

El sistema constitucional para el juzgamiento penal de los
aforados, sus fallas, y sus oportunidades de mejora

The constitutional system for the criminal trial of some senior
members of the Colombian state, it's failures, and opportunities
of improvement

Fernan Alexander Montoya Ortega
CC 1.018.424.069
Código estudiantil: 20192118736
Correo: fernan.montoya@unisimonbolivar.edu.co

Trabajo de Investigación del Programa Derecho

Tutor:
Jaime Camilo Bermejo Galán

RESUMEN

En los últimos años se han venido presentando casos en los que se pone en entredicho la honorabilidad de los altos mandos del estado colombiano y se les ha llegado a investigar y condenar por la presunta comisión de delitos relacionados con la corrupción política que ha estado vinculada tanto con la apropiación de recursos del patrimonio público, como con el pago de coimas para lograr corromper a los jueces con el objetivo de torcer el resultado de sus providencias, entre otro tipo de delitos que han vinculado a estos sujetos.

La existencia de estos casos ha dejado en evidencia falencias en el sistema penal constitucional, que es especial para los aforados, y que ha traído como resultado esperado que se proyecte la impunidad en los procesos dado que el sistema como está concebido permite de facto el cambio de jueces que ha llevado a que los implicados en la comisión de los presuntos delitos elijan el que presumen que les es más favorable. Por una parte, existe un sistema exclusivo para los altos funcionarios de la rama ejecutiva, y los demás órganos de control; y por otra, para los de la rama legislativa; en ambos casos, hay formas de llegar a una justicia más laxa y complaciente a los propósitos de los presuntos corruptos.

Si queremos que se concrete una justicia penal efectiva para los altos mandos del Estado colombiano debemos propender porque el sistema para llegar a ella esté cuanto más sea posible blindado de ser cooptado por los poderosos, quienes por esta misma calidad que ostentan tienen mayor capacidad para acomodar fichas y torcer jueces y fiscales. Así las cosas, es supremamente importante que las investigaciones penales, de principio a fin, sean llevadas por individuos que sean completamente independientes de los demás poderes del Estado. La independencia de la rama judicial es, entonces, crudamente relevante, diría incluso

por encima de la que debería existir entre el congreso y el ejecutivo que por sus lazos comunicativos naturales son más propensos a tener mayor relacionamiento.

Para que esto sea posible es necesaria una reforma al sistema penal constitucional para juzgar a los aforados de la rama ejecutiva exceptuando al presidente, y la legislativa, es de anotar que dicho resultado solo es posible con la anuencia de los directamente interesados de mantener el *statu quo*, es por este motivo que tal cambio constitucional es improbable e intuyo solo ha de ser posible por medio de una presión concreta por parte del pueblo organizado.

Son varios los casos que han quedado en evidencia en los últimos años que colocan este tema sobre la mesa. Es importante que la justicia sea capaz de alcanzar a todos los miembros de la sociedad y por lo tanto es necesario que el sistema se blinde cuanto más sea posible de los escapes jurídicos que brinda la ley hoy en día y que se prestan para que abogados astutos logren evadir la condena de sus representados por dicho medio. Con el fin de ahondar en este asunto a continuación revisaremos casos que en respecto de este tema se han presentado frente a los ojos del pueblo colombiano dada la prominencia de sus implicados.

ABSTRACT

In recent years we have seen some cases in which the honorability of some of the high commanders of the Colombian state it's being questioned. They have been investigated and convicted because of the commission of crimes related to political corruption that has been linked to both, the appropriation of public resources, as with the payment of bribes to achieve corrupting judges with the aim to change the result of their investigations.

The existence of these cases has revealed fails in the constitutional system used to accuse in criminal trial the mentioned subjects, and has brought as an expected result impunity since the system as it is conceived allows to change judges and



produce incentives for those involved in the commission of the alleged crimes to choose the one they presume to be more favorable to them. On one hand, there is an exclusive system for senior officials of the executive power; and on the other, for those belonging to the legislative; In both cases, there are ways to achieve a justice that is more lax and accommodating to the purposes of corrupts.

If we want an effective criminal justice to be implemented for the high commanders of the Colombian State, we must strive to get a strong system less likely of being corrupted by the power of these subjects. It is extremely important that criminal investigations, from beginning to end, are conducted by individuals who are completely independent from the other powers of the State. The independence of the judicial system is, then, crudely relevant.

For this to be possible, a reform of the constitutional criminal system is necessary. That result is only possible with the consent of those directly interested in maintaining the status Quo, it is for this reason that such a constitutional change is unlikely and I do think that it could only be possible through concrete pressure from the organized people.

There are several cases evidenced in recent years that put this issue on the table. It is important that justice to be capable of reaching all members of society and therefore it is necessary that the system shield itself as much as possible from the legal loopholes that the law provides today that enable astute lawyers. manage to evade the condemnation of their represented. In order to study this matter, we will now review cases that have been presented in relation to this issue before the eyes of the Colombian people, given the prominence of those involved.

1. Antecedentes

Como resultado de la separación de poderes, que le debemos a los grandes pensadores que precedieron la revolución francesa tales como Montesquieu y Rousseau, que busca un equilibrio que logre evitar la tiranía de los gobernantes (Montesquieu, 1748) y propenda por el mantenimiento del orden social y la soberanía del pueblo, como conquista histórica, se logró el establecimiento de un orden constitucional en el que los poderes del Estado se separaron en tres ramas principales del poder público y en otros entes de control que trabajan en armonía con estas para lograr los fines esenciales del Estado (Artículo 113, Constitución 1991). Las ramas del poder público entre sí deben ejercer funciones distintas y vigilar la una a la otra, siempre manteniendo su independencia. Es importante recordar que con anterioridad a este tipo de esquema de repartición de poderes se venía de una tradición política autocrática propia de los regímenes de las monarquías absolutistas, por lo que la implantación de este sistema constituyó un gran avance para los estados democráticos.

Ahora, existen unas particularidades que hacen que sea necesario que una rama del poder público, para casos excepcionales, ejerza la función de las otras tal como lo ejemplifica el artículo 116 constitucional:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.” (Artículo 116, Constitución 1991)

Este artículo constitucional merece un análisis detallado del porqué es necesario que el congreso ejerza determinadas funciones judiciales y porqué estas funciones no se dejan en cabeza de la rama judicial, la razón de ser de este hecho para mi es la siguiente, cada rama del poder público tiene sus cabezas que son muy poderosas por las funciones que ejercen, tanto el ejecutivo tomando decisiones en base a las leyes existentes; como el legislativo, haciendo las leyes; y el judicial, decidiendo la suerte de los sujetos que se encuentran resolviendo una controversia tanto con el Estado como con los demás particulares, lo anterior, nos lleva a preguntarnos, ¿qué pasa cuando un alto jerarca de la rama judicial comete un delito?, ¿quién lo juzga?, ¿será la misma rama judicial su juez más idóneo, o los lazos entre estos altos funcionarios serán tan importantes como para que no sea lo más sensato que se juzguen entre ellos mismos?, es claro que, a los magistrados de las altas cortes hay que encontrarle un juez que sea imparcial y que no esté relacionado con esta rama del poder, para este caso, es el Congreso de la República el encargado de hacerle un primer juicio a los altos mandos de la rama judicial, incluyendo al fiscal general; también, es el Congreso de la República el encargado de hacerle un juicio al Presidente de la República (Artículo 174, Constitución 1991). Para ejercer estas funciones en la constitución se estableció un mecanismo en el cual la Cámara de Representantes, por medio de la comisión de acusaciones es la que acusa; y el Senado de la República es el que juzga; el procedimiento es el mismo tanto para el Presidente, como para los Magistrados de las altas cortes, y el fiscal general; finalmente, luego del juicio político realizado por el Congreso, si el sujeto es encontrado culpable, se le destituye del cargo y pasa a juicio penal a la Corte Suprema de Justicia (Artículo 175, Constitución 1991), donde ya desvestido del

poder propio del cargo que ostentaban se puede llevar un juicio que revista mayor imparcialidad.

Ya sabemos entonces, a grandes rasgos, como es el juicio de los miembros más importantes de la rama judicial y del Presidente de la República, ahora es menester enterarse de quien enjuicia penalmente a los congresistas y a los otros altos miembros de la rama ejecutiva, y de los demás órganos del Estado. La respuesta a este interrogante se encuentra en el artículo 235 constitucional:

“Artículo 235. Modificado por el artículo 3.º del Acto Legislativo 01 de 2018. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

1. *Actuar como tribunal de casación.*
2. *Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley.*
3. *Juzgar al presidente de la república, o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, previo el procedimiento establecido en los [numerales 2 y 3 del] artículo 175 de la Constitución Política, por cualquier conducta punible que se les impute. Para estos juicios la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estará conformada además por Salas Especiales que garanticen el derecho de impugnación y la doble instancia.*
4. **Investigar y juzgar a los miembros del Congreso.**
5. **Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del fiscal general de la nación, del vicefiscal general de la nación, o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema**

de Justicia, al vicepresidente de la república, a los ministros del despacho, al procurador general, al defensor del pueblo, a los agentes del ministerio público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales, directores de los departamentos administrativos, al contralor general de la república, a los embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen.

6. Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los tribunales superiores o militares.
8. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la nación, en los casos previstos por el derecho internacional.
9. Darse su propio reglamento. Constitución Política de Colombia 2020 133 10. Las demás atribuciones que señale la ley. Parágrafo. Cuando los funcionarios antes enunciados hubieren cesado en el ejercicio de

su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.” (Artículo 235, Constitución 1991)

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 234 es la Corte Suprema de Justicia por medio de su Salas Penales Especiales y su Sala de Casación Penal la encargada de hacer el juicio a los congresistas. El juicio empieza por la acusación que debe ser formulada por la Sala Especial de Instrucción que envía el caso a la Sala Especial de Primera Instancia para lo de su competencia. La Sentencia emitida por la Sala Especial de Primera Instancia puede ser impugnada por lo que pasaría a la Sala Penal para el fallo de segunda instancia, del cual se puede solicitar la doble conformidad judicial que es un fallo de revisión que emite la misma Sala Penal para confirmar o levantar la condena.

El caso para los altos funcionarios de la rama ejecutiva, distintos del Presidente de la República, y los altos funcionarios de los otros órganos estatales es un poco distinto, en esta oportunidad, quien ejerce las funciones que la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia son los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia que obviamente se encuentran adscritos a la Fiscalía General de la Nación y por ende son subordinados del Fiscal General de la Nación quien es su jefe. Son los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia quienes llevan la acusación ante la Sala Penal de Primera Instancia de la Corte para que esta haga lo de su competencia.

Una vez explicado lo anterior puedo plantear y formular el problema, el cual consiste en que **el sistema está estructurado de tal forma que no se logra escindir la influencia del poder ejecutivo sobre las decisiones judiciales penales que atañen a los aforados constitucionales**, en especial, y de manera directa, las que corresponden a los juicios de los altos funcionarios de la rama ejecutiva y los demás órganos del Estado, dado que el encargado de hacer la instrucción de estos casos son los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia los cuales son

funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, subordinados del Fiscal General de la Nación, el cual a su vez es escogido por la Corte Suprema de Justicia de una terna enviada por el Presidente de la República:

*“La Fiscalía General de la Nación estará integrada por el fiscal general, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley. **El fiscal general de la nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el presidente de la república y no podrá ser reelegido.** Debe reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia. La Fiscalía General de la Nación forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal.” (Artículo 249, Constitución 1991)*

Lo anterior, indica a todas luces que siempre el Fiscal General de la Nación es de los afectos del Presidente que lo escoge, lo cual es una afronta directa del principio de independencia judicial pues la Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial y es parte indispensable del proceso para el juzgamiento penal ya que sin acusación no hay proceso penal posible; el proceso, empieza desde la Fiscalía General de la Nación por lo que es importante que esta sea autónoma de los demás poderes. Dicho análisis me lleva a levantar la siguiente teoría, la viabilidad del enjuiciamiento penal de los altos funcionarios de la rama ejecutiva y de los demás altos funcionarios de los órganos de control que en su mayoría están influenciados en sus ternas por el Presidente de la República, como es el caso del Procurador General de la Nación (Artículo 3, Decreto Ley 262 de 2000) y el Defensor del Pueblo (Artículo 2, Ley 24 de 1992), se encuentra en entredicho, porque quien debe impulsar la investigación es una Entidad afín a los intereses del poder ejecutivo lo que mella de manera inequívoca la separación de poderes, haciendo imposible ante una eventual sucesión del poder ejecutivo en la que no cambie el partido político en el poder, la consecución de una justicia imparcial e incluso la posibilidad de llevar a juicio a estos funcionarios.

Este problema no existe en el sistema pensado para juzgar a los congresistas en el cual la instrucción y acusación está en cabeza de la Sala Penal de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia por lo que aquí no tendría incidencia la relación que pudiere tener el Presidente de la República con el Fiscal General de la Nación pues la instrucción la realiza la Corte Suprema de Justicia que tiene un entramado más complejo en la forma como elige sus magistrados que vienen de la academia o del ejercicio del litigio:

“Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos por la respectiva corporación, previa audiencia pública, de lista de diez elegibles enviada por el [Consejo de Gobierno Judicial] Consejo Superior de la Judicatura tras una convocatoria pública reglada de conformidad con la ley [y adelantada por la gerencia de la rama judicial]. En el conjunto de procesos de selección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se atenderá el criterio de equilibrio entre quienes provienen del ejercicio profesional, de la rama judicial y de la academia.

La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado reglamentarán la fórmula de votación y el término en el cual deberán elegir a los magistrados que conformen la respectiva corporación. Comentario. La Corte Constitucional declaró «inexequibles» los apartes atinentes al Consejo de Gobierno Judicial y a la Gerencia de la Rama Judicial contenidos en los artículos 8.º, 11 y 19 del Acto Legislativo 02 de 2015. Además, señaló «que en las disposiciones constitucionales a las que tales artículos aluden, la expresión “Consejo de Gobierno Judicial” se sustituye por “Consejo Superior de la Judicatura”, y se suprime la expresión “y adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial”» (Sentencia C-285, 2016). Por el contrario, el artículo 11 del Acto Legislativo 02 de

No obstante, la independencia producto de la complejidad de la forma en que se escogen los magistrados de las altas cortes y del hecho que las mismas son cuerpos colegiados, los miembros del Congreso de la República han encontrado una forma de evadir la competencia de la Corte Suprema de Justicia al renunciar a sus cargos cuando tienen una investigación de esta naturaleza intentando trasladar la competencia a la Fiscalía General de la Nación, que como ya habíamos mencionado tiene una relación estrecha con el poder ejecutivo. Así las cosas, muchos congresistas afines al partido de gobierno han optado por renunciar a sus cargos para que la competencia de la instrucción de sus casos pase a la Fiscalía con la esperanza de que estos sean archivados, el caso más famoso que se ha dado es del expresidente Álvaro Uribe Vélez; recientemente, el del Senador Richard Aguilar; como también, el del Senador Eduardo Pulgar que no logró desplazar la competencia y fue condenado recientemente a más de 4 años de prisión por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

Preocupa que los congresistas prefieran renunciar a su curul con la esperanza de que su caso pase a la competencia de la Fiscalía General de la Nación pues esta es una señal inequívoca de que algo está mal con la justicia y que viene desde el mismo ente acusador esa parcialidad en los juicios teniendo en cuenta que los aforados no tienen miedo al resultado que pueda salir de esta Entidad como si lo tienen de la Corte Suprema de Justicia, esto, al mismo tiempo también es un indicador de que el proceso de selección en la Corte responde, sin duda alguna, a una mayor imparcialidad y que las demás ramas del poder público tienen menor influencia sobre esta corporación por lo cual le temen más y se les ve más independientes, también puede estar relacionado con el hecho de que la Corte es un cuerpo colegiado lo que la hace menos manipulable, es un gigante en cuyo cuerpo habitan varias cabezas con conciencias disímiles.

Los hechos evidencian que hay un problema y que es uno importante de resolver, pues se está cuestionando la capacidad que tiene la justicia de llegar a los corruptos que ostentan los más altos cargos del poder y que tienen influencia en las Entidades del Estado, esta incapacidad de reaccionar ante los actos de corrupción por parte de estos personajes hace que se cree una imagen en la que la impunidad reina incentivando la corrupción política y un Estado con tantos problemas económicos, como el colombiano, no se puede dar el lujo de tolerar la corrupción de sus gobernantes. Por lo tanto, este problema del sistema constitucional para el enjuiciamiento penal de los aforados constitucionales hay que atacarlo de raíz. **La solución que encuentro a la vista es la presentación de un proyecto de acto legislativo que fije la competencia de los casos de los congresistas sobre la Corte Suprema de Justicia; y, otro, que haga que la escogencia del Fiscal General de la Nación se haga en los mismos términos como se escogen los magistrados de las altas cortes. Otra posibilidad, aún más sencilla, pasa por la creación de un acto legislativo que le de la competencia única para llevar todos los procesos penales de principio a fin de los aforados constitucionales a la Corte Suprema de Justicia, tanto los que corresponden a los congresistas como aquellos que atañen a los altos funcionarios de la rama ejecutiva y los órganos de control.**

No es lógico, en un modelo constitucional que busca la independencia de poderes, que el juzgamiento penal de los altos funcionarios del poder ejecutivo y los órganos de control, se encuentre en manos de un funcionario que fue colocado en su puesto por el mismo Presidente de la República que los elige, de cierta forma, a todos ellos. Por lo tanto, estas normas constitucionales deben ser revisadas y reformadas en este sentido pues la permanencia de la norma no solo va en contra del principio constitucional de independencia judicial, sino que va en contra de los intereses superiores del Estado de propender por el bien común que es el que se ve asaltado por estos criminales.

Así las cosas, es de anotar que es considerable la importancia de que el sistema penal para el juzgamiento de los aforados funcione, incluso más que la propia justicia penal ordinaria, dado que el desfaldo a los recursos públicos produce un daño inmensurable sobre el bienestar social, produciendo muertes por la falta de recursos en el sistema de salud; muertes a niños por la falta de llegada de su alimentación; falta de inversión en recursos vitales como el agua potable; vías en mal Estado que producen accidentes que acaban con la vida de otros compatriotas; esto, solo por mencionar algunos ejemplos de los daños que las actuaciones de estas personas pueden llegar a ocasionar sobre la sociedad.

Un tema de actualidad, y que está relacionado es el de EPA Colombia, una *influencer* que cometió unos actos vandálicos reprochables contra la infraestructura del Transmilenio en Bogotá, esta persona fue condenada con celeridad por la justicia ordinaria. Celebro la condena pues esta persona infringió la Ley y debe ser castigada, pero, condeno que esa misma celeridad no la tenga la Fiscalía General de la Nación para investigar las conductas criminales y mucho más lesivas sobre el bienestar de la comunidad realizadas por altos funcionarios del Estado que por sus altas dignidades deberían tener una mayor consciencia de la gravedad de sus actuaciones y por lo tanto es menos entendible que los realicen.

Recientemente, también el excongresista Richard Aguilar fue capturado por orden de la Sala Penal de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia en el marco de una investigación que llevaba esta corporación en su contra por presuntos delitos contra la administración pública, el Exsenador optó por renunciar al Senado de la República argumentando que quería defenderse de las acusaciones y para dicho menester debía concentrarse y que por lo tanto no podía seguir fungiendo en su cargo como Senador de la República, posterior a la renuncia, comunicó su decisión a la Corte Suprema de Justicia y además solicitó que su caso pasara a la competencia de la Fiscalía General de la Nación pues los presuntos actos delictivos habrían tenido lugar en la época en que el implicado era Gobernador de Santander y no están relacionados de ninguna forma con su desempeño en el legislativo, a

esta aseveración la Honorable Corte Suprema de Justicia, actuando en derecho, dio traslado de competencia del expediente y ahora es a la Fiscalía quien le toca definir el destino del proceso. Los hechos se dieron en los siguientes términos:

“Este jueves 19 de agosto, la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia envió la investigación que adelantaba en contra del exgobernador de Santander Richard Aguilar, por presuntas irregularidades en contratos mientras fungía como gobernador Santander, a la Fiscalía General de la Nación.

La decisión, que se da con ponencia del magistrado César Reyes, obedece a la renuncia que presentó Aguilar al Congreso el pasado 28 de julio, cuando se registró su captura en Bogotá después de que se le señaló de ser el presunto cerebro detrás de una red de corrupción durante su administración.

Cabe resaltar que la Constitución Política de Colombia establece, en su artículo 235, que es la Corte Suprema de Justicia el ente que debe juzgar a congresistas y altos mandos del Gobierno en estos casos. Pero como horas después de su captura, Richard Aguilar presentó una carta de renuncia al Congreso y esta fue aceptada, la Corte ahora resuelve enviar su caso a la justicia ordinaria.

El documento, citado por la Revista Semana, señala “El envío de la actuación al señor Fiscal General de la Nación, para lo de su competencia, previas a las anotaciones correspondientes” y resaltó que deja “al exsenador Richard Alfonso Aguilar a disposición de la Fiscalía General de la Nación”.

Cabe recordar que el pasado 27 de Julio, Aguilar fue capturado por el CTI de la Fiscalía General de la Nación por orden de la Corte Suprema

de Justicia, tras las investigaciones en su contra por presuntas irregularidades en la contratación de los arreglos de la estructura de la Villa Olímpica del estadio Alfonso López, en Bucaramanga.

Richard Aguilar es investigado por, supuestamente, asociarse para cometer delitos contra la administración pública, peculado, interés ilícito en celebración de contratos y contrato sin requisitos legales.

Las presuntas irregularidades tienen que ver con contratos de obras e interventoría para el reforzamiento del Estadio en la Villa Olímpica de Bucaramanga (2015), obras de mejoramiento en la carretera San Gil–Charalá (2014) y en el corredor vial Agroforestal y Energético (2014), así como labores de mejoramiento en la vía Bucaramanga–Floridablanca (2014).

De acuerdo con las investigaciones, los hechos también lo involucran con una posible concertación para delinquir y en las cuales, al parecer, abusó del poder que ostentaba y vulneró los principios de economía, planeación, transparencia y selección objetiva, fruto de lo cual se habría apropiado –para sí y para otros– de dineros públicos.

Asimismo, se le señala de ser el presunto cerebro detrás de una red de corrupción durante su administración, pues, según el proceso, en la celebración de los negocios jurídicos cuestionados, el entonces mandatario regional habría ordenado a algunos funcionarios de la Gobernación del departamento favorecer y entregar esos contratos a ciertas personas o consorcios previamente señalados por él.

A través de su defensa, el ahora exsenador investigado, había solicitado al alto tribunal que su expediente quede en manos de la Fiscalía, justificando que los actos por los que se le acusan ocurrieron, al parecer,

entre 2014 y 2015, es decir, cuando Richard Aguilar fungía como gobernador, no como senador.

“Ninguna de las imputaciones fácticas realizadas en los autos del 13 de mayo de 2021, 27 de julio de 2021, ni en la diligencia de indagatoria del 11 de junio de 2021, tienen relación clara y directa con el cargo o funciones de Senador de la República”, señaló el abogado Iván Cancino en el documento en el que manifestaba los intereses de su defendido.

Estos argumentos fueron presentados a la oficina del magistrado César Reyes, así como la carta de renuncia del exsenador que dejaba claro su desligue del Congreso de la República. Entonces, en las últimas horas, el magistrado consideró que, efectivamente, las supuestas irregularidades por las que se culpa a Aguilar sucedieron cuando este era gobernador.

“En últimas los delitos imputados no se habrían cometido por causa del servicio, con ocasión del mismo, como tampoco a consecuencia de un desviado o abusivo ejercicio de funciones congresuales, que no ostentaba para el momento de la comisión de las conductas antijurídicas imputadas por la Sala, vale enfatizar acaecidas durante los años 2014 y 2015 cuando el procesado desempeñaba el cargo de Gobernador del Departamento de Santander”, se lee en el documento firmado por el magistrado que se dio a conocer este jueves.” (Infobae, 2021)

Es pertinente mencionar que la Fiscalía General de la Nación se crea con la Constitución del 91 y pasa a ser quien lleva la instrucción e investigación de los casos penales. Antes de la nueva constitución la instrucción era realizada por los mismos jueces que también investigaban y fallaban el caso en primera instancia, considero que el hecho que un agente distinto realice la instrucción e investigación y otro el juzgamiento es beneficioso para la imparcialidad del proceso. Sin embargo,

el hecho que el Presidente de la República terne a los fiscales politiza de manera innecesaria el juzgamiento de los aforados constitucionales. El maestro Carlos Gaviria Díaz, en su momento, ya había detecto este peligro:

“Sobre su origen, el expresidente de la Corte Constitucional Carlos Gaviria indica que, “entre otras razones, la Fiscalía nació porque el sistema penal que existía antes del 91 era uno inquisitivo, en el que el mismo juez era el que investigaba, acusaba y juzgaba. Entonces, separar estas etapas era esencial. En ese momento, la creación de la Fiscalía y del Sistema Penal Acusatorio eran necesarios en Colombia”. (Gaviria, 2009)

(...)

Otro de los retos, que en su concepto, tiene la Fiscalía es en cuanto al nombramiento del fiscal. “Debe ser la Corte Suprema de Justicia la que elija la terna de candidatos a fiscal y el Presidente de la República quien de esa terna designe al funcionario”.

En este punto, el exmagistrado José Gregorio Hernández coincide con Gaviria afirmando que “es imperioso redefinir lo referente a la modalidad constitucional de la elección del fiscal, es decir, el Presidente de la República no debería ser quien elabore la terna, porque eso le hace perder independencia al fiscal elegido. Hay que garantizar –como se está proponiendo– que el fiscal salga del seno mismo de la rama judicial y no del ejecutivo.”, sostiene Hernández.” (Hernández, 2009) (El Herald, 2009)

El hecho que se haya politizado la justicia penal convierte a los juicios sobre los altos mandos de la rama ejecutiva más que juicios en derecho en juicios políticos pues si alguien fuere Presidente de la República tiene todos los incentivos para

colocar en el cargo a un Fiscal que sea afín a su pensamiento, y por encima de todo a una persona que le sea cercana. Recordemos a Montesquieu y una de las razones por la que dijo que era necesaria la separación de poderes: *“todo hombre que tiene poder se inclina por abusar del mismo; va hasta que encuentra límites. Para que no se pueda abusar de este hace falta que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”*; por otro lado, también es pertinente citar la famosa frase de Thomas Hobbes, *homo homini lupus*, el hombre es un lobo para el hombre, que implica el egoísmo natural del ser humano y la búsqueda de su propio beneficio, lo que no indica maldad en el ser sino la búsqueda de su bienestar por encima del de los demás, de tal forma, que no es porque el hombre sea perverso sino porque va tender a beneficiarse de este tipo de decisiones que no es correcto que se le dejen tomar al presidente pues tiene incidencia directa sobre su propio bienestar dado que el Fiscal General de la Nación va a ser quien le abra el expediente y acuse ante los jueces a sus funcionarios más cercanos, y a ningún presidente le conviene que se ponga en entredicho la honorabilidad de su gabinete pues eso cuestiona la suya propia ante los ojos del país. De esta manera, podemos decir que el Presidente no es ajeno a los apetitos humanos y al deseo de maximizar su propio bienestar razón más que evidente para concluir que no es el indicado para escoger quien investiga penalmente a sus más cercanos colaboradores.

La Fiscalía General de la Nación para los altos funcionarios de la rama ejecutiva y los órganos de control; así como la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, para los miembros del congreso, son en mi concepto, los órganos más importantes en este proceso que conlleva al juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, dado que son los órganos que abren la investigación, los que la traen a la vida en el mundo jurídico procesal, de tal forma que si los fiscales delegados ante la corte deciden archivar una investigación esta nunca será juzgada en primera instancia, de esta misma forma también ocurre con las que le competen a la Sala Especial de Instrucción, por lo dicho, es de absoluta relevancia no solo la independencia sino la objetividad de estas pues traer a la vida el proceso le da vigencia no solo en el mundo jurídico sino ante la opinión pública que cada vez es

más enterada de los acontecimientos políticos por lo que lleva los casos no solo al juicio jurídico sino al juicio del pueblo que después se ve reflejado en las urnas.

El poder de los organismos que abren las investigaciones judiciales penales sobre las grandes figuras de la política nacional se refleja en el hecho que la apertura de una investigación la traslada a la consciencia popular, el conocimiento del pueblo sobre el caso en cuestión conlleva a un juicio interno que realiza cada individuo sobre este y que al final trae consecuencias políticas pues son estas personas quienes van a escoger más adelante a los gobernantes. El juez, sabe esto, y al verse inmerso en una situación en la que podría verse afectado en el futuro, se encuentra de hecho sujeto a una mayor presión de fallar en derecho. Recordemos que el juez, tal como el servidor que se encuentra escribiendo este artículo y como el lector que lo percibe a través de sus sentidos, son seres humanos que también son movidos por sus propios intereses, el objetivo es hacer de su propio interés que el juicio de estos altos funcionarios se realice conforme a derecho.

En este sentido, no solo es de vital importancia la labor de quienes hacen la instrucción y acusación en los procesos penales contra los políticos, por el hecho de que traen el caso a la vida jurídica y le abren paso al juicio, sino, porque lo trasladan a la consciencia popular, sin duda alguna el juez va a sentir la presión de obrar apegado a las normas porque sino puede verse involucrado, el mismo, en un juicio penal. Es por esta razón que considero que la parte más importante en todo el proceso de juzgamiento es la que lo inicia, y lo debe iniciar bien, con un caso bien instruido, “bien montado”, que no le dé espacio al juez para obrar en razón de su propia conveniencia sino que lo obligue a actuar conforme lo que indica la Ley. Esto es aún más importante cuando estamos hablando de los juicios penales de los altos funcionarios del Estado pues se mueven los intereses de los poderosos por lo que los incentivos a obrar mal se ven incrementados.

Resulta paradójico entonces que precisamente la aplicación de la justicia penal para los aforados constitucionales pase por un servidor que es ternado por el presidente

de la república, cuando es quien instruye los casos el que debe ser más independiente que todos los demás pues como ya lo había mencionado es el que los trae a la vida, de tal forma que, el funcionario que debería tener la mayor independencia de todos es el que tiene una relación directa e innegable con el presidente. Es necesario volverlo a decir, pero un caso bien instruido y con una acusación sólida por parte de la Fiscalía deja al juez en una posición incómoda para fallar en consecuencia de sus propios intereses tendiendo más de esta manera a que el proceso se falle en derecho; pero, si tenemos jueces ultra independientes dispuestos a fallar en derecho y por el otro lado tenemos un Fiscal corrupto con independencia para realizar la instrucción de los casos, es probable que el caso nunca llegue a manos del juez impoluto y que por ende sea imposible alcanzar esta justicia o que el caso en efecto llegue a una acusación pero que esta se encuentre escueta lo que le da herramientas al juez para desestimar el caso. Esta, es la prueba de la importancia que tiene la Fiscalía General de la Nación sobre este tipo de juicios, más allá de la que tiene la propia Corte Suprema de Justicia, porque la actuación de la primera precede a la de la segunda.

Otro aspecto importante a destacar es la innecesaridad de que la Fiscalía General de la Nación instruya, investigue y acuse a los aforados constitucionales de la rama ejecutiva y los órganos de control pues estos pueden ser juzgados con todas las garantías judiciales del debido proceso en la Corte Suprema de Justicia donde por medio de Acto Legislativo No. 01 de 2018 se incorpora a la Constitución el derecho a la doble instancia judicial y a impugnar la primera condena, que se garantiza mediante la creación de la Sala Especial de Instrucción y la Sala Especial de Primera Instancia. Así los hechos, puede decirse que la Corte cuenta con todas las herramientas para llevar el proceso penal completo de los aforados constitucionales en mención y que por lo tanto se hace incomprensible la particularidad que la instrucción de los casos de estos funcionarios esté en cabeza de la Fiscalía.

Si se modificara el numeral 5 del artículo 234 constitucional de tal forma que fuera la Sala Especial de Instrucción quien hiciera de manera exclusiva la instrucción de

los casos de estos aforados constitucionales se salvaría el hecho de que el Fiscal General es ternado por el Presidente de la República dado que el Presidente no se encuentra relacionado con la escogencia de los Magistrados de la CSJ y se podría hacer un juicio que a los ojos de la opinión pública pudiese estar menos sesgado, de tal forma que por poner un ejemplo en el caso del Senador Richard Aguilar su caso no hubiera pasado a la Fiscalía sino que se hubiera mantenido en la Corte porque en el momento en que se realizaron las presuntas conductas antijurídicas este era Gobernador de Santander y se encuentra dentro de los aforados que deben ser juzgados por la Corte.

Por lo anterior, encuentro ampliamente justificada esta investigación pues es menester del Estado colombiano mejorar el sistema, lo lamentable es que esta tarea está en cabeza de quienes se benefician del mismo, por lo tanto, es difícil que se cumpla la modificación constitucional necesaria para darle mayor independencia al sistema judicial máxime en esta labor tan importante de judicializar penalmente a los corruptos que ocupan altos cargos en el estado colombiano.

No obstante, es importante resaltar que la modificación al ordenamiento jurídico constitucional colombiano si fue posible cuando se determinó que los derechos que estaban siendo vulnerados eran los de los aforados constitucionales pues de acuerdo con los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado colombiano todas las personas en materia penal tienen derecho a la doble instancia judicial, en tal sentido y atendiendo a que estas normas hacen parte del bloque de constitucionalidad se reformó la constitución garantizando la doble instancia judicial a los poderosos. De la misma forma, estos se deberían encargar de garantizar la independencia judicial que en todas las materias, pero sobre todo en materia penal debería tener la Corte a la hora de juzgar a los poderosos. Esto se pudo ver y fue producto del caso de Andrés Felipe Arias.

“La Corte Constitucional (CC) dio a conocer el jueves un fallo a favor de tutela contra el ex ministro de Agricultura, Andrés Felipe Arias, donde se

tuvo en cuenta un precedente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 30 de enero de 2014, en la cual se le reconoció la doble conformidad al exministro de Surinam.

Tras el pronunciamiento del fallo de Arias, la Corte Suprema de Justicia (CSJ) criticó la decisión tomada tras considerar que sentar estos precedentes judiciales les abriría las puertas a decenas de aforados condenados en una única instancia entre enero 2014 y enero 2018.

En su análisis, la Corte aceptó la tutela porque determinó que el hecho de ser condenado el acusado en única instancia y no tener la posibilidad de que otro juez revisara su condena vulneraba el debido proceso.

El ex magistrado de la Corte Suprema, Jaime Alberto Arrubla, explicó que al elaborar la Constitución de 1991 establecieron que los altos funcionarios del Estado, aforados por la misma Constitución, por los delitos que cometieran en ejercicio de sus funciones, no tendrían un juicio de dos instancias ante los jueces ordinarios como todos los procesados, sino que serían juzgados en única instancia.

Sin embargo, explicó que “la corrupción imperante en Colombia”, condujo al Congreso a reformar la Constitución extendiendo para los aforados, la garantía que el artículo 29 de la Carta confiere a los comunes para impugnar la sentencia condenatoria.

“En el momento en que el Congreso aprobó el Acto Legislativo de 2018 consagrando la segunda instancia para aforados, la suerte quedó echada para todo el esfuerzo realizado por la Corte Suprema de Justicia para sancionar los delitos cometidos en la llamada “parapolítica”, la “yidispolítica” y otros grandes escándalos de corrupción”, aseguró Arrubla. (Arrubla, 2020)

El presidente de la Corte Constitucional, el magistrado Alberto Rojas Ríos, explicó que con esta decisión no se libera al condenado por los cargos que se le imputaron si no que se revoca la sentencia de la CSJ, proferida en primera instancia.

De esta manera, se recalcó que la Corporación buscó no desconocer la firmeza de la sentencia condenatoria impugnada por la Sala Penal, solo que se debía dar el debido proceso al condenado. Por esa razón, será un segundo juez quien se pronunciará sobre la sentencia luego de una valoración amplia e integral del caso.

Rojas aseguró que para satisfacer el derecho a la impugnación de Arias, la CSJ deberá conformarse “por magistrados que no se hayan pronunciado previamente en este caso”. (Rojas Ríos, 2020)

José Fernando Mestre, abogado litigante y director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Javeriana, dijo que la doble conformidad está avalado por la Constitución y está muy relacionado con los derechos fundamentales, pero que ha tenido revuelo porque Arias es de un espectro político polémico en un contexto de alta polarización.

Por esa razón, “los abogados y en general los ciudadanos no debemos acomodar nuestra interpretación de las garantías a nuestras posiciones políticas, sino dejar que la justicia actúe”, aseguró Mestre.” (Mestre, 2020) (Rojas Castañeda, 2020)

Más allá de pensar que fue un error reconocer la doble instancia judicial a los aforados constitucionales pienso que es la oportunidad para argumentar que dicho esquema tiene las suficientes garantías para que estos funcionarios no encuentren justificación alguna a la hora de cambiar de jurisdicción, el proceso penal en la Corte

Suprema de Justicia para los aforados ahora cuenta con el entramado institucional que les garantiza el debido proceso apegado a las normas que en este respecto acogió Colombia en virtud de los acuerdos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad según lo señalado en el artículo 93 de nuestra Constitución Política.

Objetivos:

Los objetivos están relacionados con la oportunidad de hacer notar al lector la existencia de fallas sistémicas en el proceso para lograr el juzgamiento penal de los aforados constitucionales y por ende la necesidad de propender por una reforma constitucional que los corrija. Este objetivo se amplió en el desarrollo de este artículo al darnos cuenta de que el sistema no solo evidencia fallas sino la contradicción de algunas normas constitucionales respecto de otras normas incluidas en tratados internacionales ratificados por Colombia en atención del artículo 93 de la Constitución Política. Al evaluar el caso de la doble instancia judicial de los aforados constitucionales se evidenció que la norma constitucional que limitaba a una sola instancia el juicio penal de estos era contraria a tratados internacionales tales como la Convención Americana de Derechos Humanos que dice en su literal h) del numeral 2) del artículo 8 que TODAS las personas tienen: “*derecho de recurrir del fallo ante juez y tribunal superior*” (Ámbito-Jurídico, 2020), de esta forma la nación se arriesgaba a una posible condena por parte de la CIDH teniendo en cuenta que sus normas eran contradictorias de los tratados que los vinculan, en consecuencia, el congreso mediante Acto Legislativo 01 de 2018 reformó de conformidad con el tratado internacional la constitución, garantizando la doble instancia judicial a los aforados constitucionales.

Mi teoría del caso, es que por analogía, el artículo 249 de la constitución Política de Colombia, en donde se expresa que el Fiscal General de la Nación será ternado por el Presidente de la República vulnera el principio de independencia judicial que se encuentra señalado en la propia constitución en su artículo 254 como también en el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos que

expresa: “*Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, **independiente e imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*” (Artículo 8, CADH)

Es importante concientizar a quienes lean esta investigación de que existe un problema en el sistema penal constitucional para juzgar a los aforados, que tiene su génesis en el procedimiento por medio del cual se hace la instrucción de los procesos, y que hay que procurar solucionarlo mediante acto legislativo reformativo del artículo 249 de la Constitución Política. Esta aproximación a la solución del problema considero que es adecuada porque al cambiar la forma como se escoge al Fiscal General de la Nación de manera que se equipare con la utilizada para escoger a los magistrados de las altas cortes aportará la independencia del ejecutivo que compagina con el principio de independencia judicial convenido en los ya mencionados tratados internacionales.

Materiales y Métodos:

El método utilizado incluyó la revisión de normas constitucionales, así como de jurisprudencia de la Corte Constitucional y la CIDH, como también, la lectura de la Convención Americana de Derechos Humanos y la identificación de una norma constitucional que contravía el principio de independencia judicial contenido en dicha convención. También fue clave el estudio del caso de la doble instancia judicial para aforados y como fue el proceso para que fuera reconocida por el Congreso de la República mediante Acto Legislativo.

Resultados:

El resultado es la indicación de que el artículo 249 de la Constitución Política vulnera el mencionado de la CADH pues no puede ser independiente de la rama ejecutiva

un Fiscal General que es ternado por la cabeza de esta, mucho menos cuando es el llamado a acusar dentro de un proceso penal a los más cercanos colaboradores del Presidente de la República. Se podría argumentar falazmente que el Fiscal General no es juez y que por lo tanto no se ve afectado el principio de independencia judicial sin embargo, como ya mencioné, esto es una falacia por varias razones, primero, la Fiscalía General de la Nación hace parte de la rama judicial; y segundo, el Fiscal General de la Nación hace parte innegable del proceso judicial pues es el encargado de instruir el caso y llevar a cabo la acusación funciones que antes de la constitución del 91 también le correspondían a los jueces, por tanto, la función del fiscal debe también ceñirse al principio de independencia judicial.

Conclusiones:

El artículo 249 de la Constitución Política de Colombia vulnera el numeral 1 del artículo 8 de CADH, tratado que hace parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo enunciado en el artículo 93 C.P. En consecuencia, es probable que si la nación no corrige este hecho se puedan presentar condenas a futuro por parte de la CIDH por no cumplir con los tratados mencionados. El caso, puede ser visto como una analogía en referencia a lo ocurrido con la doble instancia judicial para los aforados constitucionales que terminó con la elaboración de un Acto Legislativo que la habilitara tal como lo considera la CADH.

Palabras clave:

Bloque de constitucionalidad, CADH, control de convencionalidad, aforados, juicio penal

Bibliografía

- Ámbito-Jurídico. (2020). *La doble instancia y la retroactividad en los procesos penales contra aforados*. Bogotá: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/la-doble-instancia-y-la-retroactividad-en-los-procesos-penales-contra-aforados>.
- Arrubla, J. A. (2020). Bogotá.
- Artículo 113, C. P. (Constitución 1991). *Título V*. Bogotá.
- Artículo 116, C. P. (Constitución 1991). *Título V*. Bogotá.
- Artículo 174, C. P. (Constitución 1991). *Título VI*. Bogotá.
- Artículo 175, C. P. (Constitución 1991). *Título VI*. Bogotá.
- Artículo 2, L. 2. (Ley 24 de 1992). *Por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo*. Bogotá.
- Artículo 231, C. P. (Constitución 1991). *Título VIII*. Bogotá.
- Artículo 235, C. P. (Constitución 1991). *Título VIII*. Bogotá.
- Artículo 249, C. P. (Constitución 1991). *Título VIII*. Bogotá.
- Artículo 3, D. L. (Decreto Ley 262 de 2000). *Por la cual se modifica la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación*. Bogotá.
- Artículo 8, C. (CADH). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José.
- El Heraldo*. (29 de junio de 2009). Obtenido de El Heraldo: <https://www.elheraldo.co/nacional/la-fiscalia-general-de-la-nacion-otra-hija-de-la-constitucion-27460>
- Gaviria, C. (2009). Bogotá.
- Hernández, J. G. (2009). Bogotá.
- Infobae*. (19 de agosto de 2021). Obtenido de Infobae: <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/08/19/corte-suprema-envia-caso-del-exgobernador-richard-aguilar-a-la-fiscalia/>
- Mestre, J. F. (2020). Bogotá.
- Montesquieu. (1748). *El espíritu de las leyes*. Ginebra: Montesquieu Complete Works, vol. 1 (The Spirit of Laws) - Online Library of Liberty". oll.libertyfund.org. Consultado el 1 de agosto de 2021.
- Rojas Castañeda, D. (23 de mayo de 2020). *asuntoslegales.com*. Obtenido de [asuntoslegales.com](https://www.asuntoslegales.com): <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/las-criticas-que-genero-el-fallo-de-la-doble-instancia-en-el-caso-de-andres-felipe-arias-3009664>
- Rojas Ríos, A. (2020). Bogotá.