

**EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IMPUGNACIÓN: ¿UN DESCONOCIMIENTO
DE NORMAS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO?**

ESTEFANÍA BOTERO LONDOÑO

LINA MARCELA MOLINA FRANCO

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar por el título de
Abogadas

Asesor: ALBERTO CEBALLOS VELÁZQUEZ

UNIVERSIDAD EAFIT

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

CONTENIDO

I. Introducción.....	6
II. La Constitucionalización del derecho procesal y el derecho procesal penal como forma de materializar los derechos fundamentales.....	9
III. El debido proceso como derecho fundamental.....	12
IV. El derecho a la impugnación como parte del debido proceso: Ubicación, naturaleza, ámbito de aplicación, finalidad, alcance.	17
V. Consideraciones y decisiones en el Sistema Internacional.....	24
VI. Bloque de constitucionalidad, jurisprudencia internacional, conflicto de normas, Control de convencionalidad.....	38
VII. Obligación de reparar en caso de violación a derechos consagrados internacionalmente.....	44
VIII. Recursos en el derecho procesal Colombiano	45
IX. Sentencias de única instancia.....	45
X. Sentencias Condenatorias que se dictan por primera vez en segunda instancia. 53	
XI. Sentencia C-792 de 2014.....	53
XII. Problemas generados por la Sentencia C-792 de 2014	60
XIII. Alternativas.....	69
XIV. Conclusiones	73
XV. Fuentes	78

AGRADECIMIENTOS

Expresamos un gran agradecimiento a nuestros padres, familiares y amigos sin quienes este trabajo y toda nuestra trayectoria universitaria habrían sido imposibles. Así mismo agradecemos a Alberto Ceballos Velázquez quien dedicó el tiempo necesario para que este trabajo saliera adelante y con sus apreciaciones y lectura facilitó notablemente a que el escrito consiguiera la claridad en sus argumentos y una buena determinación de los objetivos y límites en el esfuerzo de indagar sobre esta problemática.

RESUMEN

El derecho penal o el derecho procesal penal no tienen su origen en la ley y al igual que todo el derecho interno están irradiados por la constitucionalización del derecho lo cual implica que la validez de sus consagraciones depende de su armonía con la Carta fundamental. La Constitución de la que hablamos no se agota en lo contenido formalmente en ella pues las diferentes Constituciones han ampliado su espectro normativo a través del mecanismo del bloque de Constitucionalidad, incluyendo dentro de su normatividad entre otros conjuntos normativos los Tratados Internacionales y especialmente aquellos que versan sobre Derechos humanos.

En ese contexto, nuestro artículo 29 constitucional consagró el debido proceso como y en él un derecho subjetivo, a impugnar la primera sentencia condenatoria en materia penal, el cual no puede ser desconocido por el legislador. Esa consagración normativa se une indefectiblemente con las instancias internacionales quienes también han desarrollado el derecho a la impugnación tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Político sobre Derechos Civiles y Políticos suscritos y ratificados en Colombia.

Este derecho que no consiste en un derecho a 'dos instancias', sino a una revisión, por parte de un tribunal superior, del fallo condenatorio independientemente de la etapa en que se produzca se materializa a través de uno o varios recursos los cuales en el marco del derecho internacional deben ser ordinarios, accesibles y eficaces y deben ser garantizados antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada.

La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las normas del código de procedimiento penal Colombiano, específicamente para aquellas personas que son condenadas por primera vez en segunda instancia, encontró que existe en el sistema jurídico colombiano una omisión legislativa en el sistema procesal penal que condiciona la constitucionalidad de sus preceptos a que se entienda que toda persona tiene derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria en su contra pero al

momento de resolver esta situación creo situaciones sin resolver para el ordenamiento que deben ser abordadas por académicos, jueces y los demás operadores jurídicos.

Es por esto que este trabajo busca plantear que frente a una eventual contradicción o duda con un tratado de derechos humanos, la Constitución o la ley se debe entender que los tratados se entienden incorporados a la Constitución, que ellos son prevalentes y que siempre habrá que adoptar una decisión que garantice el cumplimiento del derecho aun cuando ello implique aplicar directamente la Carta.

PALABRAS CLAVES

Debido proceso, derecho a la impugnación, doble instancia, derecho internacional, derechos fundamentales, conflicto de normas, omisión legislativa.

I. Introducción

En Colombia, la señora María Mónica Morris Liévano, le planteó a la Corte Constitucional una demanda de inconstitucionalidad contra ciertas normas del Código de Procedimiento Penal, pues a su juicio, con ellas se violaban entre otros derechos, los reconocidos por los artículos 29 y 31 de la Constitución Colombiana y los artículos 8,2 h de la Convención americana de derechos humanos (En adelante simplemente CADH) y 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (En adelante simplemente PIDCP), consistentes en el derecho de toda persona procesada a impugnar la primera sentencia condenatoria proferida en su contra.

La Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de las normas demandadas y mediante una Sentencia hito, la C-792 del 29 de octubre de 2014 y concluyó que en el sistema procesal colombiano *“se configura una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absuelve al condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena”*. Por esa razón decidió declarar la inconstitucionalidad parcial con efectos diferidos, de las normas acusadas de la Ley 906 de 2004, en cuanto omitieron la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y declarar exequible el contenido positivo de esas mismas disposiciones.

Al declarar la inconstitucionalidad diferida, la Corte decidió así mismo exhortar al Congreso para que, en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia, regulara integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias pues, de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2004, *“de no hacerlo, a partir del vencimiento*

de este término, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico¹ o funcional de quien impuso la condena”.

Esta decisión de la Corte Constitucional se presentó en un contexto internacional donde tanto la Corte Interamericana de Derechos humanos (En adelante podrá ser llamada simplemente “CIDH”) como el Comité de Derechos Humanos (en adelante podrá ser llamado simplemente CDH o “el Comité”) han reconocido el derecho de todas las personas a un recurso sencillo, amplio y efectivo para que le revisen los fundamentos fácticos y jurídicos que llevaron a un tribunal específico a adoptar una decisión condenatoria en su contra, lo cual implica poder acudir a un superior del juez que condenó para que revise lo actuado y tenga en cuenta los argumentos expuestos por el condenado. Lo anterior en armonía con la exigencia de la doble conformidad judicial, es decir que existan dos jueces diferentes de acuerdo en que la persona efectivamente es responsable de la comisión de un delito, lo que se justifica en tanto los jueces son seres humanos y pueden equivocarse y por tanto debe dotarse de una mayor legitimidad una decisión tan relevante para los derechos fundamentales como es una sentencia condenatoria en materia penal.

El mencionado fallo, por el cual la Corte Constitucional recibió la nominación al premio Justicia y Convencionalidad que entrega el Instituto Americano de Derechos Humanos, abrió la puerta para muchos condenados, especialmente los denominados aforados, para buscar vías jurídicas con las que no contaban para perseguir que su sentencia sea revisada por otro juez, creando situaciones en el ordenamiento que aún están por resolverse y que han llevado a la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional a adoptar diferentes posturas y tener diferencias sustanciales hasta ahora insalvables.

Mediante el presente escrito lo que se busca es de manera sencilla y completa identificar los problemas jurídicos que rodean el fallo mencionado, las instituciones y

¹ Es importante desde ahora aclarar que cada que nos refiramos a superiores jerárquicos de los jueces estamos conscientes que esto es anti técnico pues los jueces únicamente tienen superiores funcionales y eso garantiza su independencia. Sin embargo las decisiones de los jueces han incluido este término.

valores jurídicos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar el derecho a la impugnación, el contexto internacional en que se dicta la sentencia y las vicisitudes que se generaron por cuenta de la decisión judicial; lo anterior desde una perspectiva constitucional (incluyendo el bloque de constitucionalidad) y con el derecho fundamental al debido proceso como base de las interpretaciones del ordenamiento jurídico.

Para el efecto, el siguiente trabajo se estructura de la siguiente manera: en un primer momento se analizarán los conceptos fundamentales que subyacen al problema jurídico planteado por las autoras del texto, esto es el entendimiento del derecho procesal como una forma de materializar los derechos fundamentales, el concepto del debido proceso como macro principio y como derecho fundamental y la garantía judicial de la impugnación como parte integrante del debido proceso.

En segundo lugar, se identificará el desarrollo que la garantía de la impugnación ha tenido en el ámbito internacional, acudiendo especialmente a fallos dictados por la CIDH en el marco de sus competencias contenciosas y recordando la obligación de los estados de realizar el control de convencionalidad respectivo de las normas de sus ordenamientos internos para evitar consecuencias jurídicas desfavorables formuladas por los organismos internacionales; en este momento se identificará igualmente el concepto de bloque de constitucionalidad y su importancia especial en el derecho procesal penal.

En tercer lugar se abordarán cuestiones específicas del ordenamiento jurídico colombiano frente a la garantía consagrada convencionalmente. En este sentido se identificarán los diferentes tipos de recursos establecidos en el sistema procesal penal Colombiano y los modelos de juzgamiento especiales que tienen tanto los ciudadanos a quienes se juzga en única instancia como a quienes se les condena en segunda instancia por primera vez luego de ser absueltos por el a quo.

Posteriormente se recogerán los anteriores desarrollos en la mencionada sentencia hito de la Corte Constitucional C-792 de 2014, para identificar: sus planteamientos,

definiciones, decisiones y razones, que impactan directamente el ordenamiento jurídico y que por el carácter vinculante y erga-omnes de las sentencias de la Corte Constitucional deberán servir como criterio de interpretación en los casos que se presenten.

Para finalizar, luego de ese recuento de la Sentencia, se incluirá un apartado en el cual se especifiquen las preocupaciones y obstáculos que se generan con la mencionada decisión de la Corte Constitucional para terminar con una propuesta sobre las posibles alternativas para los operadores judiciales y las conclusiones del presente escrito que en todo momento pretende ser cuando menos claro y completo para el lector.

II. La Constitucionalización del derecho procesal y el derecho procesal penal como forma de materializar los derechos fundamentales

En la actualidad hablar de proceso penal es hablar también de nuestra Constitución Política. Ambos conjuntos normativos son inescindibles y caras de una misma moneda (Cuellar, B & Montealegre, E., 2013, p. 2). Mientras el segundo es ante todo un marco de garantía de la libertad y de los derechos fundamentales frente al ejercicio del ius puniendi estatal, el proceso penal es la regulación del ejercicio de la fuerza que se encarna en tal poder, por lo tanto ambos están estrechamente ligados.

En ese sentido, ni el derecho penal, ni el derecho procesal penal, nacen o devienen del Código Penal o del Código de Procedimiento Penal, sino que emanan de la Constitución Política (entendida en sentido amplio, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el bloque de constitucionalidad en lo relativo a las respectivas materias). Lo anterior puede afirmarse ya que ni nuestro derecho penal ni nuestro derecho procesal penal han sido ajenos, al fenómeno de la constitucionalización del derecho, que se ha extendido en los países europeos y latinoamericanos luego del

fallo Luth² en el cual se estableció, en rango de norma de normas, la cláusula de dignidad humana como principio rector del ordenamiento³. Este fenómeno implica que al establecerse la Constitución como norma de normas y al afirmar una vigencia directa e inmediata de los derechos fundamentales, se deba ajustar todo el ordenamiento jurídico y las fuentes formales del derecho a los postulados básicos del Estado⁴ y especialmente el derecho penal y procesal penal por su estrecha relación con la libertad (Cuellar, B & Montealegre, E., 2013, p. 4).

El reconocimiento directo en la Constitución de distintos derechos y garantías que protegen la libertad es la más clara muestra de la constitucionalización del procedimiento penal, para lo cual basta revisar la parte dogmática de nuestra Carta donde se incorporan un catálogo de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, con el fin de impedir que tanto quienes administran justicia como el futuro legislador desconozcan los derechos fundamentales de las personas (Cuellar, B &

² Luego de la guerra, en 1951 el director de cine *Veit Harlan* demandó al presidente de la Asociación de Prensa de Hamburgo, Erich Lüth, por haber boicoteado una de sus películas. Lüth se opuso a que los alemanes vieran la película, por que tenía propaganda antisemita. En fallo de primera instancia, Lüth fue condenado al pago de los perjuicios por no haber permitido rodar el filme pues a juicio del tribunal su actuación vulneraba el Código Civil y contrariaba las buenas costumbres. Esta situación se dio luego de que Harlan fue procesado por apoyar la propaganda xenófoba que promovió los crímenes de lesa humanidad perpetuados por el régimen nazi siendo absuelto de los cargos que se le imputaron. A pesar de lo anterior, Lüth, basándose en el antecedente de las películas de Harlan en época de la guerra con contenido antisemita, inició en 1951 una campaña de desprestigio en contra de Harlan con el fin de que la película titulada *La amada inmortal* no fuera vista por el público alemán. Lüth interpuso un recurso de amparo constitucional en contra de la decisión que lo condenaba en la jurisdicción ordinaria y por esa vía el caso llegó a instancia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht), el cual amparó el derecho fundamental a la libre expresión del accionante Erick Lüth, dejando sin efecto la decisión adoptada por la jurisdicción ordinaria estableciendo claramente la supremacía constitucional de unos derechos fundamentales frente a las demás normas del ordenamiento.

³ Entre otros aspectos importantes en el fallo se expresó "Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales dentro de la constitución -quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos -el recurso de amparo- exclusivamente en contra de actos del poder público."

⁴ Las normas constitucionales no son solo aquellas que están expresamente consagradas en la Carta sino aquellos principios y valores que están contenidos en disposiciones a las cuales la Constitución remite, llamados bloque de Constitucionalidad. Cfr. Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2006. P. 23.

Montealegre, E., 2013, p. 1). En ese sentido, nuestro Constituyente incorporó una serie de instituciones procesales en el texto fundamental de 1991, sumadas a ciertas garantías, instrumentos, acciones, recursos y procedimientos buscando darles una mayor fuerza vinculante para las diferentes ramas del poder público y así limitar el poder de los operadores jurídicos al respeto de los derechos fundamentales consagrados con la Carta y acordes a los valores profesados por el Estado, lo anterior solo le permite al legislador desarrollar las normas conforme a esos postulados y lo limita al cumplimiento de los valores y principios afirmados por la Constitución.

En palabras de la Corte Constitucional en su Sentencia C-038 de 1995:

(...) ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas⁵.

⁵ Corte Constitucional Sentencia C-038 de 1995, M. P.: Alejandro Martínez. En la citada sentencia C-329 del 2003, la Corte advirtió, en sentido similar al expuesto, que “cuando el legislador hace uso de su potestad para configurar las penas que deben imponerse a quienes cometen algún delito, se encuentra limitado por los principios constitucionales de la dignidad de las personas y el respeto a los derechos humanos, la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad y las obligaciones internacionales contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad”.

Hasta este punto, pretendemos que el lector haya comprendido que la constitucionalización del derecho ordinario⁶ tiene una importancia evidente en nuestro ordenamiento jurídico y especialmente frente al derecho penal procesal penal, por los intereses jurídicos que están en juego para la sociedad en este ámbito, tales como el efectivo reconocimiento de los derechos de la persona y la libertad personal. Es necesario entonces que antes de iniciar (y durante todo el proceso intelectual) el estudio de cualquier aspecto o institución del proceso penal, desarrollados por el legislador, lo hagamos desde la premisa de la fuerza vinculante de la Constitución la cual ha impregnado e irradiado de forma tan importante al derecho procesal penal, que la validez del sistema depende de su armonía con lo contenido en la Carta política y como hemos afirmado, la interpretación que de ella hace el intérprete autorizado (la Corte Constitucional) y el bloque de constitucionalidad en lo pertinente.

III. El debido proceso como derecho fundamental

Dentro de las garantías constitucionales, tiene especial relevancia para el tema que nos ocupa, la del debido proceso. Esta garantía, que está en contra, o más bien que se presenta como límite, del poder estatal, se define en el artículo 29 de la constitución política de Colombia de la siguiente manera:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la

⁶ Por derecho ordinario deberán entenderse todas aquellas normas que no tienen rango constitucional.

investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

De acuerdo con la Doctrina, el derecho al Debido Proceso, así consagrado constitucionalmente, puede entenderse en una doble dimensión: en primer lugar como una garantía fundamental, límite del ius puniendi estatal y en segundo lugar como un macro principio rector de cualquier ordenamiento jurídico. En términos de Robert Alexy, un principio es una categoría jurídica especial, del deber ser, que se constituye en un mandato de optimización en el cual se prescribe una determinada conducta como deseada y con el fin de que sea cumplida en la mayor medida posible en colisión con otros principios. Como lo precisa dicho autor en entrevista con Atienza:

En mi «Teoría de los derechos fundamentales», he tratado de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación (Atienza, M., 1989, p. 15).

En otras palabras, los principios, no siguen una estructura lógica de una regla donde o se cumple o se incumple -“todo o nada”⁷-, sino que son un parámetro normativo que debe “cumplirse en la mayor medida posible” en colisión con otros derechos y tomando en cuenta un juicio de proporcionalidad.

⁷ Cfr. Semillero de derecho procesal, Universidad Eafit. 2015. UNA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO EN LA CSJ EN SU SALA CIVIL: PRECEDENTE JUDICIAL. P.9

Para Beatriz Quintero y Eugenio Prieto, los principios son “pensamientos directivos que sirven de base o fundamento a la organización legal de un determinado orden positivo (...) ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de una Nación” (Quintero, B., & Prieto, E. 1995, p.352).

De esta manera, el Debido Proceso, se muestra como un macro-principio del ordenamiento jurídico que busca proteger al individuo frente al ejercicio del poder estatal en todas sus manifestaciones.

La Corte Constitucional ha entendido, en su sentencia T- 958 de 2006, el debido proceso

Como un derecho de rango fundamental y garantiza su observancia no sólo en el ámbito de las actuaciones judiciales sino en las de índole administrativa. Esa garantía constitucional se traduce en el respeto de la administración a las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de legalidad, contradicción e imparcialidad, es decir, que la garantía al proceso justo se traduce en que el trámite de todas sus etapas, esto es, desde su iniciación hasta la culminación, se surtirá respetando el ordenamiento jurídico legal y los preceptos constitucionales.

De esta providencia puede extraerse que la Corte Constitucional, interprete autorizada de la Constitución, identifica el Debido Proceso como un derecho de fundamental y desarrolla algunos de sus elementos como lo son los principios de legalidad, contradicción e imparcialidad.

Así mismo planteó la Corte en la sentencia T- 958 de 2006 con magistrado ponente Jaime Araújo Rentería, la siguiente definición, mucho más completa del derecho al debido proceso:

(...) [es el] derecho constitucional fundamental, instituido para proteger a las personas contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo de las actuaciones procesales, sino en las decisiones que adopten y puedan afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellas. Corresponde a la noción de debido proceso, el que se cumple con arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción. En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional.

Dice así mismo la Corte en el mencionado fallo que “del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión”.

Y frente al derecho penal especialmente especificó en su Sentencia C-214 que “es evidente el marcado acento del artículo 29 en la regulación del ámbito y desarrollo del proceso penal, al establecer las garantías del sindicado, como se descubre de la preceptiva de los incisos 2, 3, y 4, lo cual es explicable, pues es dentro del ámbito de aquel donde esencialmente se cuestiona el derecho fundamental más caro a la condición humana, después del de la vida, como es el derecho a la libertad, de suyo vulnerable y necesitado de la protección del Estado”.

Nótese que hasta ahora hemos identificado el debido proceso como macro-principio y mandato de optimización, que tiene especial relevancia para el derecho penal como límite al poder estatal. Ahora es pertinente identificar que este macro-principio determinó unas garantías mínimas al consagrarse en nuestra Carta política, las cuales hacen parte de su núcleo esencial.

Esa afirmación la incluyó por ejemplo la Corte Constitucional en sentencia de tutela T-039 de febrero 5 de 1996 de la siguiente manera:

el derecho fundamental al debido proceso en materia penal, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados (...) Las aludidas garantías configuran, conforme al artículo 29 de la Constitución, los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

También doctrinantes como Landa han entendido que el debido proceso como macro principio, ha incluido dentro de sí, garantías mínimas que individualmente observadas deben ser cumplidas durante todas las etapas del proceso penal (y en general en las manifestaciones de poder sancionador del Estado). “el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar

las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia (...)” (Landa, C, 2002, p.449).

IV. El derecho a la impugnación como parte del debido proceso: Ubicación, naturaleza, ámbito de aplicación, finalidad, alcance.

La Corte Interamericana de Derechos humanos ha indicado en su Caso Castrillo Petruzzi y otros vs. Perú que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”. En esa línea, los Estados miembros de la Convención, tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de recursos efectivos garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales.

En palabras del Tribunal en el Caso Mohammed vs Argentina el derecho de recurrir del fallo es

una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica ya que la doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento del mismo y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.

Adicionalmente, ha entendido esta corporación que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa de los acusados en tanto les otorga la

posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento que no tiene validez y que contiene errores que irrogarán un perjuicio que una persona no tienen el deber jurídico de soportar.

Como el propósito de nuestro trabajo se centra en la garantía a recurrir las sentencias condenatorias que se dictan por primera vez en el marco de un proceso penal, nos propondremos identificar los principales aspectos del derecho a la impugnación como integrante del debido proceso.

El derecho a la impugnación está consagrado en tres disposiciones de nuestra Carta política. En primer lugar, el artículo 29, al prescribir los fundamentales del derecho al debido proceso establece que toda persona tiene, entre otros derechos, en materia penal el de impugnar las sentencias condenatorias⁸. En segundo lugar y teniendo como base que nuestra Constitución decidió incluir los convenios internacionales que versen sobre derechos humanos en virtud del artículo 93⁹, nos encontramos con que el derecho a la impugnación se desarrolló en la CADH¹⁰ en su artículo 8.2 literal h¹¹, estableciendo que toda persona inculpada de delito tiene el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. Por último y también como parte del bloque de

⁸ ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

⁹ ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

¹⁰ Colombia suscribió el 22 de noviembre de 1969 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), el cual fue aprobado por el Congreso de la República a través de la ley 16 de 1972. El mismo fue ratificado por el presidente el 28 de mayo de 1973 y depositado el 31 de julio de 1973.

¹¹ ARTÍCULO 8.2. h.) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

constitucionalidad, el artículo 14.5¹² del PIDCP¹³ establece que toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Una característica esencial del derecho a la impugnación, de su naturaleza, es que éste ha sido consagrado tanto en la Constitución como en los tratados internacionales en forma de derecho subjetivo que hace parte del núcleo básico del derecho de defensa y que está en cabeza de las personas que han sido condenadas en un proceso penal por primera ocasión. Esa connotación de derecho subjetivo, Constitucional y convencionalmente protegido implica que el legislador no puede ir en contra de lo formulado por los textos constitucionales. En otras palabras, el hecho de ser un derecho subjetivo explica la diferencia con aquellas disposiciones constitucionales (principios) que no consagran una facultad del sujeto para exigir al Estado cierta conducta, sino orientaciones generales que deben cumplirse en la mayor medida posible pero que no tienen carácter absoluto.

Por ejemplo, la Corte Constitucional ha avalado la validez de normas que consagran procesos de única instancia en materia civil y disciplinaria al considerar que el legislador tiene la facultad de regular la materia, cumpliendo en la mayor medida el principio de la doble instancia ya que no se trata de un mandato específico como sí lo es un derecho subjetivo. Verbigracia, mientras el artículo 31 constitucional establece que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que consagre la ley, esto es, a manera de principio; el artículo 29 define claramente que toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria (claro está en

¹² Artículo 14. Numeral 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

¹³ Colombia suscribió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual fue aprobado por el Congreso a través de la ley 74 de 1968 y depositado el 29 de octubre de 1969 ante la Secretaría General de las Naciones Unidas. El presente tratado entró en vigor para Colombia a partir del 23 de marzo de 1976

materia penal) lo cual inhabilita al legislador para que limite ese derecho subjetivo reconocido por el constituyente.

El ámbito de aplicación de esta garantía, es específicamente el derecho penal por la gran afectación que genera al derecho fundamental a la libertad, al cual se ha restringido el ámbito de aplicación del derecho a la impugnación, no como principio sino como derecho subjetivo, exigible al Estado por aquellos inculpados de delito quienes hayan sido condenados por primera vez mediante una sentencia judicial. No por nada, tanto la Constitución en su artículo 29 como el artículo 8.2 literal h de la CADH y el artículo 14.5 del PIDCP establecen que el derecho a la impugnación es exclusivo en materia penal. Lo anterior puede concluirse pues el artículo 29 constitucional utiliza los términos “en materia penal” y “sentencia condenatoria”; la Convención se refiere a “toda persona inculpada de delito” y el PIDCP hace referencia a “la persona declarada culpable de delito”.

Esa misma posición sobre la exclusividad de la garantía del derecho de impugnación la comparte el Comité de Derechos Humanos, en su observación general número 32, donde afirma que “la garantía (...) no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil ni a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal, como los recursos de amparo constitucional”. En palabras de la Corte Constitucional, en su sentencia C-792, “esto se explica por la circunstancia de que es justamente en el contexto del juicio penal en el que el Estado despliega su mayor poder represivo, y en el que, por consiguiente, se produce una mayor potencial afectación de los derechos fundamentales, y por tanto, una garantía reforzada de defensa frente a los actos inculpativos.”

El objeto del derecho subjetivo puede estructurarse y analizarse desde dos perspectivas, la primera en el tipo de decisión que puede ser recurrida y la segunda el tipo de contenidos que pueden ser impugnados mediante el ejercicio de la referida prerrogativa. En esa línea, frente al primer ámbito, del tipo de decisión que puede ser recurrida, el derecho a la impugnación solo opera frente a las decisiones que

resuelven la causa, en este caso la decisión de poder unilateral del juez de declarar la responsabilidad penal por un hecho delictivo acaecido en el universo social y consecuentemente la imposición de la pena, esto es, frente a la sentencia¹⁴. A contrario sensu, este derecho no se ejerce, o más bien no puede ejercerse, frente a los demás tipos de providencias judiciales que se dictan en el curso de un proceso penal, incluso si con esas providencias (autos), se generan efectos jurídicos adversos que modifiquen la situación jurídica del procesado. Aquellas decisiones, diferentes a sentencias, podrán ser en principio controvertidas o recurridas por la defensa del procesado, dependiendo de la legislación estatal ya no con fundamento en el derecho subjetivo a la impugnación consagrado en el artículo 29 Constitucional, 8,2 h de la CADH o 14,5 del PIDCP sino con base en el derecho de defensa en general¹⁵.

Ahora bien, en segundo lugar, el objeto del derecho subjetivo a la impugnación, frente al tipo de contenido que puede atacarse, son las sentencias que tengan sentido condenatorio, lo cual se explica pues es en ella donde se demuestra en mayor medida el poder represivo del Estado, y porque además, el interés del procesado de ejercer el derecho de defensa y de contradicción recae es sobre este tipo de fallos, y no sobre las sentencias absolutorias, pues ellas no afectan su libertad y por el contrario lo exoneran de la responsabilidad.

En cuanto al contenido del derecho a la impugnación, como derecho subjetivo, puede decirse que este faculta a las personas que han sido condenadas en un proceso penal por primera vez para que puedan controvertir la decisión ante un órgano o instancia distinta de quien falló por primera oportunidad en contra del sindicado. El derecho a la impugnación faculta al sentenciado por primera vez para atacar los fundamentos y el contenido de la sentencia que determinó la existencia de su responsabilidad penal y le impuso la consecuencia jurídica de la pena. Este contenido se deriva del marco normativo del derecho a la impugnación de la siguiente manera: el artículo 29 de la

¹⁴ Lo anterior puede tener sustento por la importancia que se afirma de la sentencia como fin del proceso jurisdiccional donde se define si en realidad el sujeto cometió un delito y es merecedor de una consecuencia jurídica adversa cambiando así su situación jurídica y limitando su derecho a la libertad.

¹⁵ Cfr. Sentencia C-792 de 2014 de la Corte Constitucional.

Constitución habla de a la posibilidad de “impugnar”, el artículo 8.2.h. de la CADH de la facultad para “recurrir”, y el artículo 14.5 del PIDCP, del derecho de “someter a tribunal superior” el correspondiente fallo. Todas esas expresiones diversas y a su vez genéricas, tienen la intención de dotar al condenado en materia penal de la posibilidad de expresar su inconformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos que determinaron el sentido del fallo en la causa penal.

De allí, que se tenga entendido que los términos generales “impugnar”, “recurrir” y de “someter a tribunal superior” la providencia inculpativa, pretenden que el condenado pueda atacar ampliamente y sin restricciones el contenido y las bases de la decisión judicial. Esa posición ha sido defendida por el Comité de derechos humanos, en la Observación General 32 donde afirmó que el alcance de la revisión de la decisión condenatoria, debe ser sustancial y de fondo y no meramente formal. Así mismo, indicó que el análisis del fallo no puede limitarse a los fundamentos normativos, sino que debe comprender los elementos de prueba y los hechos que sirvieron de base a la condena en los siguientes términos: “el derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a una tribunal superior, establecido en el párrafo 5 del artículo 14, impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permite tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa”. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto.

Es con base en esta interpretación amplia del contenido y propósito del derecho a la impugnación, que tanto el CDH y la CIDH han evaluado el uso que en casos concretos, los Estados miembros de los respectivos tratados sobre derechos humanos, han dado a los mecanismos procesales (recursos) que materializan el derecho a la impugnación en su legislación, y han determinado la responsabilidad de los Estados por la transgresión de los artículos 8.2 h de la CADH y el artículo 14.5 del PIDCP.

De esta manera, cuando la revisión que hace el segundo órgano judicial recae sobre aspectos puntuales y específicos del fallo y a contrario sensu no permite una revisión del caso en su conjunto, se entiende que esta revisión, no garantiza adecuadamente el derecho consagrado en el artículo 14.5 del PIDCP y 8.2 h de la CADH. Por el contrario, cuando el encargado de la revisión de la sentencia condenatoria tiene amplias facultades para evaluar nuevamente todos los aspectos que tienen injerencia en la decisión de condenar al procesado y efectivamente las utiliza, no se configura una vulneración del derecho a la impugnación consagrado constitucional y convencionalmente.

Ambas normativas, CADH y PIDCP comparten la postura según la cual pesar de reconocerse un amplio margen de configuración a los Estados para diseñar el sistema recursivo que aplican en los juicios penales, el mecanismo procesal a través de la cual se ejerza el derecho subjetivo a la impugnación, debe permitir al juez un nuevo análisis de todos aquellos aspectos alegados por el condenado que interpone recurso contra la decisión condenatoria y que hayan tenido injerencia en la decisión previa, tanto en cuestiones fácticas y probatorias como jurídicas.

Lo anterior ha sido afirmado por la corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mohammed vs. Argentina en los siguientes términos

Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una sentencia errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho.

Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados en la sentencia condenatoria (...) lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.

V. Consideraciones y decisiones en el Sistema Internacional

Como hemos establecido en el capítulo anterior, La CIDH se ha detenido a analizar en su jurisprudencia el alcance y contenido del artículo 8.2 (h) de la Convención y los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior luego de una sentencia condenatoria en un proceso penal.

Para el efecto, el Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que “se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...]”¹⁶. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado¹⁷, ya que la condena es la máxima manifestación del ejercicio del ius puniendi estatal.

Así mismo, el Tribunal ha sostenido que el artículo 8.2(h) invoca un recurso ordinario, accesible y eficaz¹⁸, es decir que el mismo no debe requerir mayores requisitos que hagan imposible el ejercicio de este derecho¹⁹; por lo tanto las formalidades que se exijan para la admisión del recurso que desarrolle el derecho a la impugnación deben ser mínimas y no deben ser óbice para que el recurso cumpla con su fin de examinar

¹⁶ Cfr. CIDH Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica párr. 158, y Caso Mendoza Petruzzi vs Perú párr. 242.

¹⁷ Cfr. CIDH Caso Mohamed vs Argentina, párrs. 92 y 93.

¹⁸ Cfr. Caso Herrera Ulloa, párrs. 161, 164 y 165, y Caso Mendoza y otros vs Perú, párr. 244.

¹⁹ Cfr. Caso Herrera Ulloa, párr. 164, y Caso Barreto Leiva vs Venezuela párr. 90.

y resolver las inconformidades desarrolladas por el procesado, sujeto activo del recurso.

Para ejemplificar lo antedicho, se revisaron algunas de las decisiones de la CIDH²⁰ importantes para la materia y se construyó el siguiente cuadro:

Tabla N°1

Caso/fecha	Descripción del caso	Decisión de la CIDH
1. Castillo Petruzzi y otros vs Perú 30 de mayo de 1999.	Este fallo involucraba cuatro ciudadanos chilenos a los cuales en Perú se les condenó a cadena perpetua por la justicia militar por el delito de traición a la patria. Para la época, en Perú, en los delitos de traición a la patria se aplicaba un procedimiento sumario “en el teatro de operaciones” llevado adelante por jueces “sin rostro”. Para estos, se establecía la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y recurso de nulidad contra la de segunda instancia. Aparte de estos recursos, existía el extraordinario de revisión de sentencia ejecutoriada, fundado en la presentación de prueba superviniente. Finalmente, existía un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia contra las	En virtud de la descripción del caso, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, la Corte definió que aquéllos no constituyen una verdadera garantía de impugnación del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la

²⁰ El cuadro se construyó tomando en cuenta únicamente las consideraciones relativas a la violación de la garantía judicial de la impugnación de sentencias condenatorias por primera oportunidad, en virtud del artículo 8.2 h de la CADH.

	<p>resoluciones de la jurisdicción militar relativas a civiles.</p> <p>Sin embargo, la CIDH determinó que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso pues para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. En ese sentido si el juez de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el tribunal de segunda instancia formaba parte de la estructura militar y por ello la CIDH consideró que no tenía la independencia necesaria para actuar.</p>	<p>Convención establece. Por ello la Corte declaró que el Estado Peruano violó el artículo 8.2.h de la Convención y ordenó que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal. Por último ordenó al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la sentencia para asegurar el goce de los derechos consagrados en la CADH de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.</p>
<p>2. Herrera Ulloa vs Costa Rica</p>	<p>Mauricio herrera Ulloa es un periodista costarricense que fue condenado por el delito de Publicación de Ofensas en la calidad de difamación, debido a un artículo</p>	<p>La Corte determinó que los recursos de casación presentados contra la sentencia</p>

<p>2 de julio de 2004</p>	<p>que escribió sobre un reconocido político vinculándolo con presuntas actividades ilícitas en el extranjero. Herrera, en su primer juicio fue absuelto por el tribunal Costarricense que lo juzgó pero vía recurso de casación la sentencia fue anulada y el señor Herrera en el nuevo fallo fue condenado (cabe aclarar que en Costa Rica el único recurso existente para controvertir las sentencias condenatorias es el recurso extraordinario de casación que tiene como efecto la anulación del fallo). Frente a este segundo fallo, que condenó por primera vez, Herrera interpuso sendos recursos extraordinarios de casación los cuales fueron negados. En la sentencia se estableció que el recurso de casación establecido en la legislación de Costa Rica deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba; las cuestiones fácticas; y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan.</p>	<p>condenatoria de no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado. Igualmente la CIDH ordenó que dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido</p>
---------------------------	--	--

		en el artículo 8.2.h de la CADH, en relación con el artículo 2 de la misma. Igualmente estableció como reparación pecuniaria y costas la suma de 10.000 dólares.
3. Barreto Leiva vs Venezuela 17 de noviembre de 2009	En este caso la demanda se relaciona con el proceso penal mediante el cual el señor Oscar Enrique Barreto Leiva fue condenado por la Corte Suprema de Justicia a un año y dos meses de prisión por malversación del patrimonio público. En el presente caso “una de las consecuencias de la aplicación del fuero fue que la víctima no pudiera impugnar la sentencia condenatoria en su contra, no obstante la Ley de Salvaguarda del Patrimonio Público sí preveía la posibilidad de una segunda instancia, bien ante el Tribunal de Salvaguarda del Patrimonio Público, o ante la CSJ, pero dependiendo de la jerarquía del funcionario investigado y de la situación concreta.	E I Tribunal declaró que Venezuela violó el derecho reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, puesto que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia y el sentenciado no tuvo la posibilidad de impugnar el fallo (esto pues aunque el señor Barreto Leiva habría podido impugnar la sentencia condenatoria emitida por el juzgador que habría conocido su causa si no hubiera operado la conexidad

		<p>que acumuló el enjuiciamiento de varias personas en manos de un mismo tribunal, no fue posible en la realidad). Por ende la CIDH decidió ordenar al Estado que brinde al señor Barreto Leiva la posibilidad de recurrir la sentencia en mención. Así mismo definió que Si el juez decide que la condena estuvo ajustada a Derecho, no impondrá ninguna pena adicional a la víctima pero si por el contrario, define que el señor Barreto Leiva es inocente o que la condena impuesta no se ajustó a Derecho, dispondrá las medidas de reparación que considere adecuadas por el tiempo que el señor Barreto Leiva estuvo privado de su libertad y por todos los</p>
--	--	--

		<p>perjuicios de orden material e inmaterial causados. También ordenó la CIDH al estado venezolano que adecue su ordenamiento jurídico interno, de tal forma que garantice el derecho a recurrir de los fallos condenatorios, conforme al artículo 8.2.h de la Convención, a toda persona juzgada por un ilícito penal, inclusive a aquéllas que gocen de fuero especial.</p> <p>Adicionalmente la CIDH condenó por perjuicios morales y costas al Estado por 10.000 dólares.</p>
<p>Vélez Loor vs Panamá 23 de noviembre de 2010</p>	<p>El señor Vélez Loor es un ecuatoriano que fue recluido en Panamá por no tener la documentación necesaria para mantenerse en ese país después de haber sido deportado en una fecha anterior. Fue privado de su libertad a través de la</p>	<p>En atención a ello, la CIDH ordenó al Estado panameño modificar su legislación de manera que se le garantice el derecho al debido</p>

	<p>decisión de una autoridad administrativa. La cuestión fundamental frente al derecho consagrado en el artículo 8.2 h es que la resolución emitida por la Dirección Nacional de Migración, mediante la cual se privó de la libertad por casi diez meses al señor Vélez Loor, no fue notificada lo que tornó impracticable el ejercicio del derecho a recurrir del fallo sancionatorio y por ello el Tribunal declara que Panamá violó el derecho del señor Vélez Loor reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.</p>	<p>proceso de los migrantes, y en particular, que reforme su legislación para garantizar la revisión judicial de la detención de las personas por razones migratorias. Así mismo condenó al Estado Panameño al pago de 20.000 dólares.</p>
<p>5.Mohamed vs Argentina 23 de noviembre de 2012</p>	<p>El señor Mohamed era conductor de transporte público y atropelló a una señora causándole la muerte por lo cual le imputaron homicidio culposo. Lo absolvieron en primera instancia, la fiscalía apeló y fue condenado en segunda instancia. Debido a esto se presentó a la CIDH pues para la fecha no había recurso alguno que lo protegiera ya que aunque existía el Recurso extraordinario federal en Argentina para la época, este no implicaba la revisión de cuestiones de hecho o de derecho que hubiera tenido en cuenta el juez inferior; por ende el fallo condenatorio no cumplía con los términos previstos en la Convención.</p>	<p>la Corte concluye que el sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana, y también</p>

		<p>Constató que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja, no constituyeron en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho.</p> <p>En virtud de tal conclusión La Corte ordenó al Estado Argentino garantizar a la brevedad, un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la Sentencia. Así mismo condenó a la suma de 50 mil dólares por perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales en equidad.</p>
<p>6. Liakat Alí Alibux vs Suriname 30 de enero de 2014</p>	<p>El señor Liakat Ali Alibux es un Ex Ministro de Finanzas y Ex Ministro de Recursos Naturales quien fue condenado el 5 de noviembre de 2003 por el delito de falsificación, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley sobre Acusación de Funcionarios con Cargos</p>	<p>En la sentencia, el Estado reconoció que no existía ningún recurso disponible para que el señor Alibux pudiera impugnar la condena impuesta en</p>

	<p>Políticos. Estos funcionarios son juzgados ante la Alta Corte de Justicia en única instancia donde fue declarado culpable de falsificación. Solo hasta 2007 se modificó la regulación con fin de que las personas acusadas con base en el artículo 140 de la Constitución fueran juzgadas en primera instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia, y en caso de apelación fueran juzgadas por entre cinco y nueve jueces del mismo órgano. Asimismo, todas las personas condenadas con anterioridad a dicha reforma, tuvieron derecho a apelar sus sentencias dentro de un plazo de tres meses posteriores a la reforma pero el señor Alibux no apeló su condena por haberla ya purgado por completó. La CIDH constató que al momento en que el señor Alibux fue sentenciado, el régimen jurídico no proveía ningún recurso impugnatorio para recurrir la sentencia condenatoria dictada en su contra en única instancia por la Alta Corte de Justicia.</p>	<p>su contra por la Alta Corte de Justicia, lo cual fue modificado en el año 2007. Por ello la CIDH concluyó que el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 8.2(h) de la Convención Americana en perjuicio del señor Alibux debido a la inexistencia de un recurso judicial eficaz que garantizara al señor Liakat Ali Alibux su derecho a recurrir el fallo condenatorio. Estimó los perjuicios inmateriales y costas del proceso en 10.000 dólares.</p>
--	--	---

Del cuadro construido pueden sacarse al menos las siguientes conclusiones respecto de lo que podríamos llamar la *ratio decidendi* allí establecida, relacionada con la existencia de un derecho convencional a impugnar las sentencias que imponen por primera vez una condena en el contexto de un juicio penal.

1. El juez que efectúa la revisión de la sentencia debe contar con plenas facultades para identificar y corregir una condena equivocada, garantizando la doble conformidad judicial. Este análisis debe comprender las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada y por ello independientemente de la denominación del recurso, para cumplir los estándares de la CADH debe ser un recurso ordinario, eficaz y sencillo que incluya esos tres aspectos; de lo contrario es sujeto de reproche y condena por parte de la CIDH.

2. El derecho a la impugnación, consagrado en el artículo 8.2 h, no admite, al ser un derecho subjetivo para todas las personas, ningún tipo de excepciones, ni para los ciudadanos aforados como se definió en el caso *Liakat Alí Alibux*²¹ vs Suriname o *Barrera Leiva vs Venezuela* ni para aquellos condenados en sentencias de segunda instancia por primera vez como en el caso de *Mohammed vs Argentina* ni para quienes son condenados en única instancia como el caso de *Herrera Ulloa vs Costa Rica*.

3. En todos los casos es constante el llamado de la CIDH ordenando a los estados adecuar su ordenamiento a los estándares exigidos por la Convención para evitar que vuelvan a presentarse violaciones a los derechos consagrados en aquella normativa.

Igualmente, basta con revisar las decisiones del Comité de Derechos Humanos para encontrar la misma interpretación amplia del derecho subjetivo a la impugnación de acuerdo a la siguiente tabla.

Tabla N°2

²¹ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado de manera expresa en el párrafo 47 de la Observación General No. 32 que: “El párrafo 5 del artículo 14 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”)] se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto”.

<p>Cesario Gómez Vásquez vs España 19 de noviembre de 2004</p>	<p>El caso Cesario Gómez vs España es un caso donde este ciudadano español fue condenado por el delito de tentativa de homicidio (asesinato en grado de frustración). En este caso la Ley de Enjuiciamiento Criminal española establecía que los casos de las personas acusadas de los delitos más graves estaban a cargo de un solo magistrado (Juzgado de Instrucción), quien, una vez llevadas a cabo las investigaciones pertinentes y considerar que el caso estaba listo para la vista oral, lo trasladaba a la Audiencia Provincial en la que tres magistrados adelantaban el juicio y dictaban sentencia. Frente a esta decisión del Tribunal, solo podía interponerse recurso de</p>	<p>En la Sentencia (comunicación) se afirma que el PIDCP no exige que haya un recurso de revisión que equivalga al de apelación, sin embargo al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto tales como la revisión integral de los aspectos determinantes del fallo en lo factico, probatorio y jurídico. El Comité concluyó que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumplía con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto y de conformidad con el apartado a) del párrafo 3</p>
--	---	--

	<p>casación y por razones jurídicas muy limitadas. Para el tribunal no era posible, a través de este recurso pronunciarse sobre las pruebas, ya que toda decisión del tribunal inferior sobre los hechos era definitiva. Por el contrario, en España, los casos de las personas condenadas por crímenes menos graves, eran igualmente investigados por un solo magistrado (Juzgado de Instrucción) quien, cuando el caso está listo para la vista oral, lo traslada a un único juez ad quo (Juzgado de lo Penal), pero esta decisión sí podía recurrirse, ante la Audiencia Provincial y con ella se garantizaba una revisión efectiva no sólo de la aplicación de la ley sino también de los hechos.</p>	<p>del artículo 2 del Pacto, el autor tiene derecho a un recurso efectivo. En razón de la comunicación se ordenó que la condena del autor fuera desestimada salvo que fuese revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. Así mismo se recordó al Estado la obligación de tomar las medidas necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas.</p>
--	---	--

<p>Domukovsky y otros vs Georgia</p>	<p>Tres ciudadanos georgianos y uno ruso presos en Georgia, los dos últimos condenados a muerte alegaban que Georgia había violado los derechos que les reconocen los artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos ciudadanos fueron juzgados por el Tribunal Supremo de Georgia, acusados de participar en actos terroristas con el propósito de debilitar el poder del Gobierno y matar al Jefe de Estado, Sr. Shevardnadze. El Comité en ese caso observó que, de conformidad con la información que obraba en el expediente en su poder, los autores no podían apelar el fallo condenatorio y la pena, porque para ese caso la ley preveía únicamente</p>	<p>El Comité opina que esta clase de revisión no reúne los requisitos previstos en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, en que se requiere una evaluación plena de las pruebas y de las incidencias del juicio y que se vulneró esta disposición respecto de cada uno de los autores. Considerando que, al pasar a ser Parte en el Protocolo Facultativo, el Estado Parte ha reconocido la competencia del Comité para determinar si ha habido una violación del Pacto y que, de conformidad con el artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a asegurar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en</p>
--------------------------------------	---	--

	una revisión judicial, que se realizaba sin una audiencia pública y versaba únicamente sobre cuestiones de derecho.	el Pacto y a proporcionar un recurso efectivo.
--	---	--

En estos casos, siguiendo la línea de la CIDH, el CDH declaró la responsabilidad del Estado por la transgresión del artículo 14.5 del PIDCP ya que la revisión de la providencia en sede de casación versó sobre aspectos meramente formales y normativos, y excluyó de plano el análisis de los hechos y de las pruebas con fundamento en los cuales se declaró la responsabilidad penal, pese a que el condenado cuestionó todos estos elementos del fallo o ya porque se consideró que el examen de la condena versó exclusivamente sobre cuestiones de derecho lo cual no respondía a la naturaleza del derecho convencional a la impugnación.

VI. Bloque de constitucionalidad, jurisprudencia internacional, conflicto de normas, Control de convencionalidad.

Hemos venido hasta ahora buscando decantar la naturaleza y las vicisitudes del derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias que se profieren por primera vez en un proceso penal. Para ello, puede constatar el lector, hemos tomado como referencia las interpretaciones, decisiones y disposiciones normativas estatuidas en el ámbito de los Tratados Internacionales ratificados por Colombia en materia de Derechos Humanos. Sin embargo, cabe preguntarnos ¿Es necesario consultar tales instancias para definir la corrección o invalidez de nuestro sistema procesal frente a las sentencias condenatorias?

La noción de bloque de constitucionalidad puede ser formulada como de manera sencilla y magistral lo hizo Uprimny indicando que “(...) hace referencia a la existencia

de normas constitucionales o al menos supra legales, pero que no aparecen directamente en la Constitución. ¿Qué significa eso? (...) que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita” (Uprimny, R, 2008, p. 31). El bloque de constitucionalidad es entonces el mecanismo por el cual las Constituciones pueden generar remisiones expresas o tácitas a diferentes normas que sin estar formalmente en la Constitución respectiva, tienen rango Constitucional²².

Dentro de esas remisiones, que adicionan contenido, la Constitución Política Colombiana en su artículo 93, brinda especial relevancia a las normas internacionales que versan sobre Derechos Humanos. Lo anterior se justifica en tanto existe hoy en día una afinidad entre el derecho internacional contemporáneo que sitúa los derechos humanos en su punto más alto y derecho interno contemporáneo, que ubica de la misma manera en el tope de su entendimiento los derechos constitucionales y fundamentales. Así mismo, la importancia está dada pues en los tratados internacionales que versan sobre este tipo de derechos no se consagran derechos y obligaciones recíprocos entre Estados (principio de reciprocidad) sino garantías destinadas a proteger la dignidad de las personas. Las anteriores razones toman aún mayor fuerza si se tiene en cuenta que luego de la segunda Guerra Mundial, el respeto de los derechos humanos es una preocupación de la Comunidad internacional. Por ello, en palabras de Uprimny “los Estados no pueden invocar su soberanía interna para justificar violaciones a los derechos humanos ya que tienen la obligación internacional de respetarlos” (Uprimny, R, 2008, p. 56).

Si a este punto, aún queda alguna duda de la importancia de los Derechos Humanos consagrados internacionalmente, debe añadirse que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su artículo 38 estableció como una de las fuentes del derecho internacional los principios generales reconocidos por las naciones

²² Se puede observar cláusulas de bloque de constitucionalidad entre otros cuerpos normativos, en el artículo 75 argentino, 5 chileno, 17 ecuatoriano, 46 nicaraguense y 23 venezolano de sus respectivas Constituciones.

civilizadas. Así pues, debe interpretarse que los desarrollos de los derechos humanos en el derecho internacional pueden ser considerados como una forma de establecer un principio del derecho, en un mundo donde derecho Constitucional y derecho Internacional se unen constantemente para la protección de la dignidad humana²³.

Ahora bien, hemos afirmado entonces que existen normas que se integran a la Constitución en virtud del bloque de Constitucionalidad y que entre ellas los tratados que versan sobre derechos humanos tienen especial importancia. Con esta precisión nos surge a priori un problema importante que debe ser analizado. El artículo 4 de la Constitución estableció la supremacía constitucional, es decir la cláusula según la cual la Constitución es norma de normas y posteriormente estableció en su artículo 93 que los deberes y derechos consagrados en la Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Esto en principio claramente puede generar antinomias (conflictos de normas) incluso así la Corte haya dicho en sus decisiones, entre ellas en la Sentencia C-400 de 1998, que como regla general la Constitución prevalece sobre los tratados en el orden interno, con la excepción clara de los tratados que tienen tratamiento constitucional privilegiado y que integran el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

Estas antinomias, según los principios generales del derecho deberían ser resueltas mediante un criterio jerárquico y en caso de igual jerarquía normativa, a través de los criterios de temporalidad y especialidad. Sin embargo en materia específica de derechos humanos se incorpora la llamada cláusula hermenéutica de favorabilidad o principio *pro homine*. Según este principio “se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (Pinto, M, 2004, p.163).

²³ Cfr. Uprimmy, en Bloque de constitucionalidad, derechos humanos p. 56-57.

La misma Corte Constitucional ha reconocido esta regla hermenéutica que obliga al interprete a preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos del individuo, indicando:

El artículo 4º [del Protocolo de San Salvador] consagra una regla hermenéutica que es de fundamental importancia, pues señala que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros convenios de derechos humanos, muestra además que el objeto del presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales.

Cabe aclarar que aunque hemos establecido criterios de definición de antinomias a nivel Constitucional-internacional, no son solo los Tratados Internacionales de derechos humanos las disposiciones jurídicas a revisar y tomar en cuenta en una determinada situación de estudio de garantías en materia de Derechos Humanos. Lo anterior se afirma sin temor ya que similar importancia apareja la interpretación que de estas convenciones hagan las instancias internacionales de protección, tales como la CIDH y el CDH pues la jurisprudencia de estos órganos tienen una cierta fuerza constitucional que se explica de la siguiente manera: si ellas fueron creadas para

interpretar con autoridad los Tratados²⁴, y la Constitución confiere fuerza especial a esos tratados, entonces la Carta también atribuye fuerza normativa a la jurisprudencia de dichos órganos.

En palabras de la Corte Constitucional

la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados²⁵, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales²⁶.

Lo anterior tiene todo el sentido del mundo como quiera que si la CIDH u otro organismo, tiene la potestad de definir los contenidos del convenio específico y los individuos pueden acudir a esa instancia para la protección de sus derechos, el juez

²⁴ “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” en: Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot En relación con la Sentencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos en el caso Cabrera García Y Montiel Flores vs. México, De 26 de noviembre de 2010.

²⁵ No solo estas instancias sino otros sistemas de Derechos Humanos como el europeo pues las fuentes del derecho internacional no se limitan a los tratados sino que incluyen otras fuentes según el artículo 38 del estatuto de la CIJ, conformando el corpus iuris de derechos humanos. Cfr. Caso Suarez Rosero vs Ecuador.

²⁶ cfr. Corte Constitucional Sentencia C -010 de 2000

nacional debería seguir el criterio (salvo razones muy fuertes) de la Corte Internacional pues si no lo hace simplemente obliga al justiciado a acudir a la instancia internacional.

De esa manera, los Estados, en virtud de la existencia del bloque de constitucionalidad y la importancia de los Derechos Humanos en el ámbito internacional, tienen el deber de interpretar cualquier norma jurídica nacional conforme a los preceptos contenidos en el “corpus iuris interamericano, el cual está integrado entre otros por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte y otros instrumentos vinculantes en materia de derechos humanos” (IIDH, 2016, Párr 1).

Esta obligación se deriva en primer lugar del artículo 2²⁷ de la CADH, por el cual los Estados Partes se han comprometieron a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la CADH, las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en el Convenio. Dicha obligación de control de convencionalidad también tiene sustento en lo dispuesto en los artículos 1, 26, 27 y 29 donde se establecen la obligación de respetar los derechos, el principio de favorabilidad, las normas de interpretación más favorables, el principio del *Pacta sunt servanda* y la prohibición de invocar el derecho interno como razón del incumplimiento del tratado.

Las anteriores disposiciones implican que en caso de incompatibilidad entre la norma interna y el corpus iuris internacional, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración a los derechos humanos protegidos internacionalmente pues cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, se somete a ella.

Para recapitular este apartado podemos afirmar que Colombia al suscribir y ratificar los Convenios Internacionales los incluye al bloque de constitucionalidad y le da

²⁷ CADH Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

relevancia superior a los tratados que versan sobre Derechos Humanos. En virtud de ello debe realizar un control de convencionalidad (incluyendo la jurisprudencia de los organismos de control) y en caso de incompatibilidad de una norma interna con una convencional en materia de derechos humanos deberá tomar las medidas necesarias para adaptar su derecho interno, interpretarlas en aras del principio *pro personae* adoptando aquella disposición que satisfaga en mayor medida los derechos de la persona o finalmente inaplicar la norma de derecho interno.

VII. Obligación de reparar en caso de violación a derechos consagrados internacionalmente

Un principio básico del derecho es el de la responsabilidad internacional del Estado. Este principio es recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consiste en que todo Estado es internacionalmente responsable por todo acto u omisión de cualquiera de sus representantes que viole los derechos internacionalmente consagrados. Como en cualquier supuesto de responsabilidad, aquella situación conlleva a la obligación de la reparación, por ello en virtud del artículo 63.1²⁸ de la Convención Americana, la Corte, en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, ha indicado que “toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”.

La reparación del daño ocasionado por los Estados en virtud del incumplimiento de una garantía en materia de derechos humanos implica, siempre que ello sea posible poner a la víctima en la situación más cercana posible a la que tenía antes de sufrir el daño²⁹. De no ser posible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal respectivo determinará (como lo han hecho la CIDH y el CDH) otras medidas para garantizar los derechos incumplidos y reparar las

²⁸ El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que “[c]uando [la CIDH] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

²⁹ *Restitutio in integrum*

consecuencias patrimoniales y extra patrimoniales que las violaciones del Estado causaron.

Específicamente, respecto de las medidas solicitadas en relación con la protección del derecho a recurrir del fallo, la jurisprudencia internacional y en particular de la Corte, ha establecido reiteradamente que la sentencia que obliga al estado a revisar la sentencia en caso de solicitud del afectado, se constituye *per se* una forma de reparación³⁰ aunque igualmente haya condenado por otro tipo de perjuicios.

VIII. Recursos en el derecho procesal Colombiano

Como hasta ahora hemos expresado que el derecho a la impugnación se materializa a través de un mecanismo procesal denominado recurso haremos un recuento de los recursos en el derecho procesal colombiano. Entre los recursos, o medios de impugnación como lo consagra la ley colombiana (Código General del Proceso, artículo 318 en adelante) se encuentran como recursos ordinarios el recurso de reposición, apelación, suplica –que no aplica en materia penal- y queja, y como recursos extraordinarios el recurso de casación y revisión.

Recurso ordinario de reposición: en la normatividad general, el recurso de reposición se interpone en contra de las decisiones de trámite e interlocutorias, para que el propio juez que las profiera pueda realizar la modificación o revocatoria correspondiente.

El recurso de reposición contiene, en materia penal, por lo menos tres características: (i) procede contra cualquier decisión del juez que no sea la sentencia, (ii) permite al funcionario corregir los posibles yerros de su decisión, (iii) está legitimado para presentar el recurso quien tenga un interés jurídicamente tutelado sobre la providencia judicial, (iv) exige que el solicitante sustente y motive el recurso con razones de hecho

³⁰ Cfr. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 56, y Caso J., supra, párr. 394.

y de derecho, de manera inmediata y oral en la respectiva audiencia y (v) no procede contra sentencias.

Sobre este recurso, se puede aducir que no existe legalmente una limitación sobre qué puede recurrirse, excepto que se trate de una sentencia, pero por sus características no es un recurso que genere doble conformidad sino que su esencia es que el juez que profiere una decisión (generalmente una interlocutoria) la modifique el mismo a solicitud de la parte que interpone el recurso.

Recurso ordinario de apelación: este recurso es el que por excelencia refleja el principio de doble conformidad. Se entiende como un medio impugnatorio que se sustenta en contra de decisiones interlocutorias y sentencias de primera instancia, con el fin de que la decisión sea modificada por el superior funcional. Quien apela busca la revocatoria de la providencia y que en su lugar se dicte otra favorable al recurrente (Agudelo, M., 2007, p.385). Es de resaltar que “en Colombia, la apelación en caso de autos solo procede frente a aquellos que consagra expresamente la ley procesal” (Fierro, H., 2008, p.47).

Este recurso en materia penal procede contra autos (los que determina el artículo 177 de la ley 906 de 2004), y contra las sentencias condenatorias y absolutorias. El efecto de la apelación puede ser suspensivo, es decir, suspende la competencia de quien profirió la decisión hasta que se resuelva la apelación, cuando se apela la sentencia, el auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión, el auto que decide la nulidad y el auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; pero también puede ser devolutivo, es decir, no suspende el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación cuando se apela el auto que resuelve la imposición, revocatoria o sustitución de una medida de aseguramiento, el auto que resuelve la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado, el auto que resuelve la legalización de captura, el auto que decide el control de legalidad del diligenciamiento de las órdenes de allanamiento y registro, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información

dejada al navegar por Internet u otros medios similares, el auto que imprueba la aplicación del principio de oportunidad en la etapa de investigación y el auto que admite la práctica de la prueba anticipada.

El trámite para la apelación de autos y de sentencias es diferente, tal y como se describe en los artículos 178 y 179 del Código de Procedimiento Penal. En el primer caso, los autos se apelan en audiencia, de forma oral e inmediata como la reposición, una vez sustentado se concede al superior para que lo resuelva en el término indicado por la ley. En el segundo caso, las sentencias también pueden apelarse en audiencia o por escrito en los 5 días siguientes, y el juez de segunda instancia deberá resolver el recurso en el término de 15 días (Fierro, H., 2008, p.59).

Otro elemento importante sobre el recurso de apelación, versa sobre la facultad de quien conoce la apelación -en nuestro caso y actualmente: el superior funcional- sobre si es restrictiva a lo sostenido en el recurso o extensiva y puede evaluar asuntos no sometidos a censura en el recurso. En la anterior ley 600 de 2000, el artículo 204 era claro en disponer que la decisión del superior se extendía a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación. Sin embargo la ley 906 de 2004 guardó silencio al respecto, con lo cual hoy en día este tema sigue siendo debatido.

Finalmente, un tema central sobre el recurso de apelación es el de la reforma en peor. En el ordenamiento jurídico colombiano, opera el principio de la prohibición de reforma en peor frente al apelante único (artículo 31 de la Constitución Política de Colombia y artículo 20 del Código de Procedimiento Penal) y debe aclararse como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en su sentencia con radicado número 39.070 de 2014 que: “el término “apelante único”, según lo planteado por la Corte Constitucional (sentencia C-591 de 2005), debe entenderse como apelante único el caso en el que no haya otro sujeto recurrente además del condenado que impugne la decisión, lo que implica que para que el juez sí quede facultado para reformar en peor tendría que apelar la fiscalía también.

Es de radical importancia señalar que los requisitos del recurso de apelación no son limitados al igual que en el de reposición, sobre el contenido del mismo, es decir, no existe una exigencia o limitación especial en cuanto al contenido del recurso, más allá de obviamente la sustentación en hechos y en derecho del mismo. En otras palabras este recurso además de reflejar el derecho de doble conformidad, no impone límite alguno al derecho mismo, a diferencia de lo que sucede con el recurso de casación como se verá más adelante.

Recurso de queja: de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 179B de la Ley 906 de 2004, adicionado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010, el recurso de queja procede “cuando el funcionario de primera instancia deniegue el de apelación”, es un recurso instrumental al servicio de los recursos verticales, pues realmente sirve solo como instrumento para buscar que el superior funcional conceda el recurso de apelación denegado por el A quo (Corte Suprema de Justicia sentencia con radicado número 47.114 de 2015). Siendo así nada obsta para que dicho recurso proceda también frente a la decisión que deniega el recurso extraordinario de casación, que a propósito es posible en la jurisdicción civil (artículo 372 de la ley 1395 de 2010).

Recurso extraordinario de casación: La casación en general se ha entendido como un recurso extraordinario en contra de las sentencias de segunda instancia proferidas por tribunales superiores (jueces colegiados). Se motiva generalmente en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones constituidas en el objeto del proceso. En Colombia este recurso tiene finalidades básicas como las siguientes: unificar la jurisprudencia, proveer la realización del derecho objetivo y repara la afectación inferida a una parte por la sentencia que se impugna (Agudelo, M., 2007, p.386) y el efecto de que este recurso prospere es la revocatoria de la decisión impugnada.

En materia penal, el recurso de casación es el medio de impugnación en el cual mediante argumentos técnico-jurídicos también denominados como de lógica y debida argumentación, se dirigen a la corrección del fallo. Tiene una finalidad clara de

acuerdo al artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, la cual consiste en cuatro asuntos: primero la efectividad del derecho material, segundo el respeto de las garantías de los intervinientes, tercero la reparación de los agravios inferidos a estos, y cuarto la unificación de la jurisprudencia. Por lo anterior, para que el recurso proceda debe darse una de las anteriores situaciones.

Adicionalmente, el artículo 181 señala las causales en las que procede la casación, siendo esta una lista taxativa conformada por cuatro causales. Así, el recurso extraordinario de casación deberá expresar con claridad y precisión los fundamentos fácticos y jurídicos de la pretensión, y se demostrar la objetiva configuración de uno o varios de los motivos de casación taxativamente previstos por el mencionado artículo.

De esta forma, “los requisitos para acudir al recurso extraordinario de casación son mucho más exigentes e incluso taxativos a diferencia de lo que sucede con los recursos ordinarios, sin embargo, un sector de la doctrina afirma que se facilita que la Corte Suprema de Justicia realice los fines de este recurso, ya que se extiende de acuerdo con el artículo 180, no solo a los ámbitos delimitados por los presupuestos estrictamente formales, sino en consideración también a los problemas de fondo que se desprenden del artículo 180” (Fierro, H., 2008, p.59).

Finalmente sobre este recurso, aplica igual lo ya explicado sobre la prohibición de reforma en peor frente al apelante único. Vale la pena resaltar que este recurso a pesar de evidenciar el derecho de doble conformidad, porque es el superior funcional quien decide sobre la sentencia de segunda instancia, tiene múltiples limitaciones que en algunos casos impedirá el acceso efectivo a la impugnación de una sentencia.

La acción de revisión (recurso extraordinario): de acuerdo a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado número 15029 de 2014, el recurso de revisión es un medio extraordinario de impugnación concebido para remover el principio de inmutabilidad característico de la cosa juzgada, en aras de salvaguardar la primacía de la justicia en las decisiones judiciales, cuando se configure alguna de las circunstancias que el legislador ha establecido taxativamente en el artículo 380 del

Código de Procedimiento Civil, las que, entre otras razones, permiten infirmar las sentencias pronunciadas sin contar con documentos que hubiesen sido determinantes en el criterio del fallador y que por las razones allí consagradas no pudieron aportarse en la oportunidad legal, así como las obtenidas con trampa o engaño, ya sea mediante la utilización de pruebas ilícitas, o con prescindencia de otras relevantes que podrían cambiar el sentido de la decisión, o conseguidas con maniobras fraudulentas, o con quebrantamiento del debido proceso, o la seguridad jurídica al impedir la coexistencia de providencias contradictorias.

La acción de revisión en materia penal, al igual que el recurso de casación -y al ser ambos recursos extraordinarios-, procede únicamente en los casos taxativamente mencionados por la ley, con un elemento adicional y es que como su nombre lo indica, procede la revisión frente a sentencias ejecutoriadas. “En la acción de revisión se abre de nuevo un debate probatorio, por haberse proferido una sentencia con base en un típico error de hecho sobre la verdad histórica del acontecimiento delictivo” (Fierro, H., 2008, pp.393-394).

En síntesis la acción de revisión contiene los siguientes principios: (i) exige la terminación de un proceso, (ii) prevalece sobre la cosa juzgada, (iii) es una acción autónoma, (iv) no necesariamente la sentencia debe ser condenatoria, (v) las causales de revisión son objetivas y taxativas, (vi) es desistible hasta cierto momento (siempre que no se encuentre en el despacho ya para sentencia), (vii) están legitimados para interponer la acción quienes ostenten un interés jurídico tutelado, y finalmente (viii) la acción de revisión no es un alegato de instancia, es decir, se debe fundamentar correctamente la causal y no esperar que el juez se pronuncie de fondo por el solo hecho de interponer la acción.

En este sentido, la acción de revisión como recurso extraordinario, al ser un recurso que se resuelve por un juez distinto al que profirió la sentencia, implica de cierta manera que opere la doble conformación, solo que ello sucede una vez la sentencia

quedo ejecutoriada y en los casos específicos que dispone la ley, es decir, con incluso más limitaciones que el recurso de casación.

IX. Sentencias de única instancia

El presidente de la República, los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura y el fiscal general gozan de un fuero especial, según el cual, por delitos comunes o en ejercicio de funciones públicas³¹, en lo propiamente criminal³², el tribunal competente para juzgarlos, también mediante sentencia de única instancia, es la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior se establece en el Artículo 235 de la siguiente manera:

Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: ii). Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3. iii) Investigar y juzgar a los miembros del Congreso. (iv). Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, 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; a los 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

³¹ Paralelamente corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de representantes contra el Presidente de la República o quien haga sus veces y contra los miembros de la Comisión de Aforados, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, será competente para conocer los hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos. En los juicios que se sigan ante el Senado, el acusado queda suspendido de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos y si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema de Justicia.

³² Artículo 175 n° 2 2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena.

Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.

Nótese muy claramente a este punto que la Constitución no estableció de plano que la Corte Suprema de Justicia, debiera juzgar únicamente y exclusivamente a tales funcionarios en única instancia y que frente a ello no existiera ninguna posibilidad de recurrir esa decisión, eso es una conclusión equivocada que algunos tratan de derivar de la Carta pues la Constitución le otorgó el carácter de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y órgano de casación en otros supuestos pero nunca dijo que figuras como la de los conjuces no pudieran revisar sus sentencias para garantizar la doble conformidad judicial en materia penal y el derecho a la impugnación.

Sin embargo, la ley Colombiana, específicamente la ley 906 de 2004 por la cual se expide el código de procedimiento penal en su Artículo 32 estableció que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conocería entre otros asuntos de: 1. los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores, del juzgamiento de los funcionarios a que se refieren los artículos 174 y 235 numeral 2 de la Constitución Política, 2. del juzgamiento de los funcionarios a que se refiere el artículo 235 numeral 4 de la Constitución Política, 3. de la investigación y juzgamiento de los Senadores y Representantes a la Cámara y 4. Del juzgamiento del viceprocurador, vicesfiscal, magistrados de los consejos seccionales de la judicatura, del Tribunal Superior Militar, del Consejo Nacional Electoral, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y Tribunales, Procuradores Delegados, Procuradores Judiciales II, Registrador Nacional del Estado Civil, Director Nacional de Fiscalía y Directores Seccionales de Fiscalía.

De esta norma, en concordancia con el sistema recursivo que se estableció anteriormente, puede determinarse que la Constitución y tampoco la ley establecieron la posibilidad de una doble instancia y tampoco de manera constitucional o legal un

recurso frente a las decisiones condenatorias de la Corte Suprema contra aquellos ciudadanos aforados.

X. Sentencias Condenatorias que se dictan por primera vez en segunda instancia.

El artículo 20 de la Ley 906 de 2004, establece que las sentencias y autos que se refieran a la libertad de imputado o acusado son susceptibles del recurso de apelación. El artículo 32 fija las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, y en particular, la facultad para resolver los recursos de apelación contra los autos y las sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores, más no para resolver los recursos en contra de las providencias de segundo grado que condenan por primera vez a una persona de acuerdo a las exigencias del derecho internacional derivadas de los compromisos adquiridos por Colombia en los tratados internacionales.

Posteriormente, el artículo 176 establece los recursos ordinarios que pueden ser utilizados para atacar las providencias judiciales, y limita el recurso de apelación a las sentencias condenatorias o absolutorias que se dictan en la primera instancia, sin establecer que proceden también frente a las sentencias condenatorias proferidas en segundo grado. En esa misma línea el artículo 179B consagra el recurso de queja cuando se deniega el recurso de apelación en los casos en que la negativa es del juez de primera instancia y no del juez de segunda.

Esas disposiciones, concordadas con otras más que por su naturaleza conforman una única disposición normativa inescindible, implican que legalmente no se estableció la posibilidad para impugnar las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en el marco de una segunda instancia.

XI. Sentencia C-792 de 2014

La Corte Constitucional, como pusimos de presente al iniciar el presente escrito, recibió por parte de la señora María Mónica Morris Liévano una demanda de inconstitucionalidad parcial de los artículos 20, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004. A juicio de la demandante, íntegramente considerados estos preceptos violan el debido proceso y las garantías judiciales establecidas en la CADH y el PIDCP; en primer lugar porque no permiten la posibilidad de apelar las sentencias condenatorias dictadas por primera vez en segunda instancia y en segundo lugar porque los demás recursos como el de casación y la acción de revisión, no satisfacen los estándares constitucionales del derecho a la impugnación³³. En esa demanda le solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad de los preceptos pero condicionándola a que “toda sentencia que imponga una condena por primera vez en segunda instancia, puede ser apelada por el condenado”.

El primer aspecto a destacar de la Sentencia y a nuestro parecer el punto de quiebre con la jurisprudencia anterior, es que la Corte por primera vez se dio a la tarea de distinguir entre el derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia lo cual tuvo efectos muy relevantes en su decisión. En palabras de la Corte “El derecho a la impugnación y la garantía de la doble instancia son estándares constitucionales autónomos y categorías conceptuales distintas e independientes, si bien en algunos supuestos fácticos específicos, el contenido de una y otra es coincidente. (...)”

En cuanto sus diferencias la Corte señaló al menos las siguientes:

1. En cuanto a su fundamento normativo: “mientras el derecho a la impugnación se encuentra consagrado en los artículos 29 del texto constitucional, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP, la garantía de la doble instancia se encuentra prevista en el artículo 31 de la Carta Política”

³³ Si bien esos son los argumentos principales que pueden extraerse de la demandante, también incluyó cargos por el derecho a la igualdad ya que las personas condenadas en primera instancia sí podían apelar el fallo condenatorio.

2. En cuanto a su naturaleza jurídica: “mientras la impugnación es un derecho subjetivo de rango y jerarquía constitucional en cabeza de las personas condenadas en un juicio penal, la doble instancia constituye una garantía que hace parte del debido proceso, y que puede ser alegada por cualquiera de los sujetos procesales; esta diferenciación tiene una repercusión importante, puesto que la Corte ha entendido que la doble instancia, por tener la condición de un principio general, puede ser exceptuado por vía legislativa; y como la impugnación no solo es un principio sino un derecho que hace parte integral del debido proceso, las excepciones al mismo se encuentran limitadas”. Esta conclusión de la Corte, que fue abordada por nosotras en un primer momento es esencial para entender que los Estados frente a esta disposición no tienen la facultad de establecer excepciones como si ocurre con el artículo 31 que consagra el principio de la doble instancia.

3. En cuanto al ámbito de acción: “mientras el derecho a la impugnación ha sido concebido para los juicios penales, la garantía de la doble instancia constituye la regla general de todo proceso judicial”.

4. En cuanto a su contenido, mientras el derecho a la impugnación otorga la facultad para controvertir la sentencia condenatoria, para que un mismo litigio sea resuelto en el mismo sentido por dos jueces distintos (doble conformidad judicial), la garantía de la doble instancia exige que una misma controversia jurídica sea sometida a dos instancias o fases procesales distintas e independientes, y dirigidas por jueces distintos, pero sin importar que los fallos resultantes sean coincidentes.”

5. En cuanto a su objeto: “mientras el derecho a la impugnación recae sobre las sentencias condenatorias dictadas en el marco de un proceso penal, de modo que la facultad se estructura en torno al tipo y al contenido de la decisión judicial, la doble instancia se predica del proceso como tal, para que el juicio tenga dos instancias, independientemente del contenido y alcance de los fallos que resuelven la controversia”.

6. En cuanto a la finalidad “mientras el derecho a la impugnación atiende a la necesidad de garantizar la defensa plena de las personas que han sido condenadas en un proceso penal frente al acto incriminatorio, y a asegurar que mediante la doble conformidad judicial la condena sea impuesta correctamente, la doble instancia tiene por objeto garantizar la corrección del fallo judicial, y en general, “la existencia de una justicia acertada, recta y justa, en condiciones de igualdad”; en el primer caso, el derecho se estructura en beneficio de un sujeto específico, mientras que el segundo persigue el objetivo impersonal de garantizar la corrección judicial”.

A pesar de esas diferencias, bien marcadas por la Corte Constitucional, es claro que ambas instituciones pueden coincidir en la situación específica en la que en un proceso penal de primera instancia el juez falla en contra del imputado, pues en ese caso el derecho a la impugnación desencadena la segunda instancia, y se convierte en la vía procesal que realiza el imperativo de la doble instancia judicial. Recíprocamente, cuando en las normas procesales se prevén juicios con dos instancias se permite y se asegura el ejercicio del derecho a la impugnación siempre y cuando sea condenatoria en primera instancia y no absolutoria.

No obstante, cuando no se da esa hipótesis precisa, la convergencia de las figuras claramente se esfuma de las siguientes maneras:

1. Cuando se dicta un fallo por fuera de un juicio penal, verbigracia civil, no aplica el derecho a la impugnación mientras que sí son exigibles los requerimientos de la doble instancia salvo norma en contrario.

2. Cuando se da un fallo en una instancia distinta a la primera, no opera la garantía de la doble instancia, porque esta garantía se predica del proceso y no de la sentencia y por definición ya ha sido satisfecha previamente. Contrariamente si el fallo condenatorio se da por primera vez en una instancia distinta de la primera, igualmente procede la impugnación.

3. Para finalizar, si la sentencia no es condenatoria en materia penal no se puede predicar la presencia del derecho a la impugnación, mientras que si el fallo es absolutorio en primera, la garantía de la doble instancia sí opera (Salvo excepciones de ley), independientemente del sentido de la decisión judicial.

Después de haber hecho esas precisiones conceptuales tan bien desarrolladas, a la Corte le fue mucho más sencillo estructurar dos problemas centrales que subyacían a la solicitud de inconstitucionalidad condicionada de las normas acusadas, los cuales estructuró así: “¿el ordenamiento superior consagra un derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un juicio penal, imponen una condena por primera vez en la segunda instancia?; 2.) ¿Los estándares a los que se debe someter el legislador al diseñar las herramientas procesales que materializan la facultad anterior, y en particular, la naturaleza y el tipo de examen o análisis que debe efectuar el operador jurídico encargado de la revisión del fallo inculpativo están ajustados a la Carta y el bloque de constitucionalidad?”.

A la primera pregunta la Corte Constitucional resolvió positivamente, llegando a la conclusión de que a la luz del ordenamiento superior y el corpus iuris internacional, existe un derecho, de naturaleza y jerarquía constitucional, de impugnar las sentencias que imponen por primera vez una condena en el marco de un proceso penal, incluso cuando estas se dictan en la segunda instancia³⁴.

Para responder a la segunda pregunta la Corte fijó tres lineamientos básicos establecidos en el ámbito internacional y plenamente aplicables a todos los casos que debe respetar el legislador. 1. En la medida en que el operador jurídico debe evaluar los fundamentos de la sentencia cuestionada, éste debe contar con amplias facultades para efectuar una revisión completa, amplia y exhaustiva del fallo. 2. La evaluación de

³⁴ Esto lo hizo tomando en cuenta muchas de las consideraciones sobre la naturaleza de este derecho subjetivo y las decisiones e interpretaciones que a lo largo de este trabajo ha podido conocer el lector, por lo cual no se aludirá nuevamente a ellas. Basta recordar que a pesar que la sentencia se dio en el marco de la pregunta por la primera condena en fallo de segunda instancia, también pueden replicarse las situaciones en donde se da condena por primera vez en única instancia.

todos los elementos determinantes de la condena exige una nueva aproximación al caso que y no centrarse en el análisis de la validez formal del acto de autoridad; y 3. como se requiere un ejercicio analítico y valorativo de todos los elementos determinantes del fallo condenatorio, la revocatoria de la decisión condenatoria se debe producir cuando se verifique que ésta carece de alguno de sus fundamentos o elementos determinantes, y no solo cuando se configure una de las irregularidades o vicios determinados previamente en el derecho positivo; en otras palabras, el recurso judicial no debe estar sujeto a un conjunto cerrado de causales de procedencia establecidas previamente por el legislador, sino que debe existir un examen abierto de la sentencia.

En este momento y recordando nuestro apartado anterior donde describimos el modelo recursivo en Colombia, debido a sus características, la Corte debió rechazar su anterior hipótesis³⁵ según la cual aquellos recursos sí cumplían con los estándares internacionales. Para el efecto la Corte afirmó “El recurso extraordinario de casación no satisface los requerimientos básicos del derecho a la impugnación, por las siguientes razones: (i) el recurso no puede ser utilizado para atacar cualquier sentencia condenatoria, porque excluye las referidas a las contravenciones penales, porque el juez de casación puede inadmitir el recurso a partir de juicios discrecionales sobre la utilidad del caso para el desarrollo jurisprudencial, y porque cuando se cuestionan las órdenes de reparación integral, son aplicables las limitaciones materiales de la legislación civil; (ii) el tipo de examen que efectúa el juez de casación es incompatible con la valoración que se debe efectuar en desarrollo del derecho a la impugnación, porque el recurso no permite una nueva aproximación al litigio o controversia de base, sino una valoración del fallo judicial a la luz de un conjunto cerrado de causales de procedencia, teniendo en cuenta únicamente los cuestionamientos del condenado (...) Por su parte, la acción de tutela tampoco satisface los estándares anteriores, porque se trata de un dispositivo excepcional que

³⁵ Confrontar entre otras, las Sentencias C-411 de 1997, C-142 de 1993, C-998 de 2004 y C-934 de 2006 en donde la Corte había indicado que el recurso extraordinario de casación en conjunto con los demás recursos garantizaban los estándares del derecho a la impugnación.

no permite controvertir todo fallo condenatorio que se dicta en la segunda instancia de un proceso penal, y porque tiene las mismas limitaciones materiales del recurso extraordinario de casación”.

A pesar de esta afirmación, vale la pena clarificar que es cierto que los recursos previstos en la legislación interna pueden ser compatibles con el artículo 14.5 del PIDCP y 8.2 h de la CADH incluso cuando no se traten del recurso ordinario de apelación o de uno que no de lugar a un nuevo juicio o a una nueva instancia. Por ejemplo, cuando en el marco de un recurso extraordinario de casación el juez efectúa una nueva valoración de la controversia jurídica a la luz los cuestionamientos planteados por el recurrente, se garantiza adecuadamente el derecho a la revisión de los fallos condenatorios³⁶.

Rebobinando entonces lo dicho hasta ahora de la sentencia C-792 de 2014 tenemos: la Corte diferenció el derecho a la impugnación como lo hemos entendido durante todo el presente trabajo y la garantía a la doble instancia pues no son conceptos sinónimos; posteriormente estableció que existe en el ámbito Constitucional y Convencional un derecho fundamental a la impugnación que no puede ser desconocido por los Estados y por último que en Colombia no se cumplen con los estándares internacionales para garantizar y materializar el derecho a la impugnación a través del sistema recursivo³⁷ pues en primer lugar no se garantiza la apelación para las personas condenadas por primera vez en segunda instancia³⁸ y aquellos condenados en única instancia y en

³⁶ Cfr. Caso Pérez Escolar vs España, Comunicación 1156/2003, y caso Lumley vs Jamaica, Comunicación 662/1995.

³⁷ Algunas aproximaciones a esta idea ya se habían gestado en la Corte Constitucional implícitamente. Este es el caso de la sentencia C-019 de 1993, en la Corte determinó que los procesos penales relativos a menores infractores podrían ser de única instancia cuando en ellos no se decreta una medida privativa de la libertad, más no en caso contrario, pues en esta hipótesis se debe asegurar el derecho a impugnar la sentencia, y por ende, la doble instancia. No obstante, esta conclusión no tuvo como fundamento la identificación de las exigencias propias de la prerrogativa constitucional aludida, ni el examen de idoneidad de las herramientas procesales extraordinarias previstas en la legislación colombiana (como el recurso de casación o la tutela contra providencias judiciales) a la luz de tales estándares; por el contrario, a esta conclusión subyace la premisa de que el derecho a la impugnación se satisface a través de la doble instancia.

³⁸ De entenderse que el derecho a la impugnación recae únicamente sobre la sentencias que se dictan en la primera instancia, se subsumiría este derecho en la garantía de la doble instancia y se anularían los efectos de

segundo lugar no existen mecanismos alternativos que cumplan con los estándares de amplitud³⁹, enfoque⁴⁰ y accesibilidad⁴¹ que exige la comunidad internacional.

Por esas razones la Corte decidió

PRIMERO.- Declarar la INCONSTITUCIONALIDAD CON EFECTOS DIFERIDOS, y en los términos señaladas en el numeral segundo de la parte resolutive de esta providencia, de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y EXEQUIBLE el contenido positivo de estas disposiciones.

SEGUNDO.- EXHORTAR al Congreso de la República para que, en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias. De no hacerlo, a partir del vencimiento de este término, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

XII. Problemas generados por la Sentencia C-792 de 2014

Hemos dicho que la Corte fue merecedora por esta sentencia de la nominación al premio justicia y convencionalidad que entrega el Instituto Interamericano De Derechos Humanos lo cual es ciertamente positivo. Sin embargo el fallo dejó muchos asuntos sin resolver, tanto por lo que dijo como por lo que no dijo, desaprovechando

los artículos 29 de la Carta Política, 8.2.h de la CADH y 14.5 del PIDCP violando el criterio hermenéutico del efecto útil de las normas.

³⁹ que permita un nuevo escrutinio de todos los elementos normativos, fácticos y probatorios determinantes de la condena;

⁴⁰ el análisis del juez debe recaer primariamente sobre la controversia de base que dio origen al litigio judicial, y solo secundariamente, sobre el fallo judicial como tal;

⁴¹ Debe existir un examen abierto de la decisión judicial recurrida, de modo que ésta pueda revocarse cuando del examen integral del caso se concluya que no hay lugar a la imposición de la condena, y no solo una revisión de la sentencia a luz de un conjunto cerrado de causales de procedencia del recurso.

así una oportunidad histórica para el Estado Colombiano. En este apartado trataremos de sintetizar esas situaciones que se generaron en el ordenamiento y que lastimosamente se han solucionado de tal manera que llevaran necesariamente a una avalancha de reclamaciones ante la CIDH.

1. La inconstitucionalidad condicionada con efectos diferidos: en la Sentencia C-792 de 2014, la Corte Constitucional se decidió por la pretensión de la actora en el sentido de declarar la constitucionalidad condicionada⁴² de las normas del código de procedimiento penal pues a su juicio era la mejor manera de subsanar el vacío normativo que ella consagraba. Esta decisión la acompañó de una orden de diferir⁴³ la declaratoria a un año a partir de la notificación por edicto de su fallo, esto con el fin de que el Congreso o de la República regulara integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco del proceso penal, imponen una condena por primera vez y en general cualquier primera sentencia condenatoria, advirtiendo que en caso de que el legislador incumpliera este deber, se entendería que procedía la impugnación de los fallos anteriores ante el superior Jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

En nuestro criterio la Corte debió acudir a una sentencia integradora o aditiva, tanto en su modalidad de integradora de normas no demandadas, como en la modalidad aditiva de contenidos normativos (Quinche, M., (2009), p. 655); esto a pesar de las críticas que pudiera recibir de aquellos que afirman que la Corte en ella “asume funciones legislativas”.

Lo anterior se afirma por al menos dos razones: la primera es que las disposiciones demandadas se reproducían en igual sentido en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas expresamente, en este caso el antiguo código de

⁴² Las sentencias de constitucionalidad condicionadas son aquellas en que la Corte declara la constitucionalidad pero condicionando la permanencia a una condición interpretativa que es la única aceptada y ajustada a la Constitución. Manuel Quinche. Los fallos y la modulación de sus efectos en el control constitucional P.654. (2009) cfr. condiciones del fallo de constitucionalidad condicionada en sentencia C-496 de 1994.

⁴³ El principio general es que los fallos tienen efectos hacia el futuro pero por excepción la corte puede darle una constitucionalidad temporal a la norma hasta que el Congreso complete

procedimiento penal ley 600 de 2000 que aún sigue vigente para ciertos casos. La segunda razón, porque si bien la Corte integró una disposición para hacer constitucional la omisión normativa no lo hizo de manera completa haciendo nugatorio el fallo para muchas personas pues la legislación ordinaria siguió sin la forma de materializar el recurso lo cual hubiese podido salvar.

Para ejemplificar los problemas adelantados observemos los siguientes supuestos:

a.) Maria del Pilar Hurtado y Bernardo Moreno solicitaron en sede tutela a la Corte Suprema de Justicia que se les garantizara su derecho a la impugnación en virtud de la interpretación de ese derecho que hizo la pluri mencionada sentencia de 2014. Sin embargo, la Corte suprema de justicia en la sentencia con radicado número 36784 de 2016 hábilmente negó el amparo indicando que

Fue durante la constitucionalidad temporal de los preceptos demandados, declarados en la sentencia C 792 de 2014, que la Sala de Casación penal emitió y adquirió firmeza, el fallo de condena contra Maria del Pilar Hurtado y Bernardo Moreno, lapso en el que e l a situación jurídica de estos funcionario se consolidó con base en las normas y el procedimiento legal y constitucional vigente para ese momento, esto es antes de la fecha fijada por la Corte Constitucional como límite para expulsar del orden jurídico las normas que impiden el recurso de impugnación contra la sentencia condenatoria proferida en única instancia, o contra la primera condena que se emite en el trámite penal ordinario; de donde se sigue que para este caso no puede solicitarse la aplicación del referido fallo. Agréguese que la sentencia proferida contra HURTADO AFANADOR y MORENO VILLEGAS, cobró firmeza en vigencia a de la legítima y vinculante interpretación del ordenamiento jurídico, realizada por la Corte Constitucional en el fallo SU- 811 de noviembre 18 de 2009 , que avaló el procedimiento de única instancia para el procedimiento de única instancia para el juzgamiento criminal de

ciudadanos aforados, trámite en el cual no se prevé la impugnación de la sentencia, y que vino a insertarse a las reglas del procedimiento penal a través del fallo de constitucionalidad C-792 de 2014 invocado por los peticionarios.

b.) Las exclusiones del derecho a la impugnación (que hemos dicho a lo largo de este texto un derecho subjetivo de TODA persona conforme a los preceptos internacionales) no se agotan al caso de las sentencias que obtuvieron firmeza en ese año de gracia otorgado por la Corte. Recientemente, Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia SU 215 de 2016 negó la tutela interpuesta por dos personas que mediante sentencia del 11 de marzo de 2015 fueron condenadas en casación por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, luego de haber sido absueltas en primera y segunda instancia, en un proceso que se adelantó según el procedimiento penal regulado por la Ley 600 de 2000. Para el efecto la Corte estableció igualmente de manera hábil, que contra esa decisión, por el momento en el cual se expidió, no procedía un medio de impugnación que fuese similar a la apelación como recurso ordinario. Así mismo el alto tribunal indicó que la posibilidad de condenar por primera vez en casación, en los procesos penales ordinarios regulados en la Ley 600 de 2000, y decididos antes del 24 de abril de 2016, se ajusta al derecho al debido proceso, a la doble instancia y a acceder a la justicia, de acuerdo a lo establecido en la sentencia C-998 de 2004 que contiene la interpretación vigente de la Corte para el caso concreto.

c.) Los problemas no paran allí, la misma Corte, tan progresista en su sentencia de 2014, retrocedió de manera importante al precisar que la parte resolutive de la sentencia C-792 de 2014 solo es aplicable, restrictivamente a los casos que reúnan tres condiciones: (i) que se trate de condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, (ii) en procesos penales ordinarios regulados por la Ley 906 de 2004, (iii) y respecto de providencias que no se encuentren ejecutoriadas para el 24 de abril de 2016.

2. La indicación de que en caso de omisión por parte del Congreso la impugnación procede contra todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena: como afirmamos anteriormente, la Corte dispuso un tiempo de 2 años para que el ordenamiento interno se adecuara a los estándares internacionales mediante recursos ordinarios, amplios y efectivos que garantizaran el derecho a la impugnación pues de lo contrario la consecuencia sería poder presentar la impugnación sin el desarrollo legislativo correspondiente ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

Esta decisión no tomó en cuenta dos factores fundamentales, en primer lugar la histórica negligencia de nuestro Congreso y en segundo lugar que la Corte Suprema de Justicia en nuestro ordenamiento no tiene superior funcional. Por esa razón la Corte Suprema de Justicia en su sentencia con radicado 39156 de 2015 ha sostenido:

Si bien no desconoce la Sala la naturaleza y la fuerza normativa de la previsión constitucional contenida en el artículo 29, acerca del derecho que tiene todo ciudadano a impugnar la sentencia condenatoria, es lo cierto que en el estado actual de cosas es imposible cumplir la sentencia C-792 de 2014, porque al no haber acatado el Congreso de la República el llamado que la Corte Constitucional hizo en el numeral segundo del precitado fallo, en el sentido de que en el término de un año, contado a partir de la notificación por edicto, regulara "integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias", el ordenamiento existente no ofrece opciones para suplir o complementar el déficit normativo en este tema. Por ello, el aparte final del numeral citado, según el cual si el Congreso no regulaba el derecho a impugnar la sentencia condenatoria en el término de un año allí fijado, "se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la sentencia", entraña una contradicción sustancial que no puede resolver la Corte Suprema de Justicia cuando actúa como juez de única o segunda instancia, o juez de

casación, pues la estructura de la Rama Judicial está diseñada de tal manera que esta Corporación es el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, por lo mismo de cierre, como lo disponen los artículos 234 de la Carta Política y 15 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, de modo que las sentencias condenatorias en juicios de única instancia, o las dictadas en segunda instancia que por primera vez imponen condena, o al resolver el recurso extraordinario de casación, carecen de superior jerárquico o funcional con competencia para revisar los fundamentos tácticos y jurídicos de una condena, de acuerdo a los estándares fijados por la Corte Constitucional en la C-792 tantas veces citada.

Esta discusión ya se había presentado anteriormente y de allí toma argumentos la Corte Suprema de Justicia en su sentencia con radicado 39156 de 2015 para sostenerse en su posición, ya que la misma Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, con ocasión del análisis de constitucionalidad del numeral 6º del artículo 17 de la Ley Estatutaria de la administración de Justicia, que le atribuía a la Sala Plena de la Corporación la posibilidad de resolver las impugnaciones y los recursos de apelación contra las diferentes actuaciones procesales que realice la Sala de Casación Penal, en los casos de juzgamiento a funcionarios y servidores públicos con fuero constitucional estableció:

(...) para poder comprender los alcances constitucionales de esta disposición, resulta indispensable remitirse, en primer término, al artículo 234 Superior que prevé: “Artículo 234. La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en Salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en Pleno”. “En esta norma que señala que la Corte Suprema será dividida por la ley en salas, las cuales conocerán de sus

asuntos en forma 'separada', salvo que se determine que en algunas oportunidades se estudiarán materias por la Corporación en pleno. En ese orden de ideas, las atribuciones que el artículo 235 de la Carta le atribuye a la Corte, en particular la de actuar como tribunal de casación y la de juzgar a los funcionarios con fuero constitucional, deben entenderse que serán ejercidas en forma independiente por cada una de sus salas, en este caso, por las Sala de Casación Penal. De lo anterior se infiere pues, varias conclusiones: en primer lugar, que cada Sala de Casación –penal, civil o laboral- actúa dentro del ámbito de su competencia como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria; en segundo lugar, que cada una de ellas es autónoma para la toma de decisiones y, por lo mismo, no puede inferirse en momento alguno que la Constitución definió una jerarquización entre salas; en tercer lugar, que el hecho de que la Carta Política hubiese facultado al legislador para señalar los asuntos que deba conocer la Corte en Pleno, no significa que las Salas de Casación pierdan su competencia o que la Sala Plena sea superior jerárquico de alguna de ellas. En otras palabras, la redacción del artículo 234 Constitucional lleva a la conclusión evidente de que bajo ningún aspecto puede señalarse que exista una jerarquía superior, ni dentro ni fuera, de lo que la misma Carta ha calificado como 'máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria'.

Y nuevamente se planta la Corte Suprema en la misma sentencia de Justicia indicando que:

(...) aunque se trata de un decisión de hace 20 años, tiempo durante el cual han cambiado no solo las instituciones sino la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a la definición del contenido y alcances del derecho a impugnar la sentencia condenatoria, no puede pasarse por alto que la Constitución Política y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia mantienen idénticos términos la estructura de la Rama

Judicial y las funciones que le son propias de la Corte Suprema de Justicia en cada una de sus Salas y de su cuerpo en pleno, de modo que si en 1996 no se halló ajustado al Estatuto Supremo este mecanismo para posibilitar el ejercicio de ese derecho, menos se advierte que en la actualidad sea viable aplicarlo de esa manera directa e inmediata. Lo anterior, al contrario, demuestra con claridad que necesariamente se requiere de una reglamentación previa en la cual se hagan los cambios constitucionales y legales que resulten necesarios para diseñar los procedimientos y las competencias para ello, sin comprometer, por supuesto, la estructura del Estado. Precisamente, por tratarse de un déficit normativo, bajo la consideración de que los artículos demandados no permiten inferir razonablemente la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria cuando esta tiene, por primera vez, ese carácter negativo para la persona enjuiciada, de modo que si bien la materia que regulan no es en sí misma contraria a la Constitución porque lo que riñe es el silencio frente a un derecho sustancial que allí debía regularse, la Corte Constitucional concluyó que esa particular situación le impedía declarar la constitucionalidad condicionada, y, de otro, no le permitía introducir el elemento omitido, porque de hacerlo la intervención judicial implicaría la alteración de los elementos estructurales del proceso penal pues: “En esta oportunidad, sin embargo, el elemento normativo omitido, relativo a la previsión de un recurso judicial que materialice el derecho a la impugnación del primer fallo condenatorio en el marco de un juicio penal, constituye un elemento estructural del proceso, y por tanto se proyecta en la normativa procesal penal, y además, implica el rediseño de una gama de instituciones. Es así como este elemento tiene una repercusión directa en el esquema del proceso penal, en las competencias de los órganos judiciales y en el alcance de otros recursos.

Esas circunstancias planteadas por el Alto Tribunal de la Justicia Ordinaria eran claramente predecibles como consecuencia de los efectos del fallo de

constitucionalidad y no tardó la Corte Suprema en expedir el comunicado de prensa No. 08/16 emitido por la Sala Plena el pasado 28 de abril del 2016 estableciendo en síntesis lo siguiente:

4. ...no está al alcance de la Corte Suprema de Justicia, que es el máximo Tribunal de justicia ordinaria y órgano de cierre, la creación de un superior jerárquico que revise las sentencias de sus Salas especializadas. (...) es simplemente imposible para la Corte Suprema de Justicia, en razón de lo anterior, definir las reglas que habiliten el recurso de apelación contra la sentencias condenatorias que en casos de única instancia profiera su Sala de Casación Penal o respecto de la primera condena que dicte en segunda instancia o en desarrollo del recurso de extraordinario de casación. 6... Se requiere destacar, para finalizar, que el diseño de la justicia penal en Colombia no consagrara un Tribunal por encima de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que resulta un despropósito, en esa medida, que la Corte Constitucional concluya que los fallos de un órgano limite, que es el máximo tribunal en materia penal en el país, se puedan impugnar ante un superior jerárquico que lógicamente no puede existir.

De esta manera, los estándares materiales mínimos que exigía la sentencia C-792 de 2014 no están siendo cumplidos aun cuando es claro que en virtud de los estándares internacionales en ningún caso la estructura del proceso penal, el número de instancias que se surtan en juicio, el tipo de infracción cometida o la sanción impuesta pueda ser invocada para establecer una excepción a los derechos de defensa y contradicción.

Este problema creado por la decisión de la Corte Constitucional y magnificado por la inoperancia del Congreso ha llevado a que se analice que lo que debe hacerse es una reforma Constitucional pues lo que se busca es que la Corte Suprema de Justicia no

sea más órgano de cierre cuando en ejercicio de sus funciones constitucionales profiera por primera vez una sentencia de condena.

XIII. Alternativas

A este momento está claro que los esfuerzos de la Corte Constitucional se quedaron muy cortos de la pretendida adecuación a los lineamientos que exige la comunidad internacional, esto pues los diferentes niveles de las ramas del poder público se han mostrado renuentes a tomar decisiones adecuadas en la búsqueda de cumplir efectivamente con el compromiso internacional de respetar los derechos humanos consagrados en Convenios como la CADH. Tenemos una Corte Constitucional que restringe su decisión a supuestos muy específicos, un Congreso que no legisla y una Corte Suprema que se guía por criterios de hace 20 años sin desplegar esfuerzos interpretativos para cumplir con las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

Por ello es una labor de los operadores jurídicos y nuestra como miembros de la sociedad y practicantes del derecho ofrecer al menos posibles soluciones a estos problemas jurídicos que se presentan en la sociedad y que un Estado debería estar en capacidad de corregir; todo bajo la premisa de que las obligaciones internacionales hay que cumplirlas y si no se cumplen el Estado debe ser condenado a la reparación.

1. El papel de la Corte Suprema de justicia: no debemos negar que ya es un hecho que el Congreso decidió no cumplir con la orden de la Corte Constitucional y regular el derecho a la impugnación de todas las sentencias condenatorias que se dictan por primera vez en el marco de un proceso penal. Tampoco podemos pasar por alto que ya los organismos de control como la CIDH han expresado sin dubitaciones que los Estados no pueden excusarse en su legislación interna para eximirse de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes adquiridos en el marco de los convenios internacionales.

En ese contexto proponemos a la Corte Suprema, como juez natural de los aforados realizar una interpretación amplia de las normas existentes, guiados por la herramienta del control de convencionalidad y por el principio pro homine. Para desarrollar un poco más la idea, se plantea el problema de la siguiente manera: la Corte Suprema entiende que es órgano de cierre, eso nadie lo discute pues el constituyente así lo declaró, pero ello no implica que no se deba o no se pueda garantizar el derecho a la impugnación. En ese sentido, aun cuando la Corte Suprema de Justicia entienda que existe una antinomia entre la norma constitucional y la norma convencional, que es más garantista, deberá aplicar aquella que protege en mayor medida los derechos de la persona es decir la que favorece el derecho a la impugnación y no la calidad de órgano de cierre de la jurisdicción (máxime cuando del hecho que sea órgano de cierre no se desprende que no lo pueda garantizar).

En estos supuestos, en donde no existe una instancia superior al máximo órgano, que pueda hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio, según la CIDH en el caso *Liakat Alí Alibux vs Suriname*, algunos Estados han adoptado distintas fórmulas jurídicas con el fin de garantizar el derecho a recurrir el fallo a saber:

a) cuando una Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es la que juzga en primera instancia, para que luego el Pleno de la misma, sea la instancia que revise el recurso interpuesto; b) cuando una determinada Sala de la Corte Suprema juzga en primera instancia y otra Sala, de distinta composición, resuelve el recurso presentado, y c) cuando una Sala conformada por un número determinado de miembros juzga en primera instancia y otra Sala conformada por un número mayor de jueces que no participaron en el proceso de primera instancia, resuelva el recurso.

De esa manera, la Corte debería en los casos concretos donde no se haya garantizado la impugnación de los aspectos jurídicos y facticos que fueron decisivos de la sentencia condenatoria por primera vez, no aplicar al caso concreto las normas

procesales establecidas la legislación como un ejercicio de control de convencionalidad y aplicar directamente las normas constitucionales integradas por el bloque de constitucionalidad. Para ello podrían ayudarse en el derecho comparado o por ejemplo en una norma como la del artículo 178 A constitucional, incluida por el acto legislativo 02 de 2015 que establece que “En el caso de juicios contra magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los conjuces serán designados por el Consejo de Estado” haciendo una analogía, como en ese caso los Magistrados de la Corte Suprema no podrían decidir aquí deberían ser los conjuces quienes tengan la segunda revisión y garantizar la doble conformidad. De no ser así, de la Corte Suprema no buscar una alternativa racional que garantice la impugnación, seguirá incumpliendo los deberes internacionales del Estado y desconociendo el principio del non liquet que le prohíben al juez abstenerse de decidir simplemente por el hecho de que haya lagunas o dificultades interpretativas.

2. El papel de la Corte Constitucional en sede tutela: no se descarta la posibilidad de acudir a la acción de tutela pues se trata de un derecho fundamental asociado el debido proceso.

La Corte debe abandonar la postura que adoptó en la Sentencia SU-215 de 2016 donde limitó el derecho a la impugnación a los casos que reúnan tres condiciones: (i) que se trate de condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, (ii) en procesos penales ordinarios regulados por la Ley 906 de 2004, (iii) y respecto de providencias que no se encuentren ejecutoriadas para el 24 de abril de 2016.

Sin embargo como la práctica ha demostrado que no existe una verdadera voluntad de los entes estatales en la garantía del derecho a la impugnación claramente hay que retomar la solución del Derecho Internacional.

3. En el Ámbito internacional: existe el mecanismo para que sea protegido el derecho a la impugnación, el cual es acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (como ya lo han hecho, entre muchos otros, varias de las personas juzgadas

por su servicio público en el periodo de Alvaro Uribe Vélez⁴⁴, incluyendo este último, en contra del Estado Colombiano (El Espectador, 2016)) para que se tomen medidas a favor de las personas que han sido condenadas y que no han tenido acceso a un recurso ordinario e idóneo frente a tribunal superior para que revise las bases de la sentencia condenatoria⁴⁵.

Ahora bien, aunque la CIDH no se ha pronunciado en ningún caso de los que le han sido expuestos por los ciudadanos colombianos por la violación al derecho a la impugnación, hay una alta probabilidad de éxito pues ya hemos reiterado que el derecho a la impugnación es de toda persona y por los antecedentes que expusimos anteriormente en este trabajo en la jurisprudencia de la CIDH. “En la práctica la comisión tarda entre seis meses y dos años en estudiar cada caso. Y en la mayoría de oportunidades los archiva” (Revista Semana, 2016, Párr. 13).

Si bien no es el objetivo de este trabajo hay dos aspectos en las cuales nos parece pertinente que se dediquen esfuerzos en entender que implicaciones podría tener el manejo que se ha dado al sistema recursivo colombiano y al fallo adoptado por la Corte Constitucional.

En primer lugar analizar la posible responsabilidad extracontractual del Estado consagrada en el artículo 90⁴⁶ al no garantizar del derecho a impugnar un fallo condenatorio donde posiblemente se estará incurriendo en una falla del servicio que dé lugar a la indemnización de los perjuicios que del daño a derechos constitucionales protegidos se deriven. Quizás si al Estado le comienzan a tocar el bolsillo se presente de verdad una decisión para resolver los asuntos inconclusos al día de hoy.

⁴⁴ Cfr. El Espectador, CIDH admitió estudiar caso de Mario Uribe, condenado por parapolítica.

⁴⁵ La CIDH es competente para conocer del presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, en razón de que Colombia es Estado Parte y reconoció la competencia contenciosa de la Comisión el 21 de junio de 1985, por lo cual existe el mecanismo de acudir a ella para la protección de este derecho.

⁴⁶ El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En segundo lugar frente a los Congresistas podría analizarse tanto su responsabilidad por la autoría del delito de prevaricato por omisión, que consagra que el servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años⁴⁷ como su responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de los deberes funcionales. No tiene sentido en un Estado de derecho que los Congresistas omitan sus funciones para lo cual el Estado destina infinidad de recursos y que por esa negligencia no tenga ninguna responsabilidad, máxime cuando eso implica que el Estado tenga que responder ante instancias internacionales por violación a garantías establecidas en convenios que versan sobre derechos humanos.

XIV. Conclusiones

- El derecho penal o el derecho procesal penal no tienen su origen en la ley. Al igual que todo el derecho interno están irradiados por la constitucionalización del derecho lo cual implica que la validez de sus consagraciones depende de su armonía con la Carta fundamental.
- La Constitución no se agota en lo contenido formalmente en ella. Las diferentes Constituciones han ampliado su espectro normativo a través del mecanismo del bloque de Constitucionalidad, incluyendo dentro de su normatividad entre otros conjuntos normativos los Tratados Internacionales y especialmente aquellos que versan sobre Derechos humanos.
- El reconocimiento directo en la Constitución de distintos derechos y garantías que protegen la libertad es la más clara muestra de la constitucionalización del procedimiento penal. En la Carta se incorporaron un catálogo de garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial en materia penal, con el fin de

⁴⁷ Ley 734 de 2002 Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: 1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

impedir que tanto quienes administran justicia como el futuro legislador desconozcan derechos fundamentales de las personas.

- La Constitución Colombiana prescribió específicamente en el artículo 93 que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerían en el orden interno y que la interpretación de los derechos y deberes contenidas en ella se haría de acuerdo a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.
- El artículo 29 constitucional consagra el debido proceso como un macro principio el cual a su vez se subdivide en varias garantías, particularmente en el ámbito del derecho penal, lo cual se explica en la gran injerencia que tiene esta manifestación del poder sancionatorio y coercitivo del Estado.
- Dentro de esas garantías consagradas por el artículo 29 se encuentra el derecho subjetivo, ya no como mandato de optimización, de impugnar la sentencia condenatoria que no puede ser desconocido por el legislador.
- En el marco de las instancias internacionales también se ha desarrollado el derecho a la impugnación. Los tratados de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Político sobre Derechos Civiles y Políticos suscritos y ratificados en Colombia, consagran en sus artículos 8.2 h y 14.5 respectivamente la garantía para toda persona de recurrir el primer fallo condenatorio en su contra en procura de cumplir con la doble conformidad judicial otorgándole mayor legitimidad al ejercicio de poder del estado en contra de la libertad personal.
- El derecho a la impugnación no consiste en un derecho a ‘dos instancias’, sino a una revisión, por parte de un tribunal superior, del fallo condenatorio independientemente de la etapa en que se produzca. El principio de la doble instancia consagrado en el artículo 31 constitucional se diferencia de esta garantía tanto en su objeto, contenido, alcance y finalidad.
- Mientras el derecho subjetivo a la impugnación como regla está establecido únicamente en materia penal, el principio de la doble instancia está instituido

para todo tipo de procesos; así mismo mientras la impugnación busca la doble conformidad del juez para darle legitimidad a una sentencia condenatoria en materia penal, la garantía de la doble instancia busca garantizar la corrección de los fallos independientemente del sentido de los mismos.

- Es posible que el derecho a la impugnación se desarrolle a través del principio de la doble instancia cuando la situación específica en la que en un proceso penal de primera instancia el juez falla en contra del imputado, pues en ese caso el derecho a la impugnación desencadena la segunda instancia, y se convierte en la vía procesal que realiza el imperativo de la doble instancia judicial. Sin embargo cuando no se da esa hipótesis precisa, la convergencia de las figuras claramente se esfuma; identificarlas como equivalentes es contrario al criterio argumentativo del efecto útil de las normas.
- El derecho a la impugnación se garantiza y se materializa a través de uno o varios recursos. En el marco del derecho internacional este recurso se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada. Independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe ser un medio adecuado para la búsqueda de la corrección de una condena equivocada y por ello el juez debe poder analizar todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.
- La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las normas del código de procedimiento penal, específicamente para aquellas personas que son condenadas por primera vez en segunda instancia, encontró que existe en el sistema jurídico colombiano una omisión legislativa en el sistema procesal penal que condiciona la constitucionalidad de sus preceptos a que se entienda

que toda persona tiene derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria en su contra.

- Para afirmar la constitucionalidad condicionada de esos preceptos la Corte entendió que: en primer lugar no son equivalentes la garantía a la doble instancia y el derecho subjetivo a la impugnación. En segundo lugar reconoció que los tratados internacionales exigen este derecho para todas las personas sin excepción alguna y como giro importante definió, a diferencia de su postura tradicional, que el recurso extraordinario de casación no es un recurso amplio que permita al juez una revisión con los estándares de amplitud, exigidos en el derecho internacional así como no lo son la acción de tutela o la acción de revisión que se ejerce normalmente frente a sentencias ejecutoriadas.
- A pesar de este gran avance que le valió la postulación a un premio internacional del Instituto del Instituto Interamericano de derechos humanos, la Corte Constitucional dejó con sus órdenes una serie de problemas complicados tanto por acción y por omisión.
- La Corte Constitucional no estableció la constitucionalidad condicionada de manera retroactiva a pesar de que debió hacerlo pues el derecho a la impugnación es claramente preexistente a su sentencia; por el contrario, difirió su constitucionalidad condicionada a un año posterior a la notificación de su fallo, haciendo nugatorio el derecho a la impugnación para todas las personas a quienes en ese lapso de tiempo su sentencia quedó en firme, violando así las obligaciones internacionales. Así mismo retrocedió con la sentencia SU-215 de 2016 donde limitó el derecho a la impugnación a los casos que reúnan tres condiciones: (i) que se trate de condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, (ii) en procesos penales ordinarios regulados por la Ley 906 de 2004, (iii) y respecto de providencias que no se encuentren ejecutoriadas para el 24 de abril de 2016 haciendo nugatorio el derecho a la impugnación de quienes no se encuentren en esas situaciones y generando un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

- La Corte Constitucional estableció que el Congreso debía, en un término de dos años, regular íntegramente el derecho a la impugnación y en caso de no hacerlo procedería directamente. Sin embargo no tuvo en cuenta definir de qué manera se haría tal procedimiento lo que llevó a la Corte Suprema de justicia, aunque de manera equivocada, a afirmar que ella como órgano de cierre no tiene superior jerárquico y por ende no puede cumplir con el derecho a la impugnación olvidándose del principio del non liquet según el cual, utilizando las herramientas interpretativas adecuadas, el juzgador siempre puede encontrar una solución.
- La Corte Suprema de Justicia ha tomado una postura restrictiva del derecho a la impugnación y de las decisiones de la Corte Constitucional, olvidando que el Estado Colombiano debe garantizar en cualquier caso este derecho pues los Estados no pueden invocar su soberanía interna para justificar violaciones a los derechos humanos y tienen la obligación internacional de respetarlos. Con esta postura también olvida que todo Estado es internacionalmente responsable por todo acto u omisión de cualquiera de sus representantes que viole los derechos internacionalmente consagrados y que como organismo del Estado debe proteger los derechos fundamentales y la reputación y patrimonio del Estado.
- El Congreso de la República por su parte, ha evadido hasta ahora su responsabilidad de legislar. Ahora es momento de entender su papel fundamental en el aseguramiento de los derechos fundamentales y como algunas instancias judiciales carecen de un superior jerárquico, resulta necesario para facilitar la labor judicial, diseñar mecanismos que aseguren la revisión de las sentencias, cuando en el marco de un juicio penal, imponen por primera vez una condena.
- Los organismos de control del Estado, la ciudadanía, la fiscalía, la comunidad académica y en general la sociedad deben propender por hacer cumplir las normas y en general los compromisos del Estado. No es posible que el Congreso no legisle en un término de dos años cuando ello está dentro de sus

funciones y no haya ninguna consecuencia ni ningún tipo de responsabilidad mientras que el Estado sigue siendo blanco de acusaciones ante la CIDH.

- Está claro que en la actualidad, los organismos del Estado están violando flagrantemente el derecho a la impugnación establecido en la Constitución y el bloque de constitucionalidad para las personas y si quiere dejar de hacerlo deberá el operador jurídico, frente a una eventual contradicción o duda con un tratado de derechos humanos, la Constitución o la ley entender que los tratados se entienden incorporados a la Constitución, que ellos son prevalentes y que siempre habrá que adoptar una decisión que garantice el cumplimiento del derecho aun cuando ello implique aplicar directamente la Carta.

XV. Fuentes

Doctrina

- Agudelo, M. (2007). El proceso jurisdiccional. Martin Agudelo Ramírez. Bogotá: Comlibros.
- Atienza, M. (1989). *Entrevista a Robert Alexy*. Recuperado de: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD22661887.pdf>
- Bernal, J & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal: Fundamentos constitucionales y teoría general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fierro, H. (2008). Los recursos en el proceso penal. Bogotá: Leyer.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2016). *¿Qué es el control de convencionalidad?* [En línea], disponible en: <http://iidh.ed.cr/iidh/carrusel/concurso-sec1-justicia-y-convencionalidad-2da-edicion-2016/>
- Landa, C. (2002). *Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela Jurisdiccional*. Pensamiento Constitucional Universidad Católica de Perú, (8). pp. 445-461 Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con_art12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf)

- Pinto, Mónica. (2004). El principio pro homine, criterios hermenéuticos y pautas para la regulación de los derechos humanos en Abregu, M & Courtis, C (Eds). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. pp. 163 – 172. Buenos Aires: CELS
- Quinche, M., (2009). Derecho Constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Quintero, B., & Prieto, E. (1995). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis S.A.
- Uprimny, R. (2006). Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Jurisprudencia

- Comité de Derechos Humanos, caso Cesario Gómez Vázquez Vs. España. 20 de julio de 2010.
- Comité de Derechos Humanos, caso Victor P. Domukovsky, Zaza Tsiklauri, Petre Gelbakhiani y Irakli Dokvadze Vs. Georgia. 29 de mayo de 1998
- Comité de Derechos Humanos, Observación general n. 32. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. 2007.
- Corte Constitucional, Sentencia C-010 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 2000.
- Corte Constitucional, Sentencia C-214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell, Bogotá, 1994.
- Corte Constitucional, Sentencia C-792 de 2014. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Bogotá, 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-215 de abril de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa. 2016.
- Corte Constitucional, Sentencia T-039 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell, Bogotá, 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 1998.

- Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 1995.
- Corte Constitucional. Sentencia T- 958 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, Bogotá, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barreto Leiva vs Venezuela. 17 de noviembre de 2009
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. 30 de mayo de 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. 2004
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Liakat Alí Alibux vs Suriname. 30 de enero de 2014
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mohammed vs Argentina. 23 de noviembre de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Reparaciones y Costas). 21 de julio de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loo vs Panamá. 23 de noviembre de 2010
- Corte Suprema de Justicia. Comunicado de prensa No. 08/16 emitido por la Sala Plena. Abril 28 de 2016.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia con Radicado No.: 15029 de 17 de junio de 2014. M.P. Álvaro Fernando García. 2014.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia con Radicado No.: 39.070 de diciembre 10 de 2014. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. 2014.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia con Radicado No.: 39156 de junio 18 de 2015. Sala De Casación Penal. 2015.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia con Radicado No.: 39949 de agosto 27 de 2014. M.P. Luis Guillermo Salazar Otero. 2015.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia con Radicado No.: 39949 de mayo 10 de 2016. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero, 2016.

- Corte Suprema de Justicia. Sentencia con Radicado No.: 43.693 de marzo 25 de 2015. M.P. Patricia Salazar Cuéllar. Bogotá, 2015.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia con Radicado No.: 47.114 de noviembre 25 de 2015. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. 2015.

Legislación y otras normas internacionales

- Código de Procedimiento Penal
- Constitución política de Colombia, 1991.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Ley 600 de 2000
- Ley 906 de 2004
- Ley estatutaria de administración de Justicia
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Noticias

- El Espectador (2016), CIDH admitió estudiar caso de Mario Uribe, condenado por parapolítica. [En línea], disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/cidh-admitio-estudiar-caso-de-mario-uribe-condenado-par-articulo-628764>
- Revista Semana (2016), CIDH: El desfile de los perseguidos. [En línea], disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/cidh-donde-se-quejan-politicos-colombianos/469675>