiente que se hace en la solicitud, la sala toma el texto de la Gaceta del Congreso del 20 de diciembre de 1995, folio 68):

"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho causal con la parte resolutive de la misma.

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta".

Que el mencionado congresista participó en un tema que le estaba velado constitucionalmente y al efecto transcribe, tres párrafos, cuyo origen no dice, así:

"...El Conflicto de Interés como causal de la pérdida de investidura consiste según las disposiciones citadas, en participar en el trámite de asuntos que le están vedados por razones éticas, cuando lo procedente era declararse impedido, por tener interés directo en la decisión...".

"...Participar en el sentido lógico y gramatical de la expresión tiene una significación dinámica, activa que se traduce en la ejecución de actos, en el desarrollo de actividad. Rechaza por lo tanto el entendimiento de actitudes omisivas o pasivas...".

"...No es pues, según se deja explicado, la simple omisión de la actividad privada del congresista en el libro respectivo lo que estructura la causal de violación al Régimen de conflicto de intereses, sino su intervención en los debates y votaciones de leyes respecto de las cuales existan por parte de él, su cónyuge o compañero o compañera permanentes, sus parientes o socios de hecho o derecho, interés directo en su adaptación (sic)...".

Que la norma transcrita "pretendía presumiblemente convertir el "enriquecimiento ilícito" en una conducta subalterna lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir que en la práctica estaría implicando la desaparición del "enriquecimiento ilícito", ya que lo que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es, sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar".

Que "con dicho artículo del proyecto de ley, el senador de la referencia, presuntamente buscó suspender proceso por enriquecimiento ilícito que entre otros adelanta la Honorable Corte Suprema de Justicia, contra el mismo, toda vez que lo que buscó fue obtener beneficios propios de índole penal".

Que no obstante lo anterior el senador demandado no se declaró impedido lo cual era su obligación legal, moral y ética.

Que el objetivo buscado con el transcrito artículo fue algo habilidoso y subrepticio "toda vez que además no tiene ponente conocido lo cual indica que no fue algo accidental o desprevenido sino con un interés específico, claro e inequívocamente encaminado a beneficiar intereses propios".

Cita como fundamento jurídico de su solicitud varias normas de la Constitución Política, de la Ley 5 de 1992, de la Ley 144 de 1994 y del C.C.A.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por intermedio de su apoderado, el demandado negó que hubiera incurrido en conflicto de intereses, pues su actuación se limitó a cumplir con los deberes que los miembros de los cuerpos colegiados, de elección directa, tienen por mandato del artículo 133 de la Constitución Política, que les ordena actuar consultando la justicia y el bien común y se cumplió dentro del marco autorizado del artículo 185 de la misma; que la conducta atribuida al demandado en la solicitud condicionada al "presumiblemente", "presuntamente buscó", "al parecer", solo es fruto del "se dice", "se cuenta" que da origen al "rumor" y al "chisme"; que no es cierto que el censurado artículo no tenga ponentes conocidos; que sí los tiene, pero el senador demandado en ningún momento suscribió el proyecto.

Expuso las razones por las cuales no se presenta el conflicto de intereses así:

Primera. Que el senador demandado cuando intervino en el debate no estaba cumpliendo ningún encargo ilícito, ni patrocinando ninguna conducta antijurídica, ni buscaba suspender ningún proceso o interferir en los que en ese momento se adelantaban contra terceros por enriquecimiento ilícito; que es verdad que desde el 11 de agosto de 1995 supo, por oficio 2301 que le envió la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en esa corporación cursaban "...unas diligencias preliminares en su contra radicadas bajo el número 10.738, remitidas por la Comisión de Fiscales..." , pero lo dicho allí nada significa desde el punto de vista penal, pues es bien sabido que no puede haber procesado sin proceso, ni persona alguna puede considerarse vinculada al mismo si no se le ha llamado a rendir indagatoria; que por tal motivo el demandado en el momento en que intervino en el Senado, desconocía el universo que tenían las indagaciones preliminares reservadas, las cuales no son proceso, sino averiguaciones previas al proceso, preprocesales, existiendo la posibilidad de que la investigación no se abra; reitera

que procesado es la persona vinculada al proceso mediante indagatoria o declaración de imputado ausente y al efecto cita a un tratadista; que aún en el caso del indagado, la presunción de inocencia lo acompaña durante todo el proceso y sólo se desvirtúa con la sentencia condenatoria ejecutoriada; que es como dicen los tratadistas un verdadero estado de inocencia y pretender que un Senador se declare impedido en la situación planteada, equivale a que renuncie a la presunción de inocencia.

"Implicaría una especie de confusión tácita de culpabilidad o de posible utilización del mecanismo favorecedor."; en defensa de lo anterior transcribe un escrito aparecido en la Revista Semana del 6 de febrero de 1996, número 718, página 46 y a renglón seguido se refiere al debate en el Senado aquel 13 de diciembre, a partir de la interpelación del honorable Senador Alfonso Angarita Baracaldo, página 26, primera columna, para concluir transcribiendo apartes de una sentencia publicada en la Revista Judicial, Manizales, febrero de 1989, número 15, páginas 151 - 153, sobre "El rumor en materia penal".

Segunda. Que el Senador demandado no violó el artículo 183 de la Constitución Política, en su numeral primero, por la circunstancia afirmada en la demanda que "...al parecer...", él estaba siendo investigado para el 13 de diciembre de 1995, por la Honorable Corte Suprema de Justicia "...por delitos que eventualmente pudieran ser favorecidos con el proyecto de ley promovido y votado por el senador...", pues el demandado ignoraba esa circunstancia; que es curioso que solo el 14 de diciembre de 1995, el Senador demandado fuera informado por la Secretaría de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de la apertura de "...la instrucción del proceso adelantado en su contra..."; que en el debate parlamentario mencionado, el Senador demandado "tuvo cuidado de preguntar" al señor Fiscal:

"Presidente, señor Fiscal, usted ha vinculado en forma abierta, concreta y muy franca este proyecto de artículo con el tema del narcotráfico y del enriquecimiento ilícito, jurídicamente ha dicho varias inexactitudes, yo me voy a referir a ellas más tarde, ahora quiero hacerle esta pregunta concreta, "considera usted que aprobar este artículo interfiere los procesos contra Fernando Botero y contra Juan Manuel Avella, y considera usted que este artículo va a favorecerlos a ellos, puesto que ambos están supuestamente sindicados por enriquecimiento ilícito de particulares".

Prosigue el demandado afirmando que reconforta la propuesta que el alto funcionario le dio, dentro de la siguiente óptica:

"De ninguna manera Senador Espinosa podrá usted conseguir que yo quiera pronunciarme al posible efecto de este artículo en las investigaciones que se adelantan con relación a determinadas personas... Pero no puedo yo llegar a pronunciarme sobre unos efectos que, Senador Espinosa, francamente sólo se podrán restablecer en la medida en que las normas y la Constitución nos obligan a actuar dentro de ese Estado de Derecho..."; que aquí cabe preguntar por qué causa, motivo o razón, si el Senador Espinosa Jaramillo no pudo saber que estaba en la lista que aparece en el "anónimo", mencionado cuando el Senador Angarita Baracaldo interpeló al señor fiscal, si no se le había comunicado hasta ese momento que la Honorable Corte Suprema de Justicia había declarado "abierta la instrucción del proceso adelantado en su contra..." y si, finalmente, el mismo Fiscal General de la Nación no tenía la capacidad de pronunciarse sobre los efectos que el artículo proyectado podía producir, "¿por qué se le exige al demandado en este proceso un manejo de conducta idealizado? ¿Por qué se le demanda o exige que supiera lo que no podía saber, por no tener los elementos de juicio que en principio sí tenía la Fiscalía?. Y en este punto del análisis de conducta cuando ni el mismo demandante no puede decir nada con certeza" y por ello se limita a enjuiciarla con suposiciones, como "presumiblemente buscó suspender proceso por enriquecimiento ilícito..."; que a la luz de la realidad expuesta el demandado tiene también el derecho a exigir que tanto los particulares como sus jueces manejen respecto de su conducta la presunción de inocencia y la buena fe, principios respecto de los cuales transcribe jurisprudencia la Corte Constitucional.

Tercera. Que el senador demandado no violó el mencionado artículo 183, en su numeral primero, pues aun aceptando en gracia de discusión, que tuviera interés directo en la aprobación del proyecto de artículo, es lo cierto que en definitiva tal normatividad no fue aprobada. "Así las cosas, el supuesto interés directo, por sustracción de materia, no se concretó"; que ni en la Constitución Política, ni el artículo 286 de la Ley 5 de 1992 se define qué debe entenderse por interés directo y tampoco el Consejo de Estado se ha ocupado de agotar la materia; que es cierto que en el caso del Congresista, doctor César Pérez García, se ocupó del tema, pero frente a una realidad fáctica bien distinta, pues la Ley 30 de 1992 sí entró en vigencia, mientras que en el caso que ahora se estudia tal finalidad no se dio; cita a continuación lo que en sus salvamentos de voto dijeron entonces los Consejeros de Estado, doctores Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández, para concluir que, al menos por el momento, el Honorable Consejo de Estado no puede decretar la pérdida de investidura parlamentaria por la causal denominada "conflicto de intereses", pues la ley orgánica que debe regular la materia, no se ha expedido; que de la lectura del artículo 286 de la Ley 5 de 1992, se deduce que el legislador tomó inspiración para su redacción en el artículo 150 del C. de P. C., donde se consagran las causales de recusación, precisándose en el numeral primero el "interés directo o indirecto en el proceso" del juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tema sobre el cual invoca una jurisprudencia de la Corte Constitucional; que en la Comisión de Conciliación se aprobó, con el voto del senador demandado, la supresión del artículo nuevo introducido al proyecto por el senado y que en el acta respectiva consta el reconocimiento expreso sobre la bondad en las intenciones de los integrantes de ambas Cámaras y se transcribe lo dicho entonces por el Senador Jaime Arias Ramírez.

Cuarta. Aquí reitera el demandado que al intervenir en el debate hizo uso del derecho constitucional que le asistía y le asiste como senador, a la luz de lo preceptuado en el artículo 185 de la Constitución Política, que transcribió y se refiere a algunos apartes de su intervención; dice que si frente a proyectos de normatividad como la que ahora se censura por el demandante, los congresistas deben perder su investidura, no podrán ellos en el futuro votar ninguna ley tributaria, o de reforma urbana o agraria, porque siempre será posible vivenciar que con la normatividad general, impersonal y abstracta, algunos de los congresistas reportaron beneficio; que la valoración de conducta, en casos como el presente, lleva a releer a Ortega y Gasset y transcribe algunos pensamientos de ese autor.

Finalmente, en capítulo que denominó antecedente histórico del artículo censurado, se refiere a la expresión obligatorio contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, declarada inexecutable en sentencia del 1 de abril de 1993 y destaca que en ese entonces el Ministro de Justicia

justificó la constitucionalidad de la normatividad acusada y después de transcribir apartes de la intervención del Ministro pregunta por qué motivo, causa o razón lo que el Gobierno Nacional consideró sano y constitucional se convirtió para el Ministerio de Justicia en una "...desviación conceptual de la misma estructura del Estado Social Democrático de Derecho..." y culmina, criticando tal contradicción.

AUDIENCIA PUBLICA

El solicitante inició su alegato leyendo dos apartes de la intervención del Senador demandado en la plenaria del Senado el día 13 de diciembre de 1995; afirmó que según las propias palabras del Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, éste era consciente, más que consciente y así lo expresa en el debate cuando acepta su responsabilidad desde el punto de vista ético, cual es la intención que he querido yo demostrar a través de esas demandas; "y no habla de ningún otro tipo de sanción porque no corresponde a la Constitución Nacional hacer tipificación de delitos y no podía ser de otra manera porque esto corresponde a otras instancias judiciales", agregó; prosiguió leyendo otro aparte de la intervención del senador en aquel debate; "así pues, que todo estaba orientado a obtener un beneficio de orden penal cual era favorecerse de las diferentes investigaciones que la Corte Suprema de Justicia adelantaba contra el Senador en ese momento. Y se ha debatido acá en el honorable Consejo de Estado si es procedente o no para despojar de su investidura el hecho de que éstos conocieran su investigación al momento del debate en el Senado del pasado 13 de diciembre de 1995. He de responder con la propia defensa que ha hecho el doctor Uribe Acosta. Y desde luego que el doctor Uribe Acosta habla en nombre de su representado y por tanto entiendo que está hablando el mismo senador, página 5 de sus alegatos. Dice: Es verdad que desde agosto 11 del 95 supo por oficio número 2301 que le envió la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal que en esa Corporación cursaban unas diligencias preliminares en su contra radicadas bajo el número 10738 remitidas por la Comisión de Fiscales de la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá. Así pues, que había pleno conocimiento de esta serie de investigaciones que le adelantaba la Corte Suprema de Justicia al doctor Gustavo Espinosa Jaramillo. Respecto a la otra controversia existente en el sentido de no haber ordenamiento legal en la cual se pueda subsumir esta demanda, basta agregar que la vigencia de la Constitución Nacional de ninguna manera puede regir hacia el futuro más sí su desarrollo legal. Son dos cosas absolutamente aparte. La Constitución del 91 rige a partir del momento de su sanción, otra cosa es que por alguna u otra circunstancia se haya delegado en la ley su tecnificación por llamarlo de esta manera, pero de ninguna manera vuelvo y repito, puede hablarse de que la Constitución del 91 no estaba vigente y por lo tanto no se aplica la consabida ley, que entre otras cosas no sé si le es chocante al Consejo de Estado, como va a encasillar cuestiones de orden moral y cuestiones de orden ético. Haría yo un parangón en esta proyectada ley, que desde luego tardará algunos años en ser debatida y aprobada por el Congreso de la República, en cuanto se refiere a las cuestiones de orden moral y ético, no sé cómo irá a numerarlas este tipo o esta serie de valores. Porque en mi sentir es igual a como acontece con los derechos fundamentales, de ninguna manera éstos pueden estar taxativamente por una ley.

Estos argumentos solicito al honorable Consejo de Estado sean tenidos en cuenta como adicionales a la demanda que he presentado. En tal sentido reitero las peticiones de esta demanda, y solicito que el Senador Gustavo Espinosa Jaramillo sea despojado de su investidura". A continuación el actor hizo algunas consideraciones políticas y otras sobre la demanda, y citó al escritor Gabriel García Márquez.

El señor Agente del Ministerio Público, se refirió a los hechos de la demanda; posteriormente planteó que como del estudio integral de aquélla no se desprendía acusación alguna respecto a la violación de régimen de inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la Constitución Política para que proceda la declaratoria de pérdida de la investidura del demandado, su intervención se contraerá, exclusivamente, al análisis del posible conflicto de intereses que pudo haberse suscitado por el hecho de haber votado el senador un artículo nuevo, introducido en el Proyecto de Ley 168 de 1995 Senado, 129 de 1995 Cámara, que leyó.

Luego se refirió a la contestación de la demanda y a los hechos que estaban probados en el proceso; que entre las limitaciones que tiene el honorable Consejo en el conocimiento de estos asuntos, está el cumplimiento del debido proceso, que no se cumpliría en este caso, porque no existe un régimen legal respecto de las situaciones de carácter moral ni de las recusaciones que a él darían lugar; y al respecto hizo un análisis de algunas normas de la Constitución Política, de la Ley 5 de 1992, del C. de P.C., del C.C.A. del C. de P.P. y de la Ley 144 de 1994; dice que los artículos 182 de la Constitución Política, 286 de la Ley 5 de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994, son normas en blanco "las que por ser incompletas violan el principio constitucional de legalidad de la falta y de la sanción"; se refirió a las consecuencias de la naturaleza disciplinaria del proceso de pérdida de investidura, para concluir que la legalización y tipificación de la falta son garantías "que impiden el ejercicio arbitrario de la potestad disciplinaria por quien actúa en función administrativa o jurisdiccional"; analizó por qué el código disciplinario único constituye un avance legislativo e hizo una referencia conceptual a las normas en blanco, relacionada con el conflicto de intereses y terminó su intervención desarrollando el tema de la no definición legal sobre el "interés directo", resumiendo que la pérdida de la investidura por el aspecto moral requiere de causales específicas que aún no han sido expedidas por el legislador y solicita que se despachen desfavorablemente las peticiones de la demanda.

El señor apoderado del demandado, en lo esencial, dijo que se ve obligado por lo que se ha dicho en la audiencia a hacerle una "laparatomía" al llamado mico, que se orientaba ni más ni menos, que a recoger una jurisprudencia actualmente vigente sentada por la Corte Constitucional y que la acaba de reiterar al bendecir el estatuto de justicia, en donde se precisa que no se puede cometer un delito de enriquecimiento ilícito por particulares, si previamente la persona de la cual uno recibe el enriquecimiento no está condenada, y puso un ejemplo; que el demandante decía bien que el país estuvo todo en el narcotráfico; en este punto, citó varias hipótesis de relaciones bancarias, sociales, políticas y económicas con presuntos narcotraficantes, para terminar preguntando que si se va a llevar a todas esas gentes a la cárcel? Afirma que la Corte Constitucional en el fallo del 93 fue muy sensata, jurídicamente sólida, cuando le impartió su bendición al Decreto 2266, que recogía la filosofía de lo que es el enriquecimiento ilícito; leyó la norma y prosiguió: Y la Corte al declararla constitucional, qué precisión con relación de causa a efecto le puso o estampó para que dijese que la norma se ajustaba a derecho, dijo: La expresión "de una u otra forma" debe entenderse como incremento patrimonial no justificado derivado de actividades delictivas en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas

deben estar judicialmente declaradas para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva, tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órganos legales. Sólida la argumentación de la Corte, porque es inusitado que el particular resulte condenado cuando imploró la caridad del supuesto narcotraficante o de la supuesta empresa de fachada. Es necesario que condenen a quien da el auxilio y si después de esa circunstancia viene una negociación, en hora buena, puede haber lavado de dólares, puede haber una circunstancia antijurídica. Pero antes ¿con qué filosofía? Pues bien, convertir en norma esta filosofía jurídica de la Corte Constitucional dio lugar a todo este embrollo en que vive hoy el país, y que ya lleva dizque a hablar de ley de punto final. Que la solución está dada por la Corte Constitucional, conforme a la cual no se puede condenar a ningún colombiano que haya recibido auxilios o donaciones o haya comprado un carro, o una casa o una finca a un supuesto narcotraficante, porque ese supuesto narcotraficante todavía no está condenado. Que la Corte Constitucional acaba de reiterar esa filosofía en el sentido de que cuando hay una ilación perfecta entre los considerandos y la parte resolutive, eso forma cosa juzgada. Querrá el Consejo de Estado más precisión, más conexión entre los considerandos y la parte resolutive, que la Corte Constitucional hace cuando dice que es necesario que la actividad delictiva deba estar judicialmente declarada. Que sí hay conflicto de intereses porque unos parlamentarios desean que se vuelva norma legal lo que ya dijo la Corte Constitucional y ésta ayer o antier reiteró esa filosofía, entonces el mal está en la Corte Constitucional y, a mi juicio, no lo está. La Corte está acertada. Que si fuera posible manejar un conflicto de intereses dentro de ese marco sutil con que se quiere manejar o se quiere presentar, tendríamos entonces que los honorables Parlamentarios no podrían, no habrían podido dictar la Ley 5 ni la Ley 144. Porque en la Ley 5 y en la Ley 144 ellos tuvieron el control de la normatividad. Que ellos no podrían entonces haber expedido las excepciones a las incompatibilidades de los congresistas, (analizó algunas), ni hacer la ley orientada a regular todos los aspectos que la Constitución establece, porque ya caerían en el régimen de conflicto de intereses. Que en el examen de la conducta humana, el doctor Espinosa tiene una conducta clara en este problema y al respecto se refirió a la interpelación que hizo al Fiscal el Senador doctor Angarita Baracaldo, cuando se discutía en el Congreso el llamado narcómico, en términos similares a los expuestos en la contestación de la demanda (fl. 31) e igualmente a la pregunta que le formuló el doctor Espinosa al mismo Fiscal (fls. 34 y 35). Que no se puede suponer que uno sea delincuente ya que existe una normatividad Constitucional que predica que se presume la inocencia, la buena fe, etc. Elogió el concepto de la Procuraduría, no porque le fuera favorable al cliente, sino porque invita a la reflexión. Pero yo me puse a estudiar un poco más ese llamado conflicto de intereses. Y esa expresión de qué es el interés directo. Al respecto, relató que la doctora Consuelo Sarria Olcos citando a Alejandro Nieto, sostiene que esa figura es inútil. Que es obvio que falta una ley que diga qué es el interés directo. Dirigiéndose al Consejero ponente: en mi escrito de contestación de la demanda, yo digo que en el momento es el mismo parlamentario el que precisa a la luz de su conciencia, si allí se está discutiendo algo que pueda molestar, que pueda violar la ley. Algo parecido a lo que ocurre con los jueces, con los magistrados. Y no hay más orientación. Es un aspecto muy subjetivo, es un aspecto muy difícil de manejar y por lo mismo será la ley la que precise en forma clara, lo que es interés directo. Que es indiscutible que el país está en crisis; y habló sobre la crisis que afecta por primera vez, a las tres ramas del poder público. Que el doctor Espinosa, y yo le pido al honorable Ponente que ponga mucho cuidado, sabía de las investigaciones preliminares mucho antes de votar el famoso narcómico. Pero, las investigaciones preliminares son mucho y no son nada, uno no sabe por qué lo están investigando, si lo van a investigar, si le van a abrir proceso, si no se le va abrir proceso. Pero el día 13 de diciembre del 95, el mismo día en que el doctor Espinosa tuvo el valor de hablar claro en el Senado, le llegó un oficio, mejor, calendaron un oficio, Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria, que el doctor Espinosa recibió el 14. Aquí está el sello del Senado en que el doctor Espinosa recibió esto el 14, en donde le anuncian que en relación con su problemática, se declaró abierta la instrucción del proceso adelantado.

Aquí está al folio 52 para que si se van a manejar aspectos sutiles de proceso distinguiendo investigaciones preliminares, indagatoria, etc., se tenga en cuenta esa circunstancia de que mi patrocinado sólo se enteró el 14. Leyó a Ortega y Gasset y para terminar leyó lo que se describe como mensaje para los jueces de Juan Arias.

Surtido el trámite de ley, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. Calidad del demandado

Se demostró que el ciudadano Gustavo Espinosa Jaramillo, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.230.732 fue elegido Senador de la República en las elecciones del 13 de marzo de 1994, por el Partido Liberal Colombiano, para el período 1994 - 1998 (fl. 15).

Su posesión se infiere, necesariamente, de ser llamado a lista en aquella Corporación (fl. 61).

2. La pérdida de investidura y el conflicto de intereses

a) Su regulación normativa.

Recuperar el prestigio del Congreso fue uno de los móviles de la reforma constitucional de 1991 y como consecuencia de ello, se regularon algunos mecanismos de control respecto de sus miembros.

Dentro del marco de la democracia participativa el artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos, el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y como un mecanismo específico para tal efecto, se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros, a través del cual se hace efectivo el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien lo desconozca.

Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, constituye pilar fundamental de la soberanía popular, consagrada en el artículo 3 de la Carta de 1991.

En este sentido, la Comisión tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la Rama Legislativa del Poder Público, en su Informe - Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea, consideró que:

"...el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del congresista, la violación de este régimen no podía acarrear sanción inferior a la pérdida de la investidura y así se consagró..." Gaceta Constitucional, número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 17.

Y en relación con el conflicto de interés, en la respectiva ponencia se afirma que:

"5.3 Conflicto de interés: Como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la corporación sus posibles motivos de conflicto de interés". Gaceta Constitucional número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 16.

Los anteriores criterios quedaron plasmados en el articulado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir su violación como causal de pérdida de la investidura, junto con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

"Los congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva cámara, sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiba para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieren, cualquier persona podrá recusarlos".

Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula la figura del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

"Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador, expedir la reglamentación relacionada con los conflictos de intereses y las recusaciones, por expreso mandato constitucional; y aunque no fue incluido en alguno de los proyectos iniciales del Reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador expidió la Ley 5 de 1992 en cuyo Capítulo Undécimo titulado Del Estatuto del Congresista, luego de regular en su Sección Primera, entre otros aspectos, lo atinente a los derechos y deberes de los congresistas así como en la Sección Segunda las Inhabilidades y en la Tercera las Incompatibilidades, en la Sección Cuarta conformada por los artículos 286 a 295, se ocupó del Conflicto de Intereses, para regular finalmente, en la Sección Quinta, la Pérdida de la Investidura.

Respecto de dicha Ley 5 de 1992, que como se sabe contiene el Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador doctor Orlando Vásquez Velásquez, afirma:

"11.5 Pérdida de la Investidura

En la Sección 5, Capítulo Undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 al 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de la investidura congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el artículo 183 constitucional.

"Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país, han sido establecidas como una forma de sanción al Congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone, o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

"Son estas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

"Pero, es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los Congresistas?

"En ausencia de legislación que desarrolle estos preceptos, con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión es terminante: son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

"Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución. Veamos.

"Son en realidad, siete (7) causales de pérdida de la investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza según la causal de que se trate. Son ellas"

"a) Violación del régimen de inhabilidades.

"b) Violación del régimen de incompatibilidades.

"c) Violación del régimen de conflicto de interés.

"d) Indebida destinación de dineros públicos.

"e) Tráfico de influencias debidamente comprobadas.

"f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de Acto Legislativo o de ley o mociones de censura.

"g) 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 fueron llamados posteriormente a posesionarse.

"El Consejo de Estado, dispone el artículo 184 de la Carta, de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano; debe proceder a decretar la pérdida de la investidura.

"Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incurso en algunas de estas causales: una ley orgánica, de carácter reglamentario como la que se examina; y una ley estatutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (arts. 151 y 152 ord. 3 C.N.).

"El primer aspecto se desarrolla en la presente ley, dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el Congresista. Y el segundo debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República". (Se subraya).

(Reglamento del Congreso, Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República, Santafé de Bogotá, D. C., 1992, pág. LIII, LIV, LV).

Los artículos 286 a 295 de dicha ley, dispusieron textualmente:

"Artículo 286. *Aplicación.* Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Artículo 287. *Registro de intereses privados.* En cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados en el cual los Congresistas consignarán la información solicitada con su actividad privada. En ella se incluirá la participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el país o fuera de él.

Artículo 288. *Término de inscripción.* Los Congresistas deberán suscribir sus intereses privados en el registro dentro de los primeros treinta (30) días del período constitucional, o de la fecha de su posesión.

Artículo 289. *Publicidad del registro.* El Secretario General de cada una de las Cámaras hará público el registro, y lo expresará, además, en la *Gaceta del Congreso*.

Artículo 290. *Modificación del registro.* El cambio que se produzca en la situación de intereses privados de los Congresistas, deberá inscribirse en el registro dentro de los treinta (30) días siguientes a la protocolización del cambio.

Artículo 291. *Declaración del impedimento.* Todo Senador o Representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés.

Artículo 292. *Comunicación del impedimento.* Advertido el impedimento, el Congresista deberá comunicarlo por escrito al Presidente de la respectiva Comisión o corporación legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento.

Artículo 293. *Efecto del impedimento.* Aceptado el impedimento se procederá a la designación de un nuevo ponente, si fuere el caso. Si el conflicto lo fuere respecto del debate y la votación, y aceptado así mismo el impedimento, el respectivo Presidente excusará de votar al Congresista.

La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos del párrafo del artículo 183 constitucional, si asistiere a la sesión el Congresista.

El Secretario dejará constancia expresa en el acta de la abstención.

Artículo 294. *Recusación.* Quien tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún Congresista, que no se haya comunicado oportunamente a las Cámaras Legislativas, podrá recusarlo ante ellas. En este evento se dará traslado inmediato del informe a la Comisión de Ética del Estatuto del Congresista de la respectiva Corporación, la cual dispondrá de tres (3) días hábiles para dar a conocer su conclusión, mediante resolución motivada.

La decisión será de obligatorio cumplimiento.

Artículo 295. *Efectos de la recusación.* Similar al del impedimento en el artículo 293".

Posteriormente, la Ley 144 de 1994 "por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas", en su artículo 16, estableció que los Congresistas que durante el año inmediatamente anterior a su elección, hubieren prestado sus servicios remunerados a

gremios o personas de derecho privado cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, tienen la obligación de comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva para que decida si ellos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos. Este artículo 16 consagra el trámite que debe cumplirse cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces, en complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (art. 182) y en la ley (Ley 5 de 1992), artículo aquél, que fue declarado ajustado a la Constitución mediante Sentencia C - 247 de 1995 de la Corte Constitucional.

b) Antecedentes jurisprudenciales

Desde su consagración constitucional el Consejo de Estado ha decidido ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional, en las cuales se ha invocado como causal la violación al régimen de conflictos de intereses. Son ellas:

Sentencia del 1 de diciembre de 1993, Expediente AC - 632, Consejero Ponente doctor Miguel Viana Patiño. Se precisó que el no registró de los intereses privados en el libro de respectivo, a que se refiere la Ley 5 de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos Consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.

Sentencia del 20 de enero de 1994, Expediente AC - 796, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Se precisaron como normas aplicables al conflicto de intereses los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5 de 1992. Con salvamento de voto de los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernández, Juan Montes Hernández y Julio César Uribe Acosta. Y aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora y Cosuelo Sarria Olcos.

Sentencia del 24 de marzo de 1994, Expediente AC - 1276, Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate. Allí textualmente se dijo:

"En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de ¿conflicto de intereses¿ por falta de ley que la desarrolle según previsión del artículo 182 de la Constitución.

"El solo artículo 182 al cual estaban sujetos los Congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida, las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse o no acomodarse al ¿bien común¿ al cual deben ajustar su actuación según el artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del Congresista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

"Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el artículo 230 de la Carta".

Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

Sentencia del 26 de julio de 1994, Expediente AC - 1499, Consejero Ponente doctor Delio Gómez Leyva. Se aplicó el artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5 de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo.

Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta y sin salvamentos de voto.

Sentencia del 4 de agosto de 1994, Expediente AC - 1433, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno. Reitera expresamente la tesis sostenida en la sentencia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, Expediente AC - 1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto de los doctores Julio César Uribe Acosta y Joaquín Barreto Ruiz, estando ausentes los doctores Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff y Dolly Pedraza de Arenas.

Sentencia del 23 de agosto de 1994, Expediente AC - 1675, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5 de 1992 "...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses" y transcribe su artículo 286. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta.

Sentencia del 9 de septiembre de 1994, Expediente AC - 1233, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano. Allí se dijo textualmente:

"Tampoco la Sala haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda solicitud; encuentra cuál fue la conducta observada por los senadores demandados constitutiva de quebrantamiento al régimen de conflicto de intereses, al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política, 276 (sic) de la Ley 5 de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994".

Sentencia del 6 de febrero de 1996, Expediente AC - 3214, Consejera Ponente doctora Miren de la Lombana de Magyaroff. Se decidió con fundamento en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994.

La anterior relación permite precisar cómo, la tesis mayoritaria reiteradamente sostenida por la Corporación, explícita o implícitamente, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional, 286 y siguientes de la Ley 5 de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

c) Precisiones de la Sala

De manera pues que la Sala reitera su entendimiento acerca del conflicto de intereses, sobre el cual considera oportuno hacer las siguientes

precisiones.

Primera. Se trata, en el caso de los Congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5 de 1992 y en la Ley 144 de 1994, artículo 16.

Segunda. El impedimento para que el Congresista actúe se presenta por razones ya de índole moral, ya de índole económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 Constitucional y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5 de 1992, en cuanto se expresa que él presenta "cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera".

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.) en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado y, cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación.

Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

Estima la Sala, y con ello no se está sentando una tesis de última hora, que no es necesario, ni conveniente, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia de un conflicto de interés de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5 o como se estructura en la causal primera de impedimento consagrada en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de ...texto ilegible... tiempo y en espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

"Procede entonces la causal invocada por uno de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los magistrados si fungieron en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las instituciones jurídicas que contribuyen a crear.

"Así pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del ¿interés en el proceso? a que se refiere el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente¹.

Por lo anterior, no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto a los Congresistas, cuando éste tiene connotación económica.

Tercera. Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido.

No hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo. Pues lo cierto es, que:

- a) La Carta exige que los congresistas pongan en conocimiento de la respectiva cámara "las situaciones de orden moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración".
- b) El artículo 286 de la Ley 5 les exige que se declaren impedidos cuando exista "interés directo en la decisión porque les afecte de alguna manera" a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios.
- c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de que aquél no sea manifestado espontáneamente.
- d) Existe un procedimiento para darle curso a las solicitudes de desinvestidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994.
- e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5 de 1992.

Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 *ibidem*, a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento Civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A. y el Título XIII del C. de P. C.

f) Existe un juez encargado de fallar los procesos de desinvestidura cual es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional.

Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses que echan de menos el distinguido colaborador fiscal y el señor apoderado del demandado, que los lleva a sostener la inaplicación del conflicto de interés originado en asuntos de índole moral.

Cuarta. El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley "exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al Congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho". Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.

Desde esta perspectiva, el conflicto de intereses es automático y su declaración es imperativa, kantianamente hablando.

La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en sus relaciones familiares, sociales y políticas, conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses que se le presenta frente a una situación concreta. El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para él todo lo es también para la parte, aún así no tome una posición determinante en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contrariaría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).

Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrador, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, ya sea mediante sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria porque advertido el conflicto, lo haga manifiesto mediante la declaratoria del impedimento, ora por iniciativa de terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación.

De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, por la vía de la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

Respecto de los miembros del Congreso, tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quien esté incurso en el conflicto de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y "deberá declararse impedido para participar en los debates o votaciones respectivas".

Como consecuencia por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses, la Carta de 1991 consagra para ellos la sanción de pérdida de investidura.

Quinta. La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución, cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, tendrá lugar cuando quiera que el Congresista haya participado "en los debates o votaciones respectivas" sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 de la Constitución y 286 de la Ley 5 de 1992.

El senador alega en su defensa que no existía proceso penal en su contra, en cuanto no se le había notificado formalmente de las diligencias preliminares que la Corte Suprema de Justicia adelantaba contra él, ni se le había vinculado formalmente mediante indagatoria, ni conocía el contenido de las referidas diligencias, razón por la cual no se encontraba impedido para votar el proyecto de ley y concretamente el "nuevo artículo" tantas veces mencionado.

A juicio de la Sala dicho argumento no resulta válido, toda vez que si bien es cierto procesalmente, en materia penal puede afirmarse que el inculpado no se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que se debe determinar es si el senador que votó o participó en la discusión de la ley, sabía que con ello resultaba beneficiado porque, como en el caso *sub examine* tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal.

Sexta. El Senador demandado se ha acogido a los salvamentos de voto de los Consejeros, doctores Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández, en el expediente AC - 796 en cuya sentencia se decretó la pérdida de la investidura del Congresista, doctor César Pérez García, quienes expusieron que la Ley 5 de 1992 no puede contener el régimen de conflicto de intereses de los Congresistas, habiendo agregado el primero, que si el conflicto de intereses conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del Congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que estableció el constituyente por una ley estatutaria conforme al artículo 152, numeral a), la cual tiene un procedimiento y unos contenidos distintos a la ley orgánica que aplicó el fallo.

Tal argumento no ha convencido a la Sala, al tener en cuenta que el alcance de la ley estatutaria que gobierne los derechos y deberes

fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección, a que se refiere el literal a) del artículo 152 de la Constitución Política, tiene que ver, por lo que atañe con los primeros, con los denominados derechos humanos, predicables de toda persona residente en Colombia, materia dentro de la cual no se entendería cómo podría estar regulado el tema del conflicto de intereses de los Congresistas.

3. El contexto dentro del cual se desarrollo la discusion y aprobacion del articulo cuestionado, en la sesion del 13 de diciembre de 1995

Como se dijo, el asunto sometido al juzgamiento de la Sala hace relación con un supuesto conflicto de intereses en que pudo haber incurrido el Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, por razón de haber participado en el debate y votado el artículo transcrito al comienzo de esta ponencia, el día 13 de diciembre de 1995 en el Senado de la República.

Para la Sala es de especial trascendencia hacer claridad acerca de los supuestos fácticos que sirven de base a la solicitud de pérdida de la investidura del citado senador, y así determinar si incurrió o no en el conflicto de intereses, determinar qué fue lo acontecido en la Sesión Plenaria del 13 de diciembre de 1995, y cuál fue la actitud de los senadores que participaron y votaron en uno u otro sentido, respecto al artículo objeto del debate.

¿Cuál fue el grado de conocimiento que tuvo el senador demandado sobre el alcance, finalidades y trascendencia del referido artículo presentado por 45 senadores?

Para establecerlo es indispensable adentrarse en los pormenores del debate en cuestión con el ánimo de indagar, en cuanto las actas lo permitan, la realidad de lo sucedido.

A ello procede la Sala con fundamento en lo que narra el acta número 35 de la sesión ordinaria del día miércoles 13 de diciembre de 1995, publicada en el número 479 de la Gaceta del Congreso, correspondiente al 20 de diciembre de 1995:

Según se lee en ella, por Secretaría se da lectura al mencionado artículo nuevo suscrito por 45 senadores:

El debate se inicia, con la intervención del Senador Motta Motta en defensa del proyecto de artículo y con la del señor Ministro de Justicia en la que formula reparos de orden constitucional a la iniciativa; prosigue con intervenciones de diversos senadores, entre las cuales la Sala destaca las siguientes, que de alguna manera contribuyen a dilucidar los interrogantes que anteriormente se dejaron planteados:

Palabras del honorable Senador Luis Guillermo Giraldo Hurtado:

Ya desde el comienzo de su intervención el senador plantea su inquietud no sólo por la forma intempestiva que se presentó el proyecto en la plenaria, sino por sus posibles relaciones con las investigaciones que se adelantan sobre dineros que se utilizaron en las elecciones y que pudieron provenir del narcotráfico. Expresó el orador:

«...por lo menos consten las palabras de un senador que se opuso a este artículo nuevo añadido y según mi concepto artificiosamente añadido a un texto que trata de contravenciones, que no profundiza en materia de la justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en estos momentos el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría (sic) en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico». (pág. 18).

Para a renglón seguido plantear de manera clara, expresa y categórica que debe establecerse plenamente la relación existente entre la norma propuesta y el proceso 8.000:

"... y hablemos claro honorables senadores y yo voy a concluir mi intervención señor Presidente y pido que le dé la palabra al señor Ministro pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado, qué ocurriría con lo que inicialmente se conoce como el proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se ha presentado a la consideración de la plenaria hoy: para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas, inmediatas de coyuntura, porque dándome el principal *mea culpa*, yo sí que me arrepiento porque me los señalaron oráculos más altos que mi duelo (sic) ciertos textos que voté aquí en la legislatura pasada relacionados con el procedimiento penal y que sólo sirvieron para amparar narcotraficantes, pero bajo ese velo ahí la que sufre es la justicia colombiana porque es la que se encuentra coja y manca para aplicar el derecho penal sustantivo a quienes violan la ley penal colombiana, porque le voy a preguntar señor Ministro; si en la coyuntura que está viviendo el país la aprobación de este texto tiene algunas consecuencias para que lo votemos sabiendo cuales son las consecuencias de coyuntura inmediata cada uno de los Senadores y para que no digamos como digo yo en relación con otros textos que aprobé aquí, desafortunadamente le di fe a quienes me lo explicaron, a quienes me dijeron que eso serviría para que los carteles se entregaran, para que hubiera reconciliación, para que no hubiera más actos terroristas en el país y desafortunadamente fallamos, porque lo que vemos, es que la que quedó coja y manca repito, es la justicia colombiana" (página 19).

Y en cuanto a la inconveniencia e inconstitucionalidad de hacer obligatoria la doctrina constitucional de la Corte expreso:

"No me venga a decir a mí que la Corte Constitucional puede casi que establecer parámetros constitucionales en las partes motivas de sus fallos; la Constitución dejaría de ser este pequeño libro, que a muchos les parece un libro bastante grueso, para convertirse en casi todos los tomos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero además, le estaríamos dando la facultad para que modificara la Constitución y legislara esto sería, ahí sí decir que dentro de esta galería de eunucos a los cuales se refirió en una oportunidad el señor Ministro de Justicia, el más eunuco entre los eunucos y el que se constituye en auto eunuco es precisamente el Congreso de la República porque aquí estamos

aplicando (sic) de nuestra capacidad de legislar y le estamos diciendo mediante un proceso aprobado por las dos cámaras si llegare a pasar en las dos Cámaras, a la Corte Constitucional, legisle esto es suyo» (pág. 19).

Pero todavía de manera más explícita, el orador que impugna el proyecto cuestionado, se dirige a sus colegas que pudieran estar vinculados al proceso 8.000 para señalarles que el artículo en cuestión los puede favorecer y que si son inocentes no deberían aceptar una amnistía y llama la atención de que podría estarse legislando con nombre propio. Dijo el Senador Giraldo:

"...yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en este proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar honorables senadores cuando veo en los curules a unos estimados colegas, que cuyo texto transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía; cuando hay inocencia, no necesitamos de artículos de proyectos de ley. Esto se impone por sí solo, este es un momento bastante difícil y decisivo para el Senado de la República, en donde a lo mejor el país nos puede enjuiciar por estar legislando al calor de la coyuntura, a lo mejor por estar legislando con nombres propios y eso no es bueno para este Congreso cuyo prestigio desafortunadamente está descaecido. (pág. 19).

Para finalizar su intervención con la siguiente admonición, sobre las consecuencias que traería para el Congreso la aprobación de una iniciativa como la propuesta:

"...pero este ciertamente no es el canal para llegar a la opinión pública y mucho me temo que la oleada de la opinión al aprobar este texto cuando los medios de comunicación se lo expliquen en sus consecuencias y cuando nos lo explique aquí el señor Ministro de Justicia, la oleada va a ser tal que va a arrollar la opinión pública al propio Congreso, va a pedir inclusive al (sic) cierre de este Congreso, no nos va a tolerar que en momento tan decisivo para la Nación en donde están en juego tantas investigaciones estemos legislando para la coyuntura" (pág. 19).

Palabras del honorable Senador Eduardo Pizano de Narváez

La intervención del Senador Pizano también se orienta a llamar la atención sobre la trascendencia que tiene el artículo propuesto y sobre las repercusiones que sobre el país y la imagen del Congreso arrojaría tal actuación, para finalizar anunciando su voto negativo y el de los senadores de la Nueva Fuerza Democrática:

"...y yo sí quisiera llamarle a todos los senadores que están presentes en el día de hoy para que sepan que con el voto que configuren en el día de hoy se está jugando el futuro de esta institución que es el Senado de la República, no crean que es cualquier artículo adicional el que se está jugando en el día de hoy, es el futuro de la institución que todos representamos, que todos vinimos aquí al Congreso a trabajar por los intereses de la Nación y que lo que se vote en el día de hoy va a tener unas grandes repercusiones sobre el país, sobre la imagen del Congreso y sobre sus actuaciones y por eso le pido a cada uno de los senadores que se pongan la mano en el pecho y piensen muy claro qué es lo que van a votar en el día de hoy porque no es cualquier cosa que se vote en el día de hoy, me da mucha tristeza decirlo, pero yo quisiera y veo con tristeza que ninguno de los senadores que propusieron la proposición venga a defenderla y venga y nos plantee por qué razón indudablemente se quiere cambiar el espíritu de la Constitución en la forma como se está pretendiendo en el día de hoy;" (pág. 20).

Palabras del señor Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento:

En este rastreo que hace la Sala para determinar qué tanto nivel de conocimiento, qué tanta información se analizó en el debate respecto de las consecuencias, alcance, finalidades y trascendencia del proyecto, y sobre todo, qué relación directa o indirecta pudiera tener el artículo discutido con las investigaciones por delitos de enriquecimiento ilícito, llama la atención de la Sala el siguiente aparte de la intervención del señor fiscal, en el cual, inclusive apelando a ejemplos sobre casos concretos expone su opinión sobre los que serían los efectos que sobre tales investigaciones tendría la aprobación del artículo referido, en la medida en que dejara de considerarse el enriquecimiento ilícito como delito autónomo. En efecto, dijo a este respecto el Fiscal:

"...pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado como un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias, repito, las deficiencias investigativas, para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delictivas".

Pero hay otras circunstancias muy interesantes que también deben ser consideradas, por ejemplo, en el caso de la prescripción, y me refiero por ejemplo al señor Lehder, es muy curioso, prescribió la investigación contra él, claramente demostrado la comisión de ese delito, pero bueno, como no se pudo probar entonces todos los que se enriquecieron y todos los testaferros de Lehder, quedan libres?

"Este sería el caso de aprobarse este artículo, no eso es un imposible, eso sería, absurdo..."

"...de aprobarse este artículo, bueno quien quita que a alguien se le ocurriera para librarse de unas investigaciones, mandar a liquidar a esa persona, eso no lo quiero ni pensar, pero es una atrocidad, y puede ser así porque es la manera de librarse del delito, ¿de cuál delito? del enriquecimiento ilícito por ejemplo, no, esto es absurdo, yo creo sinceramente que se cometería un gran error de aprobarse este artículo..." (pág. 23).

El Senador Gustavo Espinosa Jaramillo en una interpelación al Señor Fiscal, expreso:

"Presidente, Señor Fiscal, usted ha vinculado en forma abierta, concreta y muy franca este proyecto de artículo con el tema del narcotráfico y del enriquecimiento ilícito, jurídicamente ha dicho varias inexactitudes, yo me voy a referir a ellas más tarde, ahora quiero hacerle esta pregunta

concreta, ¿considera usted que aprobar este artículo interfiere los procesos contra Fernando Botero y contra Juan Manuel Abella, y considera usted que este artículo va a favorecerlos a ellos, puesto que ambos están supuestamente sindicados por enriquecimiento ilícito de particulares?".

(Gaceta # 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pág. 23).

Posteriormente y para responder una pregunta que le formulara el Senador Jaime Dussán Calderón en el sentido de si el artículo propuesto "lo que quiere decir es que pone en la calle a todas las personas que en este momento están presas y se están investigando". El Fiscal respondió de la siguiente manera:

"Pero no puedo llegar a pronunciarme sobre unos efectos que, Senador Espinosa, francamente sólo se podrán establecer en la medida en que las normas y la Constitución nos obligan a actuar dentro de ese Estado de Derecho y las normas vigentes tendrán que aplicarse a un artículo como esto si tiene vigencia se tendrá que aplicar y eso tendrá el efecto, yo no me refiero a eso, pero que afecta el curso de muchas investigaciones yo sí creo; eso lo han dicho personas que me han antecedido en el uso de la palabra y esa es una de las razones por las cuales considero inconveniente y aún absurda esta decisión en estos momentos" (pág. 25).

Palabras del honorable Senador Carlos Eduardo Corsi Otálora:

También es de significación la posición expresada por este senador cuando plantea sus dudas acerca de la constitucionalidad del proyecto del artículo nuevo y anuncia su voto negativo:

"Gracias señor Presidente, la verdad es que un artículo que acabo de conocer y leyéndolo con cuidado me doy cuenta que si se ha de discutir alguna vez este artículo, debe ser primero que todo en la comisión y con un debate muy abierto, con expertos en la materia y no ahora, ahora debe negarse, veo que lleva implícito un cambio en la estructura jurídica del Derecho que ha regido al país nosotros tenemos una estructura del Derecho Romano que a través del Francés y del Español es el colombiano".

"...de manera que anuncio mi voto negativo y le pido al Congreso pues que no nos embarquemos en esta aventura sin saber bien en qué estamos" (pág. 27).

Palabras del honorable Senador Mario Uribe Escobar:

El Senador Mario Uribe Escobar interviene en defensa de la constitucionalidad y de la conveniencia del artículo en discusión y censura a quienes lo atacan diciendo:

"...y yo hago esa claridad porque sería inadmisible que pretendiera satanizarse al Congreso, pensando que se propuso una norma que tiene a favorecer narcotraficantes que, y si no díganlo, díganlo y díganlo con toda libertad, porque aquí queremos proceder con absoluta transparencia". (pág. 31).

Ante lo cual interpela el Fiscal General, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, para responder que:

"Yo lo que he dicho es que frente a la situación actual de muchos procesos, este tema y este artículo sí los afecta, sí los afecta, indiscutiblemente honorable Senador, claro por lo que se busca, por el interés de hacer valer una disposición y lo dije yo de la Corte Constitucional y yo también me refería a ese antecedente, también por el cual, ese artículo se había establecido y yo sí lo he dicho que este artículo en esta coyuntura me parece a mí, absolutamente inconveniente y además absurdo, yo lo expliqué de esa manera, o sea, si se trata de hablar claramente pues yo no solamente hablé claramente en ese entonces cuando hice mi exposición, sino hablé (sic) ahora, sí lo afecta" (pág. 31).

Nuevamente en el uso de la palabra el Senador Mario Uribe Escobar expresa que:

"...yo voy a terminar mi exposición señalando lo siguiente, yo me retiro tranquilo de este estrado, porque no es este Congreso el que pretende favorecer a los narcotraficantes, tal vez se pueda inferir de sus palabras que es la Corte Constitucional la que quiere favorecer a los narcotraficantes y señor Ministro, usted tiene por allí por favor el texto de la sentencia que estoy aludiendo, si es tan amable usted me disculpa, puede ser la Corte Constitucional la que quiere favorecer narcotraficantes allá ellos, es una sentencia que dice, yo supongo que es a esto a lo que se refiere el señor Fiscal, es una sentencia en relación con el Decreto 1895 tal que dice,...". (página 31).

Palabras del honorable Senador Gustavo Espinosa Jaramillo:

Por ser el Senador Espinosa Jaramillo la parte demandada y ser por ende su conducta objeto de juzgamiento en el caso *sub lite*, se procede a transcribir en su integridad su intervención final en el debate. Dijo el Senador Espinosa:

"Honorable Senadores, mi exposición será muy breve porque la docta, profunda y experta posición del Senador Mario Uribe me releva de entrar en el tema constitucional. Hace mucho tiempo, más de un año, me hice el propósito de nunca más referirme al tema del enriquecimiento ilícito, porque fui víctima de la más monstruosa deformación que se haya hecho alguna vez contra un proyecto de ley, todavía en algunos periódicos escriben unos periodistas que el senador fulano de tal propuso la supresión del delito de enriquecimiento ilícito, otros dicen que yo propuse la supresión del delito y de la pena y que además propuse la supresión del testaferrato.

Eso nunca fue cierto porque el delito y la pena se contienen en el Código Penal y los procedimientos para investigar y juzgar se contienen en el

Código de Procedimiento Penal, yo propuse la reforma de un artículo del Procedimiento Penal y nunca se pudo agotar la discusión porque fue absolutamente imposible por una extraña razón se deformó todo el tema y muchos, que nunca leyeron el texto, hoy en día siguen hablando como expertos sobre enriquecimiento ilícito, lo que hoy ha venido aquí a aparecer traído discretamente por el Senador Luis Guillermo Giraldo y por el señor Fiscal en el mismo tema, porque no tuvimos el valor de enfrentarlo públicamente y quizás yo fui el primer cobarde que llegué a la conclusión de que era inútil cualquier esfuerzo por defender el texto real y dejé avanzar la mentira y hoy padecemos la misma mentira, se sigue hablando de normas que no son, de delitos que no existen, de conductas que no estamos contemplando de intenciones que no teníamos y que no tuvimos nunca.

Yo no firmé esa proposición, los honorables Senadores discretamente ciertos temas no me los muestran porque saben que soy un senador maldito, castigado y destruido social y políticamente por aquel proyecto que presenté con la absoluta buena fe y que si hoy es el caso puedo explicarlo en los 7 contenidos fundamentales de los cuales dos ya los resolvió la Corte Constitucional y los otros 5 están contenidos en la Ley 190, la misma que este Gobierno llama con tanto orgullo hecha por el Congreso y reclama como propia el Estatuto Anticorrupción.

Pero vengo al tema, por qué, por qué razón cuando se discute este tema que es constitucional y altamente técnico, como lo acaba de demostrar el Senador Mario Uribe, por qué han vinculado el tema con el narcotráfico, por qué lo vinculan con el enriquecimiento ilícito, por qué lo han vinculado con ese conjunto de procesos que llaman proceso 8.000, el señor Fiscal no lo ha dicho explícitamente pero implícitamente dice sí, si se aprueba va a perturbar un poco de procesos que están en marcha, se está refiriendo es al proceso de Fernando Botero y de Juan Manuel Abella, de eso es que se trata, honorables Senadores, pero por qué se asusta la Fiscalía de que se apruebe este artículo, por qué se asusta de que la ley dé fuerza a la cosa juzgada constitucional, por qué la Corte Constitucional en el 93 y en el 94 se ocupó del enriquecimiento ilícito y dijo como se entiende el tipo penal, que no es uno son tres tipos penales de enriquecimiento ilícito, el que toca con los funcionarios públicos, que es subsidiario porque la norma dice si no se demuestra otro delito contra la administración pública y se incrementa en forma injustificada el patrimonio del funcionario, entonces lo sancionan, enriquecimiento ilícito que es el título del artículo, pero que dentro de la norma se llama incremento injustificado de patrimonio, por qué es subsidiario ese tipo penal en los servidores públicos, como nosotros, porque si no hay prueba plena y directa y completa de que hayamos asaltado el tesoro público, incurrido en un delito contra la administración pública y creció el patrimonio y no lo explicamos, entonces estamos incurso en la conducta conocida como enriquecimiento ilícito. O sea si no hay prueba se deduce que, se supone que, inferimos que, es en subsidio por no encontrar la prueba del otro conjunto de delitos o de alguno de ellos, se llega por deducción, por inferencia, por consecuencia, porque no hay la prueba directa, por eso es un delito subsidiario, es un delito receptáculo; se incrementó el patrimonio y no hay cómo probar la conducta delictiva; deducimos, como no lo justifica, se enriqueció, incrementó el patrimonio, porque delinquirió y delinquirió en ejercicio de las funciones o por razón del cargo que ejercía; pero la Fiscalía dice que es un delito autónomo, lo dice contra la norma expresa y contra la interpretación que ha dado la Corte Constitucional.

Cuando se trata de aquel tipo penal de enriquecimiento ilícito que surgió el 23 de agosto del 89, en 1895 (sic) es más clara la situación allí dice: que quienes se enriquezcan, quienes tengan un incremento injustificado de su patrimonio en una u otra forma derivado de actividades ilícitas, o sea, consecuencia de actividades ilícitas conexas a actividades ilícitas, no es un delito autónomo, es un delito conexo derivado de, pero la Fiscalía le dice al país, es un delito autónomo; qué importancia tiene, que la Fiscalía hable, obre, actúe y tome decisiones contra el texto expreso de la ley, pues que la Fiscalía está aplicando de manera irregular, arbitraria y perversa el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y lo está haciendo para poder justificar este extraño torbellino en que metió a todo el país, porque tendría que probar primero la conducta antecedente o en otro proceso o en el mismo proceso en la misma sentencia, pero primero tiene que establecer cuál es la actividad ilícita antecedente que genera los recursos con los cuales se incrementa en forma injustificada el patrimonio del particular o del funcionario público cuando se trata del caso anterior.

El pánico que siente la Fiscalía de que se le dé el respaldo por la ley a la cosa juzgada constitucional, es que no puede seguir incurriendo en esta arbitrariedad, de leer de manera perversa a la ley, y aplicar caprichosamente un tipo penal tan peligroso que cuando se discutió en el proyecto del Código Penal, los mismos miembros de aquella Comisión en el año 78 dijeron que era un tipo penal muy peligroso, que si llegaban las luchas políticas podrían causarle un gran daño al país y aquellos juristas de entonces dijeron que eso dependería de la perversidad de los políticos y esta cita que hago está contenida en el segundo tomo de una obra escrita por un vallecaucano, Francisco José Ferrerira que se llama los delitos contra la administración pública. Lo que ocurre señores, es que la Corte Constitucional está quedando como un rey de burlas, cuando ella interpreta como cosa juzgada una norma constitucional, una norma legal que por algunas circunstancias tiene que interpretar, significa que cuando lo hace con fuerza de cosa juzgada constitucional, no puede haber otra interpretación, y que el juez o magistrado o fiscal que obre contra esa interpretación, prevarica, porque no puede haber otra interpretación, porque ella es guardiana de la ley, pero no es guardián del texto literal de la ley, es la ley con la interpretación que con fuerza juzgada da la vigilante, la encargada de velar por la integridad y la inviolabilidad de la norma constitucional, se ha dicho pues con el valor y la claridad que se debiera decir, es que la Corte ha dicho que se trata de un tipo penal muy peculiar que en el funcionario público es subsidiario y que en el caso del particular es conexo, es derivado de, a consecuencia de, y hay personas que sin habérsele probado que son narcotraficantes, sin habérseles demostrado que están conexos con la actividad del narcotráfico, sin haber probado que los dineros que recibieron o manejaron vienen del narcotráfico están en la cárcel y quizás van a ser condenadas por una interpretación arbitraria, abusiva, irregular y perversa de la norma que contiene el tipo penal, llamado enriquecimiento ilícito.

De lo que se trata pues, es de decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando, haciéndose casi el inocente y el que no entiende lo que está haciendo su propia fiscalía, por eso yo le pregunté, cree que lo que se va a hacer aquí beneficia a ¿Fernando Botero y a Juan Manuel Abella? yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darle la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente, de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el

patrimonio.

Porque otra manera de destruir la juridicidad, otra manera de corromper el derecho penal, otra manera de romper la seriedad de la ley y la respetabilidad del orden jurídico es ponerse a decir lo que no está en la norma, porque esto de la Fiscalía de decir como dijo uno de los funcionarios de la Fiscalía, si demostramos que recibieron un peso de narcotraficantes lo vamos a condenar, van a la cárcel, si les demostramos que les pagaron una cuenta de hotel, eso es enriquecimiento ilícito porque como no pagaron la cuenta no se empobrecieron, luego se enriquecieron, pero la norma habla es de incremento patrimonial, tiene que crecer el patrimonio y la Corte Constitucional ha dicho que tiene que ser un incremento considerable. En sentencia de la Corte Constitucional y ahí entonces por qué esta carga de caballería insinuando que es para romper los procesos, para crear la impunidad y para favorecer delincuentes, porque es muy fácil decir que cuando el político recibe un aporte de una sociedad discutida es delito, pero y el resto de la chequera qué le pasó, que las sociedades por café (sic) tenía una chequera de 50 cheques y un cheque fue para pagarle los servicios públicos a Empresas Municipales de Cali, otro para pagar unos muebles, otra para pagar empleados, otra para pagar un arquitecto y otro para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra que lideraba Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca, pues los 50 cheques, hay uno donde el cheque es delito, el que giraron para el grupo político de Manuel Francisco Becerra que coordinaba Gustavo Espinosa. ¿por qué los demás no son delitos? Porque aquí el Fiscal insinúa que hay receptación, que puede haber receptación en quienes reciben estos dineros y entonces los otros 49 cheques no son receptación, no aseguran el resultado, el producto de la comisión de un delito, no son enriquecimiento ilícito, qué justicia es esa, qué es esa manera de interpretar los tipos penales, este cheque sí es delito, pero los demás no son delito, pero ocurre que no hay ninguna norma en este país que diga, que determinados ciudadanos o que los delincuentes no puedan tener opinión política o que no puedan tener partido político o que no puedan tener candidatos políticos o que no puedan participar en las campañas o que no puedan contribuir con dinero para las campañas. La falta de valor y de juridicidad a tiempo, permitió que un conflicto ético, porque admito que sí es un conflicto ético, y a mí me castiga ese conflicto ético, permitimos que un conflicto ético se volviera un inmenso problema político, de tal magnitud que casi no hay colombiano que no esté convencido que los políticos cometen delitos cuando saludan a un narcotraficante o cuando reciben ayuda económica de un presunto delincuente condenado, o delincuente investigado, o delincuente buscado; es que a veces montan la opinión pública en un carrusel de tal intensidad de mentiras y de deformación de los tipos penales que le hacen creer al país en leyes inexistentes, en tipos penales que no existen y le hacen creer en tipos penales leídos de mala fe, interpretados en forma perversa y aplicados en forma maligna para buscar efectos políticos.

Porque aquí lo que está pasando, lo que nadie se atreve a decir es que lo que la Fiscalía busca es destruir el poder, tumbar el poder, tumbar al Presidente, tumbar al Contralor, tumbar al Procurador, y meternos a la cárcel a 15 ó 20 ó 30 ó 3 Congresistas, de esto es de lo que se trata, querían la verdad y esa es la verdad y es lo que tenemos que enfrentar; y resulta que todo esto va a quedar en la impunidad si este artículo se aprueba, si eso es así, significaría que todo lo que tiene montado la Fiscalía tiene base deleznable y pobre jurídicamente; porque si la Fiscalía no resiste confrontación con la jurisprudencia sabia y científica de la Corte Constitucional, entonces jurídicamente no existe la Fiscalía.

Y lo que hay es una trama, un engaño al país, si la Fiscalía resiste jurídicamente el examen de lo que está haciendo, entonces que pase el artículo; porque de lo que se trata aquí es de darle a la Corte Constitucional fuerza suficiente para que se haga guardiana de la Constitución, aquí no se va a reproducir ninguna norma, por lo tanto no estamos violando, ni el 243, ni el 248, ni el 230, se trata de darle fuerza legal a la cosa juzgada constitucional, para que la Corte Constitucional no siga siendo un rey de burlas, y para que sepa la Fiscalía y los jueces y la Sala Penal de la Corte Suprema de este país, que tienen que respetar la ley, que tienen que aplicar los tipos penales, como están escritos y que la interpretación de la Corte Constitucional es la madre de la juridicidad de este país; que tiene que tener cabeza, que tiene que tener un eje, que no puede estar la ley sometida al vaivén de interpretaciones caprichosas y deformantes de los tipos penales".

Terminada la exposición del Senador Espinosa Jaramillo, la Presidencia cerró la discusión, según refiere el acta, y preguntó a la plenaria si aprobaba el artículo propuesto, a lo cual se respondió que sí por una mayoría que, verificada mediante votación nominal, resultó de 56 votos afirmativos, entre ellos el del Senador Espinosa Jaramillo, contra 32 negativos.

Las transcripciones anteriores permiten a la Sala concluir sin vacilación alguna, que el Congresista Gustavo Espinosa Jaramillo tuvo plena conciencia de que la norma discutida y aprobada comprendía las investigaciones e indagaciones relacionadas con el enriquecimiento ilícito. Certeza que se reafirma cuando se lee la interpelación que le hizo al señor Fiscal, en la que expuso:

"Presidente, Señor Fiscal, usted ha vinculado en forma abierta, concreta y muy franca este proyecto de artículo con el tema del narcotráfico y del enriquecimiento ilícito, jurídicamente ha dicho varias inexactitudes, yo me voy a referir a ellas más tarde, ahora quiero hacerle esta pregunta concreta, ¿considera usted que aprobar este artículo interfiere los procesos contra Fernando Botero y contra Juan Manuel Abella, y considera usted que este artículo va a favorecerlos a ellos, puesto que ambos están supuestamente sindicados por enriquecimiento ilícito de particulares?".

(Gaceta # 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pág. 23).

Y más adelante, cuando ante la ausencia de una respuesta categórica del Fiscal, hizo manifestaciones como las siguientes que aparecen en la página 32 de la referida Gaceta:

"...Hace mucho tiempo, más de un año, me hice el propósito de nunca más referirme al tema del enriquecimiento ilícito...".

"...por qué han vinculado el tema con el narcotráfico, por qué lo vinculan con el enriquecimiento ilícito, por qué (sic) lo han vinculado con ese conjunto de procesos que llaman el proceso 8.000...".

No puede quedar entonces duda, de que efectivamente, el Senador Espinosa era consciente de que el tema del enriquecimiento ilícito gravitaba

el debate en torno del artículo cuestionado.

Tampoco existe duda de que el Senador mencionado sabía que de aprobarse el artículo cuestionado se irían a favorecer las personas objeto de indagación o investigaciones penales por enriquecimiento ilícito, al exigir que previamente se determine la ilicitud de los recursos recibidos, como lo demuestran estos párrafos de su intervención:

"...pues que la Fiscalía está aplicando de manera irregular, arbitraria y perversa el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y lo está haciendo para poder justificar este extraño torbellino en que metió a todo el país, porque tendría que probar primero la conducta antecedente o en otro proceso o en el mismo proceso en la misma sentencia, pero primero tiene que establecer cuál es la actividad ilícita antecedente que genera los recursos con los cuales se incrementa en forma injustificada el patrimonio del particular o del funcionario público cuando se trata del caso anterior".

"De lo que se trata pues, es de decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando, haciéndose casi el inocente y el que no entiende lo que está haciendo su propia fiscalía, por eso yo le pregunté, cree que lo que se va a hacer aquí beneficia a ¿Fernando Botero y a Juan Manuel Abella? yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darle la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente, de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el patrimonio".

4. Conocimiento del Senador Espinosa sobre la existencia de diligencias penales relacionadas con su conducta

¿El 13 de diciembre de 1995, conocía el Senador Espinosa Jaramillo que su conducta era objeto de indagaciones por parte de las autoridades penales?

Veamos qué aporta el material probatorio allegado al proceso:

A folio 51 del cuaderno principal aparece el siguiente oficio:

"República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Secretaría

Carrera 7 No. 27 - 18 piso 17

Oficio número 2301

Ref. Uni. Inst. 10738

C/Gustavo Espinosa Jaramillo

Santafé de Bogotá, D. C.

Agosto 11 de 1995

Doctor

Gustavo Espinosa Jaramillo

Honorable Senado de la República

Ciudad.

Para los fines previstos en el inciso final (*) del artículo 81 de la Ley 190 de 1995, atentamente me permito comunicar que en esta Corporación cursan unas diligencias preliminares en su contra radicadas bajo el número 10.738, remitidas por la Comisión de Fiscales de la Dirección Regional de la Fiscalía de Santafé de Bogotá.

Cordialmente,

Carlos A. Gordillo Lombana

Secretario".

(*) El artículo 81 de la Ley 190 trata de las garantías procesales y su inciso final preceptúa:

"En caso de existir imputado o imputados conocidos, de la iniciación de la investigación, se notificara a éste o éstos, para que ejerzan su derecho de defensa".

El oficio atrás transcrito, fue contestado por el Senador Espinosa Jaramillo mediante la siguiente comunicación que aparece a folio 50 del cuaderno principal del expediente, que según sello de la Corte Suprema de Justicia fue recibido por ella el 26 de agosto de 1995:

"Bogotá, agosto 16 de 1995.

Doctor

Carlos A. Gordillo Lombana

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Secretario

Ref: Su oficio No. 2301 de agosto 11/95

Uni. Inst. 10.738

Recibí la comunicación suya contenida en el oficio de la referencia.

Se la agradezco, sinceramente.

Estoy listo a comparecer en el día y hora que se me ordene.

Cordialmente,

Gustavo Espinosa Jaramillo

Senador".

Fluye de manera indubitable de estas dos comunicaciones, que en agosto 16 de 1995 el senador demandado estaba enterado de la existencia, en la Sala de Casación Penal de la Corte, de las diligencias preliminares, radicadas con el número 10738 remitidas por la Fiscalía, en las que él aparecía como imputado, según los términos del inciso transcrito de la Ley 190. Tal conocimiento es, además, aceptado expresamente por el demandado en su escrito de contestación de la demanda

¿La conducta que se le investigaba era por enriquecimiento ilícito?

La respuesta la da el siguiente oficio que obra a folios 1 y 2 del cuaderno 3:

"República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Secretaría

Carrera 7 No. 27 - 18 piso 17

Oficio número 504

Santafé de Bogotá, D. C.

Febrero 19 de 1996.

Doctora

Mercedes Tovar de Herrán

Secretaría General

Honorable Consejo de Estado

Ciudad.

En respuesta a su oficio número 305 de febrero nueve (9) del año en curso, atentamente me permito informar que revisados los libros índices que se llevan en esta Secretaría, se pudo constatar que contra el doctor Gustavo Espinosa Jaramillo, Senador de la República, existe un proceso penal de única instancia, radicado bajo el número 10.738, denunciante de oficio, procedencia Dirección Regional de Fiscalías, repartido el 5 de julio de 1995 al honorable Magistrado, doctor Ricardo Calvete Rangel. En providencia de fecha diez (10) de agosto de 1995 se abren preliminares y se comunica al imputado esta situación, el once (11) de diciembre del mismo año se abre investigación y también se comunica al doctor Espinosa Jaramillo mediante oficio número 3956 calendado el 13 de diciembre de 1995, el catorce (14) de los corrientes, se dictó en su

contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Anexo le remito fotocopia autenticada de la diligencia de indagatoria rendida por el procesado.

Cordialmente,

Patricia Salazar Cuéllar

Secretaria

Anexo: Lo anunciado en 79 folios

H.S.G.".

Queda entonces así demostrado, que las diligencias radicadas en la Corte bajo el número 10.738 se relacionan con el eventual enriquecimiento ilícito de particulares en que haya podido incurrir el demandado.

Determinado lo anterior, así como el hecho de que el senador era consciente de que el proyecto de artículo tenía incidencia en las investigaciones que adelantaban las autoridades por enriquecimiento ilícito, debe la Sala ahora ocuparse de establecer si él tenía conocimiento el 13 de diciembre de 1995, de los hechos con los cuales pudiera resultar involucrado y que eran objeto de las diligencias adelantadas por la Corte.

Con tal fin, recordemos los siguientes apartes de las intervenciones que el Senador tuvo en la sesión celebrada el aludido 13 de diciembre, cuyas negrillas no pertenecen al texto:

"...De lo que se trata pues, es de decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando, haciéndose casi el inocente y el que no entiende lo que está haciendo su propia fiscalía, por eso yo le pregunté, cree que lo que se va a hacer aquí beneficia a ¿Fernando Botero y a Juan Manuel Abella? yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darle la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente, de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el patrimonio.

Porque otra manera de destruir la juridicidad, otra manera de corromper el derecho penal, otra manera de romper la seriedad de la ley y la respetabilidad del orden jurídico es ponerse a decir lo que no está en la norma, porque esto de la Fiscalía de decir como dijo uno de los funcionarios de la Fiscalía, si demostramos que recibieron un peso de narcotraficantes lo vamos a condenar, van a la cárcel, si les demostramos que les pagaron una cuenta de hotel, eso es enriquecimiento ilícito porque como no pagaron la cuenta no se empobrecieron, luego se enriquecieron, pero la norma habla es de incremento patrimonial, tiene que crecer el patrimonio y la Corte Constitucional ha dicho que tiene que ser un incremento considerable. En sentencia de la Corte Constitucional y ahí entonces por qué está carga de caballería insinuando que es para romper los procesos, para crear la impunidad y para favorecer delincuentes, porque es muy fácil decir que cuando el político recibe un aporte de una sociedad discutida es delito, pero y el resto de la chequera qué le pasó, que las sociedades por café (sic) tenía una chequera de 50 cheques y un cheque fue para pagarle los servicios públicos a Empresas Municipales de Cali, otro para pagar unos muebles, otra para pagar empleados, otra para pagar un arquitecto y otro para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra que lideraba Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca, pues los 50 cheques, hay uno donde el cheque es delito, el que giraron para el grupo político de Manuel Francisco Becerra que coordinaba Gustavo Espinosa. ¿por qué los demás no son delitos? Porque aquí el Fiscal insinúa que hay receptación, que puede haber receptación en quienes reciben estos dineros y entonces los otros 49 cheques no son receptación, no aseguran el resultado, el producto de la comisión de un delito, no son enriquecimiento ilícito, qué justicia es esa, qué es esa manera de interpretar los tipos penales, este cheque sí es delito, pero los demás no son delito, pero ocurre que no hay ninguna norma en este país que diga que determinados ciudadanos o que los delinquentes no puedan tener opinión política o que no puedan tener partido político o que no puedan tener candidatos políticos o que no puedan participar en las campañas o que no puedan contribuir con dinero para las campañas. La falta de valor y de juridicidad a tiempo, permitió que un conflicto ético, porque admitió que sí es un conflicto ético y a mí me castiga ese conflicto ético, permitimos que un conflicto ético se volviera un inmenso problema político, de tal magnitud que casi no hay colombiano que no esté convencido que los políticos cometen delitos cuando saludan a un narcotraficante o cuando reciben ayuda económica de un presunto delincuente condenado, o delincuente investigado, o delincuente buscado; es que a veces montan la opinión pública en un carrusel de tal intensidad de mentiras y de deformación de los tipos penales que le hacen creer al país en leyes inexistentes, en tipos penales que no existen y le hacen creer en tipos penales leídos de mala fe, interpretados en forma perversa y aplicados en forma maligna para buscar efectos políticos.

Porque aquí lo que está pasando, lo que nadie se atreve a decir es que lo que la Fiscalía busca es destruir el poder, tumbar el poder, tumbar al Presidente, tumbar al Contralor, tumbar al Procurador, y meternos a la cárcel a 15 ó 20 ó 30 ó 3 Congresistas, de esto es de lo que se trata, querían la verdad y esa es la verdad y es lo que tenemos que enfrentar; y resulta que todo esto va a quedar en la impunidad si este artículo se aprueba, si eso es así, significaría que todo lo que tiene montado la Fiscalía tiene base deleznable y pobre jurídicamente; porque si la Fiscalía no resiste confrontación con la jurisprudencia sabia y científica de la Corte Constitucional, entonces jurídicamente no existe la Fiscalía.

Y lo que hay es una trama, un engaño al país, si la Fiscalía resiste jurídicamente el examen de lo que está haciendo, entonces que pase el artículo; porque de lo que se trata aquí es de darle a la Corte Constitucional fuerza suficiente para que se haga guardiana de la Constitución, aquí no se va a reproducir ninguna norma, por lo tanto no estamos violando, ni el 243, ni el 248, ni el 230, se trata de darle fuerza legal a la cosa juzgada constitucional, para que la Corte Constitucional no siga siendo un rey de burlas, y para que sepa la Fiscalía y los jueces y la Sala Penal

de la Corte Suprema de este país, que tienen que respetar la ley, que tienen que aplicar los tipos penales, como están escritos y que la interpretación de la Corte Constitucional es la madre de la juridicidad de este país; que tiene que tener cabeza, que tiene que tener un eje, que no puede estar la ley sometida al vaivén de interpretaciones caprichosas y deformantes de los tipos penales".

En relación con el texto transcrito, es indispensable, en primer lugar, determinar la fidelidad de la expresión "las sociedades por café" contenida en el siguiente aparte, que tiene especial importancia para el caso *sub examine*:

"...porque es muy fácil decir que cuando el político recibe un aporte de una sociedad discutida es delito, pero y el resto de la chequera qué le pasó, que las sociedades por café (sic) tenía una chequera de 50 cheques y un cheque fue para pagarle los servicios públicos a Empresas Municipales de Cali, otro para pagar unos muebles, otra para pagar empleados, otra para pagar un arquitecto y otro para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra que lideraba Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca,...".

Sobre el tópico observa la Sala, como se verá más adelante, que una de las personas jurídicas de las cuales el demandado manifiesta haber recibido cheques para la campaña política, es la "sociedad Export - Café", expresión ésta homófona y por ende auditivamente de fácil confusión, con "las sociedades por café" que aparece en la transcripción de la intervención del senador. De ahí, que la Sala concluya que el orador se refería a la sociedad Export - Café, pues por lo demás, de no ser ello así carecería del sentido la aludida expresión.

Aclarado lo anterior, se observa sin dificultad que el párrafo últimamente transcrito contiene, entre otras, tres afirmaciones del demandado:

1. Que "la sociedad Export - Café" giró un cheque.
2. Que ese cheque fue "...para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra...", y
3. Que a ese grupo político lo "...lideraba Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca...".

Veamos ahora, qué respaldo tienen estas tres afirmaciones en otras plazas del proceso:

Hace parte del expediente el cuaderno número 3, dentro del cual reposa copia de la "diligencia de indagatoria rendida por el doctor Gustavo Espinosa Jaramillo" el 29 y el 31 de enero de 1996 ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Si bien es cierto esta diligencia se practicó con posterioridad al 13 de diciembre de 1995, lo cierto es que su contenido es de especial trascendencia para el *sub lite*, en cuanto en ella el indagado se refiere a hechos anteriores al debate en el Senado de la República, como son entre otros, los tres que atrás se puntualizaron.

En dicha diligencia expresó el demandado lo que a continuación se transcribe, con la advertencia de que las negrillas no son del texto.

Ante la pregunta, "Manifieste si para sus campañas políticas ha recibido aportes de personas naturales o jurídicas, en caso afirmativo diga sus nombres?", el indagado contestó:

"Es necesario con el mayor respeto hacer una precisión breve. Desde octubre del año 91 hasta el día de hoy he estado coordinando en el Valle del Cauca la operación política y atendiendo los gastos básicos de funcionamiento del grupo político liberal constituido por los amigos de Manuel Francisco Becerra..." (pág. 13).

Lo anterior, coincide plenamente con la última de las afirmaciones hechas en el penúltimo párrafo, luego despeja cualquier duda que pudiera existir sobre su calidad de dirigente dentro del movimiento político del doctor Manuel Francisco Becerra.

Más adelante agrega lo siguiente en relación con el punto primero, los aportes de la sociedad Export - Café a la campaña que él dirigía:

"...Sólo he traído hoy la relación de las personas naturales y las sociedades comerciales que por los informes de los medios de comunicación corresponden a las personas y sociedades que según las investigaciones de la Fiscalía que a su vez han originado este proceso, correspondería a personas naturales y sociedades comerciales manejadas o conducidas desde la sombra por narcotraficantes. Estos son los siguientes. (Pág. 15)...En febrero 22 del 94 recibió el directorio del mensajero de la Sociedad Export - Café, cheque por 10 millones de pesos de la cuenta 8254178040 - 0 del Banco de Colombia... En junio 15 cheque de la Sociedad Export - Café Ltda. por 25 millones de pesos de la cuenta 860 - 024824 - 0... (pág. 17) En el año de 1994 en la cuenta del Banco Tequendama siempre por orden mía el 7 de febrero se consignó cheque por 20 millones recibido del mensajero de la Sociedad Export - Café Ltda. cuenta 823024804 - 0 del Banco de Colombia... el 4 de marzo recibido del señor Alvarez y la Sociedad Export - Café Ltda. la misma cuenta ya identificada 30 millones... el 25 de marzo recibido del mensajero de la Sociedad Export - Café Ltda., cuenta ya identificada 8 millones. Abril 26 mensajero de la Sociedad Export - Café Ltda. cuenta ya identificada cheque por 5 millones... 26 de mayo recibido de mensajero de la Sociedad Export - Café Ltda. cuenta ya identificada (sic) cheque por 23 millones de pesos" (pág. 20).

Al preguntársele: "Sírvese manifestar qué relaciones comerciales sostuvo con la Sociedad Export - Café Ltda. o con sus representantes legales si tiene conocimiento de quiénes son ellos? Contestó: No tuve ninguna relación comercial con Export - Café Ltda., ellos fueron donantes de varios cheques para el grupo político Liberal Becerrista que yo coordinaba, en dos ocasiones en Sevilla y en Cartago después de reuniones políticas en reunión de carácter social en los hoteles de esas dos ciudades, conocí personas que se presentaron interesadas en el tema cafetero, quienes hablaron de ser contribuyentes del movimiento y en quienes creí conocer a socios de esa Sociedad Export - Café Ltda."

Queda así demostrado, no sólo que cuando el senador Espinosa se refirió en el debate del 13 de diciembre de 1995 a los tres puntos a que se ha hecho mención, estaba evocando situaciones concretas por él vividas y ocurridas con anterioridad a esta fecha, sino que además, los aportes económicos de Export - Café a favor de la campaña, de los cuales habló en el Senado, según su dicho, en realidad se efectuaron.

Acerca de la fuente y de la época en que tuvo conocimiento la posibilidad de que los recursos aportados por Export - Café tuvieran un origen ilícito, la Sala encuentra que en los siguientes apartes de su indagatoria está la respuesta:

"...Sólo he traído hoy la relación de las personas naturales y las sociedades comerciales que por los informes de los medios de comunicación corresponden a las personas y sociedades que según las investigaciones de la Fiscalía y que a su vez han originado este proceso, correspondería a personas naturales y sociedades comerciales manejadas o conducidas desde la sombra por narcotraficantes. Estos son los siguientes: (pág. 15)...

"Preguntado: Qué puede usted relatar sobre la Sociedad Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda. o sobre el girados (sic) de los cheques que usted llama señor Amaya? Contestó: ¿Esta sociedad nos envió como donaciones creo que unos cinco o seis cheques, en alguno de los comprobantes de ingresos hechos en el directorio se menciona al señor Amaya, supongo que fue el nombre suministrados (sic) por quien llevó el cheque cuando el empleado o empleada del directorio interrogó para elaborar el comprobante de ingreso. Sobre esta sociedad y sobre Export - Café cuando comenzó a salir en los medios de comunicación sobre la investigación de la Fiscalía, lo mismo que sobre la Sociedad Distribuidora de Productos Agrícolas del Diamante fui a la Cámara de Comercio de Cali en el mes de julio de 1995 y pedí sendos certificados completos de esas sociedad (sic) para conocerla, lo cual repetí en el mes de diciembre de 1995, los certificados son iguales el de julio y el de diciembre y me permito conocer que se trata de sociedades debidamente constituidas con un objeto social lícito y cuyas matrículas mercantiles siguen vigentes. Es todo cuanto sé sobre estas sociedades" (págs. 38 y 39).

Queda así demostrado que "en el mes de julio de 1995" y por ende antes del 13 de diciembre del mismo año, el Senador Espinosa Jaramillo, tuvo conocimiento de que tales hechos estaban siendo objeto de investigación por parte de la Fiscalía, que como se anotó, fue la que envió las diligencias a la Sala Penal de la Corte.

Acerca de los motivos que lo indujeron a apoyar el proyecto de artículo, aporta claridad la respuesta dada por el indagado a la pregunta de si después de haber presentado él un proyecto en abril de 1994 "...se ha tramitado en el Congreso algún otro al cual le hayan dado el calificativo del narcoproyecto, en caso afirmativo en qué consistía y cuál fue su posición al respecto?", cuando contestó:

"Creo que la pregunta se refiere al debate que ocurrió en diciembre 13 de 1995. Ese día se discutía en segundo debate el proyecto llamado sobre Seguridad Ciudadana, 45 senadores según lo informó la Secretaría del Senado presentaron una proposición para introducir un artículo a ese proyecto, yo no conocí el texto de esa proposición no me la mostraron, nadie me propuso que yo la firmara y por eso entre esas 45 firmas no está la mía. Recuerdo que ese proyecto de artículo decía que en los casos en que la Corte al dictar una sentencia dijese que lo hacía con fuerza de cosa juzgada constitucional que en esos casos la parte motiva que tuviera la relación íntima de razonamiento jurídica con la parte dispositiva obligaría tanto como la parte decisoria de la sentencia. Esta no es la redacción de este artículo pero creo que es lo esencial de esa propuesta. Durante la discusión hubo oposiciones muy duras contra el artículo pero me movió a intervenir el hecho de que tanto el señor Ministro de Justicia como el Señor Fiscal General de la Nación dijeran que el delito de enriquecimiento ilícito es autónomo. Por esta razón después de la intervención que hizo el Senador Mario Uribe para defender el tema en el Derecho Constitucional yo intervine para sostener la tesis de que el delito de enriquecimiento ilícito en los servidores públicos es subsidiario y en los particulares es conexo a actividades delictivas anteriores, agregando yo en la discusión además que la lectura que se hace de las normas correspondientes, que son el 148 del C.P. y el Decreto 1895 del 89 no corresponde al texto literal de esas normas y por ello calificué la lectura que se hace de esa norma como defectos (sic) muy nocivo, porque a mi juicio, es mi opinión de esa interpretación se derivan decisiones en mi opinión precipitadas y con perjuicio de los investigados, esa fue mi opinión como Congresista en ese debate. Los medios de comunicación han llamado ese artículo el narcocomico".

Es decir, que según su dicho pretendía que se dijera que el delito de enriquecimiento ilícito no es autónomo, lo cual obviamente favorecería su posición frente a la futura y eventual calidad de sindicado.

Para la Sala no tiene fuerza suficiente para variar las anteriores conclusiones, la respuesta dada por el indagado a la siguiente pregunta:

"Dentro de la garantía que tiene de responder o no a la pregunta manifieste si el artículo a que ha hecho referencia en la respuesta anterior usted consideró en ese momento que tenía incidencia en su caso personal frente a este proceso? "No, no lo pensé en ningún momento, en primer lugar porque tengo la certeza de no haber incurrido en el delito de enriquecimiento ilícito ni como servidor público, ni como particular, pero además porque hasta esa fecha el 13 de diciembre yo no había sido notificado de que se hubiese abierto en contra mía investigación penal por enriquecimiento ilícito. De esto sólo tuve conocimiento al día siguiente diciembre 14 cuando un oficio de la Secretaría de la Sala Penal me comunicó que con fecha 11 de diciembre se había dictado auto ordenando apertura de proceso penal en mi contra".

Carece de fuerza suficiente porque, de una parte, es apenas razonable que alegue y sostenga su inocencia; y de otra, porque si bien es cierto que con posterioridad al 13 de diciembre de 1995 pudo haber tenido conocimiento de su vinculación legal al proceso, también lo es que como se ha dicho en este proveído, tal vinculación no es indispensable para que se configure el conflicto de interés.

En su defensa, alega el senador demandado cuando se refirió a la demanda que "pretender que un senador se declare impedido en la situación planteada, equivale a exigirle que renuncia (sic) a la presunción de inocencia. Implicaría una especie de confesión tácita de culpabilidad o de posible utilización del mecanismo aparentemente favorecedor".

Al respecto se observa, en primer término, que la presunción de inocencia no es renunciable, ni siquiera porque exista verdadera confesión del imputado o procesado.

En efecto, a términos del artículo 2 del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la

presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

De otro lado, la figura de la "confesión tácita de culpabilidad" no existe en el derecho penal colombiano, porque la confesión es una declaración contra sí mismo y declarar es "decir una cosa ante un juez o tribunal de justicia. Ver confesar". (Diccionario de uso del español, María Moliner, Vol. 1, Editorial Gredos, Madrid 1981, pág. 869).

Además, la manifestación del impedimento que se echa de menos, tampoco reuniría los requisitos que para la confesión trae el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, cuales son:

- a) Que sea hecha ante un funcionario judicial.
- b) Que la persona esté asistida por defensor.
- c) Que haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma.
- d) Que se haga en forma consciente y libre.

Tampoco implicaría una "confesión" de "posible utilización del mecanismo favorecedor", como se afirma, porque cuando un congresista manifiesta su impedimento al observar un eventual conflicto de interés, lo que ello demuestra es todo lo contrario a la posibilidad de "utilización del mecanismo favorecedor", como lo denomina el senador demandado.

El demandado también invoca a su favor el principio de la buena fe, afirmando que "tiene también el derecho a exigir que tanto los particulares como sus jueces manejan respecto de su conducta la presunción de inocencia y la buena fe," y al respecto transcribe lo que sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional.

El artículo 83 de la Constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

El Consejo de Estado, durante el proceso, ha tratado al demandado con fundamento en la presunción de su inocencia y de ser persona de buena fe. Asunto diferente es que los resultados del mismo, lleguen a determinar su responsabilidad disciplinaria.

Alega también la parte demandada que no incurrió en violación del artículo 183 de la Constitución Política, en su numeral primero, pues aún aceptando en gracia de discusión que el demandado tuviera interés directo en la aprobación del proyecto de artículo, "es lo cierto que en definitiva tal normatividad no fue aprobada. Así las cosas, el supuesto interés directo, por sustracción de materia, no se concreto"; que el antecedente de la pérdida de investidura del Congresista doctor César Pérez García, es de una realidad fáctica bien distinta, pues la Ley 30 de 1992, sí entró en vigencia. Agrega que en la Comisión de Conciliación se aprobó, con el voto del Senador demandado, la supresión del artículo nuevo.

Lo anterior se relaciona con el momento jurídico de la configuración de la causal de pérdida de la investidura.

Como se dijo, conforme a la normatividad analizada de la Ley 5 de 1992, sobre conflicto de intereses, la obligación del congresista, cuando la decisión a tomarse le afectare de alguna manera, es la de declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivos.

Entonces, la transgresión del tal imperativo se configura en el momento en que el Congresista, que debió declararse impedido, participa en los debates o vota, con prescindencia de los resultados del debate o de la votación, pues ni la Constitución Política, ni la ley, regularon la pérdida de la investidura condicionándola a tales resultados.

Además, tampoco incide sobre la configuración del conflicto de intereses, la circunstancia de que de aprobarse la norma, ésta resulte ajustada al ordenamiento jurídico.

El Senador demandado, también alega en su defensa que no violó el artículo 183 de la Constitución Política en su numeral primero, pues al intervenir en el debate en que se discutía el artículo cuestionado, hizo uso del derecho preceptuado en el artículo 185 *ibidem*, según el cual, los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

Observa la Sala que, precisamente, salta a la vista, que una excepción a tal inviolabilidad, consiste en la sanción disciplinaria de pérdida de la investidura consagrada en el reglamento del congreso, cuando quiera que el congresista participa en los debates o vota, en lugar de haberse declarado impedido para hacerlo.

En consecuencia, el argumento carece de fundamento.

Con base en las anteriores consideraciones, se concluye que el senador demandado sí incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, por lo cual se habrá de decretar la pérdida de su investidura de congresista.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Decretase la pérdida de investidura del Congresista del Senador, doctor Gustavo Espinosa Jaramillo, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.230.732 de Cartago.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior para lo de su cargo. Archívese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plenaria en sesión celebrada el día 12 de marzo de 1996.

Daniel Suárez Hernández,
Presidente de la Sala (salvó voto);
Mario Rafael Alario M.,
con salvamento de voto
Carlos Betancur Jaramillo,
salvó el voto
Julio Enrique Correa R.,
Amado Gutiérrez Velásquez,
salva voto
Carlos A. Orjuela Góngora,
salva voto
Guillermo Chahín Lizcano
Delio Gómez Leyva

Juan de Dios Montes H.,
salvó el voto
Libardo Rodríguez R
Consuelo Sarria Olcos

Joaquín Barreto Ruiz,
Ernesto R. Ariza Muñoz

Jesús María Carrillo B.,
salvó voto
Clara Forero de Castro
Alvaro Lecompte Luna

Juan Alberto Polo F.,

Miren de la Lombana de M
Luis Eduardo Jaramillo M.,
Ausente
Dolly Pedraza de Arenas

María Eugenia Samper R
Manuel Santiago Urueta Ayola
Mercedes Tovar de Herrán,

Secretaria General

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / CONFLICTO DE INTERESES DE ORDEN MORAL / DESARROLLO LEGAL

Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que deben existir intereses, reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o de impedimentos. Así las cosas, pienso que no están tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral", y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento. Ahora bien: he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y satisfactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, es menester aplicar todas las garantías propias esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buen fe del demandado. La pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc. También he hecho énfasis en que en estas materias no puede hablarse del "hecho notorio", porque las condiciones que he mencionado *grosso modo* indican que es indispensable una "prueba plena" de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

SALVAMENTO DE VOTO

DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 12 DE MARZO DE 1996 EN EL EXPEDIENTE NUMERO AC - 3300. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.

Santa Fe de Bogotá, D. C., abril diecisiete (17) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala Plena, me permito señalar que no compartí lo resuelto en este asunto por las razones que me permito sintetizar así:

1. El artículo 182 de la Carta Política, invocado por la parte demandante para sustentar la solicitud de pérdida de investidura dice:

"Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones" (Se destaca y subraya).

Esto es, que "las situaciones de carácter moral o económico" que inhiben a los congresistas para intervenir en la discusión de los proyectos de ley sometidos a consideración de su respectiva cámara, deben estar determinadas expresamente por la ley.

2. La Ley 5 de 1992, en relación con la problemática de que trata este proceso, consagró en su Sección 4, Conflicto de intereses, lo siguiente en

cuanto a esta materia:

2.1 En el artículo 286 (Aplicación), establece que los congresistas deben declararse impedidos para participar en los debates o en las votaciones respectivas, cuando "exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho" (Se destaca y subraya).

2.2 En el artículo 291 (Declaración de impedimento), dispuso que el congresista debe solicitar su separación del conocimiento de un asunto "al observar un conflicto de interés" (Se destaca y subraya).

2.3 Los artículos subsiguientes se refieren al trámite del impedimento y al punto de la recusación.

3. La Ley 144 de 1994 señaló en su artículo 16 (Conflicto de intereses - Definición), la conducta que deben asumir los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección "hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso".

4. Es decir, que los dos estatutos legales mencionados tratan expresamente el tema de los conflictos de intereses de orden económico, pero no el de los de orden moral.

5. Es cierto que la moral implica unos principios y valores propios del ser que vive en sociedad; empero, éstos tienen que ver con su fuero interno y su respeto por los demás.

6. Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o de impedimentos.

7. Así las cosas, pienso que no están tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral", y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento.

8. Ahora bien; he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y satisfactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, es menester aplicar todas las garantías propias de esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buen fe del demandado.

9. Así mismo, no puede olvidarse que el congresista le debe su investidura al pueblo, o de manera más precisa, a sus electores, que en ejercicio de los derechos políticos correspondientes (entre otros, los del artículo 40 de la Constitución Política), lo han escogido como su representante en el órgano legislativo. Y que tienen derecho a que los siga representando mientras no se compruebe fehacientemente que es indigno de ello o que ha incurrido en una causal de pérdida de esa investidura. O sea, que por este aspecto también los electores del congresista (el pueblo) tienen derecho a que el proceso de pérdida de su investidura esté rodeado de todo ese cúmulo de garantías y entre ellas, por encima de cualquiera otra, las que dicen relación con el debido proceso y el derecho de defensa.

10. En consecuencia, la pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc.

11. También he hecho énfasis en que en estas materias no puede hablarse del "hecho notorio", porque las condiciones que he mencionado *grosso modo* indican que es indispensable una "prueba plena" de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobrevenida que sería la de la pérdida de su investidura.

12. Del mismo modo, considero conveniente recalcar que no puede confundirse la situación que se ventila ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en casos como éste, con la que está sometida al escrutinio del Consejo de Estado, pues ante aquéllas se debate si el congresista cometió o no un delito, sobre la base de una tipificación clara y expresa de las conductas que lo configuran. En cambio, aquí se debe si violó un régimen que en mi sentir no está regulado por el legislador.

13. Desde luego, no se me oculta que el momento que vive el país le brinda unos ingredientes anormales, atípicos, a esta clase de juzgamientos, porque la opinión pública maneja unos ingredientes de raigambre eminentemente política, que no son ni pueden ser los que apliquemos o tengamos en cuenta los jueces. En este carácter, entonces, nuestra única guía debe ser el Estado de Derecho; y nuestra brújula, la justicia. Y para ello, como ya lo acoté, es indispensable respetar celosamente el debido proceso y el derecho de defensa, pues de ello dependen la estabilidad de las instituciones y la tranquilidad de la patria.

14. Es evidente que el manejo que le han dado los medios de comunicación a estos temas ha generado una sensibilidad muy especial en la opinión pública, que encierra el peligro de que por no presentar todas las características y detalles del conflicto tampoco permite la formación de un criterio objetivo e imparcial por parte de la comunidad. Sin embargo, esta evidencia no puede afectar la independencia y la autonomía del juez para pronunciar su decisión. Soy consciente de que por esa causa se nos ha estigmatizado a quienes sustentados en nuestra convicción filosófica, jurídica y moral, hemos llegado a la conclusión de que en este evento no existen los elementos de toda índole indispensable para

decretar la pérdida de investidura del demandado, y que en tal virtud, es menester denegar esa petición, porque así nos lo señalan nuestra conciencia, el derecho y la razón. Estoy convencido, además, de que cuando se despeje este ambiente extraño y anómalo se verá con claridad que las decisiones judiciales no pueden estar movidas por el calor del momento, ni por circunstancias coyunturales, sino por el peso y la calidad de las normas jurídicas, su debida interpretación y el sentido sublime de lo que es justo; y entonces brillarán con luz propia lo que significa la independencia del juez y la responsabilidad que al "decir el derecho" tiene ante Dios y ante los hombres.

En ese orden de ideas, todas las dudas e inquietudes que a juicio mío no están despejadas o que no encuentran una respuesta satisfactoria en el fallo, me obligan a separarme del mismo y a salvar mi voto.

Con todo comedimiento.

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Efectos / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / PROCESO PUNITIVO - Características

No se duda de que las condiciones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexecuibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991. Siendo ello así, nada añadía el proyecto del artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte

motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuanto guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutive de la misma. En otros términos, resultaba inocuo. Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses. Ocurre que en el artículo 4 de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y su debida explicación, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas. Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

SALVAMENTO DE VOTO

Dijo el demandante que el Senador Gustavo Espinosa Jaramillo volvió el régimen de conflicto de intereses, porque asistió a la sesión del Senado de 13 de diciembre de 1995 y promovió y votó un proyecto de ley, uno de cuyos artículos dice relación a los efectos de la sentencias de la Corte Constitucional, y que con ese artículo se pretendía convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna, "lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en la práctica estaría implicando la desaparición del ¿enriquecimiento ilícito?, ya que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es, sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar", y con ello el Senador Espinosa Jaramillo trató de suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta en su contra la Corte Suprema de Justicia.

Se trata del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado, cuyo texto es el siguiente:

"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutive de la misma.

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta" (Gaceta del Congreso), 20 de diciembre de 1995, núm. 149, p. 16).

Pues bien, no se duda de que las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexecuibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991.

Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutive, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia.

Dice al respecto el profesor Francesco Carnelutti:

"Ello no significa que la cosa juzgada se limita a las cuestiones que encuentren en la decisión una solución expresa; no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente, cuando la solución de una cuestión supone como prius lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (el llamado juzgamiento ¿¿judicatio¿¿ implícito). Se halla implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión..."

"Cuáles sean las cuestiones resueltas, es extremo que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de la solución (parte dispositiva)... Se suele decir, por ello, que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente porque ¿lo que haya formado la materia de la materia de la sentencia¿ no se puede deducir, por vía de interpretación, sino de la sentencia entera y especialmente, por tanto, de su parte motiva o motivación, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta resulten en realidad consideradas y resueltas" (Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Uteha, 1944, t. I, pp. 317 a 319).

Sobre el mismo asunto, Hernando Devis Echandía es del siguiente parecer:

"Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente..." (Compendio de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso. Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1987, 12 ed., t. I, p. 500).

Al respecto Hernando Morales Molina dice:

"De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido decidido expresamente, que lo que se ha resuelto implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza, que ella necesariamente esté comprendida por la que fue objeto de la resolución, o sea lo explícito de ésta". (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General. Bogotá, Editorial ABC, 1991, 11 ed., p. 548).

La jurisprudencia ha sido concluyente al respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de marzo de 1916, dijo:

"La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte dispositiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan la decisión misma. Empero, tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo y son ¿como el alma y nervio de la sentencia¿, constituyen entonces un todo con la parte resolutive, y participan de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incomprensible e inejecutable". (Gaceta Judicial, t. XXV, núms. 1.286 y 1.287, p. 250).

En sentencia de 31 de agosto de 1918, dijo también la Corte:

"El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resulta de modo expreso y se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con motivos y razones consignados en los considerandos del mismo" (Gaceta Judicial, t. XXVII, num. 1.391, p. 62).

En sentencia de 9 de julio de 1928, dijo también la Corte:

"La Corte tiene sentada la doctrina de que si bien es cierto que la cosa juzgada dice relación por lo general a la parte resolutive del fallo y no a la motiva, tal regla no puede entenderse de un modo absoluto, pues cuando los motivos no son ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente a lo dispositivo, y son como el alma y nervio del fallo, constituyen entonces un todo con la parte resolutive y participan de la fuerza de ésta.

Esto último acontece en el caso del fallo del Tribunal Seccional que se deja mencionado, respecto de las causas o motivos por los cuales se declaró la nulidad de las resoluciones números 164 y 193, dictadas por la Gobernación de Cundinamarca, pues constituyendo tales causas o motivos los fundamentos inmediatos de la declaración de nulidad, no es posible, para la recta inteligencia y aplicación del fallo, establecer separación entre la parte motiva y la dispositiva" (Gaceta Judicial, t. XXXV, núm. 1.821, p. 550).

Lo mismo dijo la Corte en sentencia de 24 de octubre de 1928 Gaceta Judicial, t. XXXVI, núm. 1825, p. 48).

Y en su sentencia de 31 de octubre de 1936, dijo:

"La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutive de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutive de una sentencia a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo que esta decisión implícita ha de ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa" (Gaceta Judicial, t. XLIV, núms. 1.918 y 1.919, p. 461).

En sentencia de 6 de abril de 1956, y como resumen y compendio de lo dicho en sus sentencias anteriores, dijo la Corte:

"1. Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutive y son ¿como el alma y nervio de la sentencia¿, constituyen

un todo con dicha parte y participan de la fuerza de ésta;

2. Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el Juez ha apoyado la solución de la litis;
3. Que, en consecuencia, la parte resolutive puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquel o aquellos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea forma que asuman y el lugar que ocupen, y
4. Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo aquello que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual, así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la acción.

Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o elementos de la sentencia, si bien la tesis así enunciada no puede tener un sentido absoluto". (*Gaceta Judicial*), t. LXXXII, núm. 2.167, p. 558).

Lo dicho en la providencia anterior fue reiterado por la Corte y reproducido en sus sentencias de 24 de mayo de 1957 (*Gaceta Judicial*, t. LXXXV, núms. 2.181 - 2.182, p. 91) y de 28 de agosto de 1963 (*Gaceta Judicial*, t. CIII - CIV, núms. 2.268 y 2.269, p. 112), entre otras muchas.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de octubre de 1974, dijo:

"La doctrina moderna, salvo escasas excepciones y la jurisprudencia colombiana sin ninguna vacilación están acordes en afirmar que el efecto de la cosa juzgada se predica de la parte dispositiva de la sentencia y por tal entiende no solamente la decisión *strictu sensu*, sino todo cuanto ella implique, lógica y jurídicamente. La doctrina suele denominar estas implicaciones de la decisión *¿cosa juzgada implícita¿*.

...

Nuestra Corte Suprema de Justicia abunda en reiterada jurisprudencia sobre la materia...

...

Es obvio que así como la cosa juzgada explícita no se tipifica sin la concurrencia de los elementos antes analizados, otro tanto ocurre con la llamada *¿cosa juzgada¿ implícita*. Cuando no hay identidad subjetiva, objetiva y causal tratándose de pretensiones de naturaleza privada, o simplemente identidad objetiva y causal en las de naturaleza pública, no se configura la *¿cosa juzgada¿ explícita o implícita*.

Entonces la motivación de un fallo que se traduzca o proyecte en forma de decisión implícita no tiene significado ni alcance distintos al de una doctrina jurisdiccional. A pesar de esto tan claro no sobra subrayarlo porque a veces, sin que medie la identidad anotada, suelen aducirse simples jurisprudencias como revestidas de la autoridad de cosa juzgada.

Tampoco está de más agregar que la doctrina de la *¿cosa juzgada¿ implícita*, concebida en los términos expresados, es la única que se concilia con nuestro sistema constitucional. Si se entendiera que únicamente la decisión explícita produce los indicados efectos, el resultado sería que los preceptos de la Carta Fundamental quedarían condicionados a los vaivenes de la jurisprudencia...

...Estas dos decisiones, tanto la *explícita* como la *implícita*, obligan a todo el mundo..." (*Anales del Consejo de Estado*, t. LXXXVII, núms. 443 y 444, pp. 83, 84 y 86).

En sentencia de 20 de junio de 1979, dijo también el Consejo de Estado:

"En un fallo de inexequibilidad como en cualquier otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutive, sino también lo implícito en ella". (*Anales del Consejo de Estado*, t. XCVI, núms. 461 y 462, p. 133).

Y en la sentencia de 9 de septiembre de 1981, el Consejo de Estado reprodujo y reiteró lo dicho en sus providencias anteriores, diciendo que conforme a doctrina reiterada de esa corporación, la cosa juzgada implícita debe acatarse, aun cuando no se compartan los fundamentos del fallo, y concluyó:

"Considera la Sala que frente a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia no puede hacer otra cosa que estarse a los efectos jurídicos de esa decisión y en especial al que se refiere a la cosa juzgada implícita..." (*Anales del Consejo de Estado*, t. CI, núms. 471 y 472, pp. 210 a 212).

Más recientemente, la Corte Constitucional, en sentencia C - 131 de 1 de abril de 1991, explicó:

"Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar *¿no obligatorio¿*, esto es, ella se considera *obiter dicta*.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La *ratio iuris* de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexecutable, ella desaparece del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto *erga omnes*, sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada inexecutable, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado, a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.

...

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación ¿guardiana de la integridad y supremacía de la Carta¿, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4 superior" (*Gaceta de la Corte Constitucional*, t. 4, 1993, pp. 34 y 35).

Y reiteró ese criterio en Sentencia C - 037 de 5 de febrero de 1996.

"... sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de la sentencia de la Corte Constitucional. En cuanto hace a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta sólo constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella" (Expediente P. E. - 008).

Siendo ello, así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutive de la misma. En otros términos, resultaba *inocuo*.

Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses.

Tal como fueron expuestos los hechos de la demanda, no se advierte relación alguna entre el proyecto de artículo adicional transcrito, y el delito de enriquecimiento ilícito.

Para entender las razones del demandante, sería preciso considerar que mediante el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 se dispuso:

"ARTICULO 10. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto Legislativo 1895 de 1989:

ARTICULO 1. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese sólo hecho, en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado".

Y sería preciso considerar, también, que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 127 de 30 de marzo de 1993, en la que se dijo.

"La expresión ¿de una u otra forma¿, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales" (*Gaceta de la Corte Constitucional*, 1993, t. 3, p. 203).

De manera que la aprobación del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado afectaría los procesos que se adelantarán por enriquecimiento ilícito, en tanto que su juzgamiento sólo podría hacerse en los términos en que fue entendido por la Corte Constitucional, esto es, que las actividades delictivas de que derive el incremento patrimonial injustificado deben estar judicialmente declaradas.

Pero así no fue planteado en la demanda. No se refirió el demandante al artículo 10 del Decreto 2.266 de 1991, ni a la sentencia C - 127 de 30 de marzo de 1993. Y no podía la Sala, oficiosamente, tomar en consideración esas circunstancias, supliendo así las explicaciones y los hechos omitidos por el demandante.

Ocurre que en el artículo 4 de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y *su debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculcado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Entonces, las pretensiones del demandante, también por esta razón, debían ser denegadas.

Por lo demás, no podía la Sala, en mi opinión, concluir que tuvo lugar la alegada violación del régimen de conflicto de intereses que se atribuye al Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, porque no fue probado que en el momento en que votó el artículo nuevo tuviera conocimiento de que en su contra adelantaba la Corte Suprema de Justicia diligencias por el delito de que trata el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, comúnmente denominado de "enriquecimiento ilícito de particulares".

Es verdad que el Senador Espinosa Jaramillo, el 13 de diciembre de 1995 y desde antes, sabía que en su contra adelantaba diligencias la Corte Suprema de Justicia. Pero sólo en cuanto tuvo conocimiento de la medida de aseguramiento de detención preventiva que se dictó en su contra, precisamente por el delito de "enriquecimiento ilícito de particulares", mediante auto de 14 de los mismos, y sólo entonces, puede afirmarse que tuvo conocimiento de que era ese el delito que se investigaba, y no otro. Antes, ninguna calificación penal había sido dada a su conducta por la Corte Suprema de Justicia, o por lo menos no se trajo prueba de ello al expediente.

Y el deber de declarar el impedimento sólo surge cuando el congresista observe o advierta que se encuentra en situación de conflicto, como está dispuesto en los artículos 291 y 292 de la Ley 5 de 1992, lo que prescribe toda forma de responsabilidad objetiva.

IPor lo expuesto, no compartí la decisión adoptada en la sentencia y creo que, en su lugar, debieron ser denegadas las pretensiones de la demanda.

Mario Alario Méndez.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / DESARROLLO LEGAL - Inexistencia / DESARROLLO LEGAL - Inexistencia

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es connatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla. Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que le son propias, si el Ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o a los jueces para reprimirlo. Cuando el constituyente habla de "régimen de inhabilidades e incompatibilidades" y de "régimen de conflicto de intereses" está imponiendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva. Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo. Al juez no le es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador. La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para su registro y conocimiento previo en la cámara correspondiente. El no declararse impedido necesariamente no conlleva a causa o conflicto de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde investidura la violación al régimen de conflicto de intereses. Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183, *ibidem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

SALVAMENTO DE VOTO

DOCTORES DANIEL SUAREZ HERNANDEZ Y JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Los suscritos manifestamos no compartir la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de despojar de la investidura de Congresista al Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, porque la ley no ha previsto el régimen de conflicto de intereses.

Nuestro disenso con la sentencia se explica de este modo:

a) La figura de la representación y el Congreso.

El Estado constitucional moderno se ha organizado sobre los fundamentos de la democracia representativa, entre nosotros, desde los orígenes de la República, se la consagró, con limitaciones tales como el voto censitario. Su universalidad apenas se alcanza en 1957.

Pero es importante resaltar que desde un principio se hizo énfasis en la exclusividad de la representación y la vocería popular en el órgano de elección popular, excluyendo intervenciones paralelas.

Este mismo instituto se recoge en la actual Constitución en los artículos 133 y 258, en estos términos:

"Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común".

"El voto es un derecho y un deber ciudadano".

En Colombia adoptamos la figura de la representación política, aunque sin contar con las experiencias que la precedieron en otras latitudes (Europa y Estados Unidos), y la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder.

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política.

Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1 de la Constitución Política, a saber:

1. Reformar la Constitución.
2. Hacer las leyes.
3. Ejercer control político sobre el gobierno y la administración.
4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho.

b) Estatuto del congresista.

Los congresistas, en relación con estas materias, no solamente pueden actuar, sino que tienen el poder - deber, la función constitucional de hacerlo "consultando la justicia y el bien común".

Gozan de los derechos fundamentales que la Constitución Política prevé para todos los integrantes de la comunidad, de los derechos que emanan de la ciudadanía como elegir, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares, tener iniciativa en las corporaciones públicas.

Y, como congresistas, de algunos privilegios como el que señala el artículo 185 de la carta, así:

"Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el respectivo reglamento".

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es connatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla.

Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que le son propias, si el ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o los jueces para reprimirlo.

Tampoco tendría sentido la separación de poderes, a pesar de constituir elemento esencial del Estado de Derecho, porque el Congreso se confundiría o permanecería subyugado a los demás.

Todas las constituciones políticas del mundo actual reconocen la inviolabilidad de los miembros de las cámaras legislativas, en virtud de que representan a la Nación soberana y, al amparo de esta investidura, cumplen actividades de suma importancia, como las reseñadas en el acápite anterior.

En la Constitución de 1886 estos eran los fundamentos de los artículos 106 y 107, lo mismo que en las constituciones del siglo pasado, tanto del régimen federal como de la organización unitaria. En este punto, pues, ha habido una tradición institucional sin solución de continuidad.

Sin embargo, la inviolabilidad y las otras libertades y derechos no deben exceder lo estrictamente necesario. No son absolutos sino relativos; y, por esto, los congresistas tienen las siguientes limitaciones:

1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente.
2. *La incompatibilidad.* Es la incompatibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que corresponden a su función, la cual debe inspirarse en el bien común. (Art. 180 de la C. P., 281, 282 de la Ley 5).
3. *Las prohibiciones.* Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política.
4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286, Ley 5 de 1992.

c) Pérdida de la investidura de congresista.

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación. Por ejemplo, en la constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales, y, en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato ¿distinto de la figura de la representación se consagra la revocatoria, para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular.

En la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron las siguientes precisiones:

"Objeto: garantizar, mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflictos de interés.

"Planteamiento general: el altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de la investidura".

"Presupuestos básicos: toda violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades y al conflicto de intereses, debe ser causal para la pérdida de la investidura". (Gaceta Constitucional número 51, abril 16 de 1991. Página 27).

La Sala Plena, en la sentencia del 19 de octubre de 1994, explicó lo siguiente:

"La pérdida de la investidura de un congresista por las causales y mediante los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley deviene, según el artículo 179 - 4 en una inhabilidad para ser elegido: las inhabilidades son restricciones a la capacidad de ejercicio de ciertos derechos, y en el caso concreto a los derechos fundamentales de naturaleza política de elegir y ser elegido previstos en el artículo 40.1".

"Las inhabilidades no necesariamente constituyen una pena: se prevé para este caso porque el derecho de ¿ser elegido¿ requiere de la concurrencia de condiciones adicionales a la simple ciudadanía para ser titular del *jus honorum* que imprime la representación parlamentaria".

(Expediente número AC - 2102. Actor: Enrique Tejada Romero. Consejero ponente: doctor Juan de Dios Montes Hernández.)

De modo que la pérdida de la investidura produce tres efectos:

1. Priva al congresista del empleo:
2. Lo inhabilita para ser elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio*.
3. Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió.

d) Causales de pérdida de la investidura.

La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de una investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184.

En el artículo 183 - 1 estableció dos:

- a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades;
- b) Violación del régimen de conflicto de intereses.

La primera fue determinada de manera expresa por la Constitución (artículos 179 y 180 y la ley) y la segunda, se le definió al legislador para que señalara su régimen.

e) El conflicto de intereses.

Por ser la causal que precisó el actor en su petición inicial, nos detendremos en el estudio de la violación del régimen de conflicto de intereses con este tratamiento.

La palabra interés se deriva del latín: *interesse*, estar entre.

Según el Diccionario de la Real Academia Española significa: "Provecho, utilidad, ganancia"; "Valor que en sí tiene una cosa". "Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc". "Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material".

En nuestra sociedad hay una serie, un plexo de intereses: materiales, económicos, culturales, sicológicos, intelectuales, artísticos, morales. El interés es un concepto complejo que da lugar a diversas nociones según el ángulo de observación.

Esos intereses entran en el campo jurídico cuando reciben protección legal.

"Los derechos son intereses jurídicamente protegidos", dice Ihering en su obra "El espíritu del derecho romano".

Ya en este ámbito, por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquello que interesa al público.

El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquello que interesa a una pluralidad de personas.

En otro sentido, por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos.

La Constitución Política enuncia estos intereses:

Interés general (art. 1), interés patrimonial del Estado (art. 268), interés público o social y colectivo (Arts. 58, 86); interés social (Arts. 51, 58 y 62); intereses de la sociedad (art. 277); interés privado (art. 58).

El carácter público del interés, en sí mismo considerado, no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No hay, en principio, intereses públicos distintos de lo que tienen los individuos. El interés público se sustenta en los intereses particulares que las personas comparten entre sí.

La existencia de intereses, como se ha indicado, no implica, *per se*, la existencia de un conflicto entre ellos.

En cuanto a la palabra conflicto, dice el Diccionario de la Real Academia Española que viene del latín *conflictus*: "Combate, lucha, pelea". "Problema, cuestión, materia de discusión". "Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustias y trastornos neuróticos".

Y sobre el conflicto de intereses, el profesor español Fernando Savater hace a su hijo esta reflexión:

"Sin embargo, no vayas a creer que el conflicto entre intereses, cualquier conflicto o enfrentamiento, es malo de por sí. Gracias a los conflictos la sociedad inventa, se transforma, no se estanca. La unanimidad sin sobresaltos es muy tranquila pero resulta tan letalmente soporífera como un encefalograma plano".

"De modo que en la sociedad tienen que darse conflictos, porque en ella viven hombres reales, diversos, con sus propias iniciativas y sus propias pasiones. Una sociedad sin conflictos no sería sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera. Y los hombres competimos unos con otros y nos enfrentamos unos con otros porque los demás nos importan (a veces hasta demasiado), porque nos tomamos en serio unos a otros y damos trascendencia a la vida que llevamos con ellos. A fin de cuentas, tenemos conflictos unos con otros por la misma razón por la que ayudamos a los otros y colaboramos con ellos: porque los demás seres humanos nos preocupan. Y porque nos preocupa nuestra relación con ellos, los valores que compartimos y aquellos en que discrepamos, la opinión que tienen de nosotros, lo que nos dan y lo que nos quitan... Según los hombres vamos siendo más numerosos, las posibilidades del conflicto aumentan; y también aumentan los jaleos cuando crecen y se diversifican nuestras actividades y nuestras posibilidades". ("Política para Amador". Ariel, páginas 46, 47 y 8).

En toda sociedad hay intereses de diversa índole y también conflictos de intereses. Aquellos y éstos son tomados por el derecho para protegerlos, regularlos, controlarlos o eliminarlos.

En la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el conflicto de intereses, como causal de pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron planteamientos de este tenor:

"Objeto. Evitar que el congresista ejerza sus funciones para favorecer intereses distintos al bien común o que la imparcialidad de sus raciocinios se distorsione por motivaciones de orden personal o particular".

"Planteamiento general: el congresista que considere qué intereses personales suyos pueden ser afectados por un proyecto que se discute debe declararse impedido para participar en las deliberaciones y con mayor razón cuando sea sometido a votación. Si no lo hace voluntariamente, cualquier persona con conocimiento de causa debe recusarlo".

"Presupuestos básicos: como en su mayoría son condiciones eminentemente subjetivas, el planteamiento debe ser general, librado a la responsabilidad y rectitud de cada uno, aunque para efectos de la posibilidad de recusar sí sería necesario enumerar algunas causales, como por ejemplo, haber representado en tiempo reciente intereses que puedan verse afectados por la decisión legislativa".

Nótese que en las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente se distinguió entre los impedimentos y el régimen de conflicto de intereses.

Ahora bien la Constitución Política Nacional en los artículos 182 y 183, con las expresiones "conflictos de intereses" y "régimen de conflicto de interés", en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, definiendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses.

Y, en segundo término, en caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarle la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política.

Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir, en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (representante o senador) y el fin que persigue la ley: en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de

terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1 de la Constitución Nacional.

Como concepto jurídico indeterminado, el conflicto de intereses abre paso a una ley que lo tipifique concretamente, esto es "de competencia ligada que no da asidero a ninguna discrecionalidad", en palabras del profesor Julio A. Prat ("La discrecionalidad administrativa". "Derecho Administrativo en Latinoamérica". Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Página 170).

El constituyente definió a la ley la determinación de dicho concepto jurídico, según lo impone la Constitución Nacional en el artículo 182: "La ley determinará lo relativo con los conflictos de intereses y las recusaciones".

Cuando el Constituyente habla de "régimen de inhabilidades e incompatibilidades" y de "régimen de conflicto de intereses" está imponiendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva.

"Corolario del principio de legalidad es prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico - políticas en que se originó ¿ el de reserva legal, según el cual toda intervención que afecte a la libertad y la propiedad sólo puede tener lugar en virtud de una ley formal, es decir, aprobada por el Parlamento", enseña el profesor Manuel García Pelayo en su obra "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo". Editorial Alianza Universidad, página 62.

Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo.

Al juez no le es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador.

La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para su registro y conocimiento previo en la Cámara correspondiente), así como lo hizo la Constitución en dos casos que citamos por vía de ejemplo.

a. En el artículo 58 se refirió a los conflictos entre los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por una ley dictada por motivos de utilidad pública o interés social, para hacer prevalecer el interés público. El legislador está encargado de precisar los motivos de utilidad pública o interés social, y

b. En el artículo 247 delegó al legislador la creación de jueces de paz para que solucionen, en equidad, los conflictos individuales y colectivos.

El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar "consultando la justicia y el bien común" (art. 133 de la C. P.), esto es prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados.

De aquí surge la obligación ética de comunicar a la Cámara a la cual pertenece el congresista los conflictos de intereses, de carácter moral o económico, que puedan afectar su competencia subjetiva y, por lo tanto, no le permitan intervenir imparcialmente en debates y votaciones. (Arts. 183 de la Constitución Política, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 296 de la Ley 5 de 1992).

Las disposiciones relativas al conflicto de intereses de los miembros del Congreso son las siguientes:

1. Artículo 182 de la Constitución dice: "Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

Artículo 183, *ibidem*, señala que, por violar el régimen de conflicto de intereses, el congresista perderá su investidura.

2. El Reglamento del Congreso, la Ley 5 de 1992, en el artículo 286 ordena:

"Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o sus socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas".

Los artículos 287 de la Ley 5 de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 establecieron estos casos:

- a) Participación de los congresistas en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares;
- b) Participación en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro;
- c) Haber prestado, durante el año inmediatamente anterior a la elección, servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso.

De los preceptos citados se colige:

En primer lugar, el artículo 286 de la Ley 5 de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimiento universal.

En segundo término, los literales a, b y c contienen motivos de impedimento de carácter económico.

En tercer lugar, exclusivamente en estos eventos el congresista está obligado a manifestar su falta de competencia subjetiva y a inhibirse de participar en los respectivos debates y votaciones.

En cuarto lugar, el no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflicto de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde su investidura. Expresa que es causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflictos de intereses.

Sobre otro tipo de factores, éticos o morales por ejemplo, conviene tener en cuenta que las leyes que aprueba el Congreso se aplican a los colombianos sin excepción, según los artículos 4 y 95 de la Constitución Política.

De allí que siempre habrá, al lado del interés público, un interés personal de los congresistas en que se expidan y apliquen. Seguridad social, intervención en la economía, reglamento de profesiones, impuestos, reglamento del Congreso, procedimiento para tramitar la pérdida de investidura, divorcio, libertad religiosa, son algunas de las materias en las que han intervenido con interés personal.

El Consejo de Estado, exactamente sobre este punto, en Sentencia AC - 1276 del 24 de marzo de 1994. (Consejero ponente, doctor Jaime Abella Zárate), expresó:

"4.4. Además, cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió ¿afectar de alguna manera¿ a todos los congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de exenciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado".

Si esta hipótesis se extendiera habría que cerrar el Congreso o importar personajes para que legislen en Colombia. Tal vez éstos podrían proceder alejados de cualquier interés particular porque las leyes colombianas no se les van a aplicar en su país.

Además, no puede admitirse que los congresistas, por su propia cuenta, *motu proprio* decidan cuándo deben declararse impedidos, esto es según su leal saber y entender, verdad sabida y buena fe guardada o por objeción de conciencia.

Se daría aval, por lo menos, al desorden, cuando no a otras irregularidades de insospechada gravedad. Por conveniencia, por temor, por debilidad, por afinidad, por amor, por odio, por dinero, etc., un congresista podría plantear o ser obligado a expresar el conflicto de intereses y a separarse del conocimiento de un determinado asunto.

Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183, *ibidem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

De otro lado, el acto humano consta de tres momentos: la intención, la resolución y la acción. La primera es el propósito de actuar, la segunda es la ratificación del propósito, y la acción es la manifestación externa de los otros dos.

La moral regula la totalidad del acto humano. Lo rechaza o lo acepta desde la interioridad hacia la exterioridad. El derecho, en cambio, únicamente cuando hay una manifestación en el mundo exterior. El solo pensamiento no es susceptible de evaluación jurídica. Por eso al juez le es imposible abordar el universo interno de los congresistas para conocer sus intenciones, o pretensiones o eventuales conflictos de intereses. El Consejo de Estado no es el juez ético de los congresistas, pues éstos cuentan con tribunales creados para juzgar las infracciones a la ética en que pudieran incurrir.

La normatividad vigente (arts. 286 y 287 de la Ley 5 de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994) citada anteriormente, no conforma un régimen de conflicto de intereses. Son disposiciones aisladas, impropriadamente incluidas en una ley orgánica del reglamento del Congreso y en otra de procedimiento de pérdida de la investidura, dictadas al amparo de los artículos 151 y 184 de la Constitución.

El conflicto de intereses que, como ya se explicó, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previó el constituyente, por una ley estatutaria conforme al artículo 152, literal a), la cual tiene procedimientos y contenido distinto de las que hasta el momento ha expedido el Congreso.

Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de la investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

El artículo 29 de la Constitución Política garantiza el debido proceso no solamente con la presunción de inocencia, sino imponiendo que se juzgue a la persona ante tribunal competente, conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

Esto es tipificando conductas que excepcionan el ejercicio libre de los derechos.

Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración de las providencias AC - 2102, Consejero Ponente, doctor Juan de Dios Montes Hernández y AC - 1276, Consejero Ponente, doctor Jaime Abella Zárate.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / INVESTIGACION PENAL - Conocimiento / ENRIQUECIMIENTO ILICITO

Para la Sala es claro entonces que se requiere prueba inequívoca de que el acusado conocía de la investigación previa o de proceso por delito de enriquecimiento ilícito de particular con anterioridad al 13 de diciembre de 1995, y debía ser por este tipo penal, específicamente, por cuanto es el relato tipificado en el artículo 1 del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 el que, al decir el actor, mediante la consagración legal de carácter obligatorio de las sentencias de control jurisdiccional de la Honorable Corte Constitucional se intentó "convertir... en una conducta subalterna lo cual traía consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley..." En el caso de autos, según se ve a folios 199 a 202, el Senador Espinosa Jaramillo sabía, desde el 11 de agosto de 1995, que se le adelantaban diligencias preliminares, abiertas al día anterior. Y que el 14 de diciembre del mismo año se lo enteró de la apertura de investigación. El 14 de febrero del presente se le dictó medida de aseguramiento "...sin beneficio de excarcelación por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares...". Entonces, conforme a lo transcrito y analizado en los folios dichos, sólo el 14 de febrero se enteró el doctor Espinosa del delito por el que se lo investigaba, pues de sus palabras en la intervención ante el Senado de la República el 13 de diciembre de 1995 y menos por haber solicitado en el mes de julio, según su indagatoria. "...sendos certificados completos en esas sociedades", aludiendo a distribuidora de productos agrícolas del Diamante y Export Café, no es dable inferir, inequívocamente como se requiere, su conocimiento acerca de la naturaleza del delito de cuya indagación previa fue enterado antes del 13 de diciembre en mención.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el mayor respeto por la decisión que por mayoría adoptó la Sala en su fallo de 12 de marzo próximo pasado, expreso mi disenso con lo allí resuelto en los siguientes breves términos.

En reciente fallo, proferido con ponencia de quien formula este salvamento, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación sostuvo:

"En el caso en examen se tiene que no obra prueba de que al Senador XXX se le hubiese recibido antes del 13 de diciembre de 1995 versión preliminar en la investigación previa que se le abrió por Auto de 26 de mayo de 1995, ni otra prueba que acredite inequívocamente que conocía de esa investigación por enriquecimiento ilícito. Por ende, procesalmente desconocía su finalidad y el contenido del acervo allí recaudado hasta esa fecha..." (Sentencia de marzo 5 de 1996. Exp. AC - 3302. Actor: Emilio Sánchez Alsina).

Para la Sala es claro, entonces, que se requiere prueba inequívoca de que el acusado conocía de la investigación previa o de proceso por delito de enriquecimiento ilícito de particular con anterioridad al 13 de diciembre de 1995. Y debía ser por ese tipo penal, específicamente, por cuanto es el reato tipificado en el artículo 1 del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 el que, al decir del actor, mediante la consagración legal del carácter obligatorio de las sentencias de control jurisdiccional de la Honorable Corte Constitucional se intentó "convertir... en una conducta subalterna lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley..." (fol. 3).

En el caso de autos, según se ve a folios 199 a 202, el Senador Espinosa Jaramillo sabía, desde el 11 de agosto de 1995, que se le adelantaban diligencias preliminares, abiertas el día anterior. Y que el 14 de diciembre del mismo año se lo enteró de la apertura de investigación. El 14 de febrero del presente se le dictó medida de aseguramiento "...sin beneficio de excarcelación por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares...".

Entonces, conforme a lo transcrito y analizado en los folios dichos, sólo el 14 de febrero se enteró el doctor Espinosa del delito por el que se lo investigaba, pues de sus palabras en la intervención ante el Senado de la República el 13 de diciembre de 1995 y menos por haber solicitado en el mes de julio de 1995, según su indagatoria, "...sendos certificados completos de esas sociedades", aludiendo a Distribuidora de Productos Agrícolas del Diamante y Export Café, no es dable inferir, inequívocamente como se requiere, su conocimiento acerca de la naturaleza del delito de cuya indagación previa fue enterado antes del 13 de diciembre en mención.

Por ello estimo que el acusado no pudo incurrir en conflicto de intereses por su apoyo y voto del artículo nuevo, que se pretendió agregar al proyecto que pasó a ser la Ley 228 de 1995.

Muy atentamente,

Amado Gutiérrez Velásquez.

Santa Fe de Bogotá, D. C., abril 10 de 1996.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración de la providencia de marzo 5 de 1996, Expediente AC - 3302.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / DESARROLLO LEGAL - Inexistencia

Los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente definió de la ley su reglamentación y desarrollo. "La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones" (art. 182 último inciso Constitución Política de Colombia). Las Leyes 5 de 1992 y 144 de 1994 desarrollan la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deben tenerse como potenciales generadores de conflicto de interés moral o ético. Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia, resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de congresistas, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se ve comprometida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerados como faltos de moral y carentes de ética. No hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica para asumir papel distinto del que corresponda a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

Santa Fe de Bogotá, D. C., abril ocho (8) de mil novecientos noventa y seis (1996).

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente manifiesto que, con fundamento en las razones enseguida consignadas, salvo el voto en el asunto de la referencia, por estar en desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso, el día 12 de marzo del año en curso.

El punto central del debate radica en la aparente existencia de un conflicto de intereses de carácter moral y ético, que se habría presentado por la conducta del Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, con motivo de su participación en la sesión del 13 de diciembre de 1995 llevada a cabo en el Senado de la República, durante la cual se votó el proyecto de ley de seguridad ciudadana, que incluyó a última hora un artículo, por cuyo tenor, alcance y contenido significaría un beneficio directo para el congresista votante, en la medida en que le favorecería por su condición de investigado en las diligencias adelantadas por la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente conocido públicamente como el proceso 8.000.

Para formular un juicio respecto de la situación planteada es preciso tener en cuenta los siguientes elementos:

1. El ordenamiento positivo que regula el caso sub - análisis.
2. La conducta desplegada por el acusado.
3. El establecimiento fehaciente del pretendido conflicto de intereses entre la conducta objeto de reproche y el fin perseguido.

1. En cuanto al primer elemento, advierte el suscrito Consejero que los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente definió a la ley su reglamentación y desarrollo "la ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones" (artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia).

Las Leyes 5 de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deban tenerse como potenciales generadores de conflicto de interés moral o ético.

Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia, resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de la investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se vea comprendida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerados como faltos de moral y carentes de ética.

Dada la particular naturaleza de este proceso (político - administrativo - disciplinario, pero en todo caso sancionatorio), y las consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, no queda ninguna duda en cuanto, debe observarse indefectiblemente el principio clásico de la legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el brocardo latino "*nullum crimen, nulla pena, sine lege*". la imposibilidad de tipificar una conducta a voluntad del denunciante o del fallador, para hacerla acreedora de una sanción, radica en que:

"Las cuestiones de valores (es decir aquellas que conciernen a lo que es bueno o malo en sí, independientemente de sus consecuencias) están por fuera del dominio de la ciencia, como los defensores de la religión lo afirman con energía, yo pienso dice Bertrand Russell autor de esta cita, en su libro Ciencia y Religión, Editorial Gallimard, página 171 - que ellos tienen razón sobre este punto, pero yo saco una conclusión suplementaria, que ellos no sacan: las cuestiones de valores están enteramente fuera del campo del conocimiento. Dicho de otra manera cuando afirmamos que tal o tal cosa tiene valor, expresamos nuestras propias emociones y no un hecho que permanecerá cierto si nuestros sentimientos personales fueren diferentes".

Y más adelante agrega:

"La moral está pues estrechamente unida a la política ella es una tentativa para imponer a los individuos los deseos colectivos de un grupo; o,

inversamente, ella es una tentativa hecha por un individuo para que sus deseos se conviertan en los de su grupo. Esto no es posible, claro está que si sus deseos no son demasiado visiblemente contrarios al interés general; el maleante difícilmente puede intentar persuadir a las gentes que él les hace bien, aunque los plutócratas hacen tentativas de ese género, y con éxito aun a menudo".

Para rematar esta cita, pertinente es concluir con las siguientes líneas del mismo autor:

"Para intentar dar una apariencia de importancia universal a nuestros deseos (lo cual constituye el papel de la moral), uno puede ubicarse en dos puntos de vista: El del legislador y el del predicador...".

Frente a ello, se advierte que otra es la labor del Juez y por esa razón considera, el suscrito Consejero que no hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica para asumir papel distinto del que corresponde a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

Por lo hasta aquí expuesto, ni jurídica, ni filosóficamente, es dado compartir la decisión, pero atendiendo a la necesidad de cumplir con el deber de expresar todas las razones de inconformidad con el fallo objeto de este salvamento, preciso es anotar lo siguiente:

En cuanto a la institución de la pérdida de investidura de origen constitucional, por sus especiales características debe aplicarse con sumo rigor tanto en el análisis de la conducta como en el enjuiciamiento o actividad que corresponde al Juez. El mandato del artículo 184 de la Carta Política facilita el instituto de control y abre el camino de su operancia, con una simple solicitud, nótese que no emplea el concepto de demanda ni el de denuncia que técnicamente tienen un sentido definido. Así se facilita el control y el solicitante tiene como garantía de su derecho, el poder ejercerlo en elemental escrito, en cualquier tiempo durante el ejercicio del mandato del parlamentario, tomándose todo el lapso que estime necesario para recaudar o ubicar con exactitud el elemento probatorio que deberá aducir con la solicitud, pues, el constituyente para garantizar aun más su derecho e impedir que se haga nugatorio fijó un término de alto rango al fallador, "no mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada...".

No es posible, so pena de, o violar la Constitución o asumir la tarea del legislador, adoptar procedimientos exorbitantes, tales como el de hacer caso omiso del término claramente establecido, lo cual pone en grave riesgo la observancia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa, especialmente cuando específicamente en forma extemporánea se decretan y se practican pruebas que eventualmente pueden quedar sin posibilidad de controversia o de conocimiento del denunciado que independientemente de sus condiciones personales o políticas tiene derecho a controvertir los medios de convicción aducidos en su contra.

Y en cuanto a la persona sujeto del proceso, es preciso hacer notar que por el desconocimiento obvio de un único procedimiento y términos ciertos, en cuya ausencia se toman sobre la marcha del proceso, le resulta conculcada su seguridad jurídica y el derecho a la igualdad frente a la ley.

Nadie ignora el loable propósito del constituyente, tendiente a moralizar el ejercicio del mandato ciudadano, y los reparos que por vía general se enrostran a los legisladores, pero tratándose de la aplicación concreta y en particular de una sanción, es preciso descender de las formulaciones teóricas y generales propias de la sociología o de la política al terreno concreto del derecho, para avanzar prudentemente en el enjuiciamiento de una conducta y la aplicación de una severísima pena, asimilable a la muerte política, en tiempos de proscripción de la muerte civil y de la pena de muerte. Y aún más, dado que el procedimiento y término es expeditivo y breve.

Con las anteriores consideraciones dejo expuesto mi criterio sobre el asunto debatido, dejando claro está mi manifestación de profundo respeto por la ponencia y la decisión mayoritaria.

Jesús María Carrillo Ballesteros.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA / CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / ENRIQUECIMIENTO ILICITO - Naturaleza / PROVIDENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Obligatoriedad / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - Efectos

Ahora se quiere decir al país, como si fuera una verdad inconclusa, que el delito de enriquecimiento injusto regulado en el artículo 1 del Decreto 1895 de 1989 y adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 es un delito autónomo, cuando la ley así no lo califica y cuando la que lo define como subalterno, no sólo está vigente, sino que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia de 31 de marzo de 1993 (S - 127), con el aducido alcance. Situación distinta es la contemplada en el artículo 148 del C. P., porque allí el delito de enriquecimiento ilícito sí puede ser autónomo, pero ya referido al que pueden cometer los servidores públicos. Esta sola circunstancia muestra cómo el senador mencionado, por ser un servidor público, en forma alguna podía favorecerse con el artículo censurado de haber sido aprobado. En otras palabras, para el suscrito uno es el delito de enriquecimiento de los particulares y otro el de los servidores públicos, sujetos a normas penales diferentes. En el congresista pueden coincidir en un momento dado el interés general propio de su función (el bien común y la justicia, según el artículo 133 de C. N.) con el interés personal, particularizado y concreto en la expedición de determinada norma. Hasta aquí y por la sola presencia de ese interés particular aún no se puede hablar de la ocurrencia del conflicto, porque éste sólo se producirá cuando la conducta del congresista motivada por su interés particular, colida con la norma legal que contemple dentro de sus previsiones la consagración de esa conducta como contraria al bien común. En parte alguna dice la Constitución que sólo podrán expedirse ciertas o determinadas leyes. Cosa diferente es que a los congresistas se den circunstancias restrictivas de su competencia, señaladas en la misma Constitución o en la ley, restricciones de derecho estricto por ser limitativas del ejercicio pleno de la competencia congresional, deberán señalarse expresamente en el ordenamiento y que no permitirán, en ningún caso, aplicación analógica. Así, limitarán esa capacidad del congresista las incompatibilidades, el conflicto de intereses, las prohibiciones, los impedimentos y las recusaciones. No se enuncian las

inhabilidades porque éstas en lugar de limitar su capacidad, no le permiten acceder a la investidura congresional. Las causales de sello constitucional deberán aplicarse sin que medie la ley que las desarrolle; lo que no sucederá con las de régimen o desarrollo legal, de imposible aplicación mientras no se expida la ley que las regule o consagre. Para poder aplicar a un congresista la sanción de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, tiene que haberse contemplado en la ley, con ese alcance, una determinada conducta que colida con el bien común o interés general de justicia que debe acatar. Se habla de conducta sancionable expresamente señalada, porque los congresistas en el ejercicio del cargo "serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento". No tendría sentido hacerlos inviolables o inmunes por sus opiniones o votos y luego sancionarlos porque opinaron o votaron en determinado sentido. En otros términos, en ejercicio de la actividad congresional será libre e inmune y sólo punible cuando viole o desconozca una expresa previsión legal coetánea que limite o coarte esa libertad, o cuando implique una contravención al régimen de disciplina previamente establecido. Puede afirmarse hoy que la única causal que puede dar lugar al conflicto de intereses está contemplada en el artículo 16 de la Ley 144, con alcance exclusivamente económico y definitorio. Tal como lo señala la Carta Constitucional, los regímenes cuya violación puede acarrear la pérdida de la investidura de un congresista son fundamentalmente tres: el de inhabilidades, el de incompatibilidades y el conflicto de intereses. Los dos primeros, como se dijo, de regulación constitucional y de aplicación inmediata; y el tercero, el desarrollo legal, aplicable cuando éste produzca y en la medida que, sin colidir con la Carta, limiten, en lo estricto, la libre capacidad del congresista consagrada en el artículo 185 de la Carta. Cuando la Corte Suprema declaró exequible el artículo 1 del Decreto 1895 (norma para conjugar la conmoción interior) lo vinculó con el delito de narcotráfico, fuente principal de esa conmoción, y no buscó penalizar cualquier enriquecimiento ilícito. La conexidad de la norma con el estado de excepción así lo imponía. Pero dicha relación se amplió cuando esa norma se adoptó como legislación permanente, pero no ya referida sólo al delito de narcotráfico, sino al enriquecimiento injustificado derivado de cualquier actividad delictiva. Obsérvese que en Colombia el enriquecimiento por sí solo no está penalizado; y es esta la razón para que la ley penal lo califique de "injustificado". Ahora bien, si el enriquecimiento ilícito como delito es autónomo o subordinado y su aplicación es idéntica para los servidores públicos y los particulares, serán aspectos que tendrá que definir la Corte Suprema y los demás jueces penales. Si el punto ha sido objeto de amplio debate jurídico, con tesis hoy encontradas, no ve el suscrito porque pueda sancionarse a un congresista que tome partido por una de las tesis. Aquí conserva todo su rigor el mandato del artículo 185 de la Carta, máxime cuando la conducta que se imputa al congresista no está tipificada en la ley como conflicto de intereses. El conflicto se da cuando existe el choque no cuando se dé la coincidencia de intereses. Mientras no se demuestre que en Colombia el delito de enriquecimiento injusto regulado en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, es autónomo porque así lo manda la ley, seguiré pensando y sosteniendo que el Senador Espinosa Jaramillo perdió la investidura porque tuvo la osadía de apoyar con su voto una norma legal que recordaba que el artículo 243 de la Constitución de 1991 está vigente y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es obligatoria. Pedir que se respete la Constitución no puede ser motivo de sanción, bajo ningún pretexto, así el que lo pida está investigado penalmente, porque ese respecto del pilar del estado de derecho y cobija por igual a todos los habitantes, sin excepción alguna.

SALVAMENTO DE VOTO

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Con todo respeto manifiesto que salvo el voto en el asunto de la referencia, por cuanto estoy en desacuerdo con la decisión tomada por la mayoría el día 12 de marzo del presente año.

Y lo estoy porque la conducta cumplida por el Senador Espinosa Jaramillo, el día 13 de diciembre de 1995, no sólo no configura un conflicto de intereses, sino porque insistir, mediante una norma legal, en la obligatoriedad tanto del artículo 243 de la Carta como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando interpreta con autoridad una norma legal, no puede, bajo ningún pretexto, configurar una conducta punible, sea penal, disciplinaria o política.

Se afirma lo precedente porque ahora se le quiere decir al país, como si fuera una verdad inconcusa, que el delito de enriquecimiento injusto regulado en el artículo 1 del Decreto 1895 de 1989 y adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 es un delito autónomo, cundo la ley así no lo califica y cuando la que lo define como subalterno, no sólo está vigente, sino que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia de 31 de marzo de 1993 (S - 127), con el aludido alcance. Situación distinta es la contemplada en el artículo 148 del C. P., porque allí el delito de enriquecimiento ilícito sí puede ser autónomo, pero ya referido al que pueden cometer los servidores públicos. Esta sola circunstancia muestra cómo el senador mencionado, por ser un servidor público, en forma alguna podía favorecerse con el artículo censurado de haber sido aprobado. En otras palabras, para el suscrito uno es el delito de enriquecimiento de los particulares y otro el de los servidores públicos, sujetos a normas penales diferentes.

Esta es una realidad que no puede soslayarse por razones extrajurídicas al gusto de la opinión, ya que ni siquiera las citadas normas podrán inaplicarse hoy alegando su inconstitucionalidad, puesto que la decisión antecitada tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes* (art. 243 de la Constitución).

Si Colombia es todavía un estado de derecho, esa es la normatividad vigente y quien reclame su vigencia no podrá ser reo de sanción alguna, llámese como se llame y sea quien sea.

Después de esta introducción, explico a continuación las ideas propuestas, muchas de las cuales expuse durante el debate de asunto similar (Proc. 3302).

a) La integración normativa

Para la solución del presente asunto será preciso integrar los artículos 182 y 183 de la Carta con los artículo 286 y ss. de la Ley 5 de 1992 y 16

de la Ley 144 de 1994.

Esa integración se requiere para atender cuál es el alcance actual de la causal de desinvestidura por violación del régimen de conflicto de intereses.

Sea lo primero indicar que una cosa es tener interés el congresista (en principio debe tener en expedición de la normatividad general, puesto que esto encaja dentro del rol de su competencia); y otra, muy diferente, que la manifestación de ese interés, en un evento determinado, choque o colida con la norma legal que prohíba, so pena de quedar incurso en una sanción, esa forma de ejercicio.

Muestra lo precedente que en el congresista puede coincidir en un momento dado el interés general propio de su función (el bien común y la justicia, según el artículo 133 de la C. N.) con el interés personal, particularizado y concreto en la expedición de determinada norma.

Hasta aquí y por la sola presencia de ese interés particular aún no se puede hablar de la ocurrencia del conflicto, porque éste sólo se producirá cuando la conducta del congresista motivada por su interés particular, colida con la norma legal que contemple dentro de sus previsiones la consagración de esa conducta como contraria al bien común.

Se entiende lo precedente, con apoyo en la competencia que tienen los congresistas (por regla general, el Congreso puede expedir todas las leyes que la marcha del Estado requiera, dentro de los lineamientos señalados en el artículo 150 de la Carta en armonía con el 133). En principio, esa competencia es plena.

En parte alguna dice la Constitución que sólo podrán expedirse ciertas o determinadas leyes. Cosa diferente es que frente a los congresistas se den circunstancias restrictivas de su competencia, señaladas en la misma Constitución o en la ley; restricciones de derecho estricto que por ser limitativas del ejercicio pleno de la competencia congresional, deberán señalarse expresamente en el ordenamiento y que no permitirán, en ningún caso, aplicación análoga.

Así, limitarán esa capacidad del congresista las incompatibilidades, el conflicto de intereses, las prohibiciones, los impedimentos y las recusaciones. No se enuncian las inhabilidades porque éstas en lugar de limitar su capacidad, no le permiten acceder a la investidura congresional.

Frente a la primera, la Carta contiene su catálogo taxativo de causales en su artículo 180 (salvedad hecha de la causal que contempla el artículo 110 de la misma Carta no aceptada en forma unánime por la Sala). En cuanto a las restantes, por voluntad de la Carta, su reglamentación compete exclusivamente a la ley.

Significa esto que las causales de sello constitucional deberán aplicarse sin que medie la ley que las desarrolle; lo que no sucederá con las de régimen o desarrollo legal, de imposible aplicación mientras no se expida la ley que las regule o consagre.

La idea precedente se desprende del mandato contenido en el artículo 182 de la Constitución; el cual, en su parte inicial, le impone a los congresistas el deber de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de orden moral o económico (impedimentos) que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.

Pero ese artículo 182 no se queda en el referido enunciado, ya que a renglón seguido defiere a la ley la determinación tanto del régimen de conflicto de intereses como del de impedimentos y recusaciones; dos regímenes que, aunque relacionados, no tienen un tratamiento único ni en la ley ni en la Constitución. Tan cierto es esto que la violación del último de los citados no constituye causal de desinvestidura, en los términos del artículo 183.

Se entiende así que la atribución que el constituyente le hace al legislador no podrá delegársela al juez, ni ser asumida por éste sin violar las reglas de competencia y el principio de la separación de los poderes públicos; en otras palabras, el juzgador no podrá crear causales constitutivas del conflicto ni motivos de impedimento, por ser éstos de derecho estricto.

En este orden de ideas, para poder aplicar a un congresista la sanción de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, tiene que haberse contemplado en la ley, con ese alcance, una determinada conducta que colida con el bien común o interés general de justicia que debe acatar.

Se habla de conducta sancionable expresamente señalada, porque los congresistas en el ejercicio del cargo "serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento". No tendría sentido hacerlos inviolables o inmunes por sus opiniones o votos y luego sancionarlos porque opinaron o votaron en determinado sentido.

Esta prohibición, que está contemplada en el artículo 185 de la Carta, reafirma la competencia general que tienen los congresistas y muestra que, en principio, los votos y las opiniones que emitan no serán sancionables, salvo cuando violen las normas disciplinarias reguladas en el reglamento respectivo o la normatividad que regula los regímenes de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones, conflicto de intereses o recusaciones. En otros términos, el ejercicio de la actividad congresional será libre e inmune y sólo punible cuando viole o desconozca una expresa previsión legal coetánea que limite o coarte esa libertad, o cuando implique una contravención al régimen de disciplina previamente establecido.

A esta altura del discurso, se pregunta el suscrito: ¿Existirá hoy en Colombia el régimen de conflicto de intereses de que habla la Constitución en sus artículos 182 y 183? ¿Conformarán ese régimen los artículos 286 y ss. de la Ley 5 de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994? ¿Constituirán estas

normas un estatuto completo o únicamente una reglamentación parcial del fenómeno?

Antes de responder a tales interrogantes debe precisarse que la noción "conflicto de intereses" es una noción jurídica y como tal no podrá evaluarse o medirse sino con sujeción a una normatividad dada. No es así una noción meramente semántica cuyo alcance o interpretación pueda hacerse por el común de las gentes en su sentido natural u obvio.

b) El principio de legalidad

El artículo 182 de la Carta con su expresa remisión a la ley para la determinación del régimen de conflicto de intereses, con efectos sancionadores para el congresista que lo infrinja, legaliza dicho régimen; vale decir, impone en su campo el principio de la legalidad punitiva preexistente, principio del constitucionalismo y pilar del estado de derecho, recogido entre otros en los artículos 28, 29 y 30 de la Constitución del 91.

Principio de legalidad que presenta como rasgos esenciales:

a) Toda norma de naturaleza punible (delictiva, contravencional, disciplinaria, correccional o de policía) debe ser de jerarquía constitucional o legal, o autorizada por ley conforme a la Constitución;

b) Debe ser preexistente a la ocurrencia del hecho que se estima sancionable y estar vigente al momento de su ocurrencia;

c) Debe ser clara, precisa y delimitada y no implícita, ambigua, equívoca, extensiva o analógica, a no ser que en este último evento su aplicación favorezca al implicado.

Estos principios, de aplicación no sólo en el derecho penal, se refuerzan aún más con lo que contempla el artículo 14 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico), en el cual dispone que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

c) El conflicto y su desarrollo

Atrás se formularon algunos interrogantes que es preciso responder y los cuales permiten afirmar: 1) Sí existe en Colombia el régimen de conflicto de intereses, no sólo por lo enunciado de los artículos 182 y 183 de la Constitución, sino por la consagración en la ley de una causal específica, cual es la contemplada en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994. 2) Los artículos 286 y ss. de la Ley 5 de 1992, aunque dicen desarrollar el tema "conflicto de intereses", no lo regulan, sino que sólo prevén normas de procedimiento para hacer operante los impedimentos de los congresistas por interés directo; y 3). En la actualidad el aludido régimen es fragmentario, incompleto y el legislador deberá completarlo para contemplar en él no sólo las causales específicas de orden moral o ético, sino otras de carácter económico, distintas a las del mencionado artículo 16, que le impidan a los congresistas el ejercicio inviolable y libre que la misma Carta les permite. Hasta la fecha el juez de la desinvestidura no es el juez de la moral del congresista; entre otras razones porque la moral es autónoma y no heterónoma.

En este orden de ideas, se observa:

Puede afirmarse hoy que la única causal que puede dar lugar al conflicto de intereses está contemplada en el artículo 16 de la Ley 144, con alcance exclusivamente económico y definitorio. Para corroborar este aserto baste transcribir su texto. Dice la norma:

"Artículo 16. Conflicto de intereses. Definición. Los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación para que, decida si los congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos".

En cambio, la sección cuarta de la Ley 5 de 1992, pese a su título, que crea equívocos, no tipifica y ni siquiera señala conducta alguna que permita hablar que su ocurrencia genere el conflicto. Esta sección que no define las conductas constitutivas del conflicto, sólo desarrolla el procedimiento que debe seguirse en caso de impedimentos cuando el congresista tenga interés directo personal o lo tenga su cónyuge o compañera o compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, en el asunto legislativo en el cual deba intervenir con sus opiniones o votos. Sección que indica que la conducta omisiva del congresista podrá ser sancionada, no por el juez de la desinvestidura, sino por la Comisión de Ética del Congreso.

Tan cierto es que dicha sección de la ley no pretende establecer el régimen de conflicto de intereses, que ni siquiera define qué se entiende por interés directo (noción que no puede dejársele al juzgador porque la Carta en su artículo 182 se la definió en forma indelegable al legislador), ni precisa ninguna conducta con alcances moral o económico que pueda dar lugar al conflicto, sino que se reduce a señalar el derrotero para el manejo de los impedimentos. A este respecto el suscrito comparte el siguiente aparte del concepto fiscal emitido por el doctor Alir E. Hernández Enríquez, Procurador Quinto Delegado, en el proceso de desinvestidura del Senador Guerra de la Espriella (Proc. AC - 3301):

"Queda por saber lo relativo a las causales consistentes en las situaciones de carácter moral que inhiban al congresista para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración (artículo 182 C. N.)

"Hay quienes piensan que cuando el artículo 286 de la Ley 5 de 1992 señala el ¿interés directo¿ en la decisión que afecte de ¿alguna manera¿ al propio congresista, a su cónyuge, compañero o compañera permanente o a alguno de los parientes dentro de los límites allí establecidos, se están reglamentando las causales que desarrollan tales situaciones de orden moral constitutivas de conflicto de intereses.

"Esa apreciación no parece ser la correcta sin embargo; no se debe perder de vista que el conflicto de intereses, si bien tiene su propia naturaleza, se hermana con las inhabilidades, las incompatibilidades y las prohibiciones en cuanto constituyen excepciones a la capacidad de los congresistas; y que, por lo tanto, el régimen que lo consagre, el cual ¿por mandato constitucional (art. 182)¿, solamente lo puede expedir el legislador, debe tipificar las conductas constitutivas de conflicto.

"Es que para el caso de los conflictos de interés el constituyente definió a la ley, y sólo a ella, el señalamiento de su régimen, concepto dentro del cual está incluido el señalamiento de las causales constitutivas de conflicto. Y así lo hizo el legislador, como se ha visto, para algunas situaciones de orden económico que pueden adicionarse o modificarse en el futuro por el propio legislador; no se ha ocupado sin embargo, seguramente por la dificultad que ello implica, en determinar las causales de conflicto de intereses derivadas de las situaciones de orden moral que afecten a los congresistas.

"Esta atribución constitucional del legislador no puede ser delegada al juez (ni siquiera por él mismo), ni ser asumida por este último porque pertenecen a órbitas de competencia de distintas ramas del Poder Público.

"De modo que, situados en esta hipótesis hermenéutica, el artículo 286 de la Ley 5 de 1992 en su primera parte, no está consagrando una causal de conflicto de intereses; se podría decir que, por su generalidad, traza simplemente el marco dentro del cual se deben especificar, una a una, las causales de conflicto. El término ¿interés directo¿ que utiliza la ley, no es constitutivo, en este caso, de lo que la doctrina denomina un concepto jurídico indeterminado cuya determinación corresponda al juzgador."

Siguiendo con la argumentación, se observa:

Tal como lo señala la Carta Constitucional, los regímenes cuya violación puede acarrear la pérdida de la investidura de un congresista son fundamentalmente tres: el de inhabilidades, el de incompatibilidades y el de conflicto de intereses. Los dos primeros, como se dijo, de regulación constitucional y de aplicación inmediata; y el tercero, de desarrollo legal, aplicable cuando éste se produzca y en la medida que, sin colidir con la parte, limiten, en lo estricto, la libre capacidad del congresista consagrada en el artículo 185 de la Carta.

Lo precedente permite concluir:

- a) Que si bien el régimen de conflicto de intereses tiene su desarrollo inicial en la ley, es aún fragmentario, ya que todavía no es un régimen completo, comprensivo de las posibles conductas que deban sancionarse para garantizar la prevalencia del interés general de orden público sobre el personal o particular del congresista o su familia;
- b) Que ni en la Ley 5 ni en la 144 se regula la conducta que permita subsumir en ella lo que se le imputa al congresista demandado en el libelo inicial;
- c) Que aún en la hipótesis de que pudiera hablarse de que cuando el Senador Espinosa Jaramillo votó ese 13 de diciembre tenía el interés que se le endilga, ese sólo hecho no configura el conflicto, porque la conducta que cumplió no tiene la norma prohibitiva de referencia en la cual pueda subsumirse.

Lo anterior, permite afirmar que sobra en cierto sentido estudiar el contenido y alcance del artículo censurado, no sólo frente a la cosa juzgada constitucional, la doctrina o la Constitución Política.

No obstante, brevemente se tocan tales aspectos, así:

- a) El contenido del acto en cuestión. Dice el proyecto:

"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia (sic) de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación por las autoridades, excepto en los siguientes casos:

"1. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

"2. Cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho causal (sic) con la parte resolutoria de la misma.

"3. En los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta."

Según la parte demandante, el Senador Espinosa Jaramillo ese 13 de diciembre de 1995 "promovió y votó un proyecto de ley" que pretendía presumiblemente convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna y no en un delito autónomo; en otras palabras, a juicio de la demanda, no sólo se buscó esto último, sino que se quería por ese medio suspender el proceso que por ese delito se le adelanta ante la Corte Suprema.

Pues bien. Fuera de lo vago e impreciso del cargo, que parte de una presunción personal del demandante no demostrada y que no puede tomarse como una verdad procesal, *per se*, el expediente muestra una realidad diferente, como que, el congresista demandado, con otro grupo de colegas, sólo intentó elevar a rango legal una jurisprudencia de la Corte Constitucional.

d) La cosa juzgada constitucional

Los cargos formulados en la demanda imponen la confrontación del texto cuestionado (el artículo objeto de censura) que se le pretendió introducir a la que hoy es la Ley 228 de 1995, con los artículos 230 y 243 de la Constitución y 21 y 23 del Decreto 2067 de 1991, para definir si la propuesta formulada no fue más que un ardid para satisfacer los intereses particulares de los proponentes y adherentes o la consagración, dentro de la ley, de unos principios de rango constitucional de interés general que están en el espíritu de la nueva Carta.

Para el artículo 230 los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley; y la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Pues bien, mientras en esta norma se le da a la jurisprudencia de los jueces en general únicamente el alcance de criterio auxiliar y por ende, no obligatorio, el artículo 243 de la misma Carta le otorga a la jurisprudencia de la Corte Constitucional un rango diferente de mayor proyección, como que le impone el sello de la cosa juzgada constitucional. En otras palabras, la hace obligatoria. Dice la mencionada norma:

Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

El texto que se acaba de transcribir, armonizado con el antecitado artículo 230, fue compendiado en el artículo cuestionado, lo cual, de por sí, no lo hace censurable, máxime cuando con él o sin él no cabe desconocer la vigencia del artículo 1 del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10 de Decreto 2266 de 1991; norma que fue declarada exequible también mediante la sentencia de la Corte Constitucional de 30 de marzo de 1993 (C - 127). Se utiliza la expresión "también" porque ese artículo 1 del Decreto 1895 había sido declarado exequible por la Corte Suprema en su sentencia de 3 de octubre de 1989.

Así, entonces, la normatividad antecitada, fuera de estar vigente, está amparada con el sello de la cosa juzgada constitucional y por tanto, es de obligatorio acatamiento.

En otras palabras, la norma proyectada era inocua no sólo porque se limitaba en lo fundamental a repetir algo que estaba en la Constitución (art. 243) y que tenía el aval de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencias antecitadas), sino porque el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 soluciona las inquietudes que se pensaban zanjar con la aprobación del nuevo texto.

Para corroborar este aserto y sólo para los fines aquí pretendidos, porque en ninguna forma se quiere invadir la competencia de los jueces penales, se transcribe la norma que fue declarada exequible por dicha Corporación el 3 de octubre de 1989 y que igualmente fue declarado constitucional luego cuando en virtud del Decreto 2266 de 1991, se convirtió en legislación permanente (art. 10).

Dice el aludido artículo:

"Artículo 1. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurra por ese sólo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado".

En torno a esta norma dijo la Corte el 30 de marzo de 1991 en su sentencia distinguida con el número 127/93:

"La expresión ¿de una u otra forma¿, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales." (Gaceta de la Corte Constitucional - 1993, pág. 203). (Subrayas fuera de texto).

Muestra lo anterior y el estudio de los precedentes constitucionales, que cuando la Corte Suprema declaró exequible el artículo 1 del Decreto 1895 (norma para conjurar la conmoción interior) lo vinculó con el delito de narcotráfico, fuente principal de esa conmoción, y no buscó penalizar cualquier enriquecimiento ilícito. La conexidad de la norma con el estado de excepción así lo imponía.

Pero dicha relación se amplió cuando esa norma se adoptó como legislación permanente, pero no ya referida sólo al delito de narcotráfico, sino al enriquecimiento injustificado derivado de cualquier actividad delictiva. Obsérvese que en Colombia el enriquecimiento por sí sólo no está penalizado; y es esta la razón para que la ley penal lo califique de "injustificado".

Ahora bien, si el enriquecimiento ilícito como delito es autónomo o subordinado y si su aplicación es idéntica para los servidores públicos y los particulares, serán aspectos que tendrá que definir la Corte Suprema y los demás jueces penales; pero para los fines de esta decisión, cabe afirmar que quien intentó con su voto convertir en ley el artículo censurado tenía fundamentos serios y plausibles para hacerlo apoyado en la jurisprudencia constitucional con el alcance que le da el artículo 243.

Y nadie ha dicho que si el interés general del bien común coincide con el personal del congresista la conducta de éste configure un conflicto.

Además, si el punto ha sido objeto de amplio debate jurídico, con tesis hoy encontradas, no ve el suscrito porqué pueda sancionarse a un congresista que tome partido por una de las tesis. Aquí conserva todo su rigor el mandato del artículo 185 de la Carta, máxime cuando la conducta que se imputa al congresista no está tipificada en la ley como conflicto de intereses. El conflicto se da cuando existe el choque no

cuando se dé la coincidencia de intereses.

Tal como se expresó atrás, el proyecto cuestionado también deberá confrontarse con lo que disponen los artículos 21 y 23 del Decreto 2067 de 1991; normas que fueron objeto del control de constitucionalidad por la Corte Constitucional en sus sentencias de 25 de marzo y 1 de abril de 1993. En estos fallos la Corte reafirmó el alcance de la jurisprudencia constitucional y el acatamiento que se le debe por las demás autoridades y por los particulares.

Aunque la primera sentencia no tiene mayor incidencia en el punto aquí tratado, como que se refiere a los incisos segundo y cuarto del artículo 21 del Decreto 2067 y el artículo 24 para declararlos inexecutable, el segundo fallo, el de 1 de abril (Sent. 131/93), luego de hacer el análisis de la "cosa juzgada constitucional" declaró inexecutable la expresión "obligatorio" del artículo 23 del mismo decreto, pero hizo importantes precisiones en cuanto al alcance del fenómeno en relación con la totalidad de la sentencia y en cuanto que es la misma Corte Constitucional la competente para determinar los efectos obligatorios de sentencia, con esta advertencia lapidaria: "para mayor abundamiento la Corte ha sostenido en la sentencia precitada (Sent. 113/93) que en síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta a aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel".

Y precisamente sobre el alcance de la leyes interpretativas, ese alto tribunal anota:

"Si la norma es declarada exequible, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en la dispositiva.

"Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: Primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacía de la Constitución, que es norma normarum, *de conformidad con el artículo 4º idem. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos fallos son erga omnes, según se desprende del propio artículo 243 constitucional.*

"Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la corporación guardian de la integridad y supremacía de la Carta, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello, de paso, atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4 superior". (Foro Colombiano. Tomo 49. No. 291. Septiembre de 1993. Pág. 214).

Y en cuanto al carácter obligatorio de los fallos de constitucionalidad observa:

"En otras palabras, ¿la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?

"Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1 del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

"Las sentencias que profiere la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. (Negrillas fuera de texto).

"Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, salvo la parte en negrilla, que es una adición novedosa del Decreto 2067.

"Es de anotar que tal norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, cuando afirmó:

"El inciso 1 se limita a copiar parcialmente el inciso 1 del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional, que ¿son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares?. Declaración que, en rigor no quita ni pone rey, por ser redundante, pues el hacer tránsito a cosa juzgada, o el tener ¿el valor de la cosa juzgada constitucional?, no es en rigor un efecto de la sentencia; no, más bien es una cualidad propia de ella, en general.

"Piénsese que aún en los casos en que la Corte declara exequible una norma acusada por vicios de forma en su creación, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues, en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexecutable por tales vicios.

"Y la sentencia en firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto erga omnes, por la naturaleza misma de la acción y por finalidad." (O. C.)

Se insiste en estos tópicos únicamente para evaluar la conducta asumida por el Senador Espinosa Jaramillo durante el proceso de expedición de la que hoy se conoce como Ley 228 de 1995 y no para definir un problema penal; definición que, como se dijo, tiene otros jueces. Pero en materia de desinvestidura no existe perjudicialidad, puesto que en este proceso se juzga sólo la conducta política del congresista; y para el efecto, el suscrito no tiene reparo alguno para aceptar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los términos propuestos. Jurisprudencia que fue ratificada por la Corte Constitucional en su fallo de 5 de febrero del presente año (C - 037/96) con ponencia del señor Magistrado Naranjo Meza, en los siguientes términos:

"De lo dicho, se desprende claramente la exequibilidad de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 1. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los

conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

Dice la norma declarada constitucional en el antecitado fallo:

"Artículo 48. Alcances de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

"1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes *en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio general.*

"2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tiene carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces." (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Tomo III - Sent C - 037 - Corte Constitucional - Bogotá, febrero 5 de 1996).

e) La conclusión

Muestra lo precedente que el congresista Espinosa Jaramillo no merecía la pérdida de su investidura porque causal alegada para el efecto en la demanda no sólo no fue acreditada, sino porque el motivo alegado no tiene consagración expresa en la ley que dice contener el régimen de conflicto de intereses.

La acusación, como se dijo, sostiene que el senador demandado pretendía no sólo "presumiblemente convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna y no en un delito autónomo", sino que quería por ese medio suspender el proceso que por ese delito se le adelantaba en la Corte Suprema.

La Sala no encuentra probadas tales imputaciones. De la constancia expedida por la Sala de Casación Penal de dicha Corporación sólo se desprende que contra el Senador Espinosa Jaramillo se adelantan unas diligencias preliminares, a las cuales no había sido vinculado hasta ese 13 de diciembre de 1995.

Las apreciaciones que la Sala tuvo sobre las intenciones, propósitos o móviles que tuvo el Senador para votar el proyecto del artículo en cuestión no debieron pasar de la especulación teórica, puesto que las acusaciones hechas en la demanda, en forma dubitativa, no fueron probadas en el proceso.

Por lo mismo, no es posible encontrar relación de causalidad entre el artículo proyectado (norma de contenido absolutamente general y abstracto) y las investigaciones preliminares que se adelantan ante la Corte Suprema en contra del citado Senador. Diligencias preliminares a las cuales no había podido tener acceso el investigado ese 13 de diciembre porque frente a él no se había dado aún la hipótesis prevista en el artículo 321 de C. de P.P.

Finalmente se observa:

Frente a esta clase de asuntos se ha desatado una ola de desinformación en la prensa que impresiona de veras. Hasta el punto que se ha dicho al país, en todos los tonos, que con el artículo censurado, que se trató de incluir en la Ley 228 de 1995, los congresistas interesados querían convertir el enriquecimiento ilícito en un delito subordinado o subalterno de otro delito. Pues eso es una seria falacia, que debe, en honor a la verdad, despejarse al país porque dicho delito fue consagrado con tal alcance desde el gobierno del doctor Barco (Dec. 1895 de 1989) y adoptado como legislación permanente durante el gobierno del doctor Gaviria (art. 10 del Dec. 2266 de 1991); y porque fue la Corte Suprema primero (Sent. de octubre 3 de 1989) y luego la Corte Constitucional las que declararon que esas normas eran exequibles (Sent. C - 127 del 30 de marzo de 1993). Obsérvese que en este último fallo se señala, en forma inequívoca y clara, que el enriquecimiento injustificado debe tener como causa una actividad delictiva judicialmente declarada.

Su acatamiento, así, no es un problema de gusto o de conveniencias. Mientras estén vigentes las normas declaradas exequibles y el artículo 243 de la Carta, su cumplimiento será obligatorio y el Consejo de Estado no puede ser la excepción ni puede alegar su inaplicabilidad.

En suma: Mientras no se demuestre que en Colombia el delito de enriquecimiento injusto regulado en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, es autónomo porque así lo manda la ley, seguiré pensando y sosteniendo que el Senador Espinosa Jaramillo perdió la investidura porque tuvo la osadía de apoyar con su voto una norma legal que recordaba que el artículo 243 de la Constitución de 1991 está vigente y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es obligatoria. Pedir que se respete la Constitución no puede ser motivo de sanción, bajo ningún pretexto, así el que lo pida esté investigado penalmente, porque ese respeto es el pilar del estado de derecho y cobija por igual a todos los habitantes, sin excepción alguna.

Pero, infortunadamente, esto no es de extrañar hoy, en un país en el cual hasta el mismo Presidente de la República tiene que reclamar en todos los tonos que en su enjuiciamiento se respete la garantía del debido proceso.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

Santa Fe de Bogotá, D. C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y seis (1996).

NOTA DE RELATORIA: Se menciona la Providencia número 127 de mayo 30 de 1991 de la Honorable Corte Constitucional.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:21:00